

# El Reporte

Director: Jorge Pflieger

RAWSON - CHUBUT - PATAGONIA ARGENTINA

Año 5 - N° 20 - Noviembre de 2009



## SUMARIO

IN MEMORIAM. <i>Por Jorge Pflieger</i> .....	2
JUSTIFICACIÓN DE LA INVERSIÓN PÚBLICA EN EL SERVICIO DE JUSTICIA. <i>Por Fernando S. L. Royer</i> .....	3
EL PODER JUDICIAL FRENTE A LOS CAMBIOS. CÓMO SE DISEÑA UNA POLÍTICA DE INFORMACIÓN JUDICIAL. <i>Por Kevin Lehmann</i> .....	5
A QUINCE AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. <i>Por Antonio María Hernández</i> .....	7
RELACIONES ENTRE LA FUNCIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS, SU FINANCIAMIENTO Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES. <i>Por Aldo Luis De Cunto</i> .....	15
PROCESOS COLECTIVOS Y ACCIONES DE CLASES EN EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO. A PROPÓSITO DEL CASO "HALABI". <i>Por Marcela Bastera</i> .....	19
LA TÉCNICA LEGISLATIVA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. <i>Por Edgardo Rubén Hughes</i> .....	23
REFLEXIONES SOBRE EL LENGUAJE JURÍDICO Y EL ESTILO FORENSE. <i>Por Luis Raúl Rossi Baethgen</i> .....	25
LA OFICINA JUDICIAL: "LA GESTIÓN DEL NUEVO PROCESO PENAL". <i>Por Marcelo F. Nieto Di Base y Rodolfo D. Barroso Griffiths</i> .....	28
DOLO DIVERSO ENTRE COAUTORES DE UN DELITO DE RESULTADO. <i>Por Carolina Arrigone</i> .....	32
LA LIBERTAD FRENTE A LOS RESABIOS DE AYER Y DE HOY. A PROPÓSITO DEL DECRETO LEY 815. <i>Por Lucio Hernán Brondes</i> .....	34
MEDIACIÓN Y PODER JUDICIAL: VARIACIONES SOBRE UN MISMO TEMA. <i>Por Ana Inés Grange y María Laura Torres</i> .....	38
"MOBBING" COMO INJURIA LABORAL. <i>Por Enrique Maglione</i> .....	39
LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY. <i>Por Fernando Shina</i> .....	42
NO TE DETENGAS, <i>Por Walt Whitman</i> .....	48

*"La existencia está hecha de opciones radicales que no pueden ser superadas ni diluidas; la existencia es dramática precisamente porque hay que elegir".*

*Soren Kierkegaard*



**ESCUELA DE  
CAPACITACION  
JUDICIAL**

**Director:**

Jorge Pflieger

**Secretaria Académica:**

Nadine Isabel Laporte

**Integrantes del  
Consejo Consultivo**

(elegidos por el voto de sus pares, mandato 2008 - 2010)

**Puerto Madryn:**

Lucio Brondes

Luis Mures

**Trelew:**

Juan Gerber

Alejandro Defranco

**Esquel:**

Anabel Rodríguez

Mariela González

**Comodoro Rivadavia:**

Laura Nogués

Patricia Fernández

**Sarmiento:**

Andrea Vázquez

Daniel Camilo Pérez

**Asociación Magistrados  
y Funcionarios Judiciales:**

Daniel Pintos

María Marta Onaindia

**Defensoría General:**

Arnaldo Hugo Barone

**Editor**

Sergio Pravaz

Ejemplar Ley 11.723. Registro  
de la Propiedad Intelectual N°  
241116

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

## IN MEMORIAN

A Luis Paoloni

**POR JORGE PFLIEGER**

MINISTRO DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CHUBUT.  
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL.

Escribir de Luis cuyo viaje inesperado no preveíamos, causa perplejidad, desconcierto, rencor, temores, y, por sobre todo, una enorme tristeza.

Difícil es aceptarlo en términos morales porque cuesta creer que en un orden cósmico equilibrado se deba despedir a un bueno.

Pero más aún cuando las leyes mismas de la biología, insondables en sus determinaciones, se han trastocado de tal modo que sea el que escribe quien intente trazar estos párrafos y no él mismo, Luis, que se fue de aquí cuando sólo había recorrido un corto trecho.

Lo conocí poco; quizás no lo suficiente, o lo que se merecía; o lo que se debía.

Eso sí, lo observé, tiempo ha, recorrer con ahínco los exasperantes corredores tribunales, sin una queja. Lo miré mientras golpeaba con insistencia unos y otros despachos, sin una palabra descomedida. Lo entreví con sus modales suavemente enérgicos, bregando por los derechos de los olvidados de la tierra, esa pléyade desamparada y penitente cuya defensa insobornable había abrazado desde la función pública.

Porfiaba. Caía y volvía a empezar. La dote de sus enormes ojos celestes acompañaban a sus palabras y a sus gestos; el rostro se le encendía ante el fracaso o la injusticia.

Me alborocé con su llegada al Poder Judicial.

Son necesarios hombres de este talante, pensé entonces, cansado, como sigo, de arribistas e irresponsables.

Y no me equivoqué un ápice; era un hombre de buena madera.

Nos separaron esas cosas de la vida y cuando volvimos a encontrarnos, Luis descollaba.

Se habían afirmado en él sus magníficas cualidades del intelecto, lo que lo convertía en un analista agudo y en un polemista formidable. Pero no había perdido el corazón.

Debatimos en el seno de una de esas comisiones olvidables, coincidimos en algún simposio interesante y trabajamos juntos en la Escuela de Capacitación Judicial.

Con su corpachón adelantado y sin perder la calma un instante, trataba de convencer, jamás de vencer. Tenía resto: un vozarrón a costas que

modulaba con prudencia y le daba un tono especial a sus argumentos.

Parecía no darse cuenta de su enorme energía física y del valor y potencia de su palabra.

Y seguía firme, inclaudicable en la lucha por los desesperanzados; sólo que eran muchos más.

Rastreo en mi memoria algún retazo que me traiga algo que empañe sus virtudes. No lo encuentro, porque sencillamente era un virtuoso.

Hombre al fin ha de haber errado como todos, pero nunca lo advertí.

Jamás me tuteó. No se porqué. Tampoco se me ocurrió preguntarle a pesar de la insistencia con la que intenté convencerlo de lo contrario; ahora eso carece de sentido.

Ojalá me haya tenido por amigo. Era de aquellos cuya amistad honraba a los otros. Tampoco lo pregunté.

La mañana en que me enteré que se había ido me ganó el desasosiego; el mismo que tengo al pulsar cada tecla. No tuve el valor de despedirlo entonces; pudo más mi cobardía.

No soy hombre de fe; o en todo caso creo en que no creo.

Resulta fatal, para nosotros, a la hora de los "in memorian", no tener otro recurso semántico más que los borbotones que fluyen de los sentimientos cuando uno libera los diques del remilgo y de las represiones.

Paradójicamente pienso que se fue llamado por quién sabe qué desamparado y a qué lugar; jamás reparó en esfuerzos cuando de éstos se trataba. Tampoco de destinos.

Pero seguramente caminó hasta el mundo en el que viven los justos y los buenos a bregar por los suyos; por que los desangelados son suyos.

Nos dejó desconsuelo; pero también esperanzas y ejemplo.

Y esto no es zalamería necrófila; es verdad pura y simple. Desafío a quien desee contrariarme.

Luis está en cada niño desvalido, en cada mujer golpeada, en cada familia desintegrada, en cada uno de los desprotegidos de esta tierra.

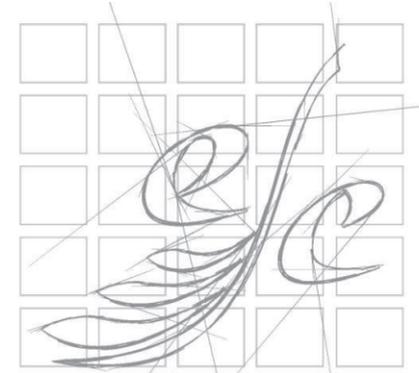
Es mala ocasión esta que me toca. Seguramente no estoy a la altura.

Pero él será condescendiente conmigo; como lo fue con todos.

Un hombre noble ha partido. Armados de un poco de valor, augurémosle una buena jornada. Se lo merece.



Imagen de tapa:  
**Juan José Castelli**



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



Rivadavia y Jones

Tel./Fax: (02965) 484723

E-mail: [escuela@juschubut.gov.ar](mailto:escuela@juschubut.gov.ar)

9103 - Rawson - Chubut - Argentina

<http://www.juschubut.gov.ar/escuela.htm>

El contenido de los artículos publicados en esta edición es responsabilidad exclusiva de sus autores.

