

# El Reporte

Director: José Luis Pasutti

RAWSON - CHUBUT - PATAGONIA ARGENTINA

Año 4 - Nº 14 - Febrero de 2005

## EDITORIAL

por José Luis Pasutti  
 Presidente del Superior Tribunal  
 de Justicia del Chubut.

## CAPACITACIÓN Y DIFUSIÓN

La capacitación, actualización y crecimiento intelectual son objetivos elementales de un Poder Judicial que pretenda ser eficaz e independiente. El desarrollo y profundización de esta idea le permitirá afrontar con entereza los cambiantes desafíos que nos presentan los tiempos que nos toca vivir. Es por ello que la Escuela de Capacitación Judicial debe tener un papel protagónico en el accionar del Poder Judicial, brindando a magistrados, funcionarios y empleados, cursos, talleres y seminarios que lo materialicen. En esta línea de pensamiento se enmarca la reforma de la estructura de la ECJ, que permitió la integración de todos los interesados a partir de la constitución del consejo consultivo a través de procesos democráticos y transparentes. Con este mismo criterio nació El Reporte, cuyo objetivo principal fue el de incentivar la investigación y a la vez permitir que los trabajos que produjeran nuestros magistrados y funcionarios fueran publicados conjuntamente con los de los principales juristas del país y del extranjero.

En estos 14 números lo han hecho académicos, juristas y especialistas de la talla de Augusto Mario Morello, Pedro J. Frías, Néstor P. Sagués, Antonio María

*Continúa en pág. 2.*

## LA COPARTICIPACIÓN IMPOSITIVA Y LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

por el Dr. Antonio M. Hernández

Profesor Titular de Derecho Constitucional y Profesor Titular de Derecho Público Provincial y Municipal en la Universidad Nacional de Córdoba. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

### I. EL ORIGEN DE LA COPARTICIPACIÓN IMPOSITIVA

La distribución de competencias efectuada originariamente por la Constitución había establecido una separación de fuentes tributarias entre el gobierno federal y los gobiernos provinciales, con tesoros distintos formados con los tributos respectivos. Dicho sistema rigió entre 1853/1860 hasta 1890, en que se originó una nueva etapa que duró hasta 1935, caracterizada por la concurrencia de hecho de fuentes tributarias, dado que se crearon los impuestos al consumo por parte del gobierno federal, que se superponían a los que cobraban las provincias. Esta segunda etapa fue originada en las necesidades del tesoro federal, que no podía afrontar los crecientes gastos con el producido de los derechos de importación y exportación. Esta cuestión, a la que se sumó en 1932 el establecimiento de impuestos directos por el gobierno federal, según la excepción admitida por el art. 67 inc. 2, produjo en 1935 el nacimiento de la tercera etapa y última, de coparticipación impositiva entre Nación y provincias.

*Continúa en pág. 3.*

## GARANTÍAS VS. SEGURIDAD, UNA FALSA CONTROVERSIA

por José Raúl Heredia

Constitucionalista. Doctor en Derecho. Ex - Presidente del Superior Tribunal de Justicia del Chubut. Ex - Convencional Constituyente (1994 - Chubut). Miembro Honorario de la Academia Nacional de Derecho Constitucional.

### I. INTRODUCCIÓN

Parece necesario efectuar una reflexión en orden a la confrontación instalada en nuestro país, que dejamos sintetizada en el título.

Abreviamos para esta nota nuestros comentarios por razones de espacio, pero nos interesa subrayar algunos aspectos para potenciar, en todo caso, otras meditaciones sobre el tema.

Ha de ponerse cuidado en no confundir las cosas, al extremo de arribar a la controversia que se observa hoy en los medios de comunicación y en sectores cada vez más amplios de nuestra sociedad, conforme con la cual están por un lado los derechos humanos de

*Continúa en pág. 4.*

## SUMARIO

EDITORIAL, por José Luis Pasutti .....	1
LA COPARTICIPACIÓN IMPOSITIVA Y LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, por el Dr. Antonio M. Hernández .....	1
GARANTÍAS VS. SEGURIDAD, UNA FALSA CONTROVERSIA, por José Raúl Heredia .....	1
LAS RAMAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL, por Alberto Ricardo Dalla Via .....	6
HACIA UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. PROPUESTA, por Edgardo Rubén Hughes .....	10
“LA GARANTÍA DE INAMOVILIDAD EN LA FUNCIÓN JUDICIAL COMO IMPOSICIÓN DEL SISTEMA REPUBLICANO DE GOBIERNO”, por Sergio Rubén Lucero .....	13
LA JUSTICIA Y LOS CONFLICTOS SOCIALES, por María Gabriela Rodríguez Querejazu y Alejandro Marcelo Nató Nató .....	19
EL PUEBLO DEBE SABER DE QUE SE TRATA, por Eduardo Raúl Hualpa .....	21
“CORRUPCIÓN PÚBLICA. LINEAMIENTOS DE CONTROL E INVESTIGACIÓN”, por Ricardo Ángel Basílico .....	23
EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO PARA LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO PENAL, por Enrique Anibal Maglione .....	27
LA INFORMACIÓN JUDICIAL ES PÚBLICA PERO CONTIENE DATOS PRIVADOS. COMO ENFOCAR ESTA DUALIDAD, por Guillermo Cosentino .....	31

**EDITORIAL***Viene de la pág. 1*

Hernández, Milton Cairolí Martínez, Daniel Gutiérrez, Roland Arazi, Mario Kaminker, Daniel A. Sabsay, Rodolfo Vigo, Alberto Ricardo Dalla Vía, Juan Carlos Hitters, Atilio Aníbal Alterini, Susana Cayuso, Ángela E. Ledesma, Cristina Hernández Amarillo, Silvana M. Stanga, Marcela I. Basterra, Inés Marensi, Valeria Marina Elizalde, Martha E. Fernández de Laplaza, María de las Mercedes Martínez, Felicitas Maiztegui Marcó, Cristina Marco de Chañi, Ricardo Haro, Alejandro Abal Oliú, Alberto M. Binder, Luis M. García, Ricardo Li Rosi, José Cafferata Nores, Luis Raúl Rossi Baethgen, Marcelo López Mesa, María Gabriela Rodríguez Querejazu y Alejandro Marcelo Nató.

Junto a ellos, han publicado miembros de nuestro Poder Judicial, tales como Fernando S. L. Royer, Florencio Minatta, Aldo Luis De Cunto, Nelly García, Alfredo Pérez Galimberti, Guillermo Cosentino, Alejandro Panizzi, Juan Loup Gerber, Ricardo Ángel Basílico, Marta B. Zanco, Adela Hernández, Sergio Lucero, Rosanna Stella Etchepare, Edgar María de la Fuente, Gustavo Miguel Ángel Antoun, Gerardo Tambussi y quien suscribe.

En tanto, entre los miembros del foro de abogados de nuestra provincia, estuvieron presentes a lo largo de nuestras ediciones, José Raúl Heredia, Ricardo J. Lens, Edgardo Rubén Hughes, Enrique Aníbal Maglione, Carlos Alberto Torrejón, Gustavo Menna, Marcelo Luis Lizurume y Eduardo Raúl Hualpa. También participaron en varias oportunidades los miembros de las Oficinas de la Defensa Pública de Comodoro Rivadavia, los Servicios de Asistencia a la Víctima, de Trelew y Comodoro Rivadavia y la Secretaría Académica de la ECJ.

No puedo dejar de mencionar que a lo largo de los 14 números de nuestra publicación (los que has sido

profusamente difundidos por los medios de comunicación de nuestra provincia), 3 fueron de carácter extraordinarios por su orientación conceptual; me refiero a las ediciones: N° 10 dedicada a los "150 años de la Constitución Nacional" (julio de 2002); N° 12, en la que se abordó la problemática de la "Capacitación" desde todos los puntos de vista posibles (mayo de 2004); y N° 13, que recogió en sus páginas la opinión de juristas y ex convencionales constituyentes de nuestra provincia en torno "A los 10 años de la Reforma Constitucional de Chubut" (octubre de 2004).

Hoy tenemos el orgullo de ser leídos, no sólo por la comunidad jurídica provincial, sino que nuestra publicación tiene alcance nacional ya que su distribución alcanza no sólo a todos los Poderes Judiciales del país, Escuelas y Centros de Capacitación, Escuelas de Derecho, Universidades, Bibliotecas Especializadas, Academias de Derecho, Junta Federal de Cortes, Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia y diversas personalidades, tanto de Argentina como del extranjero. Además, a casi 4 años de su aparición, hoy es citado como una publicación de doctrina y pensamiento jurídico que desde la Patagonia se ha establecido con firmeza en el concierto nacional.

El Reporte estuvo y está a disposición de la Escuela de Capacitación Judicial para tareas de difusión de las actividades académicas, resultados y evaluaciones, para publicar trabajos de investigación, como así también de abogados que deseen investigar, estudiar y exponer sus ideas libremente. Hasta ahora, quienes participamos de esta notable experiencia editorial, inédita para el interior del país, tenemos la certeza de haber cumplido nuestro cometido.



**ESCUELA DE  
CAPACITACION  
JUDICIAL  
DE LA PROVINCIA  
DEL CHUBUT**

Rivadavia y Jones  
Tel.: (02965) 482331/332/334  
E-mail: escuela@juschubut.gov.ar  
(9103) - Rawson - Chubut Argentina

**ESCUELA DE  
CAPACITACION  
JUDICIAL**

**Director***Fernando Salvador Luis Royer***Secretaria Académica**  
*Nadine Laporte***Vocales****Trelew/Rawson***Alejandro De Franco  
Rodrigo Freire Méndez***Comodoro Rivadavia***Silvia Noemí Alonso  
Manuel Pizarro***Esquel***Claudio Petris  
Nora Saulo***Puerto Madryn***María Inés De Villafañe  
Carlos Bellorini***Sarmiento***Alejandro Javier Panizzi  
Tomás Esteban Malerba***Asociación de Mag. y Func.  
Judiciales***Daniel Luis María Pintos  
María Marta Onáindia.**María Tolomei en representación  
del Procurador General***Defensoría General***Arnaldo Hugo Barone***Editor***Sergio Pravaz**Ejemplar Ley 11723. Registro  
de la Propiedad Intelectual N°  
241116*

*Esta publicación es propiedad  
de la Escuela de Capacitación  
Judicial Chubut - Argentina.*

## LA COPARTICIPACIÓN IMPOSITIVA Y LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

*Viene de la Pág. 1*

Este sistema, de amplio desarrollo en el derecho comparado, supone que el Gobierno Federal legisla, recauda y reparte en virtud de un convenio con las provincias, y éstas redistribuyen con sus propios municipios. Más allá de justificados cuestionamientos sobre la constitucionalidad del sistema, se fueron sucediendo distintas leyes a lo largo del tiempo que lo consolidaron. Pero en la evolución del mismo y frente al avance del gobierno federal sobre las facultades tributarias provinciales, se observó como contrapartida una tendencia inversa en la distribución primaria entre dichos ámbitos gubernamentales, ya que las provincias fueron aumentando su participación. En efecto, la Ley 12.956 de 1947 de distribución de impuestos nacionales, dispuso el 79 % para la Nación y 21 % para las provincias y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, de la recaudación del impuesto a los réditos, a las ventas, a las ganancias eventuales y a los beneficios extraordinarios. Mientras que la Ley 23.548 de 1988, redujo al Gobierno Federal al 42,34 % reconociendo a las Provincias el 54,66 %, además de un fondo de recupero del 2% para las Provincias de Buenos Aires, Chubut, Neuquén y Santa Cruz y de un 1% para el Fondo de Aportes del Tesoro Nacional a las provincias. Asimismo se aumentó la masa coparticipable al incluirse todos los impuestos nacionales existentes o a crearse, lo cual significó también un notable avance para las Provincias. Sin embargo, a partir de la Presidencia de Menem y el Ministerio de Economía de Cavallo se efectuaron modificaciones al instrumento legal a través de decretos de necesidad y urgencia y Pactos Fiscales –bajo nuestro punto de vista inconstitucionales-, que alteraron fundamentalmente la situación, en perjuicio evidente del conjunto de las provincias. Aunque no podemos detenemos en la cuestión por razones de brevedad, sólo resaltamos que el procedimiento elegido para ello fue el de detraer tributos de la masa coparticipable mediante asignaciones específicas, que fueron cambiando los índices fijados, en beneficio exclusivo del Gobierno Federal. Correlativamente a ello, dicho gobierno dispuso la transferencia de los servicios de salud y educación a las Provincias, sin el adecuado reconocimiento de los gastos pertinentes. O sea que se “centralizaron” los recursos y se “federalizaron” los servicios. De esta manera llegamos a la reforma constitucional de 1994, que prescribió la normativa a la que seguidamente nos referimos y cuya sanción pudo efectuarse a pesar de las presiones en contrario efectuadas por el propio Ministro de Economía de la Nación.

### II. LAS BASES CONSTITUCIONALES DE LA COPARTICIPACION IMPOSITIVA

La Constitución Nacional, en su ar-

ticulo 75 inc.2 luego de precisar la distribución en materia impositiva entre el gobierno federal y las provincias, en base a la clásica distinción entre impuestos directos e indirectos que provenía del texto originario, establece un sistema de ley-convenio de coparticipación impositiva .

La Ley Suprema prescribe que la ley-convenio debe formularse “sobre la base de acuerdos entre la Nación y las Provincias” garantizando “la automaticidad en la remisión de los fondos”. Además se exigen las siguientes condiciones: 1) El Senado es la Cámara de origen. 2) La sanción debe ser con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. 3) No puede ser modificada unilateralmente. 4) Tampoco puede ser reglamentada. 5) Debe ser aprobada por las Legislaturas provinciales. 6) La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires, y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas, contemplando criterios objetivos de reparto. 7) Estos criterios deben ser: la equidad, la solidaridad y la prioridad para lograr un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional y 8) Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ley convenio.

Por otra parte, en el inc. 3 del art. 75 se requiere una mayoría calificada para la sanción de las leyes que establezcan asignaciones específicas, con el objetivo de dificultar estas prácticas que disminuyen la masa coparticipable.

La incorporación del instituto de la ley-convenio a la Constitución significó para nosotros, una trascendental reforma destinada a afianzar el federalismo de concertación, en uno de los capítulos más conflictivos de la historia argentina: la relación financiera entre Nación y provincias. Por otra parte, resulta evidente que con los requisitos fijados en cuanto al procedimiento, a los criterios de reparto, a los objetivos y a las garantías, se persigue corregir el agudo proceso de centralización operado en el país, que también se observara en materia tributaria, mediante el despojo producido por el Gobierno Federal en perjuicio de provincias y municipios. Esta sanción constitucional tuvo un muy elevado grado de consenso y representó la voluntad de las provincias, que quisieron afianzar el proyecto federal de la Constitución. Vale la pena recordar que incluso hubo diez gobernadores desempeñándose como Convencionales Constituyentes y que participaron específicamente en las Comisiones que trataron este tema.

Finalmente, en la disposición transitoria sexta, se fijó como plazo para la

sanción de la ley-convenio “antes de la finalización de 1996”. En consecuencia, se sigue operando otra violación de la Constitución, pues no se han sancionado todas las leyes reglamentarias respectivas y algunas lo fueron tardíamente, de conformidad a la anomia que nos caracteriza.

### III. EL PROYECTO DE ACUERDO IMPULSADO POR EL ACTUAL GOBIERNO FEDERAL

El actual Gobierno impulsó la firma de un “Acuerdo para la creación del Sistema de Coordinación de Relaciones Fiscales Intergubernamentales”, que según su art. 1º se conformará por: 1. Un nuevo régimen de Coparticipación Federal. 2. La adopción de principios de Responsabilidad Fiscal y 3. Un Consejo de Coordinación Fiscal y Financiero.

En cuanto a la coparticipación se prescribe en el art. 2º un nuevo régimen a partir del 1º de enero de 2005 que constará de un régimen general y de dos regímenes especiales, según el art. 10º del convenio. Luego la norma establece en cuanto a las asignaciones específicas que se creará la destinada al Fondo de Equidad Social, prevista en los arts. 6º y 7º y que se mantendrán las que figuran en el Anexo 1 del Acuerdo.

Sobre dicho Fondo, el art. 6º prevé su formación en base a lo proveniente del incremento de la recaudación de impuestos de la masa coparticipable, con un límite anual de 2.400 millones de pesos y el art. 7º indica que el mismo tendrá como destino disminuir las asimetrías económicas y sociales de las provincias del noroeste y noreste por una parte y por la otra, morigerar la deuda social respecto a la población que habita los grandes aglomerados urbanos. Este artículo finalmente ordena que estos recursos serán administrados a través de un Comité integrado por los Ministerios de Economía y Producción, Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y Desarrollo Social de la Nación y por aquellas Provincias que representen a las distintas zonas geográficas del país y coordinado por la Jefatura de Gabinete de Ministros.

En cuanto a la distribución primaria de la masa coparticipable, el art. 4º dispone que será la correspondiente al año 2004, de acuerdo a la legislación vigente y mediante aplicación de los respectivos coeficientes. Por otra parte, el Gobierno Federal cederá de su participación en la distribución primaria del 2004 la parte correspondiente a la Provincia de Tierra del Fuego y para el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se incluirá en la participación del Gobierno Nacional en la distribución primaria.

Por el art. 5° se mantiene el Fondo de Aportes del Tesoro Nacional a las provincias, integrado por el 1% de la parte correspondiente al Gobierno Federal y destinado a atender situaciones de emergencia y/o desequilibrios financieros de los gobiernos provinciales, según asignación del Ministerio del Interior.

Respecto a la distribución secundaria, también se prescribe por el art. 8° del Acuerdo que se deberá alcanzar el nivel de transferencias efectuadas durante el año 2004, en base a los coeficientes de la Ley 23.548, con las modificaciones operadas posteriormente.

Asimismo se ordena que una vez superado dicho límite, los excedentes se distribuirán en un 90% según los coeficientes de la ley precedentemente fijada con algunas modificaciones y el 10% conforme a coeficientes que tengan en cuenta indicadores de eficiencia.

Finalmente, en relación a la coparticipación, el art. 17° hace referencia al Consejo Federal de Coordinación Fiscal y Financiero, en cuyo ámbito funcionará el Organismo Fiscal Federal, "en el marco de lo establecido por el inc. 2 del art. 75 de la Constitución Nacional".

Los otros artículos se refieren principalmente al tema de la Responsabilidad Fiscal y por tanto exceden este análisis.

De la comparación de este Acuerdo con la Constitución Nacional en esta materia, surge de manera evidente que el mismo no se adecua a las precisas bases establecidas por la Ley Suprema. En primer lugar, porque no es una ley convenio. Y en segundo lugar, porque no están fijados específicamente los criterios objetivos de reparto a los cuales hice referencia en los puntos 6) y 7) sobre las bases constitucionales de la coparticipación. Por otra parte, esta iniciativa sólo busca consolidar la situación actual, que beneficia al Gobierno Federal en perjuicio de las Provincias y Municipios, al mantenerse prácticamente los mismos criterios en cuanto a la masa coparticipable, distribución primaria y secundaria y asignaciones específicas vigentes al 2004. En este último aspecto debemos destacar que el proceso que habíamos señalado de modificación del sistema de la Ley 23.548, sancionado en la Presidencia de Alfonsín, para disminuir el porcentaje que se había reconocido a las Provincias, y que había comenzado con Menem y Cavallo fue continuado por los sucesivos gobiernos nacionales. Es más, en esta materia se ha venido aplicando la misma política centralista y en la negociación con las Provincias han seguido interviniendo casi los mismos funcionarios del Ministerio de Economía desde aquella época de comienzos de la década de los 90 hasta la actualidad. La prueba concluyente de ello es este Acuerdo, que además introduce un nuevo

fondo para aumentar la discrecionalidad política del gobierno central.

No es éste el camino que señalan la letra y espíritu del proyecto federal de la Constitución. Y por ello consideramos acertada la actitud de los Gobernadores de Córdoba, Buenos Aires, Santa Fé, Corrientes, Neuquén y La Pampa, que formularon serias objeciones al proyecto de Acuerdo del Gobierno Nacional.

#### IV. LA IMPOSTERGABLE NECESIDAD DE SANCIONAR LA LEY CONVENIO DE COPARTICIPACION

Este rechazo al Acuerdo no debe servir para la continuidad del inconstitucional e injusto esquema actual. Como se comprenderá, es absolutamente imposter-gable sancionar la ley convenio de coparticipación, no por una exigencia del Fondo Monetario, sino para terminar con la violación de la Constitución, que ha fijado un plazo ya largamente vencido y porque ello es imprescindible para cambiar la deprimente realidad de nuestro federalismo.

Para salir del "laberinto" actual de la coparticipación debemos seguir nuestro hilo de Ariadna que no es otra cosa que respetar los mandatos de la Ley Suprema. Hay que fijar una masa coparticipable que no sea disminuida por la elevada cantidad de asignaciones específicas hoy vigentes, que deberán ser derogadas en su mayoría o en totalidad. Luego hay que fijar la distribución primaria y secundaria en base a los criterios constitucionales. En este

sentido, resulta decisivo poner el énfasis en las modificaciones sobre las competencias, servicios y funciones entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires.

Un mayor reconocimiento de la participación de las provincias y la ciudad de Buenos Aires- que necesariamente debe repercutir después en la coparticipación a los municipios-, hará relativamente más sencilla la discusión posterior sobre la distribución secundaria donde se advierten las disputas entre las provincias más grandes y desarrolladas y las más pequeñas y atrasadas. En este aspecto, lo que he denominado el triunfo del proyecto centralista ha dado como resultado un país de enormes diferencias y desequilibrios, según los índices de desarrollo humano, de producto bruto o de ingreso per cápita, que es menester modificar. Los criterios de solidaridad exigidos por la Constitución deben respetarse, como lo hacen otras federaciones como la canadiense, la australiana o la alemana, que son notables ejemplos para considerar.

Debe comenzar ahora mismo este debate complejo y decisivo, según las bases constitucionales establecidas. Para ello es imprescindible el ejercicio de una verdadera política arquitectónica que supere antagonismos partidarios, fortalezca relaciones interjurisdiccionales y posibilite un desarrollo equilibrado del país conforme al proyecto federal de la Ley Suprema.



## GARANTÍAS VS. SEGURIDAD UNA FALSA CONTROVERSI

Viene de la pág. 1

los policías y de las víctimas, y por el otro los derechos humanos de los "delinquentes". Y se achaca a la "ideología de los derechos humanos" y al "garantismo" o "hipergarantismo" el incremento delictivo, a causa de una concepción blanda en la aplicación por los jueces del Código Penal, favorecidos por leyes procesales penales permisivas.

Ello lleva a olvidar la genuina génesis de las garantías constitucionales penales que, sin duda, es anterior al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y, claramente, al "garantismo" de izquierda al que se refiere Ferrajoli, como reacción en Italia, en los años '70 del siglo anterior, contra las leyes de emergencia. Ese "garantismo" pudo observarse también entre nosotros como reacción al absolutismo de los años 70-80.

### II. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

#### LA EXPANSIÓN DEL DERECHO DE LA REPRESIÓN

Pero estas reacciones circunstanciales no deben volverse en contra de aquellas garantías constitucionales penales que la humanidad, mucho antes y, desde luego, también como reacción a otros absolutismos, ha universalizado como sus mejores valores. Recuérdese: a) **Nullum crimen sine praevia lege** ("No puede considerarse delito el hecho que no haya sido expresado y previamente declarado como tal por la ley"); b) **Nulla poena sine praevia lege** ("No puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella"); c) **Nemo iudex sine lege** ("La ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función"); y d) **Nemo damnatur nisi per legales iudicum** ("Nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal").<sup>1</sup>

Germán Bidart Campos ha marcado

<sup>1</sup> Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, 4a. ed., Ed. Lozada, Bs. As. 1977, Tomo II, ps. 382-383.

que la universalización de los derechos humanos corresponde al período de imitación, esto es, la recepción en los diversos Estados Nacionales de la filosofía consagrada en la Revolución Francesa. La “internacionalización” es una etapa más reciente que supone la ascensión de la persona humana como sujeto del Derecho Internacional Público, entre los Estados. La doctrina de los derechos humanos, entonces, es un desarrollo histórico y no una contradicción de aquellos valores fundacionales del constitucionalismo que se repotencian en ella.

Esas garantías hoy, según señala bien Ferrajoli, se expanden de lo individual a los derechos sociales y económicos; de ser garantías ante los poderes públicos, a erigirse también como garantías ante los poderes privados. Y, finalmente, de garantías dentro de los Estados al campo internacional.

Pero nada de esto deroga la significación de aquellas garantías que hemos dejado citadas. Y se torna imperioso hoy volver una y otra vez a recordarlas y subrayarlas. Se habla de un derecho penal moderno, post industrial, y también de un derecho penal del enemigo. Se dice que el garantismo clásico debe disminuir o superarse incluso frente a las necesidades que plantean hoy el desarrollo de múltiples actividades que, además, se ejercen “globalizadamente”. No alcanzarían, así, todos los principios sobre los que se ha erigido el derecho penal clásico y el derecho procesal penal. Y la expansión del derecho penal llega de la mano de una técnica legislativa que desdibuja las conductas punibles, inasibles en conductas individuales propiamente dichas, que supera el concepto de bien jurídico protegido, que apela a conceptos supraindividuales y colectivos, y que sanciona los riesgos y los peligros en abstracto.

Todo el derecho penal clásico que concedió al positivismo algunas pocas normas –como, entre nosotros, el delito imposible– viene a ser sacudido entendiéndose superado por estos requerimientos colectivos contemporáneos. Es esto el derecho penal “moderno”, que apela a la expansión de la punibilidad, desdibujando constantemente los límites del principio de reserva penal y afectando la libertad como principio a partir de definiciones cada vez más imprecisas con que se conciben los tipos penales, y echando mano una y otra vez a los delitos de peligro.

No se advierte que la globalización trae

aparejadas consecuencias funestas para los Estados Nacionales y para la sociedad civil en cada Estado, pobreza extrema y marginalidad, de la mano de la corrupción política y de la concentración monopólica y anónima del poder económico y tecnológico. Y que a ese poder no se lo alcanza con las leyes penales internas, porque, por un lado, es anónimo y, por otro, se diluye en organizaciones jurídicas que no pueden ser sujetos del derecho de la punición. Por consiguiente, lo único que se consigue es la sanción a personas individuales que normalmente, aunque parte a veces de esos engranajes complejos globalizados, son también sus víctimas. Y se consigue lesionar la libertad como principio.

No es el derecho penal el que ha de resolver estos problemas. Estas organizaciones a las que no puede privárselas de la libertad, en cambio, son más sensibles a las sanciones económicas. El derecho de la reparación es el que ha de tomar el lugar del derecho penal, que, repetimos, es impotente para resolver éste como otros problemas semejantes de la sociedad contemporánea.

Es cierto que existe una delincuencia globalizada; es cierto también que en Argentina, como en casi todo el mundo, el delito ha crecido a límites inimaginables en lo cualitativo, cada vez más feroz, y en lo cuantitativo. Y que ello es un flagelo para la sociedad civil.

Pero es impensable que se pretenda que el derecho penal y el derecho procesal penal resuelvan el problema por sí, sin atender a las profundas causas de este hecho observable. Sin hipocresías, hay que señalar que en el país existen distintos modos de delincuencias. Y que hay una delincuencia directamente asociada al poder.

Si a la marginalidad, a la desocupación y a la pobreza extrema, con la mayor parte de nuestros jóvenes de 18 años pobres, sin trabajo y sin futuro, le insuflamos más de un millón de armas que se calcula que circulan en el mercado negro, en donde pueden comprarse o alquilarse, entonces, ya se comprende la explosividad de la situación.

### III- LA SEGURIDAD CIUDADANA COMO DOCTRINA. CONCEPTOS

1. Aparece en este contexto la doctrina de la “seguridad ciudadana” que según vienen señalando algunos autores ha sustituido a la doctrina de la “seguridad nacional”. Sobre ella, se ha dicho:<sup>2</sup>

...so pretexto de procurar seguridad, la doctrina en cuestión hace del derecho penal un aparato de guerra, que debilita los lazos de solidaridad entre y al interior de las distintas clases sociales, y en su sitio coloca vínculos de subordinación, sometimiento y lucha [...]. Como política y táctica bélica, es la negación misma de la fraternidad entre los hombres, pero también de la voluntad de convivir. (...)

...Pero al origen, evolución y persistencia de la monótona prédica de la seguridad ciudadana ha contribuido otro factor. En la espantable figura de esta política criminal está esculpido, además, el proyecto penal vociferado por los corifeos de la globalización. Las características esenciales de ésta, o sea, el capitalismo sin trabajo y la acelerada eliminación de los cometidos de bienestar colectivo antes asignados al Estado, y el efecto social inmediato de la cada vez mayor concentración del poder económico, que circula sin trabas impositivas entre los Estados, expoliando el erario público y destituyendo en su paso de colocación, medios y esperanza a vastos segmentos de la comunidad, y que remata en una estructura social de incluidos y excluidos, o mejor dicho, de ciudadanos y grupos amorfos considerados como materia de descarte económico y desprecio social, son el campo desolado sobre el que canta su victoria la doctrina de la seguridad ciudadana[...].