## JUSTIFICACIÓN DE LA INVERSIÓN PÚBLICA EN EL SERVICIO DE JUSTICIA

POR FERNANDO SALVADOR LUIS ROYER

MINISTRO DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT.

\*Conferencia que el Dr. Royer dictó en el "VII Seminario de Gestión Judicial. La Inversión en Justicia", Bariloche, 22 y 23/10/09.

"El sistema de justicia es objeto al presente de conocidas críticas que pueden resumirse en la afirmación de su ineficacia para resolver de modo adecuado y en tiempo razonable los conflictos que se plantean". Sentis Melendo tradujo este concepto de Mauro Capelletti en 1974, vale decir más de cuarenta años hace que de la justicia se viene sosteniendo lo mismo, "la ineficacia".

Innumerables son los encuentros que hemos llevado a cabo quienes tenemos responsabilidades públicas, con el objeto de encontrar las soluciones a este déficit que aún hoy mantenemos para con la sociedad.

Hemos reformado constituciones, dictado leyes de procedimiento nuevas, hemos creado Escuelas o Centros de Capacitación Judicial, organismos jurisdiccionales y de apoyo, y parece que nada alcanza, los dicho del maestro aún hoy tienen plena vigencia.

Ya lo dijo y desarrolló Roberto O. Berizonce y Felipe Fucito en su obra "Los Recursos Humanos en el Poder Judicial", "tres son los aspectos que contribuyen a la ineficacia del Poder Judicial, y que deberán modificarse para perfeccionar un sistema de enjuiciamiento: los recursos humanos, los modelos procedimentales y el sustento presupuestario".

El temario que hoy nos convoca, pone en el tapete lo que para mi es uno de los ejes centrales de la discusión. Sobre los recursos humanos ya se ha escrito y trabajado

mucho y lo han hecho los mejores. Igual sobre los procedimientos, de hecho la mayoría de las provincias tienen nuevos códigos de procedimiento. El punto neurálgico de cualquier reforma y mejoramiento del servicio de justicia es, insisto, EL PRESUPUESTARIO.

No podemos hablar de mejorar el sistema de justicia si no tenemos la seguridad de contar con los presupuestos necesarios para llevar adelante los cambios propiciados.

La mayoría de las provincias argentinas cuentan con presupuestos que no superan el 5% del total del presupuesto provincial. Y ese porcentaje se compone -por lo general de un 95% en gasto de personal (salarios, aportes de obra social, jubilación, etc.) y el restante 5% se destina al crecimiento del Poder Judicial, ya sea en informática, en bibliografía, en capacitación, en el parque automotor, en el gasto de los insumos necesarios para el funcionamiento. Este porcentaje no es necesariamente exiguo si se lo compara con otros países como Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú o Venezuela, cuyos costos de inversión no alcanzan el 7% y el menor es del 2,4. Esto muestra que la inversión pública en justicia es muy baja, porque esos porcentajes son sobre el Presupuesto del Poder Judicial, y -por caso el del Chubut- que no excede el 5% del total provincial, estamos hablando que en inversión (dejando de lado los gastos en personal) es escasamente el 0,23% del total presupuestado para la provincia.

Para demostrar lo exiguo de nuestro presupuesto, basta con verificar los datos que a continuación se expresan:

Presup. Provincial	Presup. Poder Judicial	Participación
3.832.869.955	184.510.800	4,81%

Incremento Porcentual Relativo

	2007 / 2008
Presup. Provincial	29,90%
Presup. Poder Judicial	24,62%

### EVOLUCIÓN DEL PRESUPUESTO DEL PODER JUDICIAL Período: 2001-2008

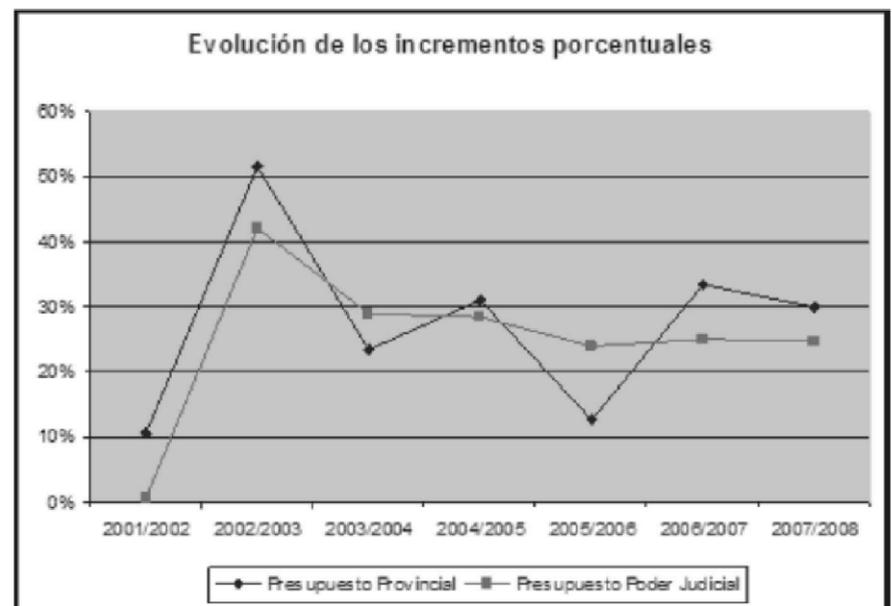
Año	Presup. Provincial	Presup. Poder Judicial	Participación
2001	725.470.639	40.513.000	5,58%
2002	801.374.396	40.676.200	4,79%
2003	1.215.039.475	57.783.300	5,35%
2004	1.499.148.739	74.450.000	4,98%
2005	1.963.509.472	95.571.000	4,87%
2006	2.210.705.747	118.539.000	5,14%
2007	2.950.708.335	148.059.000	5,02%
2008	3.832.869.955	184.510.800	4,81%

### Incrementos Porcentuales Relativos

Estos valores muestran cuánto se incrementó porcentualmente cada uno de los presupuestos, de un año al siguiente.

	2001 2002	2002 2003	2003 2004	2004 2005	2005 2006	2006 2007	2007 2008
PRESUP. PROVINCIAL	10,46%	51,62%	23,38%	30,97%	12,59%	33,47%	29,90%
PRESUP. PODER JUD.	0,40%	42,06%	28,84%	28,37%	24,03%	24,90%	24,62%

Fuente: Leyes de Presupuesto - Subsecretaría de Gestión Presupuestaria. Dirección de Administración - Superior Tribunal de Justicia.



Partimos de una base cierta, la mayor injerencia presupuestaria en el Poder Judicial, es la salarial y eso sin dudas nos posiciona en desventaja frente a la necesidad de crecimiento genuino, pues no podemos ni tan siquiera pensar en el parque automotor, en el edificio, en la informática, si no se amplía considerablemente el presupuesto.

Y es aquí donde comienzan nuestras peripecias. Es muy difícil

convencer al Poder Político de las necesidades del Poder Judicial para dar respuestas satisfactorias a la sociedad, que reclama mejor justicia y por supuesto, una mucho más ágil.

Debemos tratar de convencer a los otros dos Poderes del Estado Provincial que el presupuesto del Poder Judicial no es un gasto sino una inversión. Y que esta se encuentra justificada en el necesario crecimiento de las estructuras del Poder para

lograr una justicia mas eficiente y eficaz.

Para lograr el objetivo es necesario incrementar el presupuesto del Poder Judicial por habitante. Hemos observado que en los últimos ocho años, ese crecimiento no ha sido el esperado y necesario, dado que no se han cumplido con las mínimas expectativas respecto de cubrir las necesidades del servicio para con el requerimiento de la gente. Analizando el cuadro que sigue (elaborado por

el departamento de Estadísticas de la SIJ del STJ del Chubut), advertimos lo sostenido:

#### Presupuesto por habitante

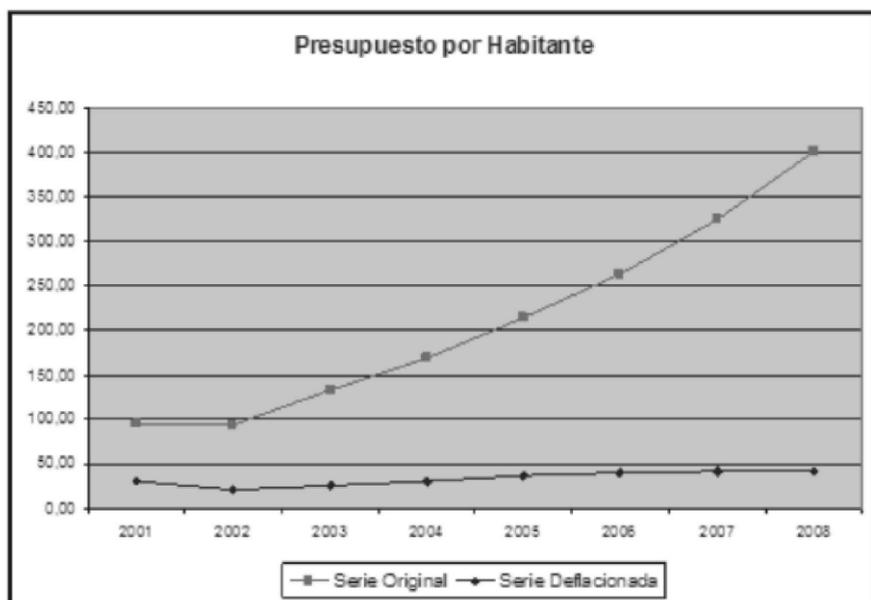
Para calcular el presupuesto del Poder Judicial por habitante de la provincia, se tomaron los datos de las proyecciones de población efectuadas por el Indec a partir de los resultados del Censo 2001.

$$\$/\text{Habitante} = \frac{\text{Presupuesto Poder Judicial}}{\text{Cantidad de Habitantes}}$$

Se observa un aumento importante de año a año, en el presupuesto que se le asigna a la Justicia por cada habitante. Sin embargo, es necesario tener en cuenta los incrementos en el costo de vida y calcular este presupuesto en moneda corriente o a precios constantes. Para ello, se deflacionó la serie dividiendo cada valor entre el Índice Autoponderado de Precios Minoristas, Trelew-Rawson (Base 1990=100) del año correspondiente.

La nueva serie también indica una tendencia creciente al comienzo en el presupuesto por habitante, una vez eliminado el efecto inflacionario, pero luego se estabiliza a partir del año 2006. Esto significa que, al menos en estos últimos años, el incremento en el presupuesto de la Justicia por habitante no representa un incremento genuino, sino que se debe solamente al aumento en el costo de vida.

AÑO	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Población	425.375	430.431	435.397	440.381	445.458	450.549	455.607	460.684
\$/habitante	95,24	94,50	132,71	169,06	214,55	263,10	324,97	400,51
IAPC base 1990	303,1615	446,3450	523,1759	540,7400	576,8408	637,7484	761,05005	961,92941
\$/habitante deflacionado	31,42	21,17	25,37	31,26	37,19	41,25	42,70	41,64



Este es el gran desafío de quienes tenemos la responsabilidad de dirigir el Poder. Y para ello hay que trabajar en perfeccionar los sistemas de gestión judicial

Es decir: producir más sin trabajar más; evitar las ficciones innecesarias; perfeccionar las audiencias preliminares. Hay que capacitar a los titulares de cada organismo en el liderazgo, la motivación, el trabajo en equipo, la buena imagen. Estamos frente a una verdadera empresa de servicio de justicia. Y para lograrlo

debemos trabajar fuertemente en el tema de la capacitación.

Hemos crecido en cuanto a la posibilidad de dar respuesta, se ha incrementado la cantidad de jueces en la Provincia y ha bajado la relación empleados por Juez, demostrando el grado de perfeccionamiento de la Justicia. Pero así mismo ha crecido el índice de litigiosidad en los últimos años, a un ritmo sostenido, justificándose la inversión pública en Justicia.

#### VARIACIÓN DEL NUMERO DE JUECES

	Cantidad	Variación Porcentual
2005	64	
2008	85	32.81 %

#### CAMBIO RELACION JUECES POR EMPLEADO

	Jueces	Empleados	Empleados por Juez
2005	64	648	10.13
2008	85	788	9.27

#### TASA DE LITIGIOSIDAD

(expedientes ingresados c/100000 habitantes)

	Causas Ingresadas	Población	Litigiosidad	Variación Porcentual
2005	44517	445.458	9993.534744	
2008	49137	460.684	10666.0965	6.73%

A esto se suma la circunstancia que el costo de las causas resueltas, ya sea por sentencia definitiva o algún otro medio alternativo de finalización del proceso, no es alto.

#### COSTO POR SENTENCIA PRODUCIDA

	Presupuesto Ejecutado	Causas terminadas por sentencia o algún otro modo de finalización	Costo por Sentencia
2008	180.223.271.00	12.512	14401.03

De nada nos sirve tener el más moderno de los códigos procesales si no contamos con jueces capacitados en su implementación. Nosotros hemos experimentado sobre el proceso de reforma del Procedimiento Civil, capacitando previamente a nuestros operadores, lamentablemente aún hoy la legislatura provincial no ha sancionado el mismo, -tiene mas de cinco años de estado parlamentario- hemos invertido más de seiscientos (600) horas en capacitación de nuestros magistrados y funcionarios.

Decía mas arriba cuales son - básicamente- los tres ejes fundamentales de un buen sistema de enjuiciamiento o mejor aún, de prestación del servicio de justicia, y si bien me referí genéricamente al de los Recursos Humanos, este comprende necesariamente la capacitación. La mayor y mejor inversión debe pasar por capacitar a todos los estamentos del Poder Judicial.

Ahora bien, nada es posible sino se piensa en un desarrollo estratégico y para ello, la única vía es contar con una Planificación Estratégica.

Desde el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut estamos trabajando en la creación de la Dirección de Planificación Estratégica y Control de Gestión.

Con ello estamos pensando en dotar a la cabeza del Poder Judicial de las herramientas necesarias para la toma de decisiones en la elaboración del diseño de políticas institucionales (misión estratégica); elaboración de planes de corto, mediano y largo plazo, cambios organizacionales, mejoramiento del proceso de valor agregado y elaboración de indicadores de resultados y su administración (misión táctica); como así mismo aumentar la gestión de calidad y los planes de capacitación (misión operativa).

Y, una vez más es dable destacar que nada de todo esto es posible sino pensamos en la inversión pública en el Poder Judicial de la Provincia del Chubut. La primera estrategia es -necesariamente- justificar la inversión desde el punto de vista de una mejor y mas eficiente y eficaz administración del servicio de justicia.

La elaboración del presupuesto provincial prevé para el año 2010 un crecimiento del 6% para el Poder Judicial, estamos hablando que es

muy inferior al índice de inflación anual, muy por debajo del crecimiento de los últimos ocho años.

consumen con pagar alquileres de inmuebles necesarios para funcionar.

mejor y mayores resultados. Por caso es bueno conocer que en la Provincia del Chubut, el Superior Tribunal de Justicia administra los fondos de los depósitos Judiciales ociosos y la tasa de justicia, generando un superávit muy importante que antes estaba perdido en la masa del presupuesto de la provincia en renta generales, cuya recaudación era menos que importante. Hoy eso le permite al Poder Judicial de la Provincia del Chubut, realizar inversiones –no menores- en informática, en bibliografía y hasta en edificación edilicia.

#### VARIACIONES PRESUPUESTO DE JUSTICIA ENTRE 2003 Y 2008

Año	Presupuesto	Variación
2003	57.783.300	
2004	74.450.000	28.84%
2005	95.571.000	28.37%
2006	118.539.000	24.03%
2007	148.059.000	24.90%
2008	184.510.800	24.62%

Obsérvese que desde el presupuesto del año 2003 al 2008, ha decrecido más de un 4%, es decir casi solo se recupera lo perdido, con la ampliación presupuestaria propuesta.

Con ello estamos desinvirtiendo en el Poder Judicial, pues si recordamos que porcentaje se “gasta” en salario, estamos hablando de un crecimiento de menos del 0,3% estos montos se

La solución a estas continuas desavenencias pasa por asignarle al Poder Judicial un porcentaje fijo de participación del presupuesto provincial con un piso y un techo que nos permita crecer sostenidamente, y que sea manejado por el Superior Tribunal de Justicia, tal como manda la Constitución Provincial.

El sistema de autarquía financiera existe en algunas provincias del país y, con más o menos algunas diferencias, estas siguen funcionando y creciendo. Generalmente la administración financiera de los Poderes Judiciales en cabeza de los Superiores Tribunales de Justicia, con la austeridad que nos caracteriza, da

Insisto, los fondos del Poder Judicial de la Provincia del Chubut deben ser manejados por el Superior Tribunal de Justicia.



## EL PODER JUDICIAL FRENTE A LOS CAMBIOS

### Cómo se diseña una política de Información Judicial

POR KEVIN LEHMANN:

SOCIÓLOGO (UNIV. COMPLUTENSE, MADRID), LICENCIADO EN CIENCIAS POLÍTICAS (UNIV. COMPLUTENSE, MADRID). MASTER EN GESTIÓN DE LA COMUNICACIÓN EN LAS ORGANIZACIONES (UNIV. AUSTRAL). POSGRADUADO EN OPINIÓN PÚBLICA Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN (FLACSO - INAP). POSGRADUADO EN CONTROL Y GESTIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS (FLACSO - INAP). PROFESOR TITULAR DE PODER Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN, (UNIV. DEL SALVADOR). PROFESOR ADJUNTO DE SOCIOLOGÍA EN LA FADU (UBA). PROFESOR ADJUNTO DE INTRODUCCIÓN A LAS RR.II, EN LA FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS (UNIV. DEL SALVADOR). FUE DIRECTOR DE LA AGENCIA DE NOTICIAS TÉLAM. ACTUALMENTE ES VOCERO DE LA FEDERACIÓN ARGENTINA DE LA MAGISTRATURA. ES CONSULTOR DEL BID Y DEL BANCO MUNDIAL.

Para aceptar la propuesta del módulo<sup>1</sup>, voy a organizar esta breve reflexión a partir de dos ejes: los desafíos del Poder Judicial frente a los cambios y cómo se desarrolla una política de información judicial.

Empecemos por identificar los cambios que están produciéndose en la sociedad y desafían al Poder Judicial. Me referiré exclusivamente a las cuestiones vinculadas con la imagen institucional y la comunicación del Poder Judicial, sin ingresar en el análisis de otras reformas estructurales que exceden mi ámbito profesional.

Todas las instituciones tradicionales se encuentran confrontadas con el proceso de democratización o hiperdemocratización funcional, que

emerge con el escenario público mediático actual.

La estructura mediática -la producción, circulación y consumo de información- y la estructura tecnológica -que, entre otras cosas, determina a la mediática- evolucionan a un ritmo que no pueden seguir las instituciones (ver, como ejemplo, el ciclo de obsolescencia de los productos informáticos).

El hecho de que aumente la densidad y el uso de la estructura de medios permite que personas, grupos, movimientos sociales y organizaciones puedan utilizarla para imponer, gestionar y hacer más eficaces sus reclamos, pedidos y presiones sobre la estructura del Estado. Por razones que veremos más adelante, el Poder Judicial se

encuentra especialmente afectado por esta realidad.

A esto debe añadirse la transformación definitiva del principio de autoridad y la instalación de la “duda institucionalizada”<sup>2</sup> que recorren todas las relaciones que se ordenaban a partir de jerarquías “automáticas”, desde el aula a la familia, pasando por todo lo instituido tradicionalmente.

Frente a esto, se reclama a la justicia que se adapte, que se acerque a los ciudadanos, que cambie. Esto abre una segunda pregunta, que considero ineludible ¿qué debe cambiar y qué debe conservar la justicia? Y me apresuro a tomar posición: no debe cambiar *todo* ni *solamente* lo que se le reclama. No debe reaccionar, sino definir un futuro

institucional y una estrategia para alcanzarlo: la comunicación es un instrumento al servicio de esa estrategia.

En principio la Justicia es y debe ser compleja. No puede allanarse al sentido común (forzando la interpretación de las pruebas, desconociendo matices, etc.); no puede utilizar un lenguaje que no sea denotativo (puede ser menos barroco pero no menos preciso); no puede saltarse etapas procesales para hacer más ágil el trámite; no puede violentar garantías, aún asumiendo que alguna de las partes pueda utilizarlas como estrategia para demorar o dificultar la evolución de una causa, etc. Esto dificulta su relación con la sociedad y, en particular, con los medios de prensa.

<sup>1</sup> Conferencia dictada en el XI Congreso Nacional y I Internacional de Capacitación Judicial, realizado los días 27 y 29 de septiembre de 2007, en Resistencia, Chaco.

<sup>2</sup> Elizalde, Luciano (2006), *La construcción del consenso*. Buenos Aires: La Crujía.

En síntesis, la Justicia no puede negociar los contenidos *institucionales* del Poder Judicial.

Las demandas sociales, por definición, son sectoriales, coyunturales y cambiantes. Es tan inadecuado desconocerlas como tomarlas literalmente: ahí están las *leyes Blumberg* para recordárnoslo.

**Complejo no es opaco.** Aquí ingresa el segundo punto del recorrido que nos proponen: *cómo se desarrolla una política de información judicial.*

Me gusta cómo está planteado: *una política.* Esa enunciación enmarca, a mi juicio adecuadamente, la cuestión. Una política implica unos objetivos, un punto de llegada deseado; no solamente una situación que debe ser resuelta. Muy distinto sería plantearse “cómo mejorar su relación con el periodismo”, “como facilitar el acceso a la información por parte de los ciudadanos”. Esos son objetivos subalternos, no en importancia, sino en su contenido estratégico: una política de comunicación judicial implica mejorar la relación con el periodismo y facilitar el acceso a la información... Pero es mucho más que eso.

Cuales son, o deberían ser en mi opinión, los objetivos de esa política: a) fortalecer -en términos de legitimidad- la palabra de la justicia, es decir su imagen, su credibilidad y, por lo tanto, su capacidad de influir en la esfera pública; y b) conseguir que el mensaje institucional llegue y sea entendido, sin excesivas distorsiones, por los ciudadanos<sup>3</sup>.

Para avanzar en ese sentido se parte de dos supuestos: que *existe* un mensaje institucional razonablemente unificado y que el Poder Judicial cuenta con la convicción y los consensos necesarios para sostener esa política. Creo que aquí conviene detenerse.

Los cambios en la sociedad, obligan a la justicia a hacerse preguntas dónde antes tenía certezas. Dos preguntas engañosamente simples: ¿qué *debe ser* el Poder Judicial? y ¿cuál es su relación con la Justicia?

La respuesta a estas preguntas -arriesgué una opinión en otro lugar<sup>4</sup>- marcan el futuro institucional y el alcance

de la respuesta a las expectativas ciudadanas. Desde ahí se parte -entre otras cosas- para establecer una política comunicacional. Pero para llegar a ese punto deben lograrse consensos en torno a la visión respecto de ambos temas y esa es, sin dudas, la principal dificultad. Los integrantes del Poder Judicial no están de acuerdo ni en qué son, ni en qué quieren ser, ni qué tipo de relación deben tener con el resto de la sociedad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al menos en mi opinión, ha tomado como propósito unificar al Poder Judicial a partir de una nueva definición de su rol como Poder del Estado y una mirada distinta de sus obligaciones frente a la sociedad. Una batalla casa por casa. Sin esos cimientos, insisto, no hay política sustentable.

A fines de cumplir con lo prometido, volvamos a donde nos detuvimos e intentemos unir los nuevos desafíos de la sociedad con los desafíos de la comunicación.

Si el escenario público actual se caracteriza por la presencia de numerosos actores que defienden sus intereses a través de los medios, ponen en circulación su interpretación de los hechos y reclaman resultados al Poder Judicial desde su mirada respecto de lo justo, lo adecuado y lo legítimo, debemos preguntarnos: ¿alcanza con facilitar el acceso de la prensa a los expedientes? ¿el problema de la justicia es que el periodismo no entiende, no sabe o no quiere contar “las cosas como son”?.

Estoy convencido de que justicia no puede ni debe ser solamente un *proveedor de materia prima informativa en crudo*, para que sea *tratada* por la prensa y los demás actores de la escena pública. Defender el derecho amplio de acceso a la información no significa ni resignar la posibilidad de discutir la interpretación pública de esa información, ni que eso deba hacerse de manera reactiva, *después* de que ha sido publicada. Hacerlo implicaría subordinarse a la lógica y los intereses (legítimos) del periodismo. Pero eso no *mejora* la comunicación ni, mucho menos, la imagen de la justicia.

De lo que se deriva que no se trata -solamente- de facilitar el

acceso a la información (para lo que bastaría con mostrar el expediente y aclarar las cuestiones técnicas) sino de proteger la calidad de esa información: determinar que elementos relevantes no deben quedar fuera de una nota, qué canales periodísticos asegurarán la transferencia de esa información, de qué manera se garantizan los máximos niveles de control posible respecto de los efectos deseados con esa información, en qué contexto será publicada, etc.

Habiendo dicho lo que *no* hay que hacer, propongamos cómo se hace. Si el escenario público es de escepticismo (“duda institucionalizada”) y confrontación de versiones, interpretaciones e intereses, la estrategia comunicacional debe estructurarse teniendo en cuenta que:

1) Una política comunicacional empieza en la *cabeza* de los ciudadanos. Los paradigmas que los rigen, sus expectativas, la información con la que cuentan.

2) El desafío de comunicar es lograr que la *verdad* llegue como *verdad* (es decir que mi mensaje, mi versión, sea aceptada).