2. Nos interesa dejar reflejados dos conceptos de seguridad ciudadana. En un sentido amplio, se ha dicho, es una situación social en la que no existen riesgos o peligros para los ciudadanos, es decir, que éstos pueden ejercitar libremente sus derechos y libertades sin que exista obstáculo para ello. En sentido estricto, la seguridad ciudadana se ha entendido como el conjunto de dispositivos, personal y medios que las fuerzas de seguridad destinan a conseguir el desarrollo de los derechos y libertades de los ciudadanos, en un clima de convivencia y paz pública.<sup>3</sup>

No podemos detenernos en el examen de los alcances y contenidos de los conceptos subrayados, pero hemos de advertir que la política de seguridad –política de Estado [conf. nomen iuris del Título II, Parte Primera, C.Ch.]– sólo puede desarrollarse en el marco de la Constitución. En tal sentido, conviene remarcar lo que prescribe el artículo 122 de la Constitución de Chubut [C.Ch], primero del Capítulo VIII –Seguridad Pública– del citado Título II:

2 José Luis Guzmán Dalbora [Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, de Madrid; Diplomado en Derecho Penal y Criminología por la Universidad “La Sapienza”, de Roma; Profesor asociado de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad

de Antofagasta (Chile)], en “UNA ESPECIAL VERSIÓN DEL AUTORITARISMO PENAL EN SUS RASGOS FUNDAMENTALES: LA ‘DOCTRINA’ DE LA SEGURIDAD CIUDADANA” (Disertación de Apertura del XIV Congreso Latinoamericano IV Iberoamericano y II Nacional de Derecho

Penal y Criminología, 25 de Septiembre de 2002, en el Salón Plenario del Congreso Nacional de la República, Valparaíso, Chile.), (tomado de la página web, Doctrina Penal)].

3 Francisco Alonso Pérez, Seguridad ciudadana, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1994.

El Estado provee a la seguridad pública. Es ejercida para la preservación del orden constitucional, la defensa de la sociedad y la integridad de los habitantes y su patrimonio asegurando la irrestricta vigencia de las libertades públicas y la plena vigencia de los derechos y garantías individuales.

En el concepto de seguridad pública, ha entendido, incluida el Tribunal Constitucional español la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadanos.<sup>4</sup> Pero tal orden no puede conquistarse a costa de la libertad concebida como principio -en ella resumidas todas las garantías constitucionales-, porque no lo consiente la Constitución.

#### IV. ALGUNAS CONCLUSIONES

Arribamos a estas consideraciones conclusivas, aunque bien pueden ser puntos de partida para un debate que nos debemos:

1) No hay que descuidar que lo que se llaman hoy preferentemente “derechos humanos”, en relación con el derecho penal y con el proceso penal fueron clásicamente estudiados bajo la denominación de “garantías constitucionales penales” y “garantías constitucionales procesales”. Como tal, pertenecen al ideario liberal consagrado en las constituciones decimonónicas y en los códigos. El desarrollo de estas garantías escritas en nuestra Constitución [artículos 18 y 19, C.N.], efectuado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, incorporó en el derecho judicial las denominadas por Alejandro Carrió “garantías innominadas”. Estrictamente, los pactos internacionales sobre derechos humanos o el derecho internacional de los derechos humanos acrecen, en todo caso, esas garantías clásicas escritas e innominadas, específicamente, a nuestro juicio, en el derecho a la revisión del fallo o *garantía de la doble conformidad*, como le llama Julio B. Maier, y en la potenciación del derecho de la víctima del delito.

2) El “garantismo” a que se refiere Ferrajoli como un movimiento de izquierda de los años '70, no debe confundirse con la tradicional doctrina liberal en que se funda toda la construcción constitucional del delito penal y del proceso penal.

3) El ideario liberal de un derecho penal reducido constantemente choca hoy con la realidad nacional e internacional que evidencia un incremento notable del derecho de la represión, éste, puesto en el centro de la escena mundial. Choca también con tres fenómenos de nuestra época, que nosotros expresamos así: a) la inflación normativa; b) la histeria normativa, y c) la esquizofrenia normativa.

4) Urge retomar, para no caer en confusiones fatales para la suerte de la constitucionalidad del derecho penal positivo y del proceso penal, los fundamentos liberales escritos en la Constitución de la Nación y que se sintetizan como lo hizo Jiménez de Asúa.

5) En tal sentido, cabe remarcar que en materia penal hay que atenerse a la concepción liberal inserta en la Constitución, que no ha sido alterada un ápice por la incorporación de los pactos internacionales sobre derechos humanos y que gobierna esta materia.

6) Lucen así, el principio de legalidad y el principio de reserva -entendido como “reserva de Código” (Ferrajoli)-, éste afectado constantemente cuando se amplía el ámbito de la punibilidad procurando resolver por esta vía, el derecho penal, problemas graves de la sociedad contemporánea, y cuando se cae en el proceso de “descodificación” contrario a la previsión estricta del inciso 12 del artículo 75, C.N.

Convendrá retener este pensamiento:

A la imagen del hombre y el concepto del Derecho que insuflaron forma y substancia a los ordenamientos penales de cuño liberal, juzgamos imperioso volver, que nunca como hoy el derecho penal precisó un nuevo 1789.

Habrà que insistir en sus principios, reforzarlos y defenderlos contra sus ataques, si no es nuestro deseo que figuras espectrales como la de la seguridad ciudadana cobren más robusto cuerpo, modelen nuestra manera de considerar el problema penal y dicten una a una las decisiones que demanda una política criminal moderna y a la altura de los desafíos presentes planteados por el crecimiento de diversas formas de criminalidad.

Antes que el imperio del miedo se apodere definitivamente del alma y el nervio de nuestras instituciones penales, y lo que es peor, de nuestra forma de vivir con y sentir al prójimo, tenemos la obligación de develar sin desmayos a los que se esconden tras el fantasma cumpliendo el abyecto papel de aprovechados o facinerosos, o la triste figura del que hizo ante nuevo altar capitulación de sus principios, y de recordarles y acordarnos de que el miedo es enemigo de la razón, y la razón, fuente sempiterna de todos esos derechos que hacen del ser humano una persona, y del deambular de las personas sobre la faz de la tierra, algo digno de ser vivido [...].<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Sent. 33/1982, de 8 de junio, citada por Alonso Pérez, *aut. y ob. cit.*

<sup>5</sup> Guzmán Dalbora, *op. cit.*



## LAS RAMAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

por Alberto Ricardo Dalla Via

Profesor Titular de Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires y Universidad de Belgrano). Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

En sentido estricto, el Derecho Constitucional no debería ser susceptible de divisiones en partes o ramas autónomas. Al ser la disciplina jurídica que se ocupa del estudio de la Constitución, participa de alguno de los caracteres de la norma fundamental, como los denominados principios de *supremacía* y de *unidad*.

Es muy lógico que sea así, no solamente por las razones históricas que explican la formación del constitucionalismo en el mundo occidental y que no se repiten aquí por resultar suficientemente conocidas, sino también porque al ser la Constitución la norma fundamental del ordenamiento, el vértice de la pirámide de gradación de normas, si seguimos a Hans Kelsen, su unidad como norma y como disciplina de estudio para el caso del Derecho Constitucional debe aparecer incólume.

Eso no impide que por razones pedagógicas, a los efectos de facilitar su estudio o enseñanza, el Derecho Constitucional no pueda reconocer “partes” o “secciones”.

Joaquín V. González es reconocido entre los constitucionalistas por haber sido el primer autor que introdujo un enfoque metodológico en la enseñanza del Derecho Constitucional, sobre todo a partir de la publicación de su “Manual de la Constitución Argentina”.<sup>1</sup> En su exposición dividió la Constitución en dos partes principales, la parte dogmática y la parte orgánica, criterio que también siguió Juan A. González Calderón cuando escribió el primer *Tratado*<sup>2</sup> sobre la materia y que reconocía ya antecedentes en los anteriores “manuales” y “lecciones”. En ese mismo sentido, el profesor Germán J. Bidart Campos ha denominado “Derecho Constitucional de la Libertad” al estudio de la parte dogmática y “Derecho Constitucional del Poder” al

<sup>1</sup> GONZALEZ, Joaquín V. “Manual de la Constitución Argentina”. Ed. Estrada. Buenos Aires

<sup>2</sup> GONZALEZ CALDERON, Juan A. “Derecho Constitucional Argentino” J.J. Lajouane. Buenos Aires

estudio de la parte orgánica.<sup>3</sup>

Se trata de una división temática que reconoce sus antecedentes en la historia constitucional y, sobre todo en el desarrollo evolucionista del Derecho Constitucional Inglés, al distinguir en las cartas y documentos constitucionales el llamado *bill of rights* del denominado *framme of government*. Se trata de una división tradicional generalmente aceptada y que no ha merecido objeciones, sin perjuicio que en ese caso no se habla en sentido propio de "ramas" sino de partes de la Constitución a los efectos de su enseñanza y sin perjuicio del principio de unidad en la interpretación del texto. Así en la enseñanza tradicional del Derecho Constitucional Argentino se comienza por diferenciar el Preámbulo, la parte Dogmática y la Parte Orgánica.

Otra cuestión a deslindar es la referida al **Derecho Constitucional Comparado**, que no es en rigor de verdad una rama o especialidad dentro del derecho constitucional, sino un método de estudio que consiste en comparar textos y modelos de distintos países. El método comparado no se limita a la sola descripción de instituciones de otros países, sino que también debe proyectar su funcionamiento en la realidad que se pretende analizar. Por lo tanto, al referirnos a las "ramas" del Derecho Constitucional nos referimos a las distintas especializaciones que parten desde el propio Derecho de la Constitución. En ese sentido, oportunamente ejerció gran influencia sobre nuestra doctrina la obra "*Derecho Constitucional Comparado*" del profesor español Manuel **García Pelayo**.<sup>4</sup> Más tarde aparecería la obra del italiano Paolo **Biscaretti di Ruffia** publicada por el Fondo de Cultura Económica de México y las sucesivas ediciones (cinco en la actualidad) de la magnífica obra "*Diritto Costituzionale Comparato*" del Profesor Giuseppe **De Vergottini** publicadas en Pádova.<sup>5</sup>

Siguiendo con los deslindes y toda vez que la Constitución no solamente se ubica en el vértice de la pirámide jurídica por imperio del principio de supremacía (art. 31 C.N.), sino que también parten de ella las ramas del derecho en general o *de derecho común* en la terminología constitucional (art. 75 inc. 12), corresponde formular una aclaración en cuanto a que las ramas del derecho común o de fondo no son consideradas como ramas del derecho constitucional.

Si bien la aclaración puede parecer ociosa, no lo es tanto en cuanto se advierte que en los programas del Ciclo Profesional Orientado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, se enseña el Derecho Constitucional vinculado con

las distintas especializaciones o áreas del plan de estudio, de manera que mientras en el Ciclo Profesional Común (hasta tercer año) se enseña *Elementos de Derecho Constitucional* en el ciclo de especialización se enseña "**Bases Constitucionales del Derecho Privado**" para quienes siguen la especialización en Derecho Privado y Derecho Notarial; "**Garantías Constitucionales del Proceso Penal**" para quienes han elegido la especialización en Penal; "**Derecho Constitucional Económico**" para quienes han elegido la especialización derecho tributario y empresarial y "**Derecho Constitucional profundizado y Procesal Constitucional**" para quienes han elegido la especialización de Derecho Público y en Derecho Procesal.

En esos casos no se trata en realidad de materias distintas o de ramas distintas sino de la enseñanza del Derecho Constitucional de manera profundizada, en especial a partir de las reglas de interpretación constitucional que se aplican sobre fallos de jurisprudencia correspondientes a diferentes ramas del derecho común. Pero es necesario hacer la aclaración porque las denominaciones confunden. Soy de la opinión, y así lo he expresado en el seno del Departamento de Derecho Público I que la materia debería tener una denominación única: "Derecho Constitucional Profundizado" y a continuación, o entre paréntesis, la orientación a la rama del derecho común que corresponda.

Continuando el orden de los deslindes que es necesario efectuar, corresponde ahora considerar el caso del **Derecho Administrativo** así como de las **Finanzas Públicas y Derecho Tributario**. Ambas son disciplinas, que a diferencia del *derecho común* referido en el párrafo anterior, se entroncan directamente en la Constitución, toda vez que son disciplinas especializadas sobre temas constitucionales que, con el transcurso del tiempo y los estudios sobre tales temas, han alcanzado autonomía científica y didáctica.

Sobre el **Derecho Administrativo** se ha dicho que contiene la "letra chica", mientras la Constitución enuncia los títulos o grandes principios, esta rama especializada estudia la numerosa normativa infralegal e infraconstitucional. En nuestro país ha alcanzado tanto desarrollo que ha llegado a decirse que el derecho administrativo acompaña al ciudadano "desde la cuna hasta la tumba" y que difícilmente pueda pasar un día de su vida sin estar en contacto con el derecho administrativo. El Derecho Administrativo se ocupa en sentido propio de la actividad administrativa del Estado, ya se trate de la llamada

administración centralizada o descentralizada, pero distintas vías ha ido ampliando su ámbito.

La autonomía del Derecho Administrativo Argentino se vio favorecida por la influencia de la doctrina administrativista francesa y el desarrollo de la teoría del *acto administrativo* y de los *contratos administrativos*, así como también por los aportes de la doctrina italiana y española. Tales influencias también se reflejan en la creación del fuero contencioso-administrativo, tanto en la justicia federal como en varias provincias, tomando como base de su organización el Consejo de Estado y el contencioso-administrativo francés.

La influencia de fuentes de distinto origen y provenientes de distintos modelos jurídicos comparados ha traído como consecuencia que en no pocas oportunidades las interpretaciones de la doctrina administrativista se ha apartado de la interpretación de los constitucionalistas, como ha ocurrido, por ejemplo en materia de reglamentos de necesidad y urgencia, legislación delegada y emergencia económica; llegando inclusive a realizarse interpretaciones de la Constitución desde principios creados dentro del Derecho Administrativo que generan zonas de duda en cuanto a la aplicación del principio de supremacía constitucional (art. 31 C.N.).

No menos independencia ha alcanzado la llamada Ciencia de las **Finanzas Públicas**, ubicándose con ella el llamado **Derecho Tributario** y también las cuestiones de naturaleza **presupuestaria**. Son parte de los contenidos de la Constitución Nacional en materia de recursos y gastos para han ido adquiriendo autonomía al incluir entre sus postulados los principios de la ciencia financiera y la ciencia de la tributación, incluyendo el análisis contable y el de auditoría interna y externa del sector público que le han dado un carácter técnico que lo ha individualizado de la interpretación constitucional clásica o general.

La autonomía científica y didáctica del **Derecho Tributario** se ha ido afirmando, toda vez que en su análisis no se siguen solamente criterios y principios propios del derecho público sino que el estudio de la llamada *obligación tributaria* ha incluido análisis provenientes del derecho privado italiano y español. En nuestro país existe una Asociación Argentina de Estudios Fiscales y una Asociación Argentina de Análisis Presupuestario.

Descartamos también finalmente la eventual existencia de un **Derecho Judicial Constitucional**, por aplicación al Poder Judicial de un criterio de

3 BIDART CAMPOS, Germán J. "Tratado Elemental de Derecho Constitucional" EDIAR. Buenos Aires.

4 GARCIA PELAYO, Manuel "Derecho Constitucional Comparado" Revista de Occidente.

5 DE VERGOTTINI, Giuseppe "Diritto Costituzionale Comparato" CEDAM. Padova.

especialización similar al que se refiere el Derecho Administrativo al ocuparse de la administración pública o del Derecho Parlamentario al ocuparse del Poder Legislativo. Ello se funda en dos razones, la primera es que la actividad administrativa del Poder Judicial queda alcanzada en el Derecho Administrativo, como lo demuestra el Reglamento para la Justicia Nacional cuando establece que las acordadas de las Cámaras Federales de Apelación son revisables por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y en segundo término porque la pretensión de un *derecho judicial* se identifica con la jurisprudencia como fuente del Derecho. Llevar las cosas más allá con otras elucubraciones teóricas sería simplemente complicar las cosas.

Como señalamos "ut supra", la autonomía alcanzada por el Derecho Administrativo y por las Finanzas Públicas y el derecho Tributario, no permiten considerarlas como ramas del Derecho Constitucional. Veamos entonces a cuáles consideramos en la actualidad verdaderas "ramas" del Derecho Constitucional en cuanto a su valor científico y didáctico:

- Los Derechos Humanos y las Garantías.
- El Derecho Constitucional Económico.
- El Derecho Electoral.
- El Derecho Parlamentario.
- El Derecho Público Provincial y Municipal.
- El Régimen Constitucional de los Tratados.
- El Derecho Procesal Constitucional.

**Los Derechos Humanos y las Garantías** abarcan lo referente a la "parte dogmática" de la Constitución que se ocupa de los llamados "derechos fundamentales". En la actual concepción, se incluyen en esa parte los llamados derechos de primera, de segunda y de tercera generación, así como sus garantías. A partir de la reforma constitucional de 1994 el catálogo de derechos se ha ampliado con la incorporación al artículo 75 inc. 22 de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. El estudio de la parte dogmática como parte de la Constitución es un contenido clásico e invariable. Sin embargo, a partir de la reforma del plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 1984 aparece la materia *Derechos Humanos y Garantías* como una asignatura del ciclo inicial, separada de *Elementos de Derecho Constitucional*.

De manera que la primera se nutre del contenido dogmático constitucional y de Filosofía del Derecho y de Derecho Internacional Público a razón de un tercio (1/3) de contenidos por especialidad. En la práctica ha sucedido que la enseñanza de los Derechos Humanos se ha ido independizando de la enseñanza del

Derecho Constitucional, estando en la actualidad la mayor parte de comisiones a cargo de profesores de Derecho Internacional Público, dada la vinculación con los tratados de derechos humanos.

Es de esperar que se mantenga la estrecha vinculación de los Derechos Humanos o Derechos Fundamentales con la Constitución a fin de que su relativa autonomía no lleve a recorrer una suerte similar a la ya apuntada con respecto al Derecho Administrativo y al Derecho Tributario. En el diseño curricular de esas nuevas características de la materia se destacaron los Dres. Germán J. **Bidart Campos** y Carlos S. **Niño**, entre los extranjeros merecen citarse Antonio **Perez Luño** y Gregorio **Peces Barba**, ambos españoles que propugnaron la autonomía de la materia y en el ámbito latinoamericano Hector **Gros Espiell** y Hector **Fix Zamudio**.

**El Derecho Constitucional Económico** es el conjunto de preceptos de rango constitucional sobre la ordenación de la economía. Como rama del Derecho Constitucional que se ocupa de la ordenación de la vida económica cobra especial relevancia en nuestros días por el evidente protagonismo que tiene la economía en el campo político, tanto a nivel nacional como internacional. En cierto sentido, puede decirse que la Constitución establece una garantía estructural de la unidad económica, en la medida en que todos los poderes públicos deben respetar las mismas reglas generales en su actuación económica y que todos los particulares se encuentran frente a estos en las mismas condiciones básicas para desarrollar sus actividades.

Hay algunas disciplinas, como el Derecho Administrativo y el Derecho Tributario a los que ya nos referimos, que si bien tienen su base en la norma constitucional, han realizado un desarrollo autónomo, a partir de principios y metodologías que les son propios. No es ese el caso del Derecho Constitucional Económico, que no es autónomo, sino que es parte inescindible del Derecho Constitucional, dentro del cual se identifica por razones de especialización pero no de método. La particularidad del Derecho Constitucional Económico está en aplicar los principios constitucionales a la realidad económica. Entre los autores y publicistas que se ocuparon de las cuestiones económicas constitucionales, cabe citar en lugar destacado a Juan Bautista **Alberdi** por sus escritos, en especial las "*Bases*" y el "*Sistema Económico y Rentístico*".

**El Derecho Electoral** es el paradigma de lo que en este trabajo hemos categorizado como "rama" del Derecho Constitucional en tanto se trata de la aplicación de la propia Constitución con sus principios y lógica de interpretación, pero aplicable a una categoría especial de derechos que son los derechos políticos

y que no se diferencian de los derechos civiles por ninguna condición sustancial, sino porque su titularidad está dada con exclusividad a quienes son ciudadanos. El Derecho Electoral abarca también lo referente a la regulación de los partidos políticos, extremos que han sido particularmente considerados por la reforma constitucional de 1994 que incluyó los llamados derechos de participación.

Desde el año 1962 existe un fuero especializado dentro del Poder Judicial Federal que es el fuero electoral, encabezado por una Cámara Nacional Electoral integrada por tres magistrados cuyos fallos tienen fuerza obligatoria para los 24 Juzgados Federales con Competencia Electoral distribuidos en el territorio nacional a razón de uno por Provincia y por la Ciudad de Buenos Aires, y sobre las Juntas Electorales Nacionales que en tiempo de elecciones se constituyen temporariamente con el presidente de la Cámara Federal de cada distrito, el Presidente de cada Superior Tribunal de Provincia y el Juez Federal con competencia electoral.

De manera que la jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral es una fuente muy importante en esta rama del Derecho Constitucional. Entre los autores extranjeros cabe destacar los aportes de Maurice **Duverger**, Dieter **Nohlen** y Giovanni **Sartori** y entre los argentinos a Héctor R. **Orlandi** y Daniel **Zovatto**.

El concepto de democracia tiene al sufragio y a los partidos políticos como actores ineludibles, al punto que, según se afirma, la democracia es en nuestro tiempo una "democracia de partidos". La reforma constitucional de 1994 ha incluido distintas disposiciones que afirman el rol de los partidos políticos (arts. 37 y 38 C.N.) asignando las bancas por partido en el caso de elecciones para el senado (art. 54 C.N.) También se ha establecido la prohibición expresa de realizar modificaciones al sistema electoral y de los partidos políticos por vía de decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3° C.N.).

Esas normas suplen la omisión del constituyente de 1853 que no los había considerado y abre la puerta hacia un concepto participativo de la democracia que tampoco estuvo previsto en el texto originario, pero que se fue abriendo camino por imposición de la propia realidad.

**El Derecho Parlamentario** ha sido definido como la rama de la ciencia jurídica que investiga los principios a que deben ajustarse la constitución y procedimientos de las asambleas legislativas. De ese modo, quedan comprendidos, entre otros los siguientes aspectos: a) la constitución del Congreso o parlamento en sentido formal, es decir desde las sesiones preparatorias hasta la incorporación de los legisladores, abarcando el juicio sobre la validez de la elección, títulos y derechos

de los mismos, la aceptación de sus diplomas, el juramento y la constitución de las autoridades.

Además de lo relativo a la constitución del parlamento, el derecho parlamentario incluye: b) Los llamados privilegios individuales o colectivos y c) el funcionamiento del cuerpo: sesiones, clases, duración, modo de reunión, carácter de las mismas, formas de emisión de los actos de su competencia, quórum, mayorías de votos, etc. Un especialista en el tema, el Dr. Carlos María **Bidegain** ha realizado una clasificación del Derecho Parlamentario en constitucional y procesal.<sup>6</sup>

De manera que el derecho parlamentario constitucional se aplica a conocer la estructura de la institución, los procedimientos de elección de sus miembros, la renovación de las cámaras, sus facultades disciplinarias, las garantías para su funcionamiento libre (los privilegios), sus atribuciones en materia política y normativa. En tanto que el derecho parlamentario procesal se ocupa del funcionamiento interno de la institución, de los aspectos que deben permitirle actuar como organismo dinámico en el cumplimiento de sus obligaciones.

Otro autor que se ha dedicado con seriedad al tema, el Profesor Jorge H. **Gentile** ha señalado que el derecho parlamentario argentino es la parte del derecho constitucional que estudia la organización, la constitución, el funcionamiento, los procedimientos y las competencias del Congreso, las legislaturas provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires, y los concejos deliberantes municipales y las prerrogativas de sus integrantes.<sup>7</sup>

El **Derecho Público Provincial y Municipal** tiene su punto de partida en el título segundo de la segunda parte de la Constitución Nacional (arts. 121 a 129) en su relación con los artículos 1°, 5° y 31° que tratan de lo que Clodomiro **Zavalía** – quien fuera desde Córdoba el verdadero iniciador de esta rama del Derecho Constitucional – llamaría el “*Derecho Federal*”, a ese aporte inicial, y con el transcurso del tiempo, se sumaría la muy importante obra de Pedro J. **Frías** “*Derecho Público Provincial*”<sup>8</sup> y de Antonio María **Hernández** con su “*Tratado de Derecho Municipal*”<sup>9</sup>.

La magnitud de esas obras no deben, sin embargo, menoscabar la importancia de los aportes de Dardo **Rocha**, José

Benjamín **Matienzo**, como de la Constitución de Santa Fe de 1921, impulsada por Luciano **Molina** y Lisandro **De la Torre**, o los aportes de Salvador **Dana Montaña** y de Alejandro **Gómez**, entre muchos otros.

Lo cierto es que el Derecho Público Provincial y Municipal no sólo se ha nutrido verticalmente aplicando los métodos de interpretación constitucional, sino que también y por el contrario, ha nutrido al constitucionalismo argentino desde la base hacia el vértice de la pirámide jurídica del art. 31, dado la importancia que ha tenido el desarrollo del Derecho Público en las Constituciones Provinciales en las sucesivas “oleadas” históricas de constitucionalismo provincial, entre las que cabe identificar principalmente dos: la primera después de la Revolución Libertadora y en forma paralela a la Reforma Constitucional de 1957 cuando se crearon las “nuevas provincias” en los anteriores territorios nacionales y la segunda “oleada” a partir de la recuperación de la democracia en 1983.

En tales oportunidades fue el derecho provincial el que dio aportes significativos que serían una fuente de la Reforma Constitucional de 1994 en distintos temas, como la autonomía municipal y el federalismo cooperativo por oposición al anterior federalismo de confrontación. Por otra parte, el nuevo status de autonomía que tiene la Ciudad de Buenos Aires ha llevado a algunos constitucionalistas de Buenos Aires a ocuparse del tema, descubriendo el Derecho Provincial y Municipal.

El **Régimen Constitucional de los tratados** no es en sentido estricto una rama del derecho Constitucional, aunque es un capítulo que merece consideraciones particulares de tratamiento por razones de especialidad. En esto interviene el hecho de que los tratados sean una fuente formal de indubitable importancia que, inclusive, a partir de la reforma constitucional de 1994 se ha ubicado por encima de las leyes en cuanto a la gradación jurídica de las normas del artículo 31 (ver art. 75 inc. 22 primera parte) superando las antiguas discusiones entre monistas y dualistas.

En ese sentido, bien puede justificarse que si el derecho parlamentario es una rama especializada del derecho constitucional que se ocupa, entre otras cuestiones, de la formación y sanción de las leyes, es necesario que exista un profundizado estudio sobre la proble-

mática constitucional de los tratados internacionales y del control de constitucionalidad sobre los mismos.

Todo el mecanismo de la celebración y aprobación de los tratados por los Estados integrantes de la comunidad internacional tiene los perfiles de la descentralización que caracterizan a la organización jurídica de esa comunidad. La carencia de competencias centralizadas y de un orden unitario ponen en las órbitas locales la regulación de cuestiones que exceden el mero interés o la competencia individual de los Estados. En consecuencia, son las prescripciones constitucionales de cada Estado –su derecho público interno– quienes gobiernan la distribución de los órganos, los procedimientos, las formas y las condiciones de validez de los compromisos internacionales, como asimismo establecen la jerarquía que esas normas tendrán en el ámbito jurídico del Estado. De allí surge también la necesidad de remitirse a las normas y prácticas del derecho público de cada país para reconocer el *treaty-making power*, determinando los límites de la competencia de los poderes del Estado y las consecuencias de su vulneración.

Entre las obras dedicadas a esta parte de la materia merecen destacarse como obra clásica el “*Derecho Constitucional Internacional*” de Boris **Mirkin-Guetzévich** que marcara una impronta en su tiempo. Asimismo es de destacar la obra del Profesor Italiano Antonio **La Pérgola** titulada “*Poder Exterior y Estado de Derecho*”. En el Derecho Constitucional Argentino, la obra clásica en este tema es el libro del Dr. Jorge Reinaldo A. **Vanossi** “*Régimen Constitucional de los Tratados*”, cuya primera edición de “El Coloquio” fue publicada en 1969 y en cuya segunda edición de Abeledo-Perrot del año 2000 participamos para tratar los nuevos temas introducidos por la Reforma Constitucional de 1994<sup>10</sup>. Cabe también citar el libro del Profesor Juan Vicente **Sola** titulado “*El Manejo de las Relaciones Exteriores. La Constitución y la Política Exterior*” publicado por la Editorial de Belgrano.<sup>11</sup>

La Reforma Constitucional de 1994, además de resolver la antigua disputa entre “monistas” y “dualistas” introdujo la problemática de los tratados de derechos humanos, de los tratados de integración y de los tratados que pueden firmar las provincias. En ese sentido, la problemática referida a los tratados de integración ha generado un “subcapítulo” referido al

6 BIDEGAIN, Carlos María “Cuadernos de Derecho Constitucional” Depalma. Buenos Aires.

7 GENTILE, Jorge H. “Derecho Parlamentario Argentino” Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires.

8 FRIAS, Pedro J. “Derecho Público

Provincial”. Depalma. Buenos Aires

9 HERNÁNDEZ, Antonio María “Tratado de Derecho Municipal”. Depalma. Buenos Aires

10 VANOSSO, Jorge Reinaldo A. y DALLA VIA, Alberto Ricardo “Régimen Constitucional de los Tratados”. Abeledo

Perrot. Buenos Aires 2000 con prólogo de Segundo V. LINARES QUINTANA y Germán J. BIDART CAMPOS

11 SOLA, Juan Vicente “El Manejo de las Relaciones Exteriores” Editorial de Belgrano. 1997

*Derecho de la Integración*, tanto originario como derivado y que encuentra su mayor desarrollo en la literatura constitucional europea.

Finalmente cabe considerar la existencia del **Derecho Procesal Constitucional** como rama del Derecho Constitucional. En ese sentido, el sólo hecho de que importantes juristas de nuestro medio, de la jerarquía de Néstor Pedro **Sagiés** y Augusto Mario **Morello** señalen la existencia de un Derecho Procesal Constitucional, parece razón suficiente para darle entidad y contenido.

Hay una fuerte afirmación del llamado garantismo que tiende a destacar el valor instrumental de los procesos para hacer factible el ejercicio de los derechos constitucionales. Señala **Ferrajoli** que "...la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar..."<sup>12</sup>. Y ya con anterioridad se refería Hans **Kelsen** a las declaraciones de derechos diciendo que "...las libertades que conceden son derechos en sentido jurídico sólo cuando los súbditos tienen la oportunidad de reclamar contra actos del Estado por los cuales estas prescripciones constitucionales son violadas y la facultad de hacer que tales actos sean anulados..."<sup>13</sup>.

Por eso se pone el acento en los procesos como garantías que se manifiestan en instituciones concretas como la mayor amplitud otorgada al amparo y al hábeas corpus a partir de la reforma constitucional de 1994, la incorporación del hábeas data, el denominados "acceso a la justicia" en algunas constituciones provinciales, la ampliación del control de constitucionalidad y de la legitimación activa en los llamados derechos colectivos que marcan una tendencia cada vez más creciente hacia la plena judicialidad de los actos.

Es indudable que toda esta situación nueva representa una clara tendencia que sería absurdo negar, pero la pregunta de fondo que cabría hacerse es si esta ampliación o profundización a favor de la operatividad de los derechos constitucionales o, si se quiere, de la fuerza normativa de la Constitución, se da dentro del derecho constitucional como derecho sustantivo o del derecho procesal como derecho adjetivo, porque en verdad, la denominación de esta pretendida rama parece mezclar las cosas y no tratarse en rigor de una parte del Derecho Constitucional sino de una profundización de su todo a favor de su plena vigencia normativa.

Creo que se dan las dos cosas; por un lado se ha ampliado el "catálogo" de derechos y garantías contenidas en la Constitución, como ocurrió en la reforma constitucional al incorporar el artículo 43

y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) y por otra parte, como bien lo señala **Morello** se han acentuado los principios constitucionales en los procesos adjetivos como la amplitud probatoria, las audiencias, la oralidad, el procedimiento dispositivo, la desconcentración de funciones jurisdiccionales, etc.<sup>14</sup>.

Hay en definitiva una zona de confluencia entre el Derecho Constitucional como derecho de fondo de rango supremo dentro del ordenamiento jurídico y el derecho procesal como disciplina adjetiva que contribuye a la eficiencia de los procesos para la realización del valor Justicia. Un argumento que permite insistir en esa afirmación es que quienes sostienen la existencia de un Derecho Procesal Constitucional se ocupan de los procesos constitucionales sumarisimos o

abreviados pero no se ocupan de un proceso constitucional contenido en el propio texto fundamental, como es el juicio político o los procedimientos del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.

Hasta aquí hemos querido presentar un panorama de las ramas del Derecho Constitucional, sin pretender que las mismas son inmutables o responden a categorías fijas, sino que, por el contrario, las mismas van nutriéndose, evolucionándose o adaptándose con el devenir de la realidad y de los cambios en el Derecho.

La Constitución, por definición, no puede ser más que una y suprema, de lo contrario no es. Como señalara Alexander **Hamilton** "Una constitución es de hecho, y debe ser considerada por los jueces como una ley fundamental. Por lo tanto a ellos les corresponde determinar su significado..."<sup>15</sup>.

12 FERRAJOLI, Luigi "Derecho y Razón. Una teoría del garantismo penal". *Varios Traductores. Editorial Trotta. Madrid.*

13 KELSEN, Hans "Teoría General del Derecho y del Estado". *Universidad Nacional Autónoma de México.*

14 MORELLO, Augusto Mario "Constitu-

ción y Proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales". *Librería Editora Platense. 1998*

15 HAMILTON, MADISON Y JAY "El Federalista". N° LXXVIII Fondo de Cultura Económica. México. 1974 p. 332



## HACIA UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. PROPUESTA.

por **Edgardo Rubén Hughes**

Ex - Presidente del Superior Tribunal de Justicia de Chubut. Ex - Convencional Constituyente de 1994. Presidente de la Comisión Redactora de la Reforma de 1994. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Postgraduado en Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca.

### I-INTRODUCCIÓN

A la luz de la vertiginosa evolución que generan los tiempos modernos, cabe preguntarse si procede *aggiornar* algunos institutos vinculados con el servicio de justicia de un lado, y de otro en lo que es medular con el sistema de garantías o autogarantías del esquema constitucional.

Concretamente si es suficiente y funcional mantener el actual esquema de control último de constitucionalidad en el ámbito competencial de la CSJN, o si por el contrario tal actividad sin una obliteración sustancial es dable transferirla con ciertas limitaciones a otro órgano. Y en tal caso cuales serían las características del mismo, su composición y el ámbito competencial.

Y aquí por lo valioso, aun cuando no totalmente extrapolable, aparece como adecuado volver la vista hacia la perspectiva que genera la creación de un TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FE-

DERAL tomando algunas de sus particularidades a partir de la nunca bien superada polémica entre SCHMITT<sup>1</sup> y KELSEN<sup>2</sup> acerca de quien debía ser el guardián de la constitución, que generara un ámbito doctrinario y un efecto práctico inconmensurable para quienes transitaron uno u otro esquema, y el americano con eje en su propio esquema institucional, pero especialmente a partir de MARBURY vs. MADISON, en la que se proclamó el principio esencial en todas las constituciones escritas de que "a law repugnant to the Constitution is void; and that courts, as well as other departments,

1 Conf. en lo pertinente SCHMITT, Carl "La Defensa de la Constitución", Tecnos, Madrid, 1998.

2 Conf. en lo pertinente KELSEN, Hans "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?", Tecnos, Madrid, 2002.

are bound by that instrument", y la no menos trascendente COHEN vs. VIRGINIA<sup>3</sup>, o el europeo amasado en entreguerras y que tuviera su impulso sustancial a partir de la segunda guerra mundial.

Uno difuso y judicial y el otro concentrado y con un órgano diferenciado, pero por supuesto que entendemos las dificultades normativas, aclaramos que superables, que implica la implantación de un TRIBUNAL como el que propugnamos y seguramente vendrá en el futuro, pero también de las que generan las prácticas anquilosantes aun cuando haciéndonos cargo- también- que de costumbres y estructuras diversas se trata.

Pero nada obstaría a adaptar lo adaptable y transitar una suerte de línea intermedia, permítaseme la licencia, donde preservando el control judicial y difuso, en determinados supuestos seleccionados y de la máxima trascendencia institucional el rol decisorio o consultivo correspondiera a tal TRIBUNAL.

Ello además, permitiría generar efectos importantes, mas no los únicos, como lo son descongestionar parte del cúmulo de tareas del máximo órgano jurisdiccional federal, un ámbito altamente especializado en cuestiones constitucionales y para los tratados internacionales, un órgano diverso del poder judicial al que no pertenecería él, y, en función de la preparación, selección e independencia de las estructuras judiciales, una mayor confiabilidad, cuestión de máxima trascendencia en orden a las circunstancias que son de publico conocimiento.

En atención a las lógicas limitaciones que genera el espacio en las publicaciones, y por ser ampliamente conocida, no me detendré en el análisis de los orígenes teóricos de la cuestión en el derecho europeo y en su expansión, ni tampoco en sus defectos que los posee, pero es indubitable el impacto fenomenal que tuvo en materias trascendentes, como el que hace al derecho comunitario, el de la integración y los derechos fundamentales, entre otros, TRIBUNALES CONSTITUCIONALES como los de ALEMANIA, ESPAÑA, ITALIA, etc.

Fenómeno expansivo en lo institucional que se trasladaría a América, y en forma reciente y a solo título ilustrativo vale recordar el TRIBUNAL CONSTITU-

CIONAL de BOLIVIA previsto en los artículos 119 a 121 de la Constitución Política del Estado e instrumentado por la Ley Nro. 1836 del Tribunal Constitucional<sup>4</sup>, sancionada el 1º de Abril de 1998.

Más si es del caso recordar, por su implicancia, que en los países que han adoptado el sistema de justicia constitucional concentrando sus funciones han ido mas allá de las que el texto constitucional les asignara en forma expresa, habiéndose convertido en instituciones que serían posiblemente irreconocibles hoy para el creador el modelo, Hans Kelsen, desplazándose de su función primigenia de defensores de la constitución, que mantienen a la de interpretes del texto constitucional.

## II.- COMPOSICIÓN DEL ORGANO, DESIGNACION Y DURACIÓN DE SUS INTEGRANTES

En orden a la composición del órgano, y también en una primera aproximación, deberá tenerse en cuenta que ha diferencia de los Tribunales Constitucionales europeos, el que propugnamos tendrá un ámbito competencial de menor dimensión, en tanto preservando el control jurisdiccional difuso de constitucionalidad, se reservará el mismo un ámbito limitado a cuestiones de la mayor trascendencia institucional, consecuencia de lo cual el número de sus miembros podrá ser razonablemente inferior al de tales tribunales.

Por ejemplo, siguiendo el modelo Boliviano, integrárselo con cinco miembros titulares y cinco suplentes, conformación diversa a la del Tribunal Alemán que cuenta con 16 miembros, el Español con doce, el Italiano con quince<sup>5</sup>, entre otros.

Respecto de la designación ha de tenerse presente dos cuestiones cardinales, de necesaria vinculación, pero que en una primera aproximación -lógica y necesaria- permiten sostener que debe estar integrado por especialistas de reconocida versación y comprobada trayectoria personal e institucional, y sólido compromiso con las instituciones de la Republica, que lo harían con el mismo rango que se asigna a los ministros de la Corte Suprema de Justicia Nacional, designados con una mayoría específica y agravada, por ejemplo 4-5 partes de los votos positivos de los miembros del cuerpo de diputados y senadores, y la propuesta sería efectuada, por ej., por una

comisión especial del Honorable Congreso Nacional integrada por representantes de todos los partidos con representación parlamentaria.

Recordamos, *mutatis mutandi*, que según la Constitución Alemana, art. 94, ap. 1, la mitad de los miembros del Tribunal Constitucional Federal la elige el Bundestag, y la otra mitad el Bundesrat, mientras que la Constitución Italiana, art. 135, prevé que los jueces son designados de un tercio del Parlamento en sesión ordinaria de las dos Cámaras, un tercio por el Presidente de la República, y un tercio por las Magistraturas Supremas Ordinarias y Administrativas, y la Española que los doce miembros los nombra el Rey, a propuesta de: cuatro por el Congreso de Diputados, cuatro por el Senado, dos por el Gobierno, y dos por el Concejo General del Poder Judicial.

Más, siempre con una visión de futuro, no puedo soslayar la posición que vengo sosteniendo desde hace largo tiempo en diversos foros y publicaciones, en orden a la designación por vía de la elección popular directa de determinados funcionarios o magistrados judiciales, y este podría ser un ejemplo paradigmático donde el ciudadano seleccione a los integrantes de lo que será posiblemente el máximo órgano de garantías para las personas, y para la misma constitución.

Su duración sería limitada en el tiempo con posibilidad de una sola reelección, y el mandato no extenderse mas allá de un lapso determinado -vgr. seis años-, a diferencia de lo que ocurre con los magistrados que integran el Poder Judicial, lo que permitirá, entre otros efectos, evitar el anquilosamiento, permitir la renovación y evitar eventuales compromisos que no lo sean solo con la misión encomendada.

Ello es conteste con los criterios seguidos para los Tribunales europeos más relevantes, por caso, los jueces del Tribunal Alemán son designados para un mandato de doce años, el que no es renovable, los del Tribunal Italiano con un mandato que en principio era de doce años y que se redujo en 1967 a nueve, también no renovable, y los de España, de nueve años, con la característica de que no es inmediatamente renovable.

## III.- UBICACIÓN FUNCIONAL

Estructura independiente de los demás órganos constitucionales y sometido sólo

3 FERNÁNDEZ SEGADO, "El Sistema Constitucional Español", pag. 1039, DYKINSON, Madrid, 1992.

4 U.P.S. Editorial, La Paz, Bolivia, 2002.

5 Conf. en lo pertinente Favoreau, Luis, "Los Tribunales Constitucionales", traducción original de Vicente VILLACAMPA, de LES

COURS CONSTITUTIONNELLES, Editorial ARIEL, pgs.114 y ss, Barcelona, España, 1993.

a la Constitución Federal, los Instrumentos Internacionales que vinculan a la República, la Ley Orgánica que, a los fines de su funcionamiento se dicte, y a la reglamentación que el mismo se dé. En consecuencia, es independiente de otro poder del Estado, no integrar el Poder Judicial, siendo en definitiva una suerte de órgano extrapoder para usar una descripción usual.

#### IV.-COMPETENCIAS TENTATIVAS

Su competencia, a título ejemplificativo y referencial, debería comprender la evacuación de consultas previas sobre cuestiones constitucionales a partir de determinados órganos o personas legitimadas para ello, junto a su función liminar de resolver cuestiones de constitucionalidad o inconstitucionalidad que se le asignen asumiendo en su caso la calidad de legislador negativo, retomando la gráfica expresión KEL-SENIANA.

Recordamos que en general la competencia de la jurisdicción constitucional de los Tribunales Constitucionales europeos refiere a cuatro grandes grupos.

a.- Control de constitucionalidad de normas con rango de ley, en general vía del control abstracto, mediante el cual el tribunal se pronuncia a priori o a posteriori de la entrada en vigor de la norma, sin referencia a un conflicto derivado de su aplicación a un caso particular. El pronunciamiento es consecuencia del examen del texto legal, por imperativo de la constitución en forma automática o vía de la impugnación por medio de la acción de inconstitucionalidad.

A contrario, el denominado control concreto se produce en el marco de un procedimiento judicial y respecto de un caso entendiendo el juzgador que la norma con certeza, o como mínimo con probabilidad puede ser contraria a la constitución. Allí, detiene el procedimiento y difiere la cuestión sobre la inconstitucionalidad de la norma al Tribunal Constitucional.

Tal procedimiento es el previsto, en general, en los ordenamientos que para la justicia constitucional prevén los ordenamientos europeos occidentales.

En el control abstracto de constitucionalidad predomina una perspectiva que suele denominarse como negativa, y que esta enderezada en lo sustancial a la protección o defensa de la constitución, por lo contrario en concreto más que una

técnica defensiva se erige en una vía para la interpretación y creación del derecho por el andarivel de la jurisdicción constitucional.

b.- Resolución de conflictos entre entes territoriales del Estado para los países de estructura federal o regional, generalmente también a través del control abstracto de constitucionalidad o el procedimiento de conflictos de competencia.

c.- Protección por la jurisdicción constitucional de derechos fundamentales, donde usualmente no se enjuicia por vía de la queja constitucional la constitucionalidad de la norma, aplicada al caso, sino si al aplicarla se han vulnerado derechos fundamentales de uno o mas individuos, con la fuerza expansiva que tales decisiones tienen respecto de su obligatoria aplicación a otros similares supuestos. Extiende así su actividad evolutiva de la sola defensa constitucional a la interpretación y generación en consecuencia de criterios interpretativos a partir de los textos constitucionales.

Así, los sistemas austriaco, húngaro, suizo, alemán y español, dicho esto a título enumerativo.

d.- Junto a ellas, clásicas en los Tribunales constitucionales, aparecen otras también destinadas a sostener el orden constitucional. Ejemplo la resolución de conflictos entre órganos constitucionales, en España, Italia, Alemania, etc., pronunciamientos sobre admisibilidad o inadmisibilidad de referendos, como sucede en Italia y Austria, o constitucionalidad de partidos políticos como en Alemania, etc.

Con eje en nuestro esquema institucional y las experiencias ajenas de enorme valía, aparece como adecuado pensar en una primera aproximación y a título de ejercicio teórico en las siguientes.

a.- Control de constitucionalidad en abstracto o concreto limitadas a materias de importante trascendencia institucional, respecto de leyes, decretos y otras normas de alcance general.

b.- Idem respecto de tratados y otros instrumentos internacionales

c.- En causas de una provincia o provincias contra otra, u otras, donde lo relevante sea la cuestión constitucional, o los tratados y otros instrumentos internacionales.

d.- Idem respecto del Estado Nacional.

e.- Sobre interpretación o aplicación de normas constitucionales provinciales, agotadas las instancias locales, en forma originaria o por vía recursiva según los casos y las personas.

f.- Sobre interpretación o aplicación de normas relativas a derechos fundamentales en abstracto o en concreto.

g.- A título consultivo respecto de normas generales ha dictarse por el Congreso Nacional, decretos del Poder Ejecutivo, etc.

h.- Sobre conflictos de poderes entre órganos constitucionales.

i.- Control de constitucionalidad respecto de cuestiones vinculadas con la reforma de la constitución.

#### V.-CONCLUSIÓN

En definitiva, no alberga otra pretensión la propuesta que el de inducir la búsqueda de nuevos mecanismos destinados a preservar la estructura institucional y la primacía constitucional, sin alterar la vigente, más si complementándola y remitiéndola a supuestos especialísimos tomando como se dice *ab initio* nuestra experiencia y la extraña en un mundo complejo, dinámico y globalizado mas con eje en el necesario ajuste de las instituciones democráticas en pos de la profundización de las reservas y resguardos institucionales en el Estado de Derecho.

Y también en tal orden, *mutatis mutandi*, aparece oportuno recordar con PEREZ ROYO<sup>6</sup> que en los países que en el pasado han tenido dificultades serias en tránsito del Estado Liberal al Estado Democrático y han tenido que pasar por períodos prolongados y traumáticos de destrucción del régimen constitucional, como ocurrió en Alemania, Italia o España, la interpretación compartida de la constitución por él y el Tribunal Constitucional ha resuelto ser un sistema muy eficaz para estabilizar y hacer funcionar correctamente el Estado Democrático. De ahí que M. Cappelletti haya podido escribir: "*Parece que ningún país europeo que salga de alguna forma de régimen no democrático o de una tensión interna importante pueda encontrar mejor respuesta a la exigencia de reaccionar contra demonios pasados, y posiblemente para impedir su vuelta, que la de introducir la justicia constitucional en su forma de gobierno*".

## “LA GARANTÍA DE INAMOVILIDAD EN LA FUNCIÓN JUDICIAL COMO IMPOSICIÓN DEL SISTEMA REPUBLICANO DE GOBIERNO”<sup>[1]</sup>

por Sergio Rubén Lucero

Juez de Cámara de Apelaciones con asiento en Trelew – Chubut. Presidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la Provincia del Chubut.

El 11 de octubre próximo pasado se cumplió el décimo aniversario de la reforma de la Constitución de la Provincia del Chubut. Lo mismo aconteció el 22 de agosto con la reforma de la Constitución Nacional. Tal hito temporal cumplido por ambas leyes fundamentales hoy vigentes, es de suma trascendencia, y de allí el merecido homenaje que se impone efectuar dando lugar a este tipo de encuentros científicos en los que nos es y será siempre grato participar.

No obstante permítaseme señalar que los diez años transcurridos son escasos para poder siquiera analizar, desde cualquier óptica que se pretenda, la inserción o el funcionamiento de aquellas modificaciones que fueran introducidas a la normativa de antaño o bien de aquellas otras noveles instituciones que se incorporaran en tales reformas.

Válido es añadir, además, que las constituciones requieren de numerosas leyes que la desarrollen, proceso integrativo éste, que por ahora, no se encuentra concluido en el ámbito nacional ni tampoco en el provincial.

Por último, tampoco es de soslayar ya refiriéndome particularmente a la reforma de la Ley fundamental de la Provincia, que esta fue realizada respecto de una Constitución de escasos 47 años de vida, que tuvo como virtud establecer un marco jurídico-institucional que en el escaso lapso de vigencia, en el modo de medir los tiempos de las Cartas Magnas (recuérdese que fue sancionada el 26/11/57) se caracterizó, y de tal manera fue reconocida, por contener preceptos superadores e innovadores respecto a los fijados por la Constitución Nacional a la cual debía adecuarse.

Valga como ejemplo, sólo a título de cita: a) la incorporación en su texto normativo supremo de la acción de amparo, del mandamiento de ejecución y el mandamiento de prohibición (Arts. 34, 35 y 36 C.P.Ch. –1957-, hoy arts. 54, 58 y 59 de la C.P.Ch. –1994-), instituciones que en el orden nacional solo tenían reconocimiento pretoriano (reglándose el procedimiento en 1966 -Ley 16.986- teniendo reconocimiento constitucional recién en la reforma de 1994), o si bien ya había sido motivo de reglamentación legal a nivel constitucional en data precedente (Prov. de Santa Fe – Constitución del año 1921-; Prov. de Entre Ríos – Constitución de 1933- y Prov. de Mendoza – Constitución de 1949-), en todos los casos lo fue con un contenido limitado o bien sin la extensión y amplitud con la cual se incorporaron normativa-

mente tales garantías en nuestra Constitución Provincial. b) Otra manifestación de lo trascendente e innovadora que fue la Constitución del Chubut de 1957 lo es el particular método que preveía para la selección y enjuiciamiento de los Magistrados y Funcionarios Judiciales, estableciendo un sistema en el cual el Poder Ejecutivo no contaba con participación alguna en el procedimiento de designación de los integrantes del Poder Judicial, salvo en lo relativo a la propuesta de los integrantes del Superior Tribunal de Justicia. Ello acentuó, por lo menos en cuanto al sistema imaginado sabiamente por los constituyentes, la garantía de independencia que se propicia resguardar en la etapa de selección y designación de quienes han de cumplir con la función jurisdiccional. Y por último, sin agotar por supuesto el menú de innovaciones y reglas superadoras que contemplaba, siempre refiriéndonos a la estructuración del Poder Judicial, también se adelantó a la Carta Magna Nacional al fijar que el enjuiciamiento de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial (más otros funcionarios del ejecutivo) no dependería de ningún otro Poder del Estado, siendo reservada tal función a un Tribunal de Enjuiciamiento, excepción hecha igualmente en lo que respecta a los integrantes del Superior Tribunal y Procurador Fiscal que se encuentran sujetos a los fines de juzgar su actuación al proceso de remoción por intermedio del juicio político (Arts. 200 y 202 C.P.Ch. – 1957-; hoy Arts. 209/211 C.P.Ch. –1994-).

Sin dudas que la reforma que hoy recordamos en sus diez años cumplidos no sólo mantuvo tales innovadoras instituciones sino que las mejoró y añadió otras previsiones vinculadas a las nuevas exigencias de la vida institucional, social, política y económica de la provincia en el marco de un mundo también extremadamente cambiante, como lo es, por ejemplo: la reglamentación puntillosa de los derechos personales y garantías del ciudadano, adscribiendo decididamente, de tal modo, al bloque conformado por los pactos y tratados internacionales, de

profundo contenido garantista, el que fuera incorporado con jerarquía suprallegal por la Constitución Nacional reformada en 1994 (Art. 75 inc. 22 C.N.).

II.-) Todo lo dicho a propósito de los nuevos comentarios y declaraciones públicas vinculados a una eventual segunda reforma, la que según se propala por los medios de comunicación por los gobernantes actuales, se impulsaría en el año próximo.

Particularmente nos interesa focalizar la atención en uno de aquellos temas que se adelantaran como contenidos o puntos sujetos a posible reforma, cual es el relativo a la opción que se presenta entre mantener la actual preferencia por las designaciones judiciales con **estabilidad permanente** que fija el Art. 165 de la Carta Magna provincial, o bien modificarla para incorporar la periodicidad en las funciones judiciales, optando con ello por un sistema de **estabilidad temporaria**.

Este es, pues, el tema del título del presente trabajo y en ello se centrarán las consideraciones que siguen.

Sin embargo, previo a ingresar al análisis puntual de los argumentos que en pro o en contra de tal pretensión se han esgrimido, es útil tener presente cómo pueden clasificarse las posibles tipologías que son viables de reglar en punto a la durabilidad de las funciones de los jueces, que podrían ser las siguientes:

**Estabilidad permanente o vitalicia:** Es la seguida por la anterior y actual Constitución de la Provincia y la Constitución Nacional de 1953, postura que es seguida, además, por todas las Constituciones hoy vigentes en las provincias argentinas, excepto una, por lo menos en lo que respecta a los miembros de los tribunales inferiores.

Implica que los magistrados y funcionarios duran en sus funciones mientras no incurran en las causales de destitución previstas taxativamente por la ley fundamental respectiva, las que con pocas variantes consisten en especies

[1] Corresponde a la disertación del autor en las “jornadas décimo aniversario de las reformas de la Constitución del Chubut y Nacional”, llevadas a cabo en la ciudad de

Comodoro Rivadavia los días 29 y 30 de Octubre de 2004, bajo la organización de los Colegios Públicos de Abogados de Comodoro Rivadavia y Sarmiento, la cátedra

de Derecho Constitucional de la UNPSJB en conjunto con el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut.-

traducidas de los siguientes conceptos jurídicos indeterminados: "mal desempeño", "idoneidad", "mala conducta".<sup>2[2]</sup>

Esto es, la inamovilidad es una garantía que no es absoluta ni por ende, "perpetua" como se ha escuchado decir por aquellos que propician establecer la temporalidad.

Esta tesitura participa de la hermenéutica que postula que la inamovilidad de los jueces, junto con la intangibilidad de sus remuneraciones, son garantía contempladas en la Constitución Nacional para asegurar la independencia judicial.

Concretando aún más esta exigencia, el artículo 14 del Estatuto del juez iberoamericano establece: "*Como garantía de su independencia, los jueces deben ser inamovibles desde el momento en que adquieren tal categoría e ingresan a la carrera judicial, en los términos que la Constitución establece. No obstante, podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad física o mental, evaluación negativa de su desempeño profesional en los casos en que la ley lo establezca, o destitución o separación del cargo declarada en caso de responsabilidad penal o disciplinaria, por los órganos legalmente establecidos, mediante procedimientos que garanticen el respeto del debido proceso y, en particular, el de los derechos de audiencia, defensa, contradicción y recursos legales que correspondan*"<sup>3[3]</sup>.

Se inscriben en esta opción las siguientes leyes fundamentales, a saber:

- Art. 96 C. Nacional. (1853-1860).
- Art. 93 C. de la Prov. de la Pampa (1994).
- Art. 130 C. de la Prov. de La Rioja (1998)\*.
- Art. 199 C. de la Prov. de Río Negro (1988).
- Art. 144 C. de la Prov. de Tierra del Fuego (1991).
- Art. 154 C. de la Prov. del Chaco (1994).
- Arts. 195 y 196 C. de la Prov. de Catamarca (1988).
- Art. 176 C. de la Prov. de Bs. As. (1994).
- Art. 154 C. de la Prov. de Córdoba (2001).
- Art. 143 C. de la Prov. de Corrientes (1993).
- Art. 153 C. de la Prov. de Neuquen

- (1957).
- Arts. 150 y 151 C. de la Prov. de Entre Ríos (1933).
- Arts. 163 y 164 C. de la Prov. de Formosa (1991).
- Art. 175 C. de la Prov. de Santiago del Estero (1997).
- Art. 171 C. de la Prov. de Jujuy (1986)\*.
- Art. 151 C. de la Prov. de Mendoza (1965).
- Art. 140 C. de la Prov. de Misiones (1958).
- Art. 200 C. de la Prov. de San Juan (1986).
- Art. 201 C. de la Prov. de San Luis (1987).
- Art. 88 C. de la Prov. de Santa Fe (1962).
- Art. 98 C. de la Prov. de Tucumán (1990)\*.
- Art. 110 C. de la Ciudad Autónoma de Bs. As. (1996).

\*En sus versiones anteriores preveían estabilidad temporaria para los cargos tribunales, Tucumán (10 años -Const. de 1907-); Jujuy (6 años para los jueces del S.T.J. y 4 para los Jueces de instancias inferiores); La Rioja ( igual que la Jujuy - Const. de 1909).

**Estabilidad temporaria:** Comprende el supuesto de aquellos funcionarios judiciales que permanecen en sus cargos hasta que venza el plazo por el que fueran nombrados, sin perjuicio de la posibilidad de que se les renueve el nombramiento aún indefinidamente.

La única Constitución que en la actualidad establece la estabilidad temporaria, aunque resalto que únicamente para los miembros de la Corte de Justicia y para los integrantes del Ministerio Público (Procurador General, Defensor General y Asesor General de Incapaces), es la provincia de **Salta (6 años)**.

También cabría incorporar como supuesto de esta estabilidad temporaria al caso hipotético pero posible de concurrir en el actual marco normado por la Constitución Nacional, de aquellos nombramientos de magistrados en el ámbito de la justicia federal que al tiempo de ser designados ya tengan los 75 años de edad, en cuyo caso su nombramiento sería por un período de vigencia transitorio o acotado a cinco (5) años.

- Arts. 156 y 165 C. de la Prov. de Salta (2003).

- Art. 99, inc. 4to. Const. Nacional (1994)

**Estabilidad permanente relativa (no vitalicia):** Agrupa a los magistrados que ingresando a la función judicial la mantienen "mientras dure su buena conducta" aunque solo hasta alcanzar un tope de edad, o cuando se encuentren en condiciones de jubilarse, o bien, la combinación de ambas condiciones. Se inscriben en tal categoría las siguientes:

Art. 99, inc. 4to. de la Const. Nacional (requiere nuevo acuerdo para todos los magistrados mayores de 75 años sin distinción de grados).