Dos cosas: que llegue; y que llegue como verdad.

i) Que llegue: si no hay expectativa -interés por saber- no hay comunicación. Si no se es capaz de colocar el mensaje en el área de interés del ciudadano distraído, ocupado, lego en temas jurídicos, y preocupado por otras cosas, no se comunicó. En el caso de que el mensaje esté dirigido a un público específico, varían las características del receptor, no la condición de que si no escucha la comunicación no existe.

ii) Que llegue como verdad: quien comunica debe ser creíble y el mensaje debe tener elementos que lo conviertan en verosímil.

Los tres elementos señalados -la gestión de las expectativas ciudadanas, la imagen del comunicador y los elementos de acreditación del mensaje<sup>5</sup>- son exteriores a, por ejemplo, el contenido de las sentencias. No pertenecen a la esfera técnica del Derecho; tampoco, en sentido estricto, a la del periodismo. Se tramitan en el

espacio público, con reglas propias que demandan un abordaje técnico, un saber, específico.

3) No existe la neutralidad comunicacional. El contenido de una sentencia es susceptible de todo tipo de interpretaciones, contextualizaciones arbitrarias, etc.

4) La justicia opera sobre los hechos; sus responsables de comunicación, sobre las interpretaciones.

5) Los esfuerzos para mejorar la comunicación del Poder Judicial con los ciudadanos no tiene como punto de llegada mejorar la imagen de la *justicia*, sino que exista *más* Justicia.

### Propuestas de acción

1) Crear dispositivos de comunicación suficientes y jerarquizados en el Poder Judicial.

2) Trabajar activamente en la formación de magistrados y funcionarios en el manejo de la comunicación, el funcionamiento del espacio público y el rol institucional.

3) Construir canales efectivos de acceso a la información por parte de ciudadanos, medios de comunicación, y organizaciones de la sociedad civil (páginas web, publicación en Internet, reformulación de las mesas de entrada, líneas gratuitas, etc.).

4) Establecer circuitos adecuados de comunicación interna del Poder Judicial

5) Diseñar ofertas de especialización en Comunicación Judicial.

Nada hay de original en el núcleo de estas propuestas. Tal vez, en los matices. *Suficientes y jerarquizados* significa: incorporados formalmente a las estructuras (nada de “*el chico de prensa*” que tiene una oficinita en el fondo y está bajo contrato precario y mal remunerado) y cuidadosamente seleccionados (no alcanza con un periodista que hace gacetillas, habla con los medios y ayuda a redactar algún escrito, cuando hace falta).

Capacitar a los magistrados y funcionarios es dotarlos de herramientas para que puedan evaluar las consecuencias públicas de sus actos jurisdiccionales para adoptar o

<sup>3</sup> Lehmann, Kevin (2007). *La Justicia en el Espacio Público*. Entre Ríos: Rev. Ope Leguis.

<sup>4</sup> Lehmann, Kevin (2007). *La Justicia como Resultado*. Buenos Aires: CIJ (Trabajo no publicado).

<sup>5</sup> Me apresuro a introducir dos

aclaraciones: a) “la imagen del comunicador” refiere al funcionario, magistrado o, aún, a la justicia, que son quienes comunican -a través de su vocero, si es el caso- y a quienes se les atribuye un cierto nivel de credibilidad; b) “los elementos de acreditación *del mensaje*” no

aluden a las virtudes dramáticas, retóricas u oratorias ni del vocero, ni de los jueces: estas son características *del comunicador*. Otros factores cuya explicitación excede los fines de este artículo - asociados a los procesos de identificación, familiaridad, etc. (que se

derivan de los esquemas cognitivos de referencia)-, deben ser incorporados a los mensajes para cargarlos de credibilidad (sin que esto implique manipular la verdad ni distorsionarla).

desechar las estrategias sugeridas por los encargados de la comunicación. No se trata de que los jueces deban ser expertos en comunicación, ni que se dediquen a salir en los medios, si no tienen vocación de hacerlo.

Las ofertas de especialización no deberían estar restringidas a las carreras de Comunicación. Es un sesgo restrictivo, en un momento en el que es imprescindible incorporar visiones distintas, originales y diría, heterodoxas, acerca de cómo debe pensarse la Comunicación Judicial.



Rivadavia y Jones | Tel./Fax: (02965) 484723 | E-mail: escuela@juschubut.gov.ar  
9103 - Rawson - Chubut - Argentina | http://www.juschubut.gov.ar/escuela.htm

El Reporte

## A QUINCE AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

POR ANTONIO M. HERNÁNDEZ

PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL Y MUNICIPAL EN LA UNC. ACADÉMICO DE NÚMERO DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA. ACADÉMICO CORRESPONDIENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS DE BUENOS AIRES Y DE LA ACADEMIA INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO DE LA HAYA. PRESIDENTE HONORARIO DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, MIEMBRO DEL COMITÉ EJECUTIVO DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL. EX VICEPRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE REDACCIÓN DE LA CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1994.

### I. INTRODUCCION.

Pensamos que para realizar un juicio de valor de una reforma constitucional se deben considerar los tres períodos del proceso constituyente: el “preconstituyente”, de declaración de la necesidad de la reforma, a cargo del Congreso y que culmina con la elección popular de los Convencionales; el “constituyente”, con la Convención que ejercita el poder constituyente y sanciona las reformas y el “postconstituyente”, destinado a la reglamentación y cumplimiento de la reforma producida<sup>1</sup>.

Asimismo indicamos que para la consideración del período específicamente constituyente -y al cual dedicaremos mayor atención-, analizaremos las siguientes cuestiones: la legitimidad de la reforma, sus ideas-fuerza, el diseño constitucional y la valoración de la misma.

Finalmente, reflexionaremos sobre el período post-constituyente.

Por razones de brevedad nos limitaremos a una reflexión sintética y panorámica de tan importantes,

complejas y trascendentes cuestiones.

### II. EL PROCESO PRECONSTITUYENTE Y EL ROL DE RAUL ALFONSIN

Este proceso fue signado por el denominado Acuerdo o Pacto de Olivos, que se concretara en pasos sucesivos, originados en una primera reunión del 4 de noviembre de 1993 entre los líderes de los partidos políticos mayoritarios: Raúl Alfonsín por la Unión Cívica Radical y Carlos Saúl Menem, por el Partido Justicialista, en dicha localidad de la Provincia de Buenos Aires<sup>2</sup>. Posteriormente se produjo la firma de un documento con fecha 14 de noviembre de 1993, que enumeró algunos de los puntos del acuerdo, en la Residencia Presidencial de Olivos<sup>3</sup>.

Ese acuerdo, luego fue precisado y desarrollado mediante la intervención de una Comisión de Juristas de ambas fuerzas políticas<sup>4</sup>, para después ser suscripto formalmente entre los partidos que ya lo habían aprobado por sus órganos respectivos, con fecha 13 de

diciembre de 1993, en un acto celebrado en la Casa Rosada.<sup>5</sup>

En definitiva, el denominado Pacto o Acuerdo de Olivos con sus contenidos definitivos, fue firmado en el acto previamente mencionado, en el que participaron además de Carlos Menem y Raúl Alfonsín como Presidentes de los partidos, Eduardo Menem, Carlos Ruckauf, Jorge Matzkin, Eduardo Bauzá, Carlos Corach y Alberto García Lema por el Justicialismo y José Genoud, Raúl Galván, Antonio Berhongaray, Ricardo Gil Lavedra, Enrique Paixao, Arnoldo Klainer y el suscripto por el Radicalismo<sup>6</sup>.

En base a ello fue sancionada la Ley Declaratoria de la Necesidad de la Reforma N° 24.309, con los dos tercios de los votos totales de cada una de las Cámaras, con fecha 29 de diciembre de 1993<sup>7</sup>.

El Acuerdo o Pacto de Olivos previó un Núcleo de Coincidencias Básicas, que dieron base al art. 2° de la ley citada, además de los otros temas habilitados para la reforma, incluidos en el art. 3°.

Ya una vez electos los

<sup>1</sup> Tal como lo sostuvimos en nuestro artículo “Valoración de la reforma constitucional de 1994 en su décimo aniversario”, en el libro colectivo “A diez años de la reforma constitucional”, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Editorial Advocatus, Córdoba, 2005, pág. 49 y stgts., al cual seguimos en este trabajo.

<sup>2</sup> En la casa del ex Canciller durante la presidencia de Alfonsín, Dante Caputo. Cfr. Raúl Alfonsín, “Democracia y consenso”-A propósito de la reforma constitucional-, editado por Corregidor y Tiempo de Ideas, Buenos Aires, 1996, pág. 311.