Arts. 156 y 165 Const. de la Prov. de Salta (la inamovilidad de los jueces y funcionarios de las instancias inferiores a la Corte Suprema cesa al momento que puedan obtener la jubilación).

Art. 88 Const. de la Prov. de Santa Fe (cesan a los 65 años "si están en condiciones de obtener la jubilación ordinaria").

Art. 130 Const. de la Prov. de La Rioja (solamente los miembros del T.S.J. y el Procurador Fiscal cuando cumplan 75 años requieren nueva propuesta y designación).

**Designaciones "a prueba" o "noviciado":** Por este sistema se somete a los jueces designados a un período de prueba que varía entre 1, 3 o 6 años. Si al cabo de ese lapso resultan "designados" o "confirmados", recién adquieren la estabilidad permanente, funcionando como una suerte de condición resolutoria la falta de "ratificación" en la función o bien, desde otra óptica, como una condición suspensiva cual es su "ratificación".

Con las características señaladas solamente se registra el antecedente histórico de la Constitución de la Rioja de 1933 que rigió hasta 1986, que incorporaba propiamente un nombramiento "noviciado" esto es, sujeto a la condición de nombramiento efectivo luego de transcurrido el período de prueba de un (1) año.

En la actualidad, la única Constitución que prevé una especie atenuada de "noviciado" y únicamente para los ingresantes al Poder Judicial, es la Constitución de la Provincia del Chubut.<sup>4[4]</sup>

2[2] Desde luego esta categoría de inamovilidad "permanente" o "vitalicia" esta condicionada a la buena conducta. No hablamos de juez incapacitado o inhabilitado que merece un enfoque diametralmente distinto quizás más cercano al ámbito de la seguridad social en cual también los jueces debieran estar amparados ante tal específica contingencia. Valga esto

como aclaración ante la errónea terminología empleada por quienes cuestionan tal perdurabilidad o estabilidad funcionalidad con "perpetuidad"

3[3] Estatuto del Juez elaborado por la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, los días 23, 24 y 25 de

Mayo de 2001.

4[4] No puede omitirse consignar que desde su puesta en funcionamiento, el Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut ha procedido a "evaluar" la actuación de todos los magistrados y funcionarios que fueran designados a través de su proceso de selección, sean o no ingresantes al Poder Judicial.

Art. 192, inc.5 Const. de la Prov. del Chubut (El Consejo de la Magistratura evalúa la actuación del ingresante al Poder Judicial al cabo de los 3 años de su nombramiento, de resultar insatisfactoria eleva al Superior Tribunal de Justicia o al Tribunal de Enjuiciamiento según sea el caso).

**Nombramientos provisorios:** Esta situación puede darse de dos maneras: 1) que la Constitución así lo prevea para específicos supuestos, como por ejemplo el expreso facultamiento delegado al Poder Ejecutivo Nacional para nombrar en comisión en cargos vacantes que requieran acuerdo del senado, durante el período de su receso (art. 99 ins. 19 C.N.). 2) Cuando se haya fijado plazo perentorio para la cobertura sin que se cumpla con el procedimiento previsto, supuesto este que habilita por expreso potestamiento constitucional a que el Tribunal Superior de la provincia –generalmente- efectúe el o los nombramientos provisorios.

Tal tipo de previsión se halla en las Constituciones de San Juan (Art. 206), Santiago del Estero (Art. 187) y Chaco (Art. 164)

III.-) Establecida someramente una categorización posible o tentativa de los grados de estabilidad con que pueden ser individualizadas las designaciones en la función judicial, es también pertinente advertir que lo que se denomina INAMOVILIDAD involucra no solo la PERMANENCIA en la función mientras no exista causa taxativamente indicada por la Constitución respectiva como causal de exclusión, sino que también comprende la inamovilidad del GRADO y la SEDE.<sup>5[5]</sup>

Ahora bien, sin dudas que el tema de la garantía constitucional de la inamovilidad en los cargos judiciales conlleva un conflicto ideológico-político importante, y además en el Derecho Argentino pone a prueba la cuestión vinculada a la medida de la necesaria adaptación y compatibilidad entre las instituciones federales y las provinciales.

Quizás el origen de la limitación cronológica en los cargos tribunales, que llega luego al derecho público provincial argentino por obra de Joaquín V. González (opinión plasmada normativamente con él como convencional constituyente en la Const. de la Rioja del

año 1909), puede ser ubicada en Estados Unidos entre 1830 y 1850, donde en el plano estadual se limitó temporalmente el desempeño de las funciones judiciales añadiéndose la elección popular de los magistrados, apartándose algunos Estados del modelo de la Constitución Federal que adscribe a la estabilidad permanente o vitalicia (Por ej: Pensilvania; Nueva Jersey y Vermont), aunque vale aclarar que lo fue en el marco de un federalismo más “puro” que el nuestro.

Se pueden exponer aquellos argumentos que a favor y en contra de una u otra de las opciones extremas antes indicadas justificaron en dicho país tal tendencia, a saber:<sup>6[6]</sup>

Razones a favor de la estabilidad transitoria:

### 1) IDONEIDAD

Argumentos a favor de la Estabilidad transitoria

### 2) ANALOGÍA CON LAS FUNCIONES LEGISLATIVAS

### 3) ARGUMENTO DEMOCRÁTICO

**3.1.** necesidad de que el juez se someta a la opinión pública –jueces dependientes de la autoridad popular-

**3.2.** necesidad de un mecanismo efectivo de contralor.-

La idoneidad es fundante como argumento al utilizarla como válvula de escape ante su carencia, explicándose que un sistema de estabilidad transitoria permite “deshacerse” de aquellos magistrados incompetentes. Es decir, como un medio pacífico y no conflictivo se remediaría las malas designaciones.<sup>7[7]</sup>

La analogía se realiza respecto a las funciones legislativas a través de observar que el judicante interpreta, desenvuelve las pautas o directrices legales, integra los vacíos normativos, dicta en definitiva la norma que rige el caso. Se suma a ello, el control de constitucionalidad que detentan todos los jueces en el sistema difuso de control constitucional vigente en nuestro país, lo cual implica que los jueces cuentan con el poder de neutralización de aquellas leyes que no se adecuen a la norma fundamental. De

allí que, se concluye, el Poder Judicial participa en el ejercicio de su función propia o prioritaria, en alguna extensión, de un carácter legisferante, el cual dado que se ejerce en el ámbito cerrado de tribunales sin ninguna previsión de publicidad general, debe ser controlado por la comunidad por intermedio de establecer una permanencia transitoria en los cargos al igual que acontece con los empleos del Ejecutivo y Legislativos.<sup>8[8]</sup>

El argumento democrático es la posición de mayor peso ideológico y se traduciría en síntesis en:

a) considerar que someter a los jueces a la influencia de las opiniones y sentimientos que emanan de la sociedad harían marchar al juzgador al compás de los acontecimientos históricos, empapándolo de los reclamos sociales para que éste adapte su actuación a la influencia de la opinión pública. Para lograr ello su designación forzosamente debe ser temporaria por cuanto de tal manera se los somete al escrutinio y observación pública de modo tal que si dicho juez no se somete a la autoridad popular no sería reelecto. Es decir, no es importante obtener por su intermedio una buena magistratura sino jueces dependientes de la autoridad popular, por lo que resulta útil a tal fin reducidos plazos de durabilidad en sus cargos. Añaden a ello como razón complementaria la intención que por intermedio de la estabilidad transitoria se impida a los jueces que se sometan a la tentación de olvidarse de la fuente legitimante de su mandato creyéndose “...gente altamente colocadas, y dejaránse llevar por eso a frecuente a gente rica y las grandes sociedades de negocios.”<sup>9[9]</sup>

b) Y, a la par de lo anterior, se considera necesario contar entonces con el mecanismo efectivo de contralor del juez, cual son las designaciones temporarias y electivas. Básicamente, se sostiene al respecto, que la observación de la comunidad del modo de actuar de los jueces se traducirá luego en su reelección o no. Se expresa en tal dirección que una judicatura democrática es fundamentalmente distinta a un monárquica o aristocrática; y por ello, corresponde instrumentar un régimen útil de contralor fácilmente realizable con un sistema de plazos no muy extensos en el desempeño de las funciones judiciales.<sup>10[10]</sup>

5[5] Con ello expreso mi pleno acompañamiento a la opinión vertida por los Dres. Portela y De Franco en trabajo publicado en la Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la Provincia del Chubut, Nro. 5 del mes de Agosto de 2002., págs. 6/9; id., Conf. Alsina, Hugo en “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Ed. Ediar, año 1957, T. II, pág. 273/274; Conf.

C.S.J.N. Fallos: 201:245.

6[6] Esta porción del trabajo sigue en líneas generales a Néstor Pedro Sagües en “Poder Judicial: ¿inamovilidad permanente o inamovilidad transitoria?, publicado en L.L. T 1982-B-751 y sgtes.-

7[7] Conf. Rafael Bielsa, “Derecho Constitucional”, Ed. Depalma, 3ra. Ed., año 1959, pág. 805.-

8[8] Grimke, Federico, “Naturaleza y

tendencias de las instituciones libres”, Ed. Bauret, trad. de Florentino González, ed. año 1887, pág.150 y sgtes.

9[9] Bryce, James, “Las modernas democracias”, cit. por Arturo M. Bas en, “El Derecho Federal Argentino”, Ed. Valerio Abeledo, ed. año 1927, T. I, págs. 330 y sgtes.

10[10] Grimke, ob. cit., pág. 159.-

Razones a favor de la estabilidad permanente:

### I) IDONEIDAD

Experiencia-desinterés ante empleo precario-interés de conservar a los mejores jueces.

### II) REPUBLICANO-CONSTITUCIONAL.

Argumentos a favor de la estabilidad permanente:

#### II.1.-Independencia del Poder Judicial

#### II.2.-Fortalecimiento del poder Judicial como presupuesto de la división y equilibrio de poderes.

La idoneidad paradójicamente es eficaz también para sostener lo contrario a la postura que brega por los períodos acotados de permanencia en los cargos de la magistratura. Se esgrime que la función judicial requiere de lo que puede denominarse "oficio" o experiencia devenida en tratar de continuo los mismos asuntos, o bien por el examen cotidiano de las mismas cosas, que se adquieren con la maduración que se va obteniendo por intermedio de la permanencia en el cargo respectivo. La eficiencia entonces, se une como un efecto positivo vinculado a la experiencia que se logra a través del tiempo en el ejercicio de la función. Se agrega a ello, desde otra perspectiva, que si los nombramientos en los cargos judiciales son limitados en el tiempo, es difícil que los abogados en el ejercicio libre de la profesión se interesen en tales empleos precarios o transitorios abandonando su actividad privada, máxime cuando son exitosos en ella, reduciéndose la base de captación de profesionales expectables y dispuestos a asumir la función judicial que se proyecta en un potencial desmejoramiento en la selección a realizar. Y por último, se advierte que no todos los que ocupan funciones jurisdiccionales son incompetentes, por lo que sería difícil retener en la judicatura a aquellos magistrados probos y capaces que hayan demostrado ejerciendo la función, encontrarse en condiciones de desempeñarla. Con lo cual, se visualiza también que la permanencia transitoria desalentaría la permanencia de aquellos que resultaren idóneos.<sup>11[11]</sup>

El argumento republicano-constitucional es el aporte más decisivo, en mi parecer, para sostener que la estabilidad permanente de los magistrados en la judicatura no es materia susceptible de real opción en nuestro país, de acuerdo al modelo jurídico-político-institucional elegido por nuestra Constitución Nacional.

El principio de la división de los poderes gubernativos es el teorema fundamental del sistema republicano y, asimismo, la más importante de las garantías que tienen los habitantes frente a los abusos del poder. Y tal división de los poderes del Estado requiere de la independencia entre éstos sobre la base de su coordinación, equilibrio y control recíproco. Apenas uno de ellos cae bajo la subordinación o dependencia de otro el sistema comienza a fallar desapareciendo como tal, por cuanto se carece de la esencialísima función de fiscalización que incumbe a cada uno de ellos con respecto a los otros.<sup>12[12]</sup>

El art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, consagró una fórmula normativa que con el correr del tiempo se convirtió en un paradigma garantista. Dispone el principio: "*Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución*". Es en el marco de este axioma de la teoría constitucional que opera relevantemente la garantía de división del poder estatal, que al autolimitarse de tal manera permite sino la realización, al menos la esperanza de que el objeto del "pacto constitucional", que se asienta en la primacía y centralidad de la persona, sus derechos e intereses, se mantenga como primer acuerdo.

Es que el fundamento básico del sistema republicano-constitucional, es procurar salvaguardar preferentemente ciertos valores jurídicos-políticos esenciales (Ej: imperio del derecho que impone que tanto los gobernantes como los gobernados se sometan a los postulados normativos establecidos en la Ley fundamental- resguardo y efectividad de las garantías y derechos personales, división de poderes, etc.).

La preservación de tales principios se procura a través del reparto de competencia y mutuo control entre los poderes del Estado. Bajo tal pauta, el cúmulo de atribuciones de cada órgano del Estado se encuentra delimitado por reglas jurídicas, de modo tal que la voluntad de uno de esos órganos solo es válida en tanto se exprese conforme con la normatividad vigente, y siempre que estuviera formulada en el marco de sus competencias.

Montesquieu en su libro *El espíritu de las Leyes*, advertía: "*Cuando los poderes legislativo y ejecutivo se reúnen en una misma cabeza, o en el mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad, porque puede temerse que el monarca o el tirano hagan leyes tiránicas para ejecutarlas en idéntica forma. No hay tampoco*

*libertad si el poder judicial no está separado convenientemente del legislativo y el ejecutivo. Si se une a la potestad legislativa, el poder de decidir sobre la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario, porque el juez será al mismo tiempo legislador; si está unido al poder ejecutivo, el juez tendrá en su mano la fuerza del opresor*"<sup>13[13]</sup>.

En tal escenario, el Poder Judicial cumple un rol específico, es el Poder "moderador" o Poder "control". Esta misión exige la **independencia del Poder Judicial**, para lo cual entre otras medidas, es indispensable la estabilidad permanente de la judicatura.

### Independencia del poder judicial:

Para que exista un Poder Judicial independiente hace falta que existan jueces independientes de los demás órganos políticos, del electorado, de los grupos económicos y de las empresas periodísticas.

En la concepción de un estado republicano-constitucional, la independencia judicial no importa "soberanía judicial", por cuanto a todo evento dentro de la autonomía funcional y en el ámbito sometido a su facultad decisoria, este debe someterse al ordenamiento constitucional del caso.

Dijo al respecto el maestro uruguayo Couture, con excelsa claridad conceptual que me imponen transcribir textualmente en lo pertinente, que las garantías de la jurisdicción son substancialmente: la independencia, la autoridad y la responsabilidad, y consideraba que ellas constituyen un celoso engranaje. "*...defienden, sucesivamente, a los jueces de la demagogia y de los clamores populares; de la soberbia de los gobernantes; del asedio y de la asechanza económica; de los ataques de la prensa y de la pasión de los litigantes. Pero, al mismo tiempo, defienden a los justiciables del orgullo y de la soberbia de los jueces; de su codicia o de la indolencia. En un delicadísimo juego de fuerzas, la independencia asegura la justicia; la autoridad refrenda la independencia, y la responsabilidad contiene dentro de sus límites propios, a la independencia y a la autoridad*". Pero para llegar a estas garantías se requieren de otras garantías previas. "*...son las nuestras, en cierto modo garantías de fines. Es menester, previamente, instituir un sistema de garantías de medios, que constituyen por decirlo así conductos de acceso hasta aquellas, y sin las cuales prácticamente la independencia, la autoridad y la responsabilidad pueden*

11[11] Hamilton, Jay y Madison, "El Federalista", Ed. Fondo de Cultura Económica, trad. de Gustavo Velazco, ed.

año 1943, pág. 343.

12[12] Montesquieu, "Del espíritu de la

leyes", Ed. Altaya, ed. año 1993, pág. 115.

13[13] Aut. y ob. cit.-

*quedar frustradas". Estas garantías son: "la permanencia en el cargo, la irreductibilidad del sueldo y las incompatibilidades"*<sup>14</sup>[14]

La independencia judicial demanda, como requisito fundante para efectivizarla, la permanencia en el cargo. Hamilton, en "El Federalista", reseña magníficamente las bases conceptuales de esta tesis, diciendo: "Los nombramientos periódicos, cualquiera que sea la forma como se regulen o la persona que los haga, resultarían fatales para esa imprescindible independencia (judicial). Si el poder de hacerlos se encomendase al Ejecutivo, o bien a la Legislatura, habría el peligro de una complacencia indebida frente a la rama que fuera dueña de él. Si se atribuyese a ambas, los jueces sentirían repugnancia a disgustar a cualquiera de ellas, y si se reservase al pueblo o a la personas elegidas por él con ese objeto especial, surgiría una propensión exagerada a pensar en la popularidad, por lo que sería imposible confiar en que no se tuviera en cuenta otra cosa que la Constitución y las leyes"<sup>15</sup>[15]

Fortalecimiento del poder judicial como presupuesto del sistema de división y equilibrio de los poderes: El sistema constitucional Argentino (al igual que en E.E.U.U.), exige **la división de los tres órganos** clásicos del poder estatal (legislativo, ejecutivo y judicial), como su **equilibrio**. Aunque en verdad el equilibrio entre los mismos es condición para la existencia de una auténtica división e independencia entre ellos.

Son conocidas las reflexiones que al respecto formulara Hamilton, en cuanto a que el Poder Ejecutivo, cuenta con el ejercicio de la fuerza necesaria para ejercer la administración, el Poder Legislativo, cuenta con la facultad de dictar las leyes y asignar fondos a través de la ley de presupuesto. En suma, el Poder Judicial, no tiene "ni la bolsa ni la espada", por ello concluye que el departamento judicial es el más débil de los tres departamentos del Poder.

Es por ello que es indispensable el potenciamiento del Poder Judicial para lograr su independencia y supervivencia, máxime cuando tal afianzamiento es imperioso cuando la magistratura es quien ejerce el control de constitucionalidad de las leyes.

El cometido de la revisión de las normas para verificar su compatibilidad

con el marco constitucional importa en definitiva la preservación de los derechos de los habitantes, en cuyo favor se instrumenta todo el sistema de contralor de constitucionalidad. No debe olvidarse en tal sentido que **el Poder Judicial es ante todo un tribunal de garantías constitucionales** destinado a proteger a los ciudadanos de los posibles excesos de los gobernantes.

Y a tal fin, la permanencia en las funciones judiciales contribuye a generar el espíritu independiente indispensable en los jueces para el fiel cumplimiento de su tarea.

Simultáneamente opera como garantía del principio de división y equilibrio de los poderes. Las designaciones permanentes son, en consecuencia, un recurso de técnica constitucional para permitir que los magistrados sean Poder.

Para elegir entre las opciones posibles en punto a la estabilidad de los cargos judiciales es previo definir que tipo de función se le quiere asignar la Poder Judicial y qué clase de Estado se desea erigir.

Si se quiere un Poder Judicial como poder "moderador o de control", que actúe con facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes que se opongan a la ley fundamental, que actúe como tribunal de garantías y como agente dilucidador de los conflictos de intereses y de poderes, seguramente la inamovilidad judicial entendida como estabilidad permanente es más proclive a realizar tal finalidad.

En cuanto a lo segundo, adoptado por nuestro Estado un modelo republicano constitucional, que postula el sometimiento de todos los órganos del Estado -y también del electorado- al Derecho; el respeto de los derechos fundamentales del hombre por sobre la voluntad de los gobernantes y aún de los gobernados; la división y equilibrio de los órganos del poder del Estado, evidentemente también la estabilidad permanente es la opción más satisfactoria para hacerlo efectivo.

La inamovilidad como garantía de los cargos judiciales es, en síntesis, la que otorga mayores seguridades de alcanzar un Estado bajo el imperio de la Constitución y la Ley.

Y en los supuestos de eventual apartamiento que en particular algún juez cometa y que pudiera englobarse en

algunas de las causales de destitución, habrá que prever un mecanismo de remoción ágil y eficaz que funja como remedio que compense los defectos posibles de la estabilidad permanente.

IV) Problema constitucional con relación al Derecho Público Provincial:

Ya vimos que en el concierto nacional conviven constituciones provinciales que, en su mayoría actualmente se encuentran adecuadas a la disposición que contenía el Art. 96 de la Constitución Nacional de 1853, no sin antes haber adoptado en algunas de sus versiones anteriores el sistema de estabilidad transitoria, o de noviciado en algún supuesto. En la actualidad, la Constitución Nacional de 1994, incorpora una estabilidad permanente no vitalicia (hasta los 75 años), y eventualmente para el supuesto de aquellos ingresantes a la función judicial que al tiempo de su nombramiento ya contaren con 75 años de edad, tornaría su nombramiento en transitorio o temporario (por cinco años). También señalamos que a la fecha de este trabajo la única Constitución de provincia que contempla designaciones temporarias en la función judicial es la de la Provincia de Salta aunque sólo para los miembros de la Corte Suprema y respecto a los integrantes de la cabeza del Ministerio Público (Procurador General; Defensor General y Asesor General de Incapaces), quienes duran en sus cargos seis (6) años.

Asimismo, ya hemos expresado también las razones por las cuales entendemos que la designación periódica de magistrados judiciales atenta sustancialmente con la fortaleza del Poder Judicial horadando en definitiva el necesario equilibrio que opera como condición de existencia de una real división del poder estatal.

Empero, resulta útil puntualizar cuáles de los argumentos que a su turno se explicitaron para abonar dicha opinión, son los que en última instancia sostiene tal posicionamiento, a saber:

Teoría de la inconstitucionalidad: Fue explicitada por Juan A. González Calderón, quien postuló que si cada provincia debe dictar su Constitución conforme a los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional (Art. 5 C.N.), y uno de esos principios es, precisamente, el de la inamovilidad de los jueces en tanto conserven su buena conducta (Art. 110 C.N.), las cartas magnas provinciales deben adecuarse a tal principio. Añadió el

14[14] Couture, Eduardo J., prólogo a Alcides de Mendonca Lima, "As garantías de magistratura brasileira e o sistema dos países americanos", Rio de Janeiro, 1952., pág. ½, cit. por Segundo V. Linares Quintana,

en "Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional", Ed. Plus Ultra, ed. año 1987, T. 9, pág. 750.

15[15] Hamilton, Jay y Madison, "El

Federalista", trad. de Gustavo Velasco (México, 1943), Fondo de Cultura Económica, pág. 342.

siguiente argumento: el art. 18 de la Constitución Nacional asegura a los habitantes la garantía de que nadie puede ser “juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”. Ello obstaría la posible sustitución de jueces durante el transcurso de un proceso de “confirmación”, “renovación”, o “cambio” de jueces durante el transcurso de un proceso, que podría operarse con el sistema de designación periódica de los magistrados. En resumen, tal tesis sostiene que no pueden las provincias apartarse de tales principios constitucionales (Arts. 5, 110 y 18 y 123 de la C.N.).<sup>16[16]</sup>

Teoría de la constitucionalidad: Se esgrime en su apoyo que la inamovilidad es un mecanismo de estructuración del Poder Judicial Federal y no un principio constitucional obligatorio para todas las provincias. De lo que surge que es facultad de las provincias elegir una estabilidad temporaria de los cargos judiciales bajo la condición de que: 1) el plazo sea razonable y 2) se preserve la irreductibilidad de sus remuneraciones.<sup>17[17]</sup>

Para evaluar si es susceptible de afirmar que exista o no la debida compatibilidad entre la Constitución Nacional y las de cada una de las provincias que no contemplan la estabilidad permanente establecida en el Art. 110 de la Carta Magna Nacional, debe enfocarse la cuestión desde cada uno de los artículos presuntamente vulnerados.

Art. 110 C.N.: Inicialmente no parece definitorio que el postulado de la inamovilidad judicial sea parte de los principios a los cuales debe adecuarse cada una de las constituciones provinciales por imperio del Art. 5 C.N. Primero porque este postulado se no haya en la parte dogmática sino en la parte orgánica de la Constitución, lo que daría lugar a considerar que es una pauta organizativa especial de uno de los órganos del poder federal, aún cuando dikológicamente (en palabras de Bidart Campos) sea conveniente que sea seguido por las provincias en la estructuración de sus poderes judiciales.

Art. 18 C.N.: Este indudablemente contiene un principio constitucional al cual deben someterse las provincias como condición de reconocimiento de su autonomía. Por lo tanto, desde tal perspectiva una constitución provincial

que prevea una estabilidad temporaria es cuanto menos de dudosa constitucionalidad por cuanto habilita a que sea factible alterar el principio del “juez natural”

Art. 1 C.N. La adopción de la forma de un gobierno representativo, republicano y federal, repetida como imposición por el Art. 5 de la C.N., exige como recaudo básico para lograrse que se asegure el principio de división de poderes lo que impone ineludiblemente, como ya se dijera “supra”, equilibrio para lo cual habrá que asegurar un Poder Judicial independiente.

Ya hemos referido que la estabilidad temporaria no puede satisfacer el recaudo de independencia exigido, por lo que de ser establecida por una Constitución Provincial esta estaría colisionando con tales prescripciones. Es que la estabilidad transitoria en la función judicial contraría las exigencias más elementales del concepto científico de la división de poderes, y somete a la comunidad al riesgo de que sus jueces traten de asegurar su reelección llevando complacencia para con el Poder Ejecutivo –principalmente- a límites exagerados que perjudican el prestigio y confiabilidad que la sociedad debe tener en el Poder Judicial.

Basta para resumir tal posición en tener presente que las designaciones temporarias importarían someter al magistrado a prueba a los efectos de analizar su desempeño para su posterior confirmación, lo cual implica, por un lado, la posibilidad de pérdida de la imparcialidad por el juez; y por el otro, el desconocimiento o desconfianza de los demás mecanismos que las propias constituciones establecen para asegurar una correcta administración de justicia, tales como el jury de enjuiciamiento o el juicio político, según sea el caso.

Es imperativo preambuliano afianzar la Justicia como uno de los fines del Estado, para lo cual corresponde afirmar que la designación de los magistrados con estabilidad permanente –inamovilidad- mientras conserve su buena conducta, es congruente con dicho postulado. Bien escribe Story señalando: “*Todos vendrán en que, en aquellos Estados donde sus jueces conservan sus empleos mientras cumplen bien su deber, la Justicia se administra con prudencia, firmeza y moderación; la confianza pública ha descansado sobre el Poder Judicial en las circunstancias más críticas, con inmutable respeto. Lo mismo*

*no puede decirse, en cambio, respecto de los Estados con nominaciones judiciales transitorias, ya que las presiones de los poderes y grupos de interés ha mancillado, a menudo, esa recta administración judicial*”<sup>18[18]</sup>

Puede decirse que nuestro país vive en un estado de anomia, en tanto se han ido perdiendo los marcos de referencia legales, jurídicos y, por qué no decirlo, también éticos y morales. Estos límites se han flexibilizado a tal punto que, en realidad, ya no hay certezas. Esta quiebra de certidumbres, aquella que contribuye a proveer a la paz social, otro de los postulados finalistas del preámbulo de la Constitución Nacional, se acentúa quizás por la menoscabada autoridad de las instituciones públicas, las cuales carecen de autoritas, no de potestas, situación a la cual poco aporta la crítica fácil y mediática que a diario se efectúa de las mismas instituciones, atribuyendo o “repartiendo” algunos de los males que padecemos, a otro órgano del poder estatal o a uno de los integrantes del mismo órgano que integra quien las efectúa. La comunidad se encuentra sometida a esta opinión colectiva que sistemáticamente se va formando por el vehículo cada vez más determinante que son los medios de comunicación, los que montados en una postura peyorativa, de común, a toda la estructuración gubernamental termina deslegitimando cualquier acto de gobierno o cuanto menos estableciendo una presunción de duda sobre los reales fines y bondades de lo actuado por quienes circunstancialmente actúan las funciones del poder estatal.

Participo de la idea que lo importante en estos tiempo es restablecer el equilibrio entre los derechos y deberes, como también la conciencia ciudadana de que corresponde someter por igual a gobernantes y gobernados a la Ley. Para ello no es conveniente caer en el facilismo reduccionista de creer que modificando la Constitución todo cambiará. Por el contrario, trátase de una cuestión cultural para la cual primero debemos comenzar a establecer como primera pauta de cambio, la de respetar la Ley, a efectos de propiciar la existencia de ciudadanos libres que convivan en una democracia real, igualitaria y efectiva. Y para lograrlo, parafraseando a Joaquín V. González, diré para terminar estas reflexiones: “*Ningún pueblo de la tierra ha gozado de la libertad mientras no ha tenido asegurada su justicia*”.

16[16] Conf. Gonzalez Calderón, Juan A., “Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Lajouane, 3ra. ed. año 1931, T. III, pág. 421.

17[17] Bielsa, Rafael, ob. cit. pág. 804; id.

Bidart Campos, German, en “Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Ediar, ed. año 1992, T. II – El derecho constitucional del poder-, pág. 306

18[18] Story, John, “Comentario sobre la Constitución federal de los Estados Unidos”, trad. de Nicolás A. Calvo, 4ta. Ed. año 1888, T. II, pág. 434.

## LA JUSTICIA Y LOS CONFLICTOS SOCIALES

por **María Gabriela Rodríguez Querejazu**

*Pedagoga. Mediadora. Especialista en Gestión y Resolución de Conflictos Comunitarios. Profesora de la Facultad de Derecho de la UBA, Universidad de Lomas de Zamora, Universidad Nacional del Nordeste, Universidad Nacional de Formosa, Universidad de Barcelona y Vic (España) y en la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Paraguay y en la Universidad de Sonora, Méjico. Master en Programación Neurolingüística. Miembro del Foro Mundial de Mediación. Es co autora del los libros "Las víctimas de las drogas", Editorial Universidad y Mediación x 7, Editorial Atelier, Barcelona, España.*

**Alejandro Marcelo Nató Nató**

*Abogado y Procurador (UBA). Mediador. Especialista en Conflictos Públicos y Master en Programación Neurolingüística. Profesor de la Facultad de Derecho de la UBA, Universidad de Lomas de Zamora, Universidad Nacional del Nordeste, Universidad de Barcelona y Vic (España), en la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción. Paraguay y en la Universidad de Sonora Méjico. Coordinador Académico del Programa de Fortalecimiento Institucional de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires instrumentado por el BID. Co autor de "Las víctimas de las drogas" Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001. Mediación x 7 de la Editorial Atelier, Barcelona.*

Los conflictos en la comunidad se manifiestan en distintos contextos, pueden aparecer de modo eruptivo y violento, de múltiples formas, de distinta intensidad y en algunas ocasiones afloran con causas sostenidas en la falta de justicia, o para decirlo de otro modo, sustentadas en injustas situaciones.

La mediación ocupa un lugar central dentro del abanico de posibilidades que existen para el abordaje de conflictos. Nos referimos a los conflictos vecinales, públicos o multiculturales.

Las características de la mediación en la comunidad son la informalidad, la flexibilidad, la voluntariedad y la autodeterminación.

Sus objetivos son gestionar y resolver el conflicto a través del acuerdo; modificar la relación, transformar las historias; predisponer a los involucrados para una negociación futura, reconstituir vínculos y lazos sociales, coser fragmentos, generar diálogos interculturales respetuosos desde los lugares comunes y si fuera necesario reconstituir la memoria histórica colectiva.

El mediador no resuelve, sino que desde su imparcialidad o multiparcialidad contribuye a que las partes a través del diálogo construyan sus propios esquemas de convivencia. Lo que hace es conducir el proceso con encuadres precisos y garantiza un escenario confiable. También crea un clima de seguridad, un espacio en que las emociones pueden ser expresadas.

La mediación supone un cambio cultural que a través de un procedimiento sencillo y ágil facilita la comunicación constructiva.

Trabaja con la verdad material (mientras que la justicia lo hace con la verdad formal) que le permite avanzar y retroceder cuantas veces las personas lo crean necesario.

Aquí la realidad social se construye mediante el relato de historias y narrativas. El proceso elaborado tendrá como resultado la construcción colectiva.

Sabemos que la mediación por sí misma o en forma aislada, no puede resolver el abanico multicolor de los problemas sociales que aquejan nuestra sociedad. Sin embargo, los valores que ella

promueve y lleva a la práctica en forma contundente, constituyen un verdadero eslabón hacia la tan anhelada cohesión social.

La sola experiencia de sentirse revalorizadas y reconocidas todas las personas que participan de un proceso de mediación, el hecho de saber que sus opiniones son legitimadas y sus opciones tenidas en cuenta fortalece la autoestima personal y grupal.

Si las personas pueden aprender a escucharse y escuchar con todos los sentidos desde un lugar de respeto, si perciben que la diferencia hace la diferencia para encontrar puntos de apoyo podemos pensar como Arquímedes, que si nos dan un punto de apoyo, podemos mover el mundo.

Cuando las personas se sienten protagonistas de su propio proceso de conflicto adquiere un nuevo significado el proceso de resolución. Los mediadores ayudamos a "construir el buen problema", para encauzar y ayudarlos a la búsqueda de una buena solución.

Incluso adquieren una nueva dimensión la aceptación de las diferentes versiones de la realidad, ensancha la capacidad de comprensión y se predisponen diferentes para tomar decisiones y asumir compromisos.

La fragmentación social que tenemos en nuestro país y en nuestro continente, requiere métodos y herramientas que puedan contemplar situaciones críticas con sus propios tiempos y una dinámica singular.

La búsqueda de terrenos comunes en escenarios públicos permite que el diálogo pueda ser una alternativa válida para dirimir conflictos que habitualmente afloran de modo violento.

La paz social no puede ser sólo una aspiración o un anhelo de algunos sectores de la población, sino que tiene

que tener espacios que posibilite su desarrollo y garanticen sustentabilidad de los logros alcanzados. Si todos los sectores nos involucramos en ese sentido, podemos contribuir a tener una mejor calidad de vida y a construir ciudadanía con respeto a la diversidad e integración.

Las situaciones conflictivas que en múltiples oportunidades se dirimen por el tradicional método adversarial (el juicio), ocasionan perjuicios irreparables que se tributan con doble imposición: tanto las partes en cuestión, como la justicia, pasan por una imaginaria ventanilla que con sobreprecio cargan con el costo de la frustración y el desprestigio, respectivamente.

### Abordajes Alternativos

En el caso de los conflictos públicos, donde las minorías activas generan impactos visibles (con una lógica que tiene objetivos y tiempos mediáticos) al pasar por la justicia, sus acontecimientos se transforman en parte de un circuito donde la costumbre está encontrando resquicios para evitar que la Ley se consolide.

Ahora bien, la justicia, en cuanto a su imagen pública, ¿cuánto más puede retroceder?

La justicia debe edificar nuevamente su imagen. Debe ser el sostén de las garantías constitucionales, custodio y pilar del sistema democrático. De hecho lo es, pero qué necesidad hay por parte de los demás poderes de sobrecargarla en la toma de decisiones que, lógicamente le competen a quienes se inhiben en la atención de los conflictos sociales.

"Un movimiento social, por lo tanto se diferencia de las simples movilizaciones, por importantes y continuadas que sean, por su carga subjetiva consolidada, la cual, le da continuidad y capacidad de transformarse y evolucionar" (...) "Los movimientos sociales son políticos, hacen política, disputan el espacio público".(1)

Cuando se hace presente la violencia estructural (ya sea política, represiva y económica o de explotación) y aflora el conflicto social, ni la justicia ni los propios métodos alternativos de gestión y resolución de conflictos son conducentes.

Si la actividad judicial se basa en declarar coactivamente el derecho frente a los casos en que el ordenamiento o los hechos a los que debe aplicarse son controvertidos, en los casos donde la política se apropia de la escena, compromete a la administración de justicia a una lógica para la cual no fue concebida.

Los fenómenos sociales que se manifiestan como síntomas de indignación o frustración de la voluntad colectiva o la búsqueda de un lugar (como espacio referencial, identitario e histórico) por parte de ciertos sectores de la población, requiere abordajes consistentes, con decisión de ámbitos que puedan destinar políticas públicas para encarar este conflicto de contenido netamente político.

Los procesos de elaboración y construcción de consensos, como por ejemplo, los diálogos públicos o la mediación multiparte, no vienen a suplir a la justicia sino a complementarla. Igualmente, vale la pena precisar, no están para cubrir los resabios de la violencia estructural que son falencias del propio sistema político, que al no dar respuesta engendran malestar social.

Hay muchos casos que ilustran el modo de la expresión popular del descontento, alguno de ellos emblemáticos.

El caso Bruckman, por ejemplo, que como fábrica textil había cerrado sus puertas fue nuevamente puesta en funcionamiento por los trabajadores del sector quienes la calificaron de "recuperada".

Radicada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su momento los legítimos dueños se retiraron y los trabajadores empezaron a producir sin la presencia de los empleadores.

Como era de esperar, este conflicto se trasladó a los estrados judiciales quienes en primera instancia, el juez, interpretó que esta figura no podía tipificarse como delito emparentándolo más a un tema laboral que a un tema penal. La Cámara, la consideró intrusión y ordenó las medidas pertinentes para el desalojo.

Las fuerzas de seguridad, en este caso, la Policía Federal, efectivizó la orden emanada del Tribunal. Se reprimió la resistencia activa que opusieron tanto los trabajadores como los grupos que acompañaban a ellos.

El hospital público curó a los heridos.

La Legislatura sancionó una norma para la compra del inmueble.

Una vez efectivizada la compra, el Gobierno de la ciudad convocó a quienes se encontraban dentro de la fábrica para que a partir de ese momento fueran los verdaderos titulares y así garantizar que iban a poder seguir trabajando y produciendo.

Esta esquizofrenia estatal donde la justicia, las fuerzas de seguridad, el hospital público, la Legislatura y el Jefe de Gobierno se encuentran involucrados, refuerza la idea de la necesidad de tener herramientas alternativas para el conflicto social.

El antecedente y la nefasta representación social (imagen cognitiva colectiva) de un gobierno que se expone como represor se podría haber evitado si esto hubiera tenido otro tipo de intervención.

Para más ilustración los dichos de los dirigentes de la Asociación Obrera Textil (sindicato que aglutina a los trabajadores del sector) son por demás elocuentes: "ellos negociaron con otros".

Esto quiere decir que los trabajadores del comienzo del conflicto no eran los mismos que los que se encontraban en la fábrica cuando se dispuso la negociación y la entrega del inmueble.

Todo este proceso, ¿no se podría haber evitado? Sin represión, sin heridos y sin mancillar la imagen pública del Estado en general y de la justicia como órgano de gobierno en particular.

Casualmente el gobierno de la ciudad cuenta con avezados facilitadores, especialmente formados en conflicto público. No obstante ello, este conflicto que podía haber contado con el escenario generado por este cuerpo y posiblemente una solución a través de una negociación, pasó a la justicia.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, también tiene equipos especialmente capacitados, en este caso su rol se circunscribió a enviar la infantería (2).

Este caso es uno de los tantos que el conflicto público nos pone a disposición para tomarlo como referencia de lo que no debe seguir sucediendo.

Hay otros símbolos, que con sólo enunciarlos son conocidos por toda la sociedad: *Cutralcó* en la provincia de Neuquén, Sasetru en Avellaneda, provincia de Buenos Aires, Padelai en el corazón del barrio de San Telmo en la Capital Federal. Los múltiples cortes de rutas en distintos lugares del país, las movilizaciones que tuvieron como objeto mostrar el descontento con distintas empresas. Las protestas públicas frente a los tribunales, entre ellos los reclamos por la "no criminalización de la protesta", la deleznable actitud de minorías que irrumpieron en el edificio público de la legislatura de la ciudad de Buenos Aires

que, en nombre de la convivencia, mostraron lo peor de nuestra convivencia, las protestas de carácter agro- rurales, los *escraches*, *encadenamientos*, *huelgas de hambre como actos simbólicos*. (3)

Las leyes del juego de la democracia autorizan la manifestación de la discrepancia, legitiman la reivindicación del derecho al disenso, pero al mismo tiempo, se debe fijar límites que aseguren la interdependencia social.

El Estado debe estar dispuesto a escuchar y ofrecer ámbitos de discusión y debate.

Defender la aplicación de la Ley no implica defender la aplicación de la violencia como un recurso válido. Existe la necesidad de establecer puentes entre la justicia social y la estabilidad institucional.

Hoy, la fragmentación, nos lleva a la reflexión que no es momento de destrucción sino que es tiempo de la deconstrucción y desde aquí, buscar puntos de referencia que tengan presente la compleja realidad social.

"La construcción del Derecho, atendiendo a la inclinación social por la normal anormalidad admiten en verdad que las personas sean diversas, tengan variadas formas de realización; sus intereses sean únicos pero al mismo tiempo algunos comunes, otros contrapuestos, esos intereses, conforme a sus poseedores serán plurales y ellos sus poseedores, verán el mundo de diversa manera, existirá el pluralismo, serán iguales en la desigualdad. Es decir, la visión del mundo, con escala humana, admitiendo la otredad. Ello conlleva una nueva forma de formalidad, pero más que eso, una forma diferente de Derecho y, por ello, de concepto de justicia, pues la base de dicha axiología es otra." (4)

Se deben buscar consensos dentro del disenso y para ello intentar construir una ética de convivencia.

La mediación es un instrumento democrático que contribuye a la construcción de la paz.

Preguntarse ¿cómo se aplica el Derecho para construir la realidad? Es verdaderamente un contrasentido si se tiene en cuenta lo nuevo. Porque, a nuestro entender, para pensar lo nuevo hay que pensar de nuevo.

Debemos esforzarnos en la búsqueda de intersecciones disciplinarias posibles.

Descomprimir la justicia no implica sacarle trabajo a los tribunales sino asignarle (dentro de las políticas de Estado), el verdadero rol que, como órgano de poder, debe ejercer: custodiar la legalidad y el sistema democrático.

Los métodos no tradicionales, pero efectivos, de resolución de conflictos vienen a ocupar un espacio que en nombre de su complementariedad pueden permitir el acceso a justicia de vastos sectores de la población que hoy claman sus descontentos y disconformidad por la falta de respuesta del sistema en general.

Únicamente con políticas públicas integrales se podrá encarar esta materia.

#### Bibliografía y notas:

(1) La Protesta Social en la Argentina (1990-2004) Guillermo Almeyra. Biblioteca del Pensamiento Nacional. Peña Lilio. Ediciones Continente. Pág. 91

(2) Actualmente las fuerzas de Seguridad dependen del Ministerio del Interior pero cuando aconteció el conflicto de referencia formaban parte de la estructura orgánica del Ministerio de Justicia.

(3) Movimientos Sociales y Conflictos en América Latina. José Seoane Compilador. Clasco. Capítulo la Protesta Agrorural en la Argentina. Autora Norma Giarraca. Pág. 197

(4) La Administración de Justicia en los Albores del Tercer Milenio. Messuti. Sanpedro Arrubla. Compiladores. Ed. Universidad. Capítulo Aproximaciones a la Visión de Justicia. Autor Augusto Ibáñez Guzmán. P. 159



## EL PUEBLO DEBE SABER DE QUE SE TRATA

por Eduardo Raúl Hualpa

*Abogado (UBA/94). Ejerce la profesión en forma libre desde 1994. Es Asesor Legal de comunidades indígenas y otras organizaciones urbanas.*

Todos los abogados nos enfrentamos habitualmente a un duro test cívico: alguna persona que no es profesional del Derecho, nos señala que algunas leyes garantizan cosas que luego no ocurren. La Constitución Provincial establece el derecho a la salud (Art. 72 y ss.), y sin embargo quien deba atenderse en el Hospital Público, sabe de las graves deficiencias del sistema sanitario. Menciona el derecho a la vida (art. 18 inc. 1°), y sin embargo mueren niños o se enferman por limitaciones en las posibilidades y condiciones de nutrición, hábitat, etc.

Nuestra formación como abogados nos acerca una salida científica sólida y elegante: los planos del ser y el deber ser son diferentes y no deben mezclarse. La ley es un ideal político y su sentido radica justamente en la necesidad de regular las condiciones para que esa realidad pueda cambiar. Pero eso es tarea del legislador, y todos conocemos la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia por la cual no cabe al juez sustituir al legislador ni verificar la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones que están reservadas para los otros poderes del Estado, aunque esa posición no sea compartida por todos.

#### Pero la gente sigue preguntando porqué los derechos no se cumplen.

Decimos que para tal o cuál tema lo que correspondería es la modificación de la ley, pero mientras esté así redactada, no tenemos otro camino que cumplirla. Sin embargo eso encierra también una dosis de falsedad: en ocasiones los legisladores modifican las leyes en virtud de los fallos que dictan los jueces, las leyes pueden (¿deben?) ser declaradas inconstitucionales cuando confrontan con las normas de las Cartas Magnas, y ya se ha

repetido mucho aquello de que la ley es "lo que los jueces dicen que es".

Un ejemplo claro lo constituye en la Reforma Procesal Civil que estamos discutiendo en este momento en la Provincia, la llamada "sentencia monitoria". Un argumento en su favor es verificar que en los procesos de ejecución, sólo un diez por ciento de las ejecuciones cartulares son contestadas. De allí surge la posibilidad de que el demandado haga valer sus defensas en la etapa de ejecución de sentencia, y no dilatar el procedimiento antes de la misma. Pero ¿por qué no se contesta el 90% restante de las ejecuciones? ¿Es que el demandado se allana tácitamente? ¿Es que al ejecutado no le interesa el resultado del juicio?

Tal vez sea porque la gente no está interesada en contestar; tal vez porque las normas procesales sean sumamente restrictivas de las defensas que se pueden oponer; tal vez porque no existen muchos abogados dispuestos a litigar en un juicio ejecutivo representando a demandados no solventes. En todo caso, recomiendo preguntarle a cualquier empleado de la mesa de entradas de los Juzgados

competentes en materia de ejecuciones comerciales, quienes tratan con estas personas a diario.

En el campo de la música, los silencios tienen un valor importante, a veces mayor que las notas. Por los mecanismos que venimos comentando, en el Derecho, los silencios son considerados, pese a la clara prescripción del artículo 919 del Código Civil, consentimiento tácito.

Pero hay otros campos irrefutablemente propios que abandonamos. En la confusión general de lo que puede y debe ser un Estado de Derecho, o una Democracia, preferimos aceptar -y repetir- sin discusión algunas consignas que nos proponen los medios masivos de comunicación. Así admitimos que se acuse a alguien de "garantista" pese a que nuestro pan de cada día es -o debiera ser- la defensa de las garantías que las normas establecen para los habitantes de nuestro país; y presenciemos cómo se califica una investigación penal de "fracaso" por el hecho de que se absuelva a una persona, o se le imponga una pena no muy alta. En el fondo, aceptamos que se mienta públicamente, en el sentido de que una más "dura" represión policial y judicial, es el medio adecuado para solucionar nuestros problemas de inseguridad.

#### El pueblo sigue sin saber de que se trata.

En materia de capacitación observamos que casi siempre ésta es para los abogados. Algo parecido ocurre con los procesos de reforma de los Códigos de Procedimiento y con las modificaciones legislativas relacionadas con instituciones del Estado.

El principio que rige la defensa de derechos es que los abogados somos interlocutores obligatorios para los procesos de defensa, interpretación, aplicación y control de cumplimiento de derechos. El Código Procesal Civil de Chubut establece que "los jueces no proveerán ningún escrito de demanda o excepciones y sus contestaciones ... en general, los que sustenten o controviertan derechos... si no llevan firma de letrado" (art. 56) La disposición es lógica y funciona como protección para el justiciable, pues la defensa de derechos usualmente ostenta una complejidad tal que no puede ser fácilmente comprensible por todas las personas.

Sin embargo, este principio admite excepciones: en materia penal, algunas herramientas relativas a la libertad personal (excursiones, habeas corpus, etc.) admiten ser utilizados directamente

por cualquier persona, sin patrocinio letrado. El decreto 583/63 que regulaba antes del dictado de la Ley 4572 la acción de amparo, permitía que ésta fuera presentada por “cualquier persona” aunque no fuese abogado y así fue entendido por nuestros tribunales. El Código Contravencional, creado por Ley Provincial 4145 permite que en caso de no existir en la localidad en la que se desarrolla el juicio contravencional un defensor letrado, podrá ser designado como defensor cualquier persona instruida.

Cierto es que no se puede defender aquello que no se conoce. Pero ¿qué pasa con el conocimiento del Derecho por parte de los no abogados? ¿Qué tareas, mecanismos, programas, acciones, etc. llevamos adelante para democratizar el conocimiento de lo jurídico? ¿Qué ocurre con la prevención de los conflictos de lo jurídico? ¿Sólo podemos actuar cuando los hechos se han consumado? ¿No hay posibilidades de que difundamos algunas herramientas que el Derecho posee para una mejor convivencia?

En los procesos judiciales, en las reformas de los procedimientos, en las grandes decisiones institucionales que afectan la vida de miles de chubutenses, estamos omitiendo desde hace muchos años la capacitación de los destinatarios de todos estos sistemas estatales y no estatales. ¿Hasta qué punto la capacitación nos aleja cada día más de la posibilidad de responder la pregunta del inicio? ¿En qué medida el árbol de la especialización nos impide ver el bosque de estas preguntas básicas y previas?

Esto es conocido en Antropología Jurídica como “opacidad del derecho”: aquella cualidad que tiene lo jurídico de irradiar efectos en todas las relaciones humanas (hay normas que nos rigen como hijos, padres, empleados, ciudadanos, contribuyentes, votantes, etc.) sin ser conscientes de esta regulación. Sólo desarrollamos esa capacidad de “transparentar el derecho” los que lo estudiamos, y sólo podemos asesorar en el ejercicio de esos derechos, quienes cumplimos los requisitos de habilitación legalmente establecidos.

Es entonces que la capacitación legal de todo el pueblo es un requisito imprescindible para que se pueda hablar de un Estado de Derecho, y es allí donde radica el talón de Aquiles de tantos esfuerzos por mejorar las instituciones. Tenemos un Consejo de la Magistratura que ha sido elogiado a nivel nacional por su composición parcialmente popular,

pero no hemos discutido como comunidad, qué tipo de jueces necesitamos, en qué tipo de Justicia, cómo deben ser administrados los recursos y cuáles son las prioridades en este sentido. **No es posible seguir omitiendo en los procesos de capacitación, en las reformas procesales y del funcionamiento institucional, a quienes debieran ser los destinatarios fundamentales de todos nuestros esfuerzos, quienes dan sentido al sistema judicial y permiten el ejercicio de nuestra profesión. Dicho sea de paso, también son los que pagan nuestros sueldos.**

Recuerdo la encuesta realizada por el Colegio de Abogados al que pertenezco, en la que los abogados votábamos sobre el desempeño de los Juzgados. En esa oportunidad se escucharon críticas que me permito calificar “de corporación a corporación”. En algo estoy de acuerdo: no puede analizarse el desempeño de los magistrados, sin analizar también el desempeño de los profesionales que hacemos las peticiones que aquellos resuelven. Así, escuché otra idea –nunca supe si era un proyecto concreto o sólo resultado del despecho institucional- de una iniciativa por la que los magistrados y funcionarios evaluarían en otra encuesta parcial a los abogados.

Lo que en ningún caso encontré como reclamo generalizado es que a todos nosotros nos deberían evaluar los destinatarios de nuestros servicios, si el objetivo real de estas averiguaciones es buscar diagnósticos y propuestas superadoras. No tengo conocimiento de que hayan iniciativas de consultar a la comunidad sobre las propuestas, sugerencias, críticas y observaciones que merezca nuestro accionar.

#### El pueblo debe saber de que se trata.

Las dificultades para acceder a la defensa de derechos ostenta numerosos obstáculos que ya han sido estudiados por maestros como Capeletti, Morello, etc. Es innegable que falta suficiente información sobre la ubicación, funciones y sentido de las diferentes agencias del Estado en sus tres funciones. Mayormente dentro del Poder Judicial, que presenta para todos, incluidos los abogados, un grado de movilidad, mutabilidad de nombres, cargos y funciones, traslado de dependencias, etc., que a veces se convierten en un verdadero laberinto.

También sería importante la difusión de herramientas jurídicas que permitirían desactivar numerosos conflictos cuyo

trasfondo es el prejuicio, la falta de articulación de organismos estatales, el desconocimiento de normas existentes, y la falta de información sobre los recursos del Estado.

Nuestro sistema de ejercicio profesional “libre” está en franca crisis: seguimos proponiéndonos como abogados “multitubro” cuando el derecho actualmente requiere un gran esfuerzo de especialización, no hemos podido avanzar en mecanismos de socialización del costo de nuestro trabajo, como si se ha hecho en la medicina (sistema de obras sociales), no hemos avanzado en la interdisciplina, pese a que abordamos temas que ingresan en las más diferentes ciencias y técnicas. No contamos en la zona con organizaciones de derechos humanos o dedicadas al estudio de esta problemática y la difusión de los derechos, salvo en aspectos acotados a temas específicos (ej. niñez, discapacidad, consumidores), y que son el resultado del esfuerzo casi solitario de personas que (¿por suerte?) no son abogados. Es así que numerosas instituciones a nivel nacional, provincial y municipal que requieren la participación de la comunidad no se ponen en funcionamiento, con lo que se empobrece la Democracia, o –en otras palabras- los derechos se convierten en sueños irrealizables. Los ejemplos abundan: el Consejo Provincial de la Niñez, y los consejos de cada localidad, creados por la Ley 4347, que deberían haber elegido hace varios años un “Defensor de la Niñez”; el Consejo de la Magistratura, donde hay personas que el Pueblo vota, pero que usualmente responden a los partidos políticos que las proponen y no a decisiones específicas de la comunidad; la Defensoría del Pueblo de la Provincia cuyos titulares han sido designados sin ningún conocimiento ni participación de las organizaciones sociales y comunitarias de la Provincia, la Comisión de Tierras Indígenas, creada por Ley en 1992 e inexistente hasta la fecha, etc.

Es cierto que somos una Provincia joven, y que muchas de nuestras instituciones políticas y jurídicas son de avanzada en comparación con otras Provincias o con la Nación misma. Pero si queremos avanzar en capacitación para favorecer procesos de democratización, si queremos una participación de la comunidad que obtenga lo mejor de nuestra inteligencia, sensibilidad y convivencia, vamos a tener que escuchar al soberano y aprender de él para que el pueblo quiera saber de que se trata.

Ojalá sirvan estas líneas como una respetuosa autoconvocatoria.

**"CORRUPCIÓN PÚBLICA. LINEAMIENTOS DE CONTROL E INVESTIGACIÓN"**por **Ricardo Ángel Basílico***Doctor en Ciencias Penales. Profesor de Derecho Penal de la Universidad Nacional de la Patagonia. Fiscal de Cámara con asiento en la ciudad de Trelew (Chubut).***I. Introducción.**

He de comenzar diciendo que el problema de la corrupción, no es exclusivo ni se circunscribe a América Latina, ha sido frecuente en casi todos los países, más allá de su régimen político. Puede sostenerse sin hesitación que en la mayor parte de las sociedades occidentales, la corrupción pública representa el mayor problema en los últimos quince años con graves consecuencias sociales, económicas y políticas para los estados que la padecen.

Considero que una acabada definición y abordaje de la corrupción pública, no puede contemplar únicamente sus aspectos jurídicos-penales, sino también considerar las perspectivas morales, sociológicas, políticas, administrativas, económicas y éticas.<sup>1</sup> Así entonces puede decirse que la corrupción es "toda conducta que se desvía de los deberes normales inherentes a la función pública debido a consideraciones privadas tales las familiares, de clan o de amistad, con objeto de obtener beneficios personales-en dinero o en posición social"- "cualquier violación del interés público para obtener ventajas especiales" o "toda conducta ilícita utilizada por individuos o grupos para obtener influencia sobre las acciones de la burocracia".<sup>2</sup>

Se denota en todos los casos una marcada degradación de los valores humanos esenciales y una vulneración de la ética en la función pública y en el ejercicio de la misma por parte de quienes deben cumplir un rol dentro del aparato estatal.

Un accionar corrupto lleva en sí la violación de un deber, vulnerando activa o pasivamente las reglas o al menos algunas de ellas que regulan el cargo que ostentan o la función que desempeñan.<sup>3</sup>

En sentido general la corrupción

implica la utilización del poder que se detenta en forma desviada, sea por parte del funcionario o de una autoridad que tenga facultad de decisión. Si ampliamos el espectro, y giramos la mirada al sector privado el mismo no está ajeno al fenómeno de la corrupción, pudiendo definirse la misma en dicho ámbito siguiendo a Méndez Rodríguez con cita de Huber como "la forma más rápida y eficaz de alcanzar un objetivo económico, político o personal a través de regalos o la distribución de otro tipo de ventajas."<sup>4</sup>

Las consecuencias económicas y financieras de la corrupción resultan de difícil mensuración, en virtud de la complejidad de las maniobras efectuadas y la ausencia en casi todos los Estados- al menos los latinoamericanos- de mecanismos y medios ajustados de investigación y control que eviten tener como en el presente la llamada "cifra negra".

Ahora bien, lo anterior no implica que no pueda decirse sin riesgo de equivocación que las cifras de la corrupción, producen en los Estados, y con mayor impacto, en los que se encuentran en vías de desarrollo, pérdidas que llevan al empobrecimiento severo de los mismos.

Tal es el caso traído a análisis por

Malem Sena, en lo que hace a los proyectos de inversión, y particularmente los de inversión pública, cuando expresa que la misma "tiende a aumentar en los países con más altos índices de corrupción, pero lo hace de manera improductiva, asignando recursos a obras innecesarias o a proyectos que nunca entran en funcionamiento, pagando un precio mayor del que corresponde y retrayendo recursos de sectores necesitados, o simplemente más productivos."<sup>5</sup>

El deterioro que produce la corrupción, se puede notar también de manera palpable en la paupérrima distribución de la riqueza que se concentra en los sectores de mayor poder, lo que trae aparejado el lógico conflicto social originado por la desconfianza, la desazón y el resentimiento de la mayor parte de la población. Muestra de ello son, no sólo nuestro país (Argentina), sino los datos obtenidos en las últimas dos décadas de Brasil, Venezuela y México, entre otros.<sup>6</sup>

Pero los aspectos financieros y económicos no son los únicos afectados dentro del funcionamiento del Estado. La corrupción afecta notoriamente la credibilidad y la legitimidad de los gobiernos, que recae desgraciadamente sobre todas las Instituciones del Estado.

(\*)Fiscal General Jefe, Ministerio Público Fiscal, Provincia del CHUBUT, Doctor en Ciencias Penales, Profesor de Derecho Penal de la Universidad Nacional de la Patagonia. Ex Becario Max Planck Institut (Freiburg)-Universität Heidelberg .Alemania.

1 Conf. Rico, José María (Universidad de Montreal), "La Corrupción Pública y su Control en América Latina", Rev. Derecho Penal y Criminología, UNED, N° 4, Madrid, 1994.