<sup>3</sup> El documento suscripto por los Presidentes de ambos partidos con fecha 14 de noviembre de 1993, en la Residencia de Olivos, decía inicialmente: “En el día de la fecha se reunieron el Señor Presidente de la Nación y Presidente del Partido Justicialista, Dr. Carlos S. Menem, y el Señor Presidente de la Unión Cívica

Radical, Dr. Raúl R. Alfonsín, con la finalidad de examinar temas relativos a la reforma de nuestra Constitución Nacional”. Y más adelante se mencionaban los mismos de manera muy sintética en cuatro puntos: equilibrio de los poderes, independencia del Poder Judicial, rediseño del régimen federal e integración latinoamericana y continental. Cfr. Raúl Alfonsín, “Memoria Política”-Transición a la democracia y derechos humanos, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004, págs. 206/7.

<sup>4</sup> Que tuve el honor de integrar en nombre del Radicalismo de Córdoba junto al Dr. Jorge De la Rúa, sumándonos a otros miembros como los Dres. Alberto García Lema, Juan Carlos Maqueda, Ricardo Gil Lavedra y Enrique Paixao, entre otros más. Las reuniones se realizaron en el Salón Gris del Senado de la Nación y el documento se tituló “Puntos de acuerdos de las Comisiones de Juristas”. Cfr. Raúl Alfonsín, “Memoria Política”, obr. Cit., págs. 208/9.

<sup>5</sup> Luego se produjo la aprobación por parte de los órganos partidarios respectivos. El Radicalismo destinó para ello dos reuniones de su Convención Nacional, en las ciudades de La Pampa y de Vicente López, en la Provincia de Buenos Aires. En esta última, tuve la responsabilidad de informar el proyecto constitucional del Radicalismo. Finalmente se firmó el Pacto o Acuerdo de Olivos, por los partidos políticos respectivos, en la fecha indicada. Cfr. Raúl Alfonsín, “Memoria Política”, obr. Cit., págs. 210/2.

<sup>6</sup> Cfr. Raúl Alfonsín, “Memoria Política”, obr. Cit., págs. 210/2.

<sup>7</sup> También participé en el debate legislativo en mi carácter de Vicepresidente del Bloque de Diputados Nacionales de la Unión Cívica Radical. Véase el libro “Reforma constitucional de 1994-Labor del Convencional Constituyente Antonio María Hernández”, Imprenta del H. Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1995.

Convencionales Constituyentes, una Comisión de ellos<sup>8</sup> trabajó en la redacción del Proyecto de Reforma constitucional relativo al Núcleo de Coincidencias Básicas, que luego fuera tratado por una Comisión del mismo nombre de la Convención.

Considero ineludible y de toda justicia histórica, recordar en esta oportunidad a Raúl Alfonsín, fallecido recientemente, que bajo mi punto de vista, coronó su obra institucional y política con la reforma constitucional de 1994, de la cual fue inspirador y artífice fundamental.

Ahora, cuando el juicio de la historia sobre su personalidad avanza -luego de la conmovedora ceremonia de despedida que le tributara la ciudadanía argentina-, se destaca su desempeño en la Presidencia de la República y en la Convención Nacional Constituyente y su lucha ineludible por la libertad, los derechos humanos, la democracia social y los principios de la república

federal. Pero por sobre todo, sus calidades personales de honradez, austeridad y hombría de bien y su compromiso con los valores de la república.

Tanto en su carácter de hombre político como de Estado, los representantes de distintos sectores partidarios, sociales, del periodismo y de la cultura han coincidido en reconocer su excepcional aporte al diálogo y a la búsqueda de los consensos, como camino esencial para profundizar la cultura política democrática en el país.

Y en ello debe encontrarse la justificación y fundamentación de su accionar en torno de la reforma constitucional y en particular, del Acuerdo o Pacto de Olivos.

Sin lugar a dudas, éste fue uno de los capítulos más complejos y decisivos de su vida.

Y la prueba de ello es la especial atención que le dispensara a la cuestión en sus obras "Democracia y

consenso"<sup>9</sup> -especialmente- y "Memoria Política"<sup>10</sup>. Es que él percibió el alto precio político que en su momento pagó, -junto al Radicalismo-, por la realización del Acuerdo, ya que no pocos desconocieron su gesto de trascendencia histórica y sostuvieron en cambio, que con ello se perdía el carácter opositor al peronismo<sup>11</sup>.

Creemos que los detractores del Pacto privilegiaron una visión agonal de nuestra política y no comprendieron que era menester considerar la cuestión bajo el punto de vista arquitectónico.

Es desde esta perspectiva que se advierte en plenitud la importancia de la obra constituyente en general y de Alfonsín en lo personal<sup>12</sup>. Pero además, ello significó un accionar coherente con las posiciones de su partido, que siempre se manifestó a favor de una reforma de la Constitución Nacional<sup>13</sup>. Y en particular, con su propia obra de gobierno, ya que a través del Consejo

de Consolidación de la Democracia<sup>14</sup>, impulsara decididamente dicha tarea.

Por otra parte, es menester recordar la situación política en 1993. En aquél escenario, se encontraba en tratamiento en la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley del Diputado Durañona y Vedia, que establecía como interpretación del art. 30 de la Constitución, que los dos tercios requeridos eran de los miembros presentes de cada Cámara. Y además, se proyectaba una Consulta Popular sobre la reforma constitucional para posibilitar la reelección del Presidente Menem<sup>15</sup>. A eso hay que agregar que en algunas declaraciones del Bloque de Senadores Nacionales del Justicialismo se sostenía que la Constitución Nacional vigente era la sancionada en la reforma constitucional de 1949.

En dicha instancia, con un oficialismo decidido a avanzar en la reforma prácticamente a cualquier

<sup>8</sup> Que también integró y que se reunió en una de las Salas del Poder Judicial de la ciudad de Santa Fé.

<sup>9</sup> Raúl Alfonsín, "Democracia y consenso"-A propósito de la reforma constitucional-, editado por Corregidor y Tiempo de Ideas, Buenos Aires, 1996.

<sup>10</sup> Raúl Alfonsín, "Memoria Política"-Transición a la democracia y derechos humanos, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004, en especial Cap. V, "El Pacto de Olivos y la reforma constitucional de 1994, págs. 155 a 240.

<sup>11</sup> En "Democracia y consenso", obr. cit. y en el Prólogo, sostiene: "Este libro tiene varios propósitos, que quiero expresar claramente: I. En primer lugar, procurar que se comprenda la urgencia de construir consensos que permitan resguardar los poderes democráticos, amenazados por la concentración del poder económico, la dispersión de los sectores políticos y el debilitamiento de las fuerzas del trabajo.

II. En segundo lugar, dar un testimonio que permita a la sociedad comprender mejor las circunstancias que explican el proceso de la reforma constitucional...

III. En tercer lugar, responder a las críticas que suscitó mi actitud en relación con el Pacto de Olivos. Para ello sostengo:

1) Que fue coherente con lo que he sostenido toda mi vida y, a la vez, expresiva de mi lucha política permanente en procura de la construcción de lo que llamo el Estado Legítimo.

2) Que el método para la construcción y consolidación del Estado Legítimo es el de la búsqueda de consensos que deben lograrse a través de una genuina actividad política, entendida como deliberación, discusión amplia y debate abierto. 3) Que en la actualidad la construcción del estado legítimo requiere la participación activa y el compromiso de los sectores progresistas de la Nación.

4) Que es lícito establecer pactos circunscritos a temas específicos con sectores adversarios y aún hostiles, a fin

de recuperar la democracia o resguardarla. 5) Que la reforma de la Constitución se hubiera realizado de todos modos, aunque mediara la oposición del radicalismo y de otras fuerzas políticas, y que eso habría implicado:

a. Pérdida de la legalidad y la consiguiente regresión a la época de las "negativas irreductibles", o grave desobediencia partidaria. b. La sanción de una reforma retrógrada que hubiera significado: \* la ausencia de modernización de institutos obsoletos y la permanencia de disfuncionalidades del sistema institucional. \* El incremento del hiperpresidencialismo e incluso la posibilidad de una reelección indefinida. \*El riesgo de constitucionalizar los principios del actual modelo económico. \*Un "cheque en blanco" que podía producir insospechadas modificaciones de naturaleza desconocida.

6) Que la realización del plebiscito a que se había convocado vulneraba el espíritu de la Constitución y conspiraba contra la convivencia de los argentinos.

7) Que actué de acuerdo con la doctrina y la práctica de las mejores tradiciones de la Unión Cívica Radical.

8) Que la desorientación del radicalismo en todo el proceso previo al pacto había llegado a extremos peligrosos para su unidad y originado riesgos de feudalización.

9) Que la reforma recogió en gran parte las enmiendas del Consejo de Consolidación para la Democracia y mejoró y modernizó las instituciones de la Nación".