2 Rico, José M. Ob. Cit. pag.678/679.

3 Conf. Malem Sena, Jorge, "La Corrupción Política", en Rev. "Jueces para la Democracia", pág. 27, Nro. 37, marzo-2000, Madrid. Cuando se refiere a los actos de corrupción política, considera que son "aquellos que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del cumplimiento de una función de carácter político con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera que sea su naturaleza."

4 Méndez Rodríguez, Cristina, en coordinación conjunta con Zúñiga Rodríguez, Laura y Diego Díaz-Santos, María Rosario, "El Derecho Penal ante la Globalización", pag. 132, Editorial Colex, Madrid, 2002.

5 Malem, Sena. Ob. cit. pág. 28. Conforme la idea analizada expresa que "Los gobiernos corruptos pueden comprometerse en proyectos faraónicos, con fondos privados o de organismos de ayuda al desarrollo, que dan origen a cuotas altas de pagos indebidos en lugar de dedicar esos mismos recursos a tareas productivas".

6 En México se ha calculado aproximadamente que López Portillo sacó ilegalmente del País entre uno y tres billones de dólares durante su periodo presidencial. En Venezuela durante las administraciones de Herrera y Lusinchi los costos de la corrupción fueron del orden de los 100.000 millones de dólares. En Brasil, según

información recogida en 1993, "la corrupción, la evasión de impuestos y el desorden de la administración pública le costó al estado 140.000 millones. Así países europeos como Francia, Italia y España los partidos políticos, se han visto implicados en graves casos de corrupción. Recuérdese en el último de los países el caso Filesa de financiamiento ilícito del PSOE, Español, durante la presidencia de Felipe González.)". (Conf. Rico, ob. Cit. pag. 686 y ssgts, citando a Coronel). Conf. Malem Sena, con cita de Eigen, "la corrupción es la causa del subdesarrollo y la pobreza; por su parte, la pobreza contribuye a extender la corrupción ya que aquel que no puede cubrir sus necesidades básicas puede verse forzado a recurrir a métodos menos honestos para su subsistencia. por tanto, corrupción es causa y consecuencia del subdesarrollo." (ob. cit. pág.29).

Produce un grave deterioro por la desestabilización del sistema que inevitablemente se origina. En la faz social, la corrupción genera un serio riesgo para valores esenciales como la vida, la salud, la educación y la seguridad<sup>7</sup>, atentando contra las bases del bienestar de la población que ve como se esfuman los pilares básicos que hacen a la esencia de la obligación estatal.

Habitualmente se une el crecimiento de la tecnología, de las facilidades y sofisticación de los medios de comunicación, con el avance de la criminalidad económica organizada, dejando más expuesta a la sociedad que se ve vulnerada por este tipo de ilícitos. Empero, si bien el desarrollo económico puede favorecer el tipo de prácticas delictivas de referencia, no puede en modo alguno sostenerse que las modalidades y formas más gravosas de delincuencia económica-financiera resulten ajenas a las sociedades en vías de desarrollo o subdesarrolladas, prueba de ello resultan algunos de los Estados latinoamericanos.<sup>8</sup>

Tal como lo expresa Foffani, a consecuencia de la infiltración de la criminalidad en las actividades empresariales lícitas, "actualmente existe también un sector de la 'economía legal' (entendida como 'normal' producción de bienes y servicios legales) en manos de criminales".<sup>9</sup>

En el aspecto de la Política Criminal de un Estado, no sólo se quiebran las reglas del Derecho<sup>10</sup>, sino que la corrupción enquistada en las Instituciones (Policiales, Judiciales o Parlamentarias), diluye cualquier posibilidad de eficacia para su investigación, control o penalización. Ya Versele, citado por Cervini, hablaba de las "cifras doradas de la criminalidad", éstas se encuentran compuestas por delinquentes que ostentan poder político que ejercen impunemente, en beneficio propio o de sus allegados y por aquellos que poseen poder económico, el que se desarrolla o se ha desarrollado en perjuicio de la sociedad en su conjunto, ubicándoles fuera del alcance del sistema de enjuiciamiento penal.<sup>11</sup> En este sentido considera Cervini que: "No pueden tener otro sentido las connivencias político-

económicas, las colusiones político financieras, sutiles peculados, colusiones disfrazadas y abusos reales que resultan favorecidos tanto por lagunas normativas más o menos deliberadas, como por complacencias más o menos concientes. En síntesis, existiría una serie de actividades socialmente nocivas y peligrosas que el poder político y la fortaleza económica, muchas veces aliados en combinaciones estructuradas y disfrazados con enorme habilidad, protegen de toda detección y eventual sanción. Esta sería la cara más visible de la macro-victimización económica."<sup>12</sup>

Como se ve, la corrupción no sólo representa un grave mal en lo inmediato sino que se torna un gran impedimento para el desarrollo sostenido y armónico del Estado, afectando ineludiblemente a la comunidad en virtud de las graves injusticias a que se ve sometida por parte, de aquellos que detentan el poder político, dominados en la mayoría de los casos los poseedores del poder económico.

## II. Medidas Posibles de Control e Investigación de la Corrupción.

Los medios de control actual, no sólo resultan insuficientes, sino que también en muchas oportunidades no resultan ser los adecuados, para la investigación de casos de corrupción pública íntimamente relacionados en la mayor parte de las oportunidades con delincuencia económica organizada y delitos económico-financieros mediante la utilización de sistemas informáticos.

Dentro del Poder Judicial, el Ministerio Público y actualmente los Juzgados de Instrucción, los que se ven generalmente sobrepasados, en virtud de que en la mayoría de las Provincias Argentinas, no existe un fuero específico de abordaje lo que implica que los Funcionarios y Magistrados deban atender delitos contra las personas, contra la propiedad entre otros, con competencia criminal y correccional, lo que produce un retraso en todo aquello que no implique urgencia extrema.

A lo expuesto se suma, en algunos

casos, la limitación de medios técnicos de avanzada para la investigación de este tipo de delitos y la ausencia en otros de recursos humanos especializados, como auxiliar para la investigación de ilícitos de carácter económico-financiero, con aristas patrimoniales y contables. Indudablemente se deberá aplicar un mayor esfuerzo, por parte de las Cortes para dotar a los operadores del sistema judicial de los elementos necesarios para la investigación de delitos económicos-patrimoniales que afectan a la Administración Pública, por ser estos uno de los males endémicos de las sociedades actuales que merecen ser llevados a juzgamiento evitando su impunidad. Ello a manera de poder contrarrestar la especialización profesional y el uso funcional de los medios tecnológicos que utiliza la delincuencia económica.

Resulta difícil, por problemas de organización y a veces de mezquinos intereses, la conformación en todas las Provincias Argentinas de una Policía Judicial, dependiente del mismo Poder Judicial, con personal capacitado al efecto para este tipo de delitos. Dicho cuerpo, podría prestar cooperación a los otros organismos del Estado y trabajar en conjunto con los cuerpos especializados de otros países, considerando el carácter muchas veces transnacional de esta especie de ilícitos.

Es relevante el rol de la comunidad en la lucha contra la corrupción pública, así como las actividades y campañas de las ONG. Sin perjuicio de ello se denota un desaliento por los hechos que día a día son noticia. Los medios de comunicación y su acción resultan vitales para la realización de denuncias y la sanción social de los actos de corrupción. Ahora bien, ello muchas veces se ve empañado por la utilización de los medios de prensa con fines meramente comerciales o espurios originando denuncias que no resultan fundadas, produciendo un injustificado descrédito de las instituciones y sus funcionarios, olvidando que la prensa debe contribuir ineludiblemente a la formación de una conciencia ciudadana ética repudiando todo acto de corrupción.

Resulta necesario como lo expresa

7 Cuando se hace referencia a la Seguridad, se quiere decir: seguridad ciudadana, seguridad social e industrial.

8 Cervini, Raúl, "Macro-Victimización Económica", Rev. Cuadernos de la Cátedra, Nro. 6, Argentina, 2000.

9 Foffani, Luigi, "Criminalidad Organizada y Criminalidad Económica", En Rev. La Ley, España, Nro. 7, pág. 65, Enero de 2001, Madrid, 2001.

10 Conf. Rico, ob. Cit. pág. 688. En el mismo sentido Lorenzo Morillas Cuevas y Guillermo Portilla Contreras en "Nueva Regulación de la <<Corrupción>> Pública", "Comentarios a la Legislación Penal" Tomo XVI, Rev. De

Derecho Público, Madrid. Así consideran que "En esta situación prevalente del Estado y, por tanto, de los funcionarios que los representan en la determinación del modelo económico, es inevitable la presencia de los grupos de presión-lobbies-, grupos que pretenden condicionar la gestión pública haciendo uso de las relaciones de poder, de favores directos e indirectos y, como no, del dinero-tráfico de influencias, uso de información privilegiada, cohecho, etc.-De este modo, el funcionario que integra una comisión que decide sobre la recalificación de unos terrenos, y que integra una comisión que decide sobre la recalificación de unos

terrenos, y que, como es lógico, ostenta ciertas facultades discrecionales en la resolución pública que se adopte, puede ser tentado por el sector privado para que tal decisión le sea favorable; se habla de corrupción si la resolución aparece condicionada por la intervención privada. En tales supuestos existe la opinión generalizada de la necesidad de intervención penal." (ob.cit. pag. 177).

11 Conf. Cervini, ob. Cit. pag.31 yssgts., Versele, Servin Carlos, Rev. "Ilanud al día", ano 1, Nro.1, San José de Costa Rica, 1978.

12 Cervini, ob. Cit. pag. 31/32.

Dölling, un abordaje multilateral de la problemática de la corrupción. Así entre las más notorias medidas a que hace referencia pueden notarse: a) Medidas efectivas para la prevención de la corrupción, b) Leyes penales nacionales de cada Estado- contra la corrupción pública, en concordancia con la legislación internacional, respetando sus estándares mínimos. c) Investigación efectiva de estos delitos, en lo relativo a su impulso, prosecución y juzgamiento. d) Sanciones, efectivas respecto de personas condenadas por delitos de corrupción. e) Cooperación internacional efectiva y de asistencia legal en los casos de corrupción.<sup>13</sup>

Así, deviene relevante un compromiso público, de los partidos políticos, para la prevención y abordaje cierto de la corrupción. Se dice cierto, toda vez que el cansancio moral de las comunidades de los Estados, no tolera la creación de expectativas, que no se satisfagan en este aspecto, puesto que ello traería aparejado, no sólo conflictos sociales de envergadura como se han vivido, sino también acrecentaría la ausencia de confianza en la ya desacreditada clase política latinoamericana y crearía una fisura más en las instituciones.

Es relevante para la investigación de la corrupción pública, que en todos los Estados se acepte, como por cierto se hace, el inicio y la prosecución de oficio de este tipo de delitos, por lo que no resultan necesarios requisitos especiales para el impulso de la investigación.

Así también en Europa como en América se han adoptado normas internacionales, que hacen al combate contra la corrupción. Podemos citar como antecedentes, el V Congreso de Naciones Unidas, realizado en Ginebra en 1975 (12/9/75), donde se comenzó con el tratamiento del crimen organizado. Ya en el VI y el VII Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y el Tratamiento de Delincuentes, se tratan temas que hacen al abordaje específico del crimen organizado.

Resulta necesario destacar la importancia que ha tenido la Conferencia Mundial Interministerial sobre Crimen Organizado Transnacional, la que se llevó a cabo en Nápoles, Italia en el mes de Noviembre de 1994. Como notorio antecedente a los nuevos proyectos de unificación de las legislaciones penales europeas, que tiene como tema central a la corrupción, podemos citar el Tratado de Amsterdam de 1997<sup>14</sup>, puntualmente en sus artículos 29<sup>15</sup>, 31 e. 61.e) y el art. 280 ( antiguo artículo 209-A del Tratado de Maastrich).<sup>16</sup>

Ha tenido vital importancia, en todo el proceso, el llamado "Protocolo contra la Corrupción", del 27 de septiembre de 1996 establecido sobre la base del artículo k.3 del tratado de la Unión Europea, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, en el que se dice expresamente, que después de la adopción del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas que se refiere al fraude, es procedente iniciar una segunda etapa que complementaría dicho Convenio a través de un protocolo referido en especial a la lucha contra los actos de corrupción en los que están implicados funcionarios, ya sean comunitarios o nacionales y que causen o puedan causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas(...).<sup>17</sup>

Así también el 26 de mayo de 1997 y en base a la punto c) del apartado 2 del artículo k.3 del tratado de Unión europea, se establece el "convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de la Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea".<sup>18</sup>

Más recientemente pueden citarse la normativa del Consejo de Europa, tal es la "Criminal Law Convention on Corruption" fechada en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, la que ha sido ratificada en su implementación por los Estados Europeos, y la Convención de Naciones Unidas con-

tra la Criminalidad Transnacional (art. 8 y 9), del 15 de noviembre de 2000. Convención on Corrupción del 27 de enero de 1999. Como se sabe nuestro país, ha ratificado la Convención interamericana contra la Corrupción el 29 de marzo de 1996.

Aún más cercana es la Declaración de París del 19 de junio de 2003, representando la misma una acción contra la corrupción a gran escala, reiterando la importancia de la investigación y el combate de los actos corruptos destacando los efectos devastadores de los mismos. La misma otorga pautas esenciales y destacables no sólo para facilitar las investigaciones, sino para el juzgamiento y la prevención de delitos que importen corrupción pública.<sup>19</sup>

En el Derecho Penal interno, algunos de los Estados, han operado también una importante modificación, a modo de ejemplo en el Derecho Penal Alemán, se sancionó la Ley de Lucha contra la Corrupción (KorrBekG) del 13 de agosto de 1997, se ha incorporado el capítulo 26 a. "Delitos contra la Competencia", el 298, aborda los "Acuerdos Restrictivos de la Competencia en Licitaciones Pública", el 299, pena "La Corruptela y Soborno en el Tráfico Comercial", previéndose en el 300 las agravantes. Se admite conforme el 302 que se sancione al autor con una pena pecuniaria y la confiscación de todo tipo de bienes cuando se trate de un profesional o de una banda.<sup>20</sup> Se han modificado también los 331-334<sup>21</sup> (corrupción de funcionario público), junto con los mencionados parágrafos se debe tener el complemento que de ellos formula el 11, en lo que hace al concepto de funcionario público.

Se pueden considerar como medidas posibles para el control e investigación de la corrupción las siguientes:

En virtud de la existencia de una desproporción entre los operadores de la corrupción (sector público-sector privado) y de los medios con que cuentan para llevar adelante las maniobras o practicas

13 Dölling, Dieter, "Corruption and Related Offences in international Business Activities", Universität Heidelberg, Alemania, 2003. Dölling, D., "Empfehlen sich Änderungen der Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?", Deutscher Juristentag, Verlag C.H.Beck, München, 1996.

14 /Amsterdam, 2 de octubre de 1997, en vigencia a partir del 1 de mayo de 1999.

15 En « Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Europäische Union », pag. 74 y ssgts, Bundesrat, Druksache 784/97

16 Tal como lo expresa Mendez Rodriguez, « El Proyecto de Corpus Iuris, se ha gestado en el marco de la toma de conciencia sobre la ausencia del paralelismo en la evolución de la integración económica y monetaria,

cuyo desarrollo, ampliación y fortalecimiento es exponente la entrada en vigor de la moneda única (Euro) el 1 de enero de 2002, y la evolución de la normativa penal. ". Mendez Rodríguez, Cristina, "El Derecho Penal Ante la Globalización" (obra conjunta coordinada con Laura Zúñiga Rodríguez y María Rosario Diego Díaz -Santos) pag.109, Editorial Colex, Madrid, 2002.

17 Mendez Rodríguez, ob. cit. pag. 117.

18 Conf. Ob. Cit. anterior, (DO, nro. 195, 25/06/97.)

19 Así también surge que "Combatir la gran corrupción es un prerrequisito para cualquier acción política auténtica. Se debe restaurar la confianza en las elites políticas y económicas. A la hora de la globalización,

la responsabilidad de los que nos dirigen es inmensa y por ello debe estar a salvo de cualquier sospecha, para permitir la esperanza de todos" (Declaración de París © "Les Arenas 2003".

20 Conf. Tonio Walter, "Reformas en la Legislación Penal y Procesal (1997-2000)", L.L. (España), Rev. Penal, Nro. 8, julio - 2001-, pag. 132 y ssgts, Madrid, 2001. Lopez Diaz, Claudia, " Código Penal Alemán (StGB)", pag.308/309, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, (Vid. Rudolphi, Hans-Joachim, SK-StGB, Besonderer Teil 267-358, Luchterhand, Bonn, Berlin, 2002).

21 Dölling, Dieter "Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption", ZStW 112 s.334-355,2000.

espurias, y con los que se cuenta para controlarla e investigarla, es necesaria una optimización de los recursos, técnicos, humanos y económicos, los que sin duda deben ser complementados, con sistemas informáticos específicos, asesores dependientes de los órganos de investigación, con especialidad en técnicas bancarias y operaciones financieras nacionales e internacionales. (vgr; investigación de triangulación de dinero con entidades bancarias "off-shore").

-Capacitación del personal (Policial, Ministerio Público Fiscal y Jueces) en temas relacionados con las diferentes formas de comisión de delitos que puedan importar corrupción pública.

-Adecuación o reforma de la legislación que hacen a la organización de las instituciones (Policía, Ministerio Público Fiscal y Judicatura), que deben controlar e investigar casos de Corrupción Pública. -Deberá tenderse a la especialización conforme la materia, en los cuerpos de investigación que pueden conformarse. Pudiendo crearse Unidades Funcionales Anti-Corrupción de Investigación, para aquellos casos de importante representación económica para el Estado y que implique responsabilidad penal para las personas involucradas.<sup>22</sup>

-Adecuación de los Instrumentos legales a fin de optimizar y garantizar la transparencia de la propiedad accionaria, el real estado de los balances anuales de las empresas y la lealtad en la gestión societaria.<sup>23</sup>

-Control interno efectivo en las Instituciones, comenzando por la revisión en ciertas dependencias del Estado de la selección de sus funcionarios y empleados públicos, evitándose todo aquel nombramiento que no sea a través de un proceso de selección de antecedentes y oposición.

-Revisión y mejoramiento de los

reglamentos administrativos de las dependencias públicas, pudiendo considerarse un régimen de incentivos y una mayor estrictez en el sistema de sanciones a aplicar a funcionarios corruptos. Se deberá tender al fortalecimiento de los regímenes administrativos, como medio válido para el control de la corrupción.

-Adopción de medidas administrativas de carácter preventivo, que impidan la injerencia del sector privado en la gestión pública, evitándose la lesión al principio de objetividad que debe regir el accionar de la Administración Pública.<sup>24</sup>

-Evitación de la excesiva duración de los procesos penales de esta naturaleza, puesto que se crea una conciencia de descreimiento, que resulta contraproducente. Considero adecuado en este tipo de delitos (vgr; "contra la Administración pública") el equilibrio entre el respeto a las garantías constitucionales y la celeridad de los procesos.

-Registro Público de seguimiento y control de los casos donde se investiguen causas de corrupción pública, el que deberá encontrarse en red con todas las dependencias encargadas de la investigación. Se cumpliría una doble finalidad, la de registro de casos para su consulta y la de acceso de la información a la ciudadanía, afectada notoriamente en los casos de corrupción pública. A más de ello, este registro podrá servir de consulta oficial, a los organismos nacionales o provinciales que investiguen delitos de esta especie tanto dentro como fuera del país, considerando el carácter transnacional de este tipo de conductas.

-Campañas públicas organizadas en repudio de los actos de corrupción, donde jugarán un papel trascendental no sólo la participación ciudadana, sino la cientización que creen los medios de difusión (prensa, radio, televisión).

-Abordaje integral de la Corrupción

(red integral anti-corrupción) mediante la valoración de la cooperación interinstitucional, incluyendo a las ONG, quienes han mostrado en este plano un importante rol en campañas de transparencia en la función pública.<sup>25</sup>

-En el plano de la Cooperación Internacional, vital conforme este tipo de delito para su persecución, control e investigación, en el plano legislativo, deberán formularse nuevos y actualizarse los convenios internacionales existentes que agilicen y simplifiquen los procedimientos en cuanto

a) Las rogatorias que se tramiten para la obtención de prueba e interrogación de testigos.

b) Rogatorias de autorización, en el caso de constitución del Magistrado exhortante.

c) Autorización de investigaciones policiales conjuntas.

d) Autorización de las vías más rápidas de comunicación (documentos con firma digital) para formular peticiones a Tribunales de otros países.

e) Agilización en todo trámite que importe la extradición de una persona para ser juzgada por delitos de corrupción pública.

f) La posibilidad del levantamiento del secreto bancario, por orden judicial, facilitaría sin duda la investigación delitos económicos-patrimoniales, como blanqueo de capitales (lavado de dinero), encubrimiento, enriquecimiento ilícito de funcionarios, negociaciones incompatibles con la función pública, fraudes funcionariales entre otros.

Más allá de todo lo que pueda decirse o establecerse, lo cierto es que la corrupción pública es un mal que ha crecido notoriamente en los últimos años, afectando así gravemente la estabilidad

22 Así Tiedeman formula la aclaración, en cuanto a que en el procedimiento Alemán, GVG, §74 c, se prevé para todo los casos importantes y de magnitud en el derecho penal económico la posibilidad de una especialización de la competencia: <<Cámaras especiales de Derecho penal económico en los Tribunales del Land (país) deciden sobre las denuncias que son presentadas por las así llamadas Fiscalías especializadas colaboran junto con los Fiscales especialmente formados, economistas y administradores de empresas con puestos fijos ( encargados en Economía), de manera que los Fiscales no dependen mayormente de los informes de peritos externos. Y también los Jueces de las Cámaras de Derecho penal económico pueden renunciar a peritos externos en la medida en que tengan experiencia o se encuentren capacitados en asuntos del Derecho penal

económico- en especial en el campo de la contabilidad o de la elaboración de balances. Sin embargo, frecuentemente no tienen formación los escabinos, cuya elección plantea grandes problemas en los procesos económicos importantes." (Tiedeman, Klaus, "Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad", pag. 49, Editorial Idemsa, Lima, 2000). (vid. §74c, Diemer/ Pfeiffer, Gerd, Karlsruher Kommentar zu Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einföhrungsgesetz, pag.2200, C.H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, München, 1999).

23 Conf. Foffani, ob. Cit. pag. 65. es coincidente con Dölling, en cuanto a que la problemática de la corrupción debe abordarse de manera interdisciplinaria. Así el primero considera que "el derecho Penal relativo a la gestión de la empresa, a pesar de haber

sido necesariamente concebido con relación a un sujeto (la sociedad, la empresa) que en principio acepta y comparte las reglas jurídicas del juego económico, puede aportar una contribución fundamental como instrumento indirecto de contención de la expansión de la criminalidad organizada en el seno de la economía legal; y tendrá mayor capacidad de cumplir eficazmente esta función en la medida en que seamos capaces de profundizar- de la mano de las ciencias económicas y criminológicas- nuestros conocimientos sobre las características y efectivas modalidades operativas de la empresa legal en manos criminales." (ob. cit. pag. 65/66).

24 Morillas Cuevas, L, Portilla Contreras G, ob. Cit. pag. 177.

25 Dölling, D, ob. Cit. En el mismo sentido Rico, ob. Cit. pag. 701.

institucional, política, social y económica de los Estados, muestra de ello la encontramos levantando la mirada, no sólo hacia nuestro país, sino a las Naciones Latinoamericanas y muchas de las Europeas, como se apuntara en este mismo trabajo.

Considero que conforme la magnitud

del problema abordado y su complejidad, medidas aisladas de nada sirven, por el contrario una decidida acción conjunta, en el plano moral, ético, político, administrativo, económico, social, legal y judicial del cual el sistema penal es un eslabón más, podrá si bien no terminar con la corrupción, al menos reducirla considerablemente.



## EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO PARA LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO PENAL\*

por Enrique Anibal Maglione

Abogado. Especialista en Derecho Penal. Mediador.

### I. Introducción.

El presente trabajo tiene por objeto hacer un análisis sobre el principio de oportunidad como instrumento idóneo y base para un nuevo sistema penal capaz de resolver los conflictos de la crisis externa de la justicia penal en un sistema judicial endémico y abarrotado.

La actual crisis social y la compleja situación socioeconómica ha generado en la Argentina un aumento en la conflictividad social agravándose la actual situación delictiva, que sólo puede ser revertida con una política criminal integral sustentada en políticas activas de prevención, reformas de legislación y construcción de cárceles dignas donde sea posible la resocialización del autor de un hecho delictivo.

Se hace necesario entonces establecer una política criminal con medios idóneos para resolver los problemas de fondo, buscando la eficiencia del sistema judicial a través de la selección de los hechos más importantes y graves socialmente que tienda a un descongestionamiento relevante y concreto de la colapsada justicia penal. En tal sentido, hay que empezar a pensar en forma racional y responsable frente a la selectividad de los hechos delictivos, es posible la descriminalización de ciertos hechos punibles de bagatela, cuando existan otros métodos de reacción social más eficaces o se torne innecesario un proceso penal o la aplicación de una pena.

Estos objetivos se complementan y constituyen sin lugar a dudas un método de control social indispensable para la actuación de un sistema penal más eficaz.

En este orden de cosas es el principio de oportunidad el que establece reglas claras para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un presunto hecho delictivo. Este criterio está

ligado a una concepción utilitaria y realista sobre la legitimación y el fundamento, el fin y el límite de la aplicación de las penas.

Constituye un intento de conducir la selección en forma racional, con criterios propios de política criminal, y sobre todo con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad a quienes lo aplican.

Comenzaré haciendo un análisis sobre la actual situación de crisis que padece el sistema judicial penal en la Argentina, el principio de legalidad, sobre el que se basa nuestro ordenamiento jurídico, sus falencias y sus diferencias sustanciales con el principio de oportunidad.

Por otra parte, se analizan las supuestas antinomias entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad, haciéndose al mismo tiempo un enunciado sobre las estrategias de una política criminal idónea de producir un cambio positivo en el sistema judicial y rescatar la *última ratio* del derecho penal.

Por último, enuncio las bases para procurar un sistema penal más justo que responda directamente y de manera eficaz al reclamo social, sin perder de vista la especial atención que se debe tener en las personas involucradas en el conflicto.

### II.-Situación actual. Principio de Legalidad. Antecedentes y crítica.

Conforme nos enseñaba Vélez Mariconde, la regla de la legalidad o indiscrecionalidad opuesta a la de oportunidad deviene del principio de

oficiosidad, es decir aquel que obliga a los órganos públicos del Estado a proceder de oficio, por iniciativa propia, a promover la acción penal pública en las formas establecidas por la ley, sin necesidad de ninguna excitación extraña, excepto los casos de acciones dependientes de instancia privada. Según esta regla el Estado tiene el deber de ejercer a través de sus órganos, la acción pública de acuerdo con la ley penal, siempre que aparezca cometido un hecho delictivo, sin que puedan inspirarse en criterios políticos de conveniencia o de utilidad social.

Este principio es de carácter absoluto toda vez que impide a los agentes del sistema a disponer de una solución del caso diferente a lo establecido en la ley y la eventual absolución o condena. Se carece de toda facultad de discrecionalidad, "*se es esclavos de la ley*", como bien lo refería Vélez Mariconde, en el sentido de que tienen el deber de provocar o solicitar la actuación correcta de aquélla.

Esta regla impera durante el momento de la promoción y durante todo el proceso penal. En primer lugar existe una *necesidad de la promoción*, es decir que en el momento de llegar a tomar conocimiento de la existencia de un hecho presuntamente delictivo de acción pública, se tiene el deber de promover la acción en la forma y condiciones establecidas en la ley, sin posibilidad alguna de detenerla por criterio político.

Por otra parte, rige la *irretratabilidad* vale decir que una vez promovida la acción penal su ejercicio no puede suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo supuesto previsto expresamente en la ley procesal. En este sentido, el Ministerio Público no puede transar o negociar el proceso con el imputado, ni renunciar a la acción penal, ni desistir de la instancia, sino que debe imperiosamente seguir a rajatabla con los pasos procesales preestablecidos en la manda legal, ejerciendo un poder puramente formal, excitando la jurisdicción.

Este principio tuvo su origen con la Inquisición estableciendo como su principal fundamento la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica o real, por lo tanto, no es sino un resabio del sistema inquisitivo escrito heredado de la conquista española, que ha sido de aplicación y es el vigente aun en la mayoría de los países latinoamericanos. Es el mismo que se aplicaba en la Europa continental durante la Edad Media, pero que hace más de doscientos años, como es el caso de España, que no tiene aplicación alguna, habiendo caído en desuso y reemplazado por el sistema acusatorio.

Este sistema que se viene aplicando

\* Trabajo presentado en el año 2001 en la Maestría de Ciencias Penales de la Universidad Nacional de la Patagonia, San Juan Bosco, Trelew - Chubut.

desde hace más de cinco siglos, más que un sistema procesal para administrar justicia, ha llegado a constituir como dice Binder, “*un modo particular de situarse ante la realidad y considerarla*”. Es así que consecuentemente ha devenido en un sistema burocrático, despersonalizado y arbitrario, que posee en sus raíces una mentalidad excesivamente formalista y celosa de formas rituales, que presuntamente son las fórmulas mágicas para solucionar los conflictos.

Por su parte, el principio de legalidad encuentra su sustento filosófico en la filosofía especulativa de Immanuel Kant y Georg Wilhelm Friedrich Hegel, a través de la teoría absoluta de la pena, en cuanto en forma imperativa y categórica todo hecho en apariencia delictivo debía traducirse, necesaria y obligatoriamente, en una acusación y en un proceso penal.

El fundamento de la teoría absoluta de la pena reside en retribución del daño ocasionado, el sentido de la retribución es el de compensar un mal como forma de reparar la lesión jurídica y extinguir la culpabilidad del autor, para reingresar en la sociedad.

Para Kant, la pena es una necesidad ética, un imperativo categórico emergente de la idea de justicia y el sentido de la misma es la retribución de la culpabilidad y con la aplicación de una compensación justa se agota el contenido de la misma. Esta sanción se impone al delincuente porque ha quebrantado una norma, considerar cualquier otro fin punitivo atentaría contra la dignidad de la persona y la reduciría a la condición de un objeto.

Por su parte Hegel, concibe al delito como la negación del derecho y la pena, como la negación de la negación, como anulación del delito y como reestablecimiento del derecho, “*la vulneración que afecta al delincuente no es sólo justa en sí, sino que también es un derecho impuesto en el delincuente mismo, esto es, en su voluntad existente, en su acción*” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, Filosofía del Derecho, Ed. Claridad, pág. 108). Como ser racional, el delincuente es honrado con la pena, que es mantenida como continente de su derecho particular. Este honor no llega a él si el concepto y la norma de su pena no se toman de su mismo acto.

La superación del delito es el castigo, es la vulneración de la vulneración, y el delito tiene una extensión determinada cualitativa y cuantitativamente.

Hegel sostiene que: “*La definición de la determinación de la pena, debe ser tomada de la concepción general de la existencia psicológica de la conciencia, ésta demostraría que el sentimiento universal y de los individuos sobre el delito*

*es y ha sido que debe ser penado y que al delincuente le debe acaecer lo mismo que él ha efectuado*” (idem ob.citada).

En esta concepción absoluta el sentido de la pena no tiene la persecución de alguna finalidad de utilidad social, sino que su sentido radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, vale decir que se agota todo el fin de la pena en la retribución misma.

El mal de la pena está justificado por el mal del delito, es concebida como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente a la Ley del Talió. La pena niega o aniquila al delito reestableciendo al derecho, haciendo una abstracción a si resulta necesaria o beneficiosa para la sociedad, no tiene finalidad preventiva, ni intimidatoria, ni correctiva, serán pues estos efectos concomitantes favorables en su aplicación, pero que no tienen nada que ver con su naturaleza.

En síntesis la teoría absoluta de la pena radica en que el fin de la pena es restablecer el orden alterado por el delito, para ello se exige la realización de un comportamiento contrario a la norma (delito) y la existencia de la culpabilidad en el autor del mismo. El sistema se basa en el libre albedrío siendo culpable aquél sujeto que pudiendo motivarse en el respeto de la norma optó por delinquir, al que le corresponde una pena como forma de restablecimiento de esa lesión jurídica, la que será proporcional a la gravedad del hecho realizado y al grado de culpabilidad del autor.

#### Situación actual y críticas.

En la realidad, en su aplicación concreta este principio demuestra ser una declaración ideal que no se cumple y que no tiene ninguna posibilidad de ser cumplida, su funcionamiento se presenta como estructuralmente incapaz de investigar y eventualmente de sancionar todos los delitos de que toma conocimiento.

En cuanto a la selección de los casos, surge a las claras que la misma se hace de manera arbitraria, en consecuencia, toda vez que de los casos que llegan a conocimiento de los órganos que lo integran sólo algunos son investigados en su plenitud, mientras que otros son abandonados, y terminan siendo irresueltos o bien prescribiendo su acción.

Tengamos en cuenta que ningún sistema penal está capacitado para responder y atender a todos los hechos delictivos que se producen en una sociedad, ni las fuerzas de seguridad, ni

los órganos jurisdiccionales, ni los establecimientos carcelarios o de detención serían suficientes, si todos tendrían que ser investigados, juzgados y sentenciados.

Es así que también en toda sociedad existe un margen importante de hechos delictivos a los cuales el sistema no da ninguna respuesta, no sólo a los hechos que no son denunciados, sino también aquellos que denunciados jamás puede el sistema penal dar una respuesta favorable.

Por último, no debemos desconocer que el sistema penal se aplica más enfáticamente sobre determinados grupos sociales y su persecución es más eficiente sobre los denominados delitos comunes, empero carece de eficiencia y eficacia sobre aquellos delitos cometidos no convencionales ya sean por abuso de poder económico o abuso de poder público.

Existe un proceso de selección donde sin darnos cuenta, todos somos cómplices silenciosos, que escapa a los controles jurídicos y políticos y carece absolutamente de transparencia, porque en general no se reconoce, se oculta y en algunos casos se niega o se ignora.

#### III. Principio de Oportunidad. Fundamento y Antecedentes.

El principio de oportunidad, tiene su sustento filosófico en las teorías utilitaristas de James Mill, Jeremy Bentham y John Stuart Mill, basadas en la idea de que los sistemas morales y jurídicos están viciados por prejuicios irracionales, y que una moral y un derecho naturales, racionales, harán cesar las antinomias entre la convivencia y el interés, entre el placer y la moral, entre el provecho de cada uno y el bien de todos.

Para esta teoría el objetivo que toda ley debe tener es llevar felicidad a toda la comunidad y eliminar lo que tienda a sustraerla. Jeremy Bentham decía: “*...La finalidad del derecho es aumentar la felicidad...; y por lo tanto, en primer lugar, excluir; tan completamente como sea posible, cualquier cosa que tienda a deteriorar esa felicidad; en otras palabras, excluir lo que es pernicioso...Pero la pena es un mal. Pero toda pena es pernicioso. Sobre la base del principio de utilidad, si ella debe ser del todo admitida, sólo debe serlo en la medida en que ella promete evitar un mal mayor...*”. (An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Bentham, Jeremy)

Para Bentham, la ley penal debe excluir el daño, porque “*todo castigo es un daño, todo castigo es en sí mismo un mal*”.

Siguiendo esta concepción utilitarista

el castigo es admitido en la medida que excluya otro mal mayor y la pena en consecuencia es un dolor e infligir un dolor, sólo es justificado cuando se demuestre que resultará más beneficioso que no infligirlo.

Este bien en la fórmula de Bentham es la prevención o la reducción del crimen, sea por disuasión o por la reforma operada en el victimario. La pena en consecuencia no tiene un fin exclusivo de retribuir la culpabilidad del agente o recomponer el orden jurídico alterado por el hecho delictuoso, sino que tiene un fin utilitario de integración social, ya que aplicar la pena a una gran cantidad de integrantes de la sociedad lo que provocaría decisivamente sería la desintegración de la misma.

Para el utilitarismo el castigo está moralmente justificado si se dan ciertas condiciones: a) la pena debe ser un medio eficaz para impedir que ocurran otros males sociales; b) la pena debe ser un medio necesario, vale decir que no exista otra forma menos perjudicial para evitar otros males sociales mayores; c) el perjuicio resultante para el destinatario y por ser éste un miembro de la sociedad, debe ser menor que los perjuicios que la sociedad sufriría si la pena se aplicara.

El principio de oportunidad puede definirse siguiendo a Cafferata Nores como *“la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aún cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar”* (CAFFERATA NORES, José, “El principio de oportunidad”, Cuestiones actuales sobre el proceso penal, Ed. Del Puerto, Bs. As., 1997, pág. 16).

La esencia, como se podrá apreciar de la definición transcrita, de la distinción entre legalidad y oportunidad radica en la facultad reconocida al funcionario público titular de la pretensión penal de adoptar decisiones discrecionales en cuanto a su ejercicio y persecución.

El principio de oportunidad, en realidad, no siempre se compadece con el principio de la legalidad, el discurso jurídico, rector de la persecución penal y las diversas maneras de seleccionar los casos a tratar y el tratamiento que reciben lo hacen a través del principio de oportunidad.

La razón de esta discordancia como lo sostiene Maier, *“es siempre el aparato estatal, en la sociedad de masas que*

*experimentamos, no tiene capacidad, por los recursos humanos y materiales de que dispone, para procesar todos los casos penales que se producen en su seno”*.

Se advierte en consecuencia una realidad a la cual no podemos soslayar y es la propia existencia de una colisión de intereses tan marcada que prevalecen unos sobre otros que superan a los valores jurídicos y sociales declamados.

Así el principio de oportunidad determina pautas para prescindir de la acusación penal, frente a casos que habitual y ordinariamente debía acusarse por un presunto hecho delictivo, constituyendo una forma de selección racional, con criterios realistas de política criminal y sobre todo con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad en quienes lo aplican.

Entre sus objetivos fundamentales podemos mencionar, en primer lugar *la descriminalización* de hechos punibles, cuando existan otros mecanismos de reacción social más eficaces o parezca innecesario el proceso y la pena, evitando de esta manera la aplicación del poder penal.

En segundo término, busca *la eficiencia* del sistema frente a hechos más relevantes y de mayor gravedad social, descongestionando el sistema judicial de la tan saturada justicia penal. Ambos objetivos se complementan y constituyen sin lugar a dudas un método de control social indispensable para la actuación del sistema penal.

#### **IV. Principio de Legalidad versus Principio de Oportunidad. Estrategias de Política Criminal para rescatar la última ratio del Derecho Penal.**

En primer lugar debemos desmitificar estas falsas antinomias entre legalidad y oportunidad y deslindar entre un instituto procesal y un modelo de política criminal con distintas estrategias. Bajo la lógica de la regla – excepción se presenta a priori el principio de oportunidad como excepción al principio de legalidad, empero debemos acotar que esto no es así toda vez que estamos en presencia de dos principios, como se ha expresado, absolutamente diferentes frente a la selectividad de los casos penales.

Por otra parte, aunque de manera diferente, una vez seleccionado el hecho delictivo a perseguir penalmente, impera en materia procesal el principio de exhaustividad u obligatoriedad, vale decir que existe la obligación de los funcionarios de ejercer la acción pública.

En el ámbito político criminal, se nos presenta el binomio de selectividad y estrategia de selectividad. Por una parte

tenemos la selección de los sistemas punitivos que están dados en función de las conductas que presentan los internos dentro de un establecimiento carcelario, y por otra, la selección en sistemas concretos, cómo hacemos con esa selectividad y qué estrategia adoptamos.

Al respecto, tenemos en principio una *estrategia retórica* que responde al hecho de violencia o de conflictividad que socava las libertades públicas, que es muy común, su utilización en estos tiempos, y que solo responde a un conflicto social de coyuntura obteniendo respuestas retóricas, oportunas pero igualmente de coyuntura que no resuelven la cuestión de fondo.

En otro orden, tenemos un *programa punitivo* desorbitado con un principio de legalidad como sustento moral. La estrategia sería elegir los delitos más importantes y aplicar el principio de legalidad como proceso de reducción del sistema punitivo.

El principio de oportunidad se presenta como estrategia frente a estos problemas de sistemas judiciales débiles y abarrotados, y como una alternativa a resolverlos.

En la actualidad existe, principalmente en nuestro país una profunda crisis externa del sistema penal, donde se ha producido un importante quiebre de los distintos niveles de factores de conflictividad. La ley *per se* es un ordenamiento simple de la vida social, por lo tanto la resolución de los problemas de esta crisis debe venir acompañada no solo de un cambio de legislación sino también de mentalidad frente a estos conflictos. Esta profunda crisis de la razón jurídica, de la legalidad, se ha transformado en una conflictividad social, donde parece haberse roto el tejido social, y lo que es peor, parece haberse quebrado la voluntad general del contrato social, que como sostenía Rousseau, debe estar basado en la voluntad general del cuerpo social.

Otra de las estrategias de una política criminal, es la *Conciliación de la Mediación*. El Estado debe prever muchos ámbitos para resolver los conflictos, formas más civilizadas con el objetivo de reestablecer el orden social. Los nuevos métodos de resolución de conflictos a través de la Mediación, son un muy importante aditamento a una política que tienda a solucionar la crisis externa de la justicia penal, toda vez que los distintos niveles de conflictividad se irán resolviendo como medidas preventivas antes de llegar a la comisión de un hecho ilícito. Varias provincias han sancionado leyes de mediación como métodos de resolución de conflictos y con el objeto de evitar que los mismos lleguen al congestionado sistema judicial, empero,

el instituto es muy nuevo y aún no está instalado en la cultura social.

Por otra parte, la justicia civil ha sido la mayor responsable y potenciadora de conflictos, con sus procedimientos inaccesibles para la sociedad, su lentitud y la falta de dinámica ha provocado la conflictividad que deriva directamente en la Justicia Penal, que a su vez tiene una sobrecarga endémica, es la *última ratio*. En consecuencia y precisamente por esa sobrecarga se torna de imposible cumplimiento de resolución de los conflictos y termina convirtiéndose pues en la *principal ratio*.

Es por ello que se hace necesario producir cambios de procedimientos en la justicia civil como estrategia de una política criminal, que tengan que ver con la eliminación de los formalismos y formulismos, inasequibles a los beneficiarios del sistema, el ciudadano común, e introducir en el sistema mecanismos ágiles, como la oralidad, la inmediatez del juez, los juicios monitorios, y demás factores y circunstancias que hagan a una justicia más eficaz y eficiente que redunde en beneficio de la sociedad, debiendo tener presente siempre aquella célebre frase de Séneca: “*No hay peor injusticia que la justicia que llega tarde*”, para no terminar lamentándonos por las injusticias que padecemos a diario.

El principio de oportunidad tiende a darle respuesta esta crisis externa de la Justicia Penal como factor limitador de la persecución penal, como herramienta de política criminal del Estado que tiene la posibilidad de contribuir de manera efectiva y concreta a la solución de los actuales problemas que aquejan a la Justicia Penal.

Tiene la posibilidad también de rescatar la *última ratio* del Derecho Penal y de esta manera reducir el grado de conflictividad de la sociedad, reestableciendo en el marco del derecho el orden social.

## V. Conclusiones Generales.

Es posible un sistema judicial más eficaz y más eficiente, en la medida que se analicen, se meritúen y se ataquen de bruceas a las causas que llevaron a la Justicia Penal a esta situación endémica, frágil, débil y por tanto ineficiente, habiéndose desnaturalizado su verdadera esencia dentro de la sociedad, convirtiéndola en la principal ratio, toda vez que debe ser como dice Pedro J. Frías “*el orden del orden social*”.

Resulta necesario entonces recuperar el principio de subsidiariedad del derecho penal y que vuelva a ser la última ratio del

control social en una comunidad, a través de la sanción de una legislación procesal que contemple mecanismos de resolución de conflictos socialmente más razonables.

El reclamo social de nuestra sociedad fundamentalmente está orientado a la Justicia, y en particular a la Justicia Penal a la hora de impartir justicia, aunque no es menos cierto que los demás poderes del Estado deben acompañar y tener el mismo compromiso social a la hora de administrar sus recursos y de legislar respectivamente.

Es necesario establecer una nueva política criminal en la Argentina a través de la cual el Estado pueda dar garantías de una de sus obligaciones insustituibles como es la seguridad, y pueda también erradicar la violencia estatal a través de decisiones que tienen que ver con aumentos de penas, elevación de la edad punitiva, tolerancia cero, etc., que en definitiva no atacan la solución de un conflicto sino, en mi criterio, todo lo contrario genera más violencia, más conflictividad.

Es posible un cambio de rumbo en la legislación y en la cultura inquisitiva de la sociedad, con la supresión del procedimiento inquisitivo, con la adopción de políticas activas tendientes a implementar un nuevo sistema orientado a establecer criterios de selectividad razonable y de oportunidad frente a determinados casos penales, debiendo tenerse en cuenta las estrategias mencionadas como medios idóneos para la seguridad pública del ciudadano y del respeto a sus derechos y garantías constitucionales.

Claro está que no es una tarea sencilla, toda vez que el cambio hacia una nueva política criminal debe radicar fundamentalmente en el cambio de mentalidad de toda una comunidad, que ha sido formada, a través de los distintos procesos históricos del país con una cultura inquisitiva, los funcionarios judiciales, políticos, legisladores, magistrados, abogados, docentes universitarios, toda la dirigencia académica, empresarial y productiva de la Argentina, hemos sido formados en esa cultura, con esa idiosincrasia, es por ello que el desafío es mayor.

Por otra parte, estoy convencido que así como en 1853 fueron las provincias las que contribuyeron a la fundación de un Estado jurídicamente organizado, son ahora las mismas las que tienen esa responsabilidad a través de sus facultades no delegadas a la Nación, como la de legislar la norma adjetiva, de producir cambios fundamentales que contribuyan a la paz social y al bienestar general.

Finalmente, la implementación de mecanismos orientados por *el principio de oportunidad*, en cuanto a la selección de casos penales y la disponibilidad de la acción o bien a la simplificación o supresión de procesos, no solo será un factor muy importante en la contribución de la paz social con la reducción de la conflictividad, sino también será una forma de racionalizar y optimizar los recursos humanos y económicos con los que cuenta la administración de justicia.

## Bibliografía.

- BENTHAM, Jeremy (1948) The principles of morals and legislation. Nueva York, Hafner Press
- BINDER, Alberto M., Introducción al Derecho Procesal Penal, Ed. Ad – Hoc S.R.L.
- BINDER, Alberto M., Justicia Penal y Estado de Derecho, Ed. Ad – Hoc S.R.L.
- CAFFERATA NORES, José, “El principio de oportunidad”, Cuestiones actuales sobre el proceso penal, Edl Del Puerto, Bs. As., 1997
- CLARIA OLMEDO, Jorge A., Derecho Procesal Penal, Tomo I, Ed. Rubinzal – Culzoni Editores
- EL FARO DERECHO, “Teorías de la Pena. Investigación” [elfaroderecho.com.ar](http://elfaroderecho.com.ar)
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, Filosofía del Derecho, Ed. Claridad
- LA PRENSA, Honduras “Un nuevo rostro de la justicia se vislumbra a corto plazo”, por Faustino Ordóñez Baca, Edición 6 de Mayo de 2000
- MAIER, Julio J.B., Derecho Procesal Penal Argentino Tomo I, Fundamentos, Ed. Hammurabi;
- OPINIONES NCPP Sucre, “Principios Procesales y Garantías Constitucionales”, por Lic. Nitzá Decormis Chávez, Bolivia
- REVISTA ELECTRONICA DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLOGIA, “De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas”, por José Daniel Cesano, RECPC, 03-05 (2001), Córdoba
- REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES DE COSTARICA, Julio 1993, Año 5, N° 7, — “El Principio de Oportunidad en el Ejercicio de la Acción Penal”, por Daniel González Alvarez, Magistrado de Casación Penal.
- REVISTA “La Semana Jurídica” – LexisNexis – Chile, 2000, 27 de Noviembre al 3 de Diciembre, “Principio de legalidad y selección de casos en el nuevo Código Procesal Penal”, por Mauricio Duce, Abogado, Master en Ciencias Jurídicas Universidad de Stanford, Profesor e Investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Chile.
- VAZQUEZ ROSSI, Jorge E., Derecho Procesal Penal, Tomo II, Ed. Ed. Rubinzal – Culzoni Editores
- VELEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho Procesal Penal II, Ed. Marcos Lerner.

## LA INFORMACIÓN JUDICIAL ES PÚBLICA PERO CONTIENE DATOS PRIVADOS. COMO ENFOCAR ESTA DUALIDAD.

por Guillermo Cosentino

Secretario de Informática Jurídica del STJ Chubut. Director de la Autoridad Certificante de Firma Digital (STJ Chubut). Profesor de Derecho Civil I e Interino Derecho Civil II (Escuela Superior de Derecho - UNPSJB). Profesor de TIC's y Derecho (Escuela Superior de Derecho - UNPSJB). Profesor del Seminario de Informática Legal Facultad de Ingeniería (UNPSJB).

### 1. Consideraciones preliminares

Hasta hace relativamente no mucho el acceso a datos y documentos judiciales se planteaba en un plano material, separado en tiempo y espacio de su procesamiento cualquiera fuera el fin propuesto. Esto era así porque se trataba de un mundo alejado de la informática, al menos de alcance público. Tal circunstancia, reducía la problemática del acceso a datos personales, justamente por la ausencia de tecnologías. La aparición las TIC's allanan el camino al conocimiento de aquella pero, también permiten su uso intromisivo.

En las épocas de que hablamos resultaba materialmente dificultoso obtener información sobre las personas sin referencias de base o previos que orientaran una búsqueda, debía dedicarse gran cantidad de tiempo vital y recursos con fuerte impacto en la economía del o de los interesados.

Las TICs, vienen a salvar las distancias entre la necesidad de información y ésta, posibilitando, además, que su utilización sea económicamente factible aún para quienes antes, ni siquiera hubieran manifestado interés alguno por obtenerlos.

Por otra parte quienes precisaban contar con información sobre la las personas, invertían grandes cantidades de recursos materiales y humanos para conseguirla y mantenerla actualizada y consistente.

Las Tecnologías de la Información (TICs) sólo se encontraban en manos de organizaciones muy solventes, era preciso planificar la recolección de datos para evitar su redundancia, no era sencillo su procesamiento con otros fines, pues era dificultoso cambiar el diseño original y la estructura informacional y la estrategia de relacionamiento de datos preestablecida, por su rigidez, además de ser demasiado complejo y costoso. A ello se asociaba la voluminosidad que generaba el soporte papel, o los primeros soportes informáticos, lo que atribuía un fuerte peso muerto a los datos no procesables elevándose los costos por el mayor espacio de almacenamiento, entre otros.

El ciudadano gozaba de una protección natural de sus datos personales de carácter operativo y físico, frente a los intrusos que desearan saber sobre ellos: su vida, pensamientos, costumbres, inclinaciones, debilidades, fortalezas, estado de salud, bienes, etc., quedando esa actividad investigativa reservada a los recursos de ciertas áreas del Estado, más especialmente en aquellos países de mayor evolución tecnológica y tan sólo algunas fuertes organizaciones privadas.

No sólo la capacidad de cálculo ha crecido exponencialmente sino que detrás de él lo han hecho los modelos de comunicación social que llegan a procesar las variables de la Dialéctica Histórica a velocidades tan inmensas, que nos vemos

compelidos a considerar hechos recientes como si se tratara de historia, sin permitirnos en la mayoría de los casos, lograr asimilar el impacto que ellos producen sin importar la trascendencia que ostenten.

También y por supuesto, las TICs aumentan las brechas socio-económicas, poniendo en inferioridad de condiciones a quienes no son capaces de gestionar su inserción en la Sociedad de la Información.

Las verdaderas luchas de poder, hoy más que nunca se dirimen en un "Escenario Digital", que tiene la facultad de consolidar en el mundo "REAL" la ventaja relativa obtenida en aquél campo, acentuando el poder de manipulación de las variables, estrategia que permite controlar el modelo y los fuertes vínculos que unen las áreas sensibles del mismo, a la vez que los componentes estructurales del diseño están cada vez más sesgados para favorecer en el acceso a la información a minorías que devienen en nóveles privilegiados de la "Era de la Información", poniendo en situación de cuasi-analfabetos a quienes no pueden hacerlo.

### 2. El rol del Estado ante el uso de los datos personales

El acceso a los registros alojados en ámbito público no puede ser indiscriminado. Bajo el pretexto de una falsa transparencia, en el mundo entero existen ejemplos de uso depredatorio de este tipo de información sobre todo para obtención de ventajas comerciales o financieras, así se convierte al titular de datos en un blanco (target) debilitándolo en las relaciones profesionales y comerciales.

Es hora que desde el sector público se tome cartas en el asunto, el manejo de la información a que nos referimos en múltiples ocasiones contiene errores, falta de actualización, o falsedad absoluta y provoca pérdidas de trabajo, obstaculiza la obtención del mismo, frustra proyectos comerciales o productivos, etc.

Para complicar más el problema muchas veces las razones de la discriminación, no son conocidas por sujeto interesado ya que le son ocultadas para proteger el origen de la información. Y todo termina siendo parte de un perverso sistema que fuera del más elemental estado de derecho, es considerado como un daño colateral, frase que ha ingresado al diccionario

trágico de nuestros tiempos.<sup>1</sup>

### 3. Las bases de datos de la Justicia no se encuentran fuera de esta conflictiva.

Para ello deben considerarse, dos dimensiones informacionales las cuales se corresponden con dos grandes funciones del Sistema de Administración de Justicia: una relacionada con la administración de recursos del Poder Judicial, la generación puesta en acción de políticas institucionales y su gestión eficiente; y otra relativa al tratamiento de datos obtenidos en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales; ambas productoras de información pública y privada.

Nos toca a quienes formamos parte de la Administración de Justicia, enfrentar el reto de diseñar una matriz de "Acceso a la Información" que vincule adecuadamente los principios de "Publicidad Republicana" y "Privacidad de las Personas" en el universo de la información, y esto es así con o sin TICs; sin embargo éstas proporcionan un valor agregado a la problemática.

Tenemos el deber de comprender el significado de las TICs, su impacto en la sociedad, en el mundo jurídico y por ello en los valores que han signado el camino de las democracias del mundo. Es preciso entender que estamos frente a una herramienta formidable en acto y difícil de ponderar en el alcance de sus potencialidades.

La utilización de la información obtenida procesada y almacenada con ocasión del ejercicio de la función, tiene el poder de provocar desequilibrios impensados, subrepticios, silenciosos, perversos, destructivos si es utilizada fuera de un marco de garantías adecuado.

Podría ponerse a una persona en el cadalso de la muerte civil en pocos instantes tan sólo por un uso ilegítimo o un error.

En este cuadro de situación, el Estado y en especial la Justicia, son grandes almacenes de recursos informacionales, podría hablarse grandes yacimientos de datos personales (privados) y públicos.

<sup>1</sup> Conf., <http://www.epic.org/privacy/publicrecords/default.html>

Semejante repositorio, en una sociedad que se precie de democrática, debe ser accedido sobre la base de una regulación específica y en orden a fines y principios con fines sociales, no puede ser expuesto indiscriminadamente, ni debe ser retenido injustificadamente, ya que se configuraría una "capitalización indebida de poder".<sup>2</sup>

#### 4. Acceso a la Información

En una proyección radicalizada se habla de un derecho de acceso a la información sin limitaciones. De todas formas, aún los más fuertes defensores del Libre Acceso, están convencidos que este no se puede practicar sin limitaciones, esto constituiría una visión poco realista.<sup>3</sup>

¿Cómo debe ser el Acceso a la Información en un Estado que pretenda calificarse de Democrático y Republicano?

Este interrogante nos conduce en una primera aproximación al núcleo de nuestro trabajo, es decir vamos a cruzar la primera frontera, para luego tratar de proponer una visión aplicada a la "Información Judicial" especialmente cuando es accedida mediante TICs.

La Information Industry Association de los EEUU, tratando sobre los "Principios y Políticas de Acceso a la Información de Gobierno", ha dicho: "los ciudadanos tienen derecho de acceder a la información mantenida por antes de gobierno, la cual sólo podría ser restringida mediante una ley especialmente dirigida a reglamentar la necesaria protección de ciertos y específicos intereses legítimos tales como la privacidad".

En este punto se hace preciso establecer algunas convenciones para poder avanzar en nuestra hipótesis:

Debemos aceptar la existencia de bases de datos en el ámbito del Estado, llamadas por su ubicación, públicas, y bases de datos en manos de personas u organizaciones privadas o no estatales, llamadas, siguiendo el mismo criterio, privadas (que pueden estar o no destinadas a dar información a terceros). Pero también que la información relativa a las personas (conteniendo datos personales por su naturaleza) en las bases de datos que se encuentran en el ámbito del estado (bases públicas por su ubicación), determina la existencia de datos personales (privados) en el ámbito del Estado. Para agregar mayor complejidad a la problemática debemos admitir que no son pocas las circunstancias en las que conviven en el mismo espacio e inclusive unidad documental, datos privados con información relacionada con la gestión de gobierno (información de base pública por su destino).

En base a esta particular clasificación,

restringiremos nuestro análisis a las bases de datos que se encuentran alojadas en el ámbito del Estado; y ya aquí, entonces nos concentraremos en la concepción de una "matriz de acceso a la información" que abreve en los principios de privacidad y publicidad, ambos informados por los derechos y deberes de cuño ius-privatista y/o ius-publicista según el caso.

#### 5. Publicidad y Privacidad

Para avanzar en la aplicación de estos principios y en la calificación del acceso a la información, es necesario realizar algunas consideraciones.

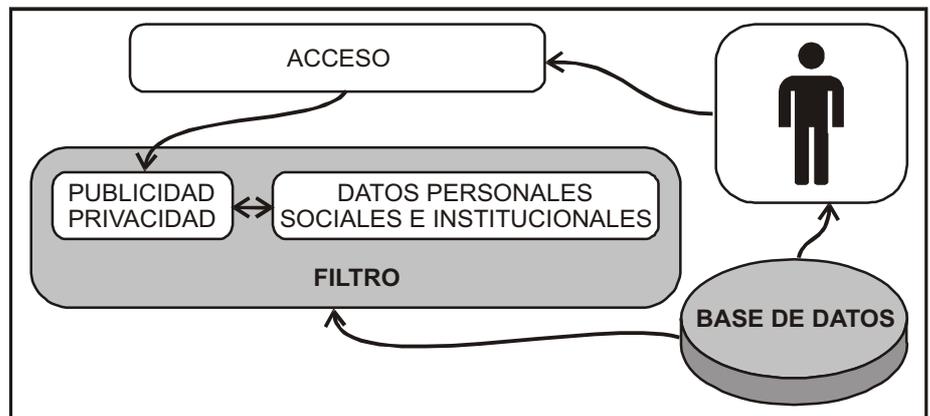
Una propuesta descriptiva que exponga esta problemática como de opciones y bipolar nos conducirá a una posición antagónica entre ambos principios. Dejarnos llevar por este camino sugerente, casi seductor puede en ciertas circunstancias situarnos ante proposiciones, lógicas en su estructura y verdaderas en su resultado, pero falaces

por la incorrecta elección de las premisas que lo informan.