IV. En cuarto lugar, este libro tiene el propósito de cerrar una etapa de la discusión interna de la Unión Cívica Radical...

V. En quinto lugar, tiene el propósito de enaltecer la lucha de la Unión Cívica Radical a favor de los principios del Estado de Bienestar y propiciar en su seno una actitud firme y sistemática contra las

postulaciones del neoconservadurismo, evitando cualquier forma de seducción que la saque de su cauce, abierto tras años de un esfuerzo que transcurrió sin cesar en procura de dotar a la democracia de contenido social". (Cfr. Obr. Cit., págs. 11/13)

<sup>12</sup> Insistimos en que el poder constituyente requiere fundamentalmente del ejercicio de la política constitucional, que se basa en grandes consensos políticos y sociales. Véase en tal sentido, los acuerdos políticos citados por Diego Valadés (Cfr. "La constitución y el poder" en "Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI", Diego Valadés-Miguel Carbonell-Coordinadores, UNAM, Méjico, 2000, págs. 139 y sgts.) como base de posteriores reformas constitucionales producidas en América Latina y que nosotros hemos resumido de la siguiente manera: "A) El acuerdo entre los partidos Conservador y Liberal de Colombia, ratificado mediante plebiscito en 1957 y también en dicho país, el proceso de negociación con sectores guerrilleros que posibilitara la reforma constitucional de 1991. B) Las modificaciones producidas en la Constitución de El Salvador, luego del acuerdo con el Frente Farabundo Martí, en 1991. C) El Pacto de Punto Fijo en Venezuela, en 1958, que posibilitó la reforma constitucional de 1961. (16). D) El Pacto de Olivos en Argentina, celebrado en 1993 entre los Presidentes de las fuerzas políticas mayoritarias del Peronismo y del Radicalismo, Carlos Menem y Raúl Alfonsín, que sirviera de base a la Reforma Constitucional de 1994, para nosotros la más importante de la historia. E) El pacto que sirvió para la confirmación del frente político que se opuso al gobierno militar en Brasil y que sirvió para la reforma constitucional de 1988. F) Con relación a Méjico, indica que se esta viviendo un proceso inconcluso de negociación". (Cfr. Antonio María Hernández, "Perspectivas de los sistemas políticos y

constitucionales en América Latina", Debates de Actualidad, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XVIII, N° 190, abril-junio 2003, págs. 43 y sgts.).

En relación a nuestro país, nos referimos a este tema en el propio seno de la Convención Nacional Constituyente - como más adelante se verá en el punto sobre la Legitimidad de la Reforma -, pero también debemos resaltar que es muy ilustrativo el análisis histórico realizado por Alfonsín sobre la extensión y magnitud de los desencuentros argentinos, que reclamaron y reclaman para su superación, verdaderas políticas de Estado en base a grandes acuerdos políticos y sociales. (Cfr. Raúl Alfonsín, "Democracia y consenso", obr. cit., págs. 192 y sgts.). Finalizamos este recuerdo de Alfonsín, rememorando su notable actuación en la Convención Constituyente, donde presidiera el Bloque de Convencionales de la Unión Cívica Radical en una tarea infatigable de alta calidad política, que fue reconocida por todos los miembros de la magna Asamblea.

<sup>13</sup> Como también lo hicieron la mayoría de las fuerzas políticas del país (Cfr. Raúl Alfonsín, "Democracia y consenso", obr. cit., págs. 222/260), además de los cultores de nuestra disciplina, donde se destacaron en dicha posición César Enrique Romero, Jorge Reinaldo Vanossi y Germán Bidart Campos.

<sup>14</sup> Coordinado por Carlos Santiago Nino, integrado por representantes de diversas fuerzas políticas y que publicara dos Dictámenes al respecto, que sirvieran de precedente para la Convención de Santa Fe y Paraná de 1994. (Cfr. Raúl Alfonsín, "Democracia y consenso", obr. cit., Cap. III, "El proyecto constitucional del Consejo para la Consolidación de la democracia", págs. 137/188).

<sup>15</sup> Cfr. Raúl Alfonsín, "Democracia y consenso", obr. cit., págs. 305 y sgts..

precio y con la magnitud de los problemas históricos observados en esta materia, resultó necesario concretar un acuerdo, que modificase el rumbo de los acontecimientos políticos e institucionales, que se tornaban negativos e impredecibles para el país.

Y el camino elegido fue el que correspondía: un acuerdo de dirigentes políticos, redactado por una comisión especializada, luego debatido y aprobado por las instancias institucionales respectivas de los partidos, para lograr el estricto cumplimiento del art. 30 de la Constitución Nacional, en la faz legislativa y preconstituyente, mediante la declaración de la necesidad de la reforma por el Congreso de la Nación. El proceso luego se completaría con la elección democrática de los Convencionales Nacionales Constituyentes, que con muy alto grado de consenso, sancionaran la reforma de 1994, que fuera la más amplia y profunda de la historia argentina.

No obstante ello, creemos que el controvertido juicio histórico y político sobre el Acuerdo de Olivos impidió un análisis correcto de su consecuencia institucional, que fue la reforma constitucional de 1994.

Esto se apreció por distintas razones: a) se puso énfasis sólo en el debate por el Pacto de Olivos, prescindiéndose de la reforma que fue su resultado. b) se ha intentado reducir la reforma prácticamente a la posibilidad de la reelección presidencial y c) ha faltado un análisis más objetivo, profundo, sistemático e integral de la reforma<sup>16</sup>.

A quince años de la reforma, advertimos que el panorama antes descripto se ha ido modificando.

### III. LA LEGITIMIDAD DE LA REFORMA

El problema de la legitimidad de la Constitución -dice Linares Quintana<sup>17</sup>- es de naturaleza esencialmente política, y debe resolverse remontándose hasta la naturaleza del acto constituyente. Este autor coincide con Sánchez Viamonte

en que para la legitimidad constitucional, el acto constituyente debe ser la expresión genuina de la voluntad del pueblo, surgida de una libre determinación mayoritaria.

Nosotros analizamos detenidamente la legalidad y legitimidad de la reforma constitucional de 1994 en el propio seno de la Convención Nacional Constituyente<sup>18</sup>.

Allí recordamos los debates producidos con motivo de las reformas constitucionales, comenzando con la de 1860. Desde la necesidad de sostener que existió ejercicio de poder constituyente originario y abierto -iniciado en 1810 y terminando en 1860 con la incorporación de la provincia de Buenos Aires a la Confederación- ya que de lo contrario debiéramos impugnar la constitucionalidad de la reforma, porque una cláusula del texto de 1853 prohibía que se efectuara dentro de los 10 años. Pasando luego por la cuestión de los dos tercios de votos -presentes o totales- de las cámaras, en relación a la reforma de 1866. Es cierto que la reforma de 1898 no mereció objeción, aunque sabemos que no tenía vigencia la república democrática, pues no se ejercitaba adecuadamente la soberanía popular. Ya en este siglo, el momento de máximo enfrentamiento político fue con motivo de la reforma de 1949, que tuvo el signo partidario del oficialismo y fue impugnada en su legalidad y legitimidad por la oposición y gran parte de la doctrina. Lo mismo ocurrió luego con la reforma de 1957, efectuada con la proscripción del justicialismo. Y por si faltara algo, tuvimos además ejercicio autocrático de poder constituyente, con la reforma de facto de 1972.

Hemos sostenido que este debate permanente sobre el "status constitucional" ha sido la prueba de nuestra falta de cultura política y jurídica. Por ello es conveniente recordar a Joaquín V. González, en su Juicio del Siglo, en 1910, cuando destacó que la ley de la discordia interna había protagonizado la vida política de los argentinos, agregando que no nos comprendíamos porque

no nos amamos y no nos amamos porque no nos comprendíamos.

Y ello explica nuestra dificultad para alcanzar acuerdos durante nuestra historia que nos permitiesen reformar la Ley Suprema, mientras nos hemos caracterizado por las violaciones permanentes de ella.

Recordamos también en la Convención el pensamiento alberdiano sobre la constitución como una transacción política fundamental, y, en consecuencia, que la reforma debía ser el fruto del consenso de las fuerzas políticas y sociales.

En este sentido, la ley 24.309 -de declaración de la necesidad de la última reforma-, tuvo las mayorías exigidas constitucionalmente por el art. 30 de la ley suprema, o sea, más de dos tercios de la totalidad de los miembros de cada una de las cámaras; y los convencionales fueron electos en comicios absolutamente limpios, con vigencia del Estado de Derecho y de las libertades públicas. Más allá de las objeciones efectuadas a la ley -para nosotros superadas con la adopción del Reglamento por parte de la Convención<sup>19</sup>-, hoy parece ya acallado el debate al respecto.