Se trata de dos principios que buscan armonizarse tironeados por una competencia de intereses a veces legítimos y otras no; es en ese campo donde ambos deben resistir ya que si son dominados por fuerzas sin control, terminarán manipulados y puestos al servicio causas vacías de valores individuales y/o sociales.

Es por ello que no compiten, más bien se recortan como dos siluetas que buscan encajar, dentro de un modelo social dinámico y de una matriz normativa portadora de valores que se renuevan permanentemente ante el cambio que impulsa el formato tecnológico.

Publicidad y Privacidad, son dos estándares contenedores de numerosos derechos personales, sociales e institucionales que los informan, además, articulados por el acceso a la información.



En el gráfico precedente podemos vislumbrar cual parece ser el modelo del "Acceso" que surge en nuestra hipótesis.

A esta altura del trabajo y en este tópico es oportuno que tratemos un aspecto que puede confundir en ciertas situaciones. Esta es la adjetivación de secreta, confidencial o reservada, que en algunas circunstancias se aplica a la información cuando se relaciona con ciertos y determinados procedimientos o acciones. Dicha calidad puede tener como fundamento la privacidad pero no se trata de una condición necesaria, ya que la misma puede responder a necesidades propias de la acción de gobierno (Judicial, Legislativo o Ejecutivo) que precisará transitar carriles clasificados al menos temporalmente con el objeto de garantizar la seguridad del Estado, de la economía, el bienestar general, la seguridad interna o exterior, la actuación de comisiones de investigación legislativa, investigaciones de la Justicia, etc. Es decir, para la protección de bienes que amalgaman y sustentan una sociedad organizada. Esto no quiere decir que no existan controles ciudadanos sobre dichos procedimientos

o datos, sólo que interviene un criterio de oportunidad en el acceso y de alta, especial y sensible responsabilidad de los funcionarios amparados por tales calificaciones.

Corresponde entonces que distingamos con la mayor claridad posible cuales son las características del vehículo que nos transporta y cuales son las condiciones a que el mismo se encuentra sujeto en su camino al destino buscado.

#### 6. ¿Derecho de Acceso?

El acceso, tal como decíamos, es el vehículo que nos conduce a la información, éste tendrá la medida del principio que predomine a la luz de los derechos que tengan mayor peso específico en el caso.

Vivant dice: "Conviene en consecuencia medir lo que puede y debe ser un derecho a la información...El ejercicio

2 Conf. Michel Vivant. Derecho de la Información. Un Derecho de Acceso: ¿Hasta

Dónde?. Revista "Derecho de Alta Tecnología", Año V-Nº 55, marzo de 1993,

pág. 1

3 Idem, ob. Cit., pág. 2

consistirá en preguntarse qué es lo que se cubre con tal o cual formulación” del derecho de acceso (el agregado después del encodillado en mío).<sup>4</sup>

Considera el autor que son limitantes excepcionantes del derecho de acceso<sup>5</sup>:

- La seguridad del Estado
- La defensa
- Las investigaciones penales
- La seguridad pública
- El interés económico y financiero imperativo y debidamente justificado del Estado
- La necesidad del ejercicio de las funciones de control o de la inspección de la autoridad pública
- Un derecho equivalente de otra persona y los derechos y libertades de un tercero.

La Directiva 95/46 CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta a la protección de los datos personales y a la libre circulación de éstos, en su art. 3, segundo párrafo, regula lo siguiente: “Las disposiciones de la presente directiva no se aplicarán al tratamiento de datos personales.

- Efectuado en el ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito del Derecho Comunitario, como las comprendidas en los Título V (Política exterior y de seguridad común) y VI (Cooperación policial y judicial en materia penal) del tratado de la Unión Europea y, en cualquier caso, al tratamiento de datos que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado (incluido el bienestar económico del Estado cuando dicho tratamiento esté relacionado con la seguridad del Estado) y las actividades del estado en materia penal;

- Efectuado por una persona física en ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas.<sup>6</sup>

Habrá, en consecuencia información con mayor vocación de acceso y otra con menor vocación o casi nulo acceso. El autor mencionado clasifica la información en<sup>7</sup>:

- Reservada. La reserva puede invocar interés público o privado, sin embargo no excluye todo acceso,

- Accesible. Información a la que se puede acceder, no a la que se debe acceder, parece ser aquella sobre la cual el sistema jurídico ha establecido condiciones o parámetros que diseñan un acceso más abierto que permite aún el aprovechamiento por el sujeto concernido o por grupos de personas.

- Común. Proviene de información cuyo destino es ser difundida. No puede retenerse, vocacionalmente pertenece al ámbito público.

La descripta es una interesante visión sobre el acceso a la información en todos

sus tipos posibles y un buen intento de asir esta compleja problemática.

En esta etapa podríamos concluir que las opiniones y normativas van configurando un “modelo jurídico que define un meta-derecho de acceso, informado por diferentes intereses jurídicos y derechos subjetivos”.

Los datos, objeto del acceso podrán ser: personales en el ámbito del Estado o de la actividad privada de organizaciones, o personas; pero también pueden ser impersonales, no nominativos y encontrarse en el ámbito del Estado, organizaciones o personas; así existirán niveles de acceso y difusión que denoten mayores o menores niveles de publicidad o privacidad.

En el transcurso del acápite hemos podido ver ejemplos de cómo la normativa comunitaria sobre “protección de datos personales” excepciona cierto tipo de estos de los mandatos que regulan el acceso de los titulares a la misma, lo que también ocurre con normativas de “libre acceso a las fuentes de información pública o de actos gobierno”, protectoras del control republicano, como lo hace el art. 5 de la ley 3764 de la Provincia de Chubut<sup>8</sup>, en la República Argentina; que tal como ya refiriéramos también confidencializan, reservan, o califican de secreta cierta información y lo hace bajo los parámetros que ellas determinan siempre en estado de equilibrio dinámico con los principios que lo informan.

## 7. Información almacenada por el Sistema de Administración de Justicia

La actividad jurisdiccional se ubica indudablemente en el ámbito del Estado y como tal sujeta al “principio de publicidad republicana”.

Por un lado la acción de juzgar se apoya en políticas de administración de recursos es decir políticas de gobierno del propio poder judicial y por otro en la específica función de impartir justicia. Ambas gestiones generan información accesible en diferentes niveles y circunstancias.

De esta manera la actividad administrativa deberá aceptar un mayor control republicano, pero también estará más lejos de poder ser calificada de reservada por razones de privacidad, o confidencialidad o secreto funcional.

Mientras que la actividad jurisdiccional, será la que ocupará el centro de nuestra atención ya que existe gran variedad de registros en cada competencia material (penal, civil, comercial, familia, contencioso administrativo, etc.) y cada una de éstas competencias se informa en principios de publicidad y privacidad sustentados en estándares jurídicos que

determinan el ancho del canal de acceso.

## 8. Unidades de información y modalidades acceso

Inicialmente trataremos la problemática prescindiendo del valor agregado que imponen las TICs, para luego sí referirnos al acceso a registros judiciales mediante el uso de herramientas informáticas y los peligros de vulneración de los principios de privacidad y publicidad según sea el caso.

El Poder Judicial como integrante del Estado y en ejercicio de la actividad que le es propia está sujeto al principio constitucional de publicidad de sus actos, reforzamos este valor institucional.

Sin embargo, y sin operar en desmedro del referido principio, en la función judicial se hace especialmente delicado el manejo de la información de se que dispone en ese contexto pues en cada tipo de proceso se dilucidan cuestiones que penetran a distintos niveles de la vida privada de las personas. Así, el iter que lleva hasta pronunciamiento judicial (SENTENCIA-RESOLUCION) en el marco de conflictos que involucran las relaciones de los ciudadanos con el Estado, de cada ciudadano con los demás individualmente y socialmente, supone la recolección, almacenamiento y disposición gran cantidad de datos e información sobre las personas e instituciones involucradas.

Para ello, despliega una enorme actividad colectora (GESTION DEL CASO) mediante las reglas y normas procesales que vehiculizan el ingreso de información al expediente o registro del trámite jurisdiccional.

En esa actividad intervienen las partes como principales sustanciadoras de la búsqueda y aportación de elementos necesarios para la toma de decisiones, ya sea en ejercicio de sus acciones particulares o de la acción pública en defensa de intereses de la sociedad y el bien común.

A la justicia le toca conducir y dirigir con equidad el caso en su trayecto hacia la sentencia definitiva, administra recursos del proceso, incorporando o permitiendo la incorporación de información y se vale de ella para tomar decisiones adecuadas.

Como resultado de esta actividad, aunque en una sola modalidad registral (CAUSA-CASO-EXPEDIENTE, etc.) se generan dos centros de información que serán objeto de interés desde diferentes ángulos y por ello para distintos sujetos: los actores directos del proceso judicial, los indirectos y/o del ciudadano en general según las circunstancias. Uno es el expediente o registro del caso, como transporte de la información relativa a la situación de las partes y el estado de

4 Conf. Ob. Cit., pág. 2

5 Idem. Pág. 3

6 La Directiva 95/46 CE, del 24 de octubre

de 1995, “Relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta a la protección de los datos personales y a la

libre circulación de estos datos”, art. 3.

7 Idem ob. cit., pág. 3/7

8 Ley Provincial N° 3764.

actuación del proceso, y el otro es el decisorio del tribunal, el fallo, la sentencia que pone fin al conflicto o etapas del conflicto en el proceso hacia la solución final.

Cada uno merece un tratamiento diferente. Ambos tienen un gran valor funcional, pero además la sentencia tiene una especial trascendencia social y por ello en su teleología, la finalidad de generar el mensaje que debe ser comunicado y conocido por la sociedad en el que se transmiten los valores que permiten resolver o anticipar conflictos similares.

Según estos parámetros, la información queda sujeta a diferentes modalidades de acceso, sin embargo, durante el proceso esta puede adoptar una calificación diferente según las características y necesidades del caso. De esta manera a modo de aproximación tomaremos áreas de información que se corresponden con competencias jurisdiccionales y sobre ellas haremos algunos análisis básicos:

- Juicios derivados de las Relaciones de Familia

Conflictos en que predomina la intimidad personal y del grupo familiar. En estos casos corresponde un acceso controlado, restringido, no abierto al público.

Están habitualmente legitimados para acceder a la información del expediente además de por supuesto el Tribunal, las partes, sus letrados y el Ministerio Público (Asesores de Menores, Defensores de Oficio, Gabinetes Técnicos). Cualquier otro acceso a la información del caso debería justificarse específicamente frente a necesidades o medidas judiciales. El conocimiento obtenido por la actividad que desempeñara cualquier auxiliar de la justicia en causas de esta naturaleza, hace pesar sobre el interviniente el deber de confidencialidad.

En cuanto a pronunciamientos judiciales se trata, debe tenerse especial atención en difundir sólo el criterio utilizado por su valor como mensaje social, disociándolo de las personas involucradas.

Sin embargo, a veces en éste ámbito, quien es claramente víctima injusta, decide exponer su situación públicamente y la sociedad hace suya la lucha por el sostenimiento del derecho mediante la condena social (caso de sustracción clandestina de un menor por el padre para ser llevado a su país de nacimiento, para ampararse en una legislación que protegía su situación irregular).

En esta situación, la confidencialidad tendrá la medida que los titulares del derecho subjetivo dispongan respecto de los hechos expuestos, lo que configuraría un supuesto de publicidad voluntaria.

- Juicios Penales

Salvo circunstancias muy especiales esta materia jurisdiccional está sujeta al principio de publicidad. Sin embargo, sea el Sistema Procesal Inquisitivo o Acusatorio la etapa de investigación esta sujeta a fuertes controles de publicidad y difusión en tanto y en cuanto pueden poner en peligro el éxito de la investigación.

De todas maneras, el acceso a la causa y a los elementos probatorios debe estar garantizado para el imputado, su defensa, los auxiliares designados en el proceso judicial, sin perjuicio de situaciones muy excepcionales en las que es necesario un período muy corto de secreto que debe ser valorado y decidido por el Juez y que generalmente tiene como fundamento evitar el desbaratamiento de la investigación.

La incorporación de elementos probatorios al proceso que comprometan la intimidad o información sensible de terceros relacionados con el caso proceso, debe realizarse guardando los recaudos necesarios para preservar su privacidad en todo momento. Los auxiliares y empleados que toman conocimiento de información sensible, íntima, confidencial deben estar sujetos a la obligación de confidencialidad sobre ésta.

En tanto que en la etapa de juicio la publicidad es la ratio predominante, es el momento en que la sociedad hace acto de presencia escuchando y decidiendo. Sólo razones especiales justifican un juicio a puertas cerradas, así lo prevén la mayoría de los códigos de procedimiento, pero con diversos criterios para sustentar la medida.

La información relacionada con los registros de antecedentes penales, pasa a bases de datos que administra el Estado bajo un régimen específico que determina quiénes y bajo qué circunstancias puede accederse a ese tipo de información, con qué finalidad y hasta cuando esos registros pueden mantenerse luego de cumplida una condena. Así ocurre en esta materia en nuestro país (Argentina). La información de este régimen está condicionada al bloqueo del dato para las personas no autorizadas a obtener el acceso, mientras la persona concernida por la información tiene derecho de acceso.<sup>9</sup>

- Juicios Civiles y Comerciales

En esta materia el fundamento de la relación Publicidad - Privacidad, parte de dos intereses básicos, por una parte quien sujeta un conflicto como actor en procesos de contenido patrimonial como quien es traído a la justicia pueden no desear que el mismo esté expuesto a la comunidad en general.

En tanto y en cuanto en dicho proceso no estén en juego otros intereses de la sociedad, la salud pública o individual de

otras personas o de alguna manera comprometida la vida, etc., y el conflicto sólo produzca efectos circunscriptos a las partes o entre éstas y terceros determinados, el interés público se mantiene a través de la necesidad de conocer los criterios jurídicos utilizados, que como en todos los casos no pueden sujetarse a una reserva ni apartárselos del conocimiento de la comunidad en general, ni jurídica en particular.

De esta manera lo que hace el Poder Judicial con la información de naturaleza no jurídica, que recaba en el ejercicio de su función, es simplemente mantenerla disponible en un ámbito dedicado a la solución de la contienda judicial. ¿Por qué lo vemos desde este punto de vista? Pues porque no creemos que esa información, salvo que estén en juego intereses superiores de la comunidad, deba pasar a manos de terceros de manera indiscriminada y con finalidades ajenas a las que el ciudadano tuvo en mira al momento de confiar en la justicia toda la información relativa al conflicto de intereses que expone.

Por supuesto, existen otras fuentes de información derivadas de competencias no descriptas, pero no menos importantes, sin embargo inicialmente, al sólo efecto de exponer la problemática, el objetivo ha sido alcanzado. Sin perjuicio de recalcar la necesidad de hacer un análisis exhaustivo sobre toda la información del Sistema de Administración de Justicia (SAJ).

## 9. Visión final

No imaginamos a la Administración de Justicia implicada directa o indirectamente en la transmisión de datos personales a organizaciones o individuos, conteniendo información de personas involucradas bajo cualquier circunstancia, en casos judiciales, más allá de la publicidad por la función y por el sólo hecho de ser fuente o registro ubicado en el sector público. La transparencia tiene más que ver con el control del accionar de los órganos y funcionarios depositarios de una responsabilidad otorgada por la ciudadanía, que con la disponibilidad por cualquiera, de la información de los casos sin motivo ni interés expreso, y la mayoría de las veces con fines lucrativos en beneficio las propias organizaciones privadas que los recolectan.

Cualquier proceso de recolección de datos personales no puede ser llevado a cabo en ausencia absoluta del titular de los mismos.

Desde ya, y no dejaré de manifestarlo, todo caso judicial tiene una importante zona en su perfil, que siempre será pública, es la que corresponde a los hechos del asunto, los derechos involucrados y metodología, forma y contenido de la resolución del conflicto porque en él se encierra el mensaje y el proceder de la justicia. La disociación de estos aspectos respecto de las partes intervinientes,

terceros relacionados, etc., cuando corresponda, es una consecuencia de la combinación dinámica de los dos valores en juego.

### 10. Información Jurisdiccional. (Hacia las TICs)

De tal manera el expediente es el registro neural, es la unidad básica de almacenamiento de datos de la que derivarán múltiples consecuencias informacionales. Él concentra la atención de los sistemas de información, y de él emana un subproducto informacional de gran importancia, la resolución. A ambos constituyen los documentos esenciales del SAJ y dos de los más importantes repositorios de datos de la justicia, aunque no los únicos, ya que en no pocas jurisdicciones existen registros dependientes de la Justicia, dentro de la infraestructura funcional del Poder Judicial. Estos ameritan consideraciones particulares y un tratamiento adecuado de la información en ellos contenida, por la finalidad de los datos.

Determinar las políticas, modalidades y procedimientos de acceso a estos yacimientos informacionales supone definiciones claras y confiables en dirección a la Publicidad y a la Privacidad.

“No son públicos los datos, por ser del dominio público los organismos en que ellos se almacenan”, aunque a alguien le parezca una obviedad lo dicho, esta posición ha sido sostenida por no pocos juristas en la República Argentina y si bien la misma ha perdido el vigor inicial, es ahora sostenida con aceptación de situaciones excepcionales, pero quizás sin comprenderse aún la importancia de la cuestión.

La Corte Europea de Derechos Humanos, ante el reclamo de una persona sero positiva (sida) que cuestionaba la difusión de la sentencia de que condenaba a su marido, pero que contenía una referencia a su situación de salud, sostuvo: “Según las disposiciones pertinentes de la legislación finlandesa, la corte de apelación tenía el poder, en primer lugar, de no mencionar en su sentencia nombres que permitiesen identificar a la requirente y, en segundo lugar, de decidir que la exposición completa de los motivos permaneciese confidencial durante un período dado y de publicar en su lugar una versión abreviada de la motivación y de la parte dispositiva y una referencia sucinta a la legislación aplicada (supra, parágrafo 52). Es por lo demás, según estas modalidades que el tribunal de Helsinski había publicado su propia decisión, sin que ella suscite crítica (supra, parágrafo 33).<sup>10</sup>

En Finlandia, la ley de 1984, sobre

Publicidad de los Procesos Judiciales establece: “Si todo o parte de una audiencia oral ha sido llevada a cabo a puertas cerradas o si, durante tal audiencia, cualquier información o documento confidencial ha sido presentado, el tribunal puede decidir que todo o parte del material del caso sea, mantenido en confidencialidad por un plazo máximo de 40 años. La parte dispositiva del pronunciamiento y las disposiciones legales en las que se apoyó se harán siempre públicas”<sup>11</sup>.

En este caso la norma y el fallo del tribunal protector de los derechos humanos hacen una ponderación de los principios de publicidad del proceso judicial y de la privacidad de los datos revelados y tratados en el mismo, armonizándolos y adecuándolos al conflicto en tratamiento.

Tales consideraciones nos llevan a asumir como necesarias ciertas actividades relacionadas con la defensa de los principios de publicidad y privacidad, tales como la aplicación de procedimientos disociativos, antes de permitir: acceso público o difusión de la información de los casos que traten.

No será sencillo encontrar regulaciones que resuelvan de forma orgánica la cuestión del acceso a la información judicial. Creo en lo personal que nos encontramos con una temática que ha sido sólo tangencialmente resuelta, pero tal vez sin percibir su importancia, dada la dimensión que adquiere y los efectos no queridos que propaga la materia prima informacional cuando es procesada mediante el uso de las nuevas tecnologías.

Podemos ver una leve presencia de pautas en el sentido que venimos pregonando en la Reglamentación de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina donde se determinan los sujetos que pueden acceder a los expedientes judiciales: “63.- Podrán revisar los expedientes: a) (texto del inc. a, según acordada del 15-III-1954, insistida por acordada del 14-VII-1959). Las partes, sus abogados, apoderados, representantes legales, y los peritos designados en el juicio. También podrán hacerlo las personas autorizadas debidamente por los abogados y procuradores y por los representantes de la Nación, de las provincias, de las municipalidades y de las reparticiones autárquicas; b) Cualquier abogado, escribano o procurador, aunque no intervenga en el juicio, siempre que justifique su calidad de tal cuando no fuese conocida; c) Los periodistas, con motivo del fallo definitivo de la causa.”<sup>12</sup>

Esta es una norma genérica que no realiza ningún tipo de clasificación en

datos privados, confidenciales, sensibles, secretos o públicos, etc., ni tiene en cuenta tipos y momentos del proceso para establecer medidas de control de acceso temporales a personas determinadas. Más luego, en el epígrafe 66, se permite que toda persona que lo desee, bajo la denominación de terceros, también acceda al expediente, pero con la condición de ser acompañado por cualquiera de los mencionados en el epígrafe 63[13], o solicitarlo especialmente al Secretario (no se sabe si para ello debe invocarse algún interés, pero no habría razón para negar el acceso ya que “está permitido lo que no está prohibido”).

Luego establece excepciones a la regla en los epígrafes 64 y 65<sup>14</sup>, en lo que denomina expedientes reservados, a los cuales no pueden acceder ni los profesionales ajenos al trámite ni los periodistas. En esta situación (reserva) incorpora las actuaciones administrativas que tengan calificación de reservadas y los correspondientes a la competencia material de Derecho de Familia. Coincidimos con la reserva de las actuaciones de familia, pero no se entiende muy bien cuales serían los motivos para excluir del acceso público a las actuaciones administrativas, salvo que en etapa de investigación de un sumario administrativo se quiera proteger aquella, pero siempre la restricción deberá establecer un límite temporal.<sup>15</sup>

Y finalmente en el epígrafe 65 se excluyen del acceso los sumarios criminales (¿no así aquellos que supongan la comisión de hechos delictivos de competencia correccional?) a todos los sujetos del art. 63, y con ello terminamos por completar un panorama complejo, sin principios rectores claros. Nada salvo el “secreto” temporal decidido por el juez durante alguna etapa de la investigación y con fundamento en el orden jurídico constitucional y procesal, puede impedir el acceso al imputado y sus representantes a la causa, al Fiscal, etc.

### 11. Resoluciones/Sentencias

En cuanto a los registros de sentencias, también es necesario reglamentar la forma en que deben darse a conocimiento público.

Un capítulo dentro de esta materia es el de la jurisprudencia o doctrina judicial, es decir la disponibilidad de aquellos casos que, por aplicar criterios nuevos u originales, generan una corriente que merece seguimiento por los jueces y consideración por los profesionales del derecho para el análisis de los asuntos que se les presentan. Existen diferentes modalidades de tratamiento de esta información, conjuntas e indistintas; o bien

10 Corte Europea de Derechos Humanos. Caso: Z vs. Finlandia – Recueil 1997-I.

11 Sección 9° de la ley de 1984, sobre Publicidad de los Procesos Judiciales. Traducción de Mónica Karayan de la versión oficial en inglés, párrafos 58 a 117, “Z vs.

Finlandia”, Seminario de Actualización en Derecho Internacional, Fundación Konrad Adenauer-Stiftung.

12 República Argentina. Reglamento para la Justicia Nacional, Acordada CSJN, 17-

XII-1952

13 Idem, anterior

14 Idem, anterior

15 Ley 3764, art. 5 inc. “c”, de la Provincia del Chubut

los tribunales, a través de sus oficinas de jurisprudencia generan ediciones impresas de aquellos casos más relevantes o las editoriales jurídicas recurren a los tribunales en busca de los documentos de primera generación para seleccionar y analizar los casos que les resulten de mayor interés.

En este tipo de registros, tampoco se presentaban mayores inconvenientes, pero desde el advenimiento de motores de búsqueda que permiten el procesamiento masivo, minería de datos y su comunicación al orbe, todo pasa a tener un ángulo de análisis diferente.

El Reglamento para la Justicia Nacional en lo Civil (T.O. al 21 de diciembre de 1999), cuando reglamenta las funciones de su Secretaría de Jurisprudencia hace referencia al tratamiento de la información jurisprudencial y a los cuidados que deben tenerse ante la posibilidad de revelar datos que atenten contra la intimidad de las personas: "...b) Actualizar la base de datos de jurisprudencia y elaborar los sumarios de doctrina de las sentencias definitivas, interlocutorias y autos regulativos de honorarios previamente seleccionados. Los sumarios serán indizados por materias, temas y subtemas, instrumentándose a tal fin un nomenclador general de voces. Al pie de cada sumario se indicará el tipo de fallo, número del recurso, nombre de las partes e iniciales para todos aquellos procesos que se vinculen directamente con su intimidad, la Sala que lo dictó, con su fecha y, cuando se tratare de una sentencia definitiva, el apellido del juez proponente.-..."

Estas son protecciones importantes pero aún de escasa entidad para enfrentar el reto de la era de la información, son necesarias normas y reglamentaciones que pongan su atención individualizada en los diferentes tipos de datos en cada documento, otorgando la protección requerida en cada caso, determinando las áreas de publicidad con precisión.

También es necesario definir reglamentariamente las condiciones con que habrá de permitirse a las editoriales jurídicas el acceso a los fallos completos en todas las materias que son publicadas, las que deberán asegurar que los datos personales no sean divulgados en aquellas situaciones sujetas a protección.

## 12. Justicia y TICs (Tecnologías de la Información y las Comunicaciones)

Partiendo del reconocimiento del factor TICs, veremos que los principios a los que nos venimos refiriendo, se potencian exponencialmente y se elevan a su condición más crítica.

Mediante los procesos de modernización de la justicia se han incorporado tecnologías de la información y se han

sistematizado los datos para su procesamiento de acuerdo a las necesidades del SAJ, proporcionando mejoras en el rendimiento de los organismos que la integran y economías en la gestión. A través de las tecnologías de las comunicaciones ciertos actos e información necesaria para los operadores del derecho, es expuesta, generalmente utilizando como vehículo a Internet. También este medio es apto para que el ciudadano pueda realizar un control del estado de sus reclamos ante la justicia.

Ahora, si aceptamos que en los yacimientos de información judicial hay datos privados y públicos, debemos preguntarnos ¿qué datos habremos de considerar privados y qué datos públicos?, ¿puede esta calificación cambiar de una manera dinámica?, ¿Cómo nos preparamos en esta materia?, ¿Qué recaudos estamos tomando?, ¿qué estándares determinarán las políticas de acceso a la información judicial?

Dice Alvarez-Cienfuegos Suárez (refiriendo a la primera Ley Orgánica Protectora de Datos Personales en España):<sup>16</sup> "Una de las omisiones más llamativas de la ley es la que se refiere a los ficheros de datos automatizados que puedan existir en los juzgados y tribunales. Se aprecia, en conclusión, un olvido absoluto del régimen jurídico de los datos que afectando, sin duda, al honor e intimidad de las personas físicas se almacenan en los sistemas de gestión informatizada de los Juzgados y Tribunales". Esta omisión persiste en la ley orgánica 15/99.

La Ley Orgánica 16/1994, introduce novedades en la redacción del art. 230<sup>17</sup>, estableciendo entre otros aspectos relativos al uso de TICs, mecanismos que garantizan la confidencialidad, privacidad y seguridad de los datos: "El artículo 230 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, queda redactado en la forma siguiente:

1. Los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, y demás leyes que resulten de aplicación...3. Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, privacidad y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establezca la Ley.

4. Las personas que demanden la tutela judicial de sus derechos e intereses podrán relacionarse con la Administración de Justicia a través de los medios técnicos

a que se refiere el apartado primero cuando sean compatibles con los que dispongan los Juzgados y Tribunales y se respeten las garantías y requisitos previstos en el procedimiento que se trate.

5. Reglamentariamente se determinarán por el Consejo General del Poder Judicial los requisitos y demás condiciones que afecten al establecimiento y gestión de los ficheros automatizados que se encuentren bajo la responsabilidad de los órganos judiciales de forma que se asegure el cumplimiento de las garantías y derechos establecidos en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal."

Debemos destacar que en la actualidad se encuentra vigente la nueva Ley de Protección de Datos Personales (15/1999), lo que sin embargo, no altera la reglamentación.

## 13. Conclusión

No puede pasar más tiempo sin una respuesta concreta a estos problemas. Debemos establecer puntos de vista acerca de esta cuestión, y desde ellos generar normas mediante las cuales aseguremos la accesibilidad y transparencia que la ciudadanía reclama de la Administración de Justicia y la adecuada preservación de la vida de las personas que someten sus conflictos al sistema de administración de justicia o que se ven involucradas de alguna forma en ellos.

Debe regularse sobre la finalidad de los datos personales en el marco de las contendas judiciales y desde ese lugar administrar la información mediante un modelo acorde con el tipo de acceso que corresponda.

Todo ello sin perder de vista la particular característica que le ponen a esta problemática las TICs. En no muchos años los registros judiciales serán electrónicos en una alta proporción, por lo que las posibilidades de tratamiento informático los hacen más vulnerables a accesos indebidos ya que también se presentan cada vez más apetecibles.

Desde otro punto de vista, aquello que el ciudadano tiene derecho a saber de su Administración de Justicia, debe ser expuesto con suficiente claridad y transparencia.

Ser equilibrados en la aplicación del los principios en juego será una tarea enorme, una continua batalla por el respeto a los derechos individuales y el ejercicio de la responsabilidad republicana del estado, que deberá expresarse mediante políticas de acceso a la información acordes con el tiempo tecnológico.

<sup>16</sup> Alvarez-Cienfuegos Suárez, José María. "La Defensa de la Intimidad de Los Ciudadanos y la Tecnología Informática, ed.

Aranzadi, año 1999, pags. 55/6.

<sup>17</sup> Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley

Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 09-11-1994)