La Convención de Santa Fe y Paraná tuvo 305 convencionales -la suma del número de los miembros del Congreso: 257 diputados y 48 senadores-, que representaron a 19 bloques políticos. Fue la Convención más numerosa de la historia argentina, que realizó su tarea en sólo 90 días, en un marco ejemplar de pluralismo democrático -como lo sostuvieron los distintos partidos políticos-, y que produjo la más importante reforma constitucional, tanto en la parte dogmática como en la parte orgánica. Existió muy alto grado de acuerdo para la sanción de 61 normas constitucionales: 20 nuevas, 24 reformadas y 17 disposiciones transitorias.

En el amplio contexto de nuestra historia institucional, consideramos que ésta es la reforma con mayor legalidad y legitimidad, y que además, debe clausurar dolorosas etapas de frustraciones y desencuentros, que incidieron gravemente en la vida

nacional. No por casualidad la reforma fue efectuada en el proceso democrático más extenso que hemos tenido a partir de 1930 y en tal sentido, creemos que es el punto culminante de dicha experiencia política y jurídica, pues expresa el momento más importante de ejercicio de política arquitectónica en nuestro tiempo.

Téngase presente que la política constitucional es la quintaesencia de la política arquitectónica, pues debe basarse en amplios consensos sobre las grandes ideas, valores, objetivos y sueños de una sociedad en su más trascendente proyecto político nacional, que es la Ley Suprema.

La Constitución Nacional que nos rige es la de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994, tal como fue jurada por los convencionales y autoridades federales el 24 de agosto de 1994, en el histórico Palacio de San José, que perteneciera al ilustre general Justo José de Urquiza, el prócer máximo de la organización nacional.

### IV. LAS IDEAS FUERZA DE LA REFORMA

Consideramos pertinente recordar aquí lo que señalamos sobre este particular en los Fundamentos de nuestro Proyecto Integral de Reforma de la Constitución Nacional, presentado en la Convención Constituyente<sup>20</sup>:

"El contenido del proyecto que propiciamos está inspirado por seis ideas fuerza: a) la atenuación del presidencialismo; b) la modernización y fortalecimiento del Congreso; c) la garantía de la independencia del Poder Judicial; d) el fortalecimiento del federalismo y las autonomías municipales; e) el otorgamiento de un nuevo status a la Ciudad de Buenos Aires; y f) el reconocimiento de nuevos derechos y garantías constitucionales".

"En cuanto a la atenuación del presidencialismo, destacamos la creación de la figura de un jefe de gabinete de ministros, lo que implica la posibilidad de reforzamiento del control del Congreso frente al Ejecutivo. En efecto, el jefe de

<sup>16</sup> Esto no ha sido nuevo en nuestra historia...; recuérdese al respecto el tenor de las opiniones emitidas por personalidades de la talla de Alberdi y Sarmiento, fruto de las tremendas pasiones desatadas, con motivo de las Convenciones Constituyentes de 1853 y 1860.

<sup>17</sup> Segundo V. Linares Quintana, "Tratado de la ciencia del derecho constitucional",

tomo 2, Alfa, Buenos Aires, 1953, p. 139.

<sup>18</sup> Ver nuestra intervención del día 8 de junio de 1994 en la obra "Reforma constitucional de 1994. Labor del convencional constituyente Antonio María Hernández (h.)", Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1995, ps. 49/57.

<sup>19</sup> Para un análisis circunstanciado del histórico debate sobre el Reglamento de

la Convención, que comprendió la cuestión de la legalidad y legitimidad de la reforma, ver el interesante y agudo libro de Humberto Quiroga Lavié, "El Poder Constituyente en acción", Editorial Abaco, Buenos Aires, 1996.

<sup>20</sup> Véase nuestro Proyecto de Reforma Constitucional, que abarcó todos los puntos de la reforma según lo dispuesto por la ley declaratoria N° 24.309,

presentado en la Convención Nacional Constituyente de 1994, bajo el N° 72, que obra en el Diario de Sesiones de la Convención y en los libros "Reforma Constitucional de 1994...", págs. 26 y sgts. y "Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994", Depalma, Buenos Aires, 1997, en el Apéndice..

gabinete será responsable ante el Congreso que podrá removerlo a través de un voto de censura. La introducción de la figura del jefe de gabinete y su responsabilidad ante el Congreso no altera la esencia del régimen presidencialista, pero introduce un correctivo que atempera la excesiva concentración de poder en el Ejecutivo presidencial.

La reducción del mandato presidencial a cuatro años, con la posibilidad de una sola reelección, apunta en la misma dirección señalada, al tiempo que permite una cierta flexibilización de las tensiones que se desarrollan en el entramado político por la excesiva duración del mandato y su corte abrupto, sin posibilidad de continuidad. La solución que propiciamos está abonada por una larga serie de antecedentes en el derecho comparado, en el derecho público provincial argentino y por la opinión mayoritaria de la doctrina constitucional. La posibilidad de la reelección, con un período de cuatro años, no implica lesión alguna al sistema republicano porque es el pueblo el depositario de la soberanía y quien, en definitiva, va a resolver la continuidad o no de una gestión presidencial.

Para reforzar la participación ciudadana en este sentido, se introduce la elección directa de la fórmula presidencial. El sistema de doble vuelta proyectado apunta a reforzar la legitimidad de los gobernantes, garantizando a quien gobierna el respaldo de una amplia mayoría de la ciudadanía. El sistema propuesto permite, al mismo tiempo, evitar el desgaste de una nueva elección cuando los guarismos electorales anticipan ya un grado de legitimidad suficiente.

El abuso de los antes excepcionales decretos de necesidad y urgencia que ha caracterizado la gestión presidencial hace indispensable la introducción de límites y controles a esta atribución que la Corte Suprema reconoció al presidente en el caso "Peralta". En este sentido propiciamos el establecimiento de límites en cuanto a la materia regulable estableciendo que los decretos de necesidad y urgencia no podrán normar temas como régimen de partidos políticos y sistema electoral, ni tampoco legislación penal y tributaria. Se asegura, asimismo, el control del Congreso sobre el ejercicio de esta facultad que se confiere como excepcional, frente a situaciones de emergencia que hagan imposible seguir los procesos legislativos ordinarios. En la misma línea de limitación del poder presidencial, se inscribe la regulación de la delegación legislativa que, conforme al proyecto,

sólo procederá por tiempo determinado y sobre materia expresa, conservando el Congreso el control de lo actuado por el Poder Ejecutivo. Además, queda claro que siempre se tratará de lo que la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema caracterizan como delegación impropia. Como sostuvo Meynaud, la eficacia es la regla de oro del gobierno moderno; las modificaciones que hemos comentado apuntan en esa dirección, compatibilizando eficacia y control.

El propósito de moderación de las facultades presidenciales se manifiesta también en otros aspectos del proyecto. Mencionemos algunos de estos puntos. La necesidad del acuerdo del Senado para la designación de funcionarios de los organismos de control y del Banco Central es uno de estos mecanismos, con lo cual el Senado argentino se acerca al modelo de su par norteamericano. Los controles externos a que será sometido el sector público nacional a través de la Auditoría General a la que se otorga rango constitucional, apuntan en la misma dirección. En este caso se refuerza la capacidad de la Auditoría al hacerla depender del Congreso y encargar su dirección a la oposición parlamentaria. La creación de la figura del Defensor del Pueblo se inscribe en la misma línea, al igual que la garantía de independencia del Ministerio Público que tiende a afirmar el estilo republicano, mediante el fortalecimiento de los poderes de control del Congreso y del Poder Judicial.

La segunda idea fuerza es la **modernización y fortalecimiento del Congreso**. Un análisis detenido de la política argentina, en la última década, muestra el aumento de las atribuciones del Presidente en detrimento del Congreso. A esto se suma un creciente desprestigio del Congreso frente a la opinión pública, fenómeno que se repite en otras partes del mundo. El fortalecimiento del Congreso y la revalorización de sus funciones en el Estado moderno es uno de los imperativos de la hora. En efecto, se trata de revitalizar la función representativa, de redimensionar -al mismo tiempo- la función del Congreso como ámbito de debate y diseño de políticas públicas y finalmente, de rescatar y dinamizar las funciones de control que son propias de un Congreso republicano.

Estos son los ejes que impulsan las reformas en materia de integración y funcionamiento del Congreso. En primer lugar, se proyecta la elección

directa de los senadores, con lo que se garantiza una mayor participación de los ciudadanos y se refuerza el carácter representativo democrático del cuerpo. Al mismo tiempo se crea la figura del Senador por la minoría ampliando la representatividad política del cuerpo y garantizando de modo más eficaz un pluralismo enriquecedor del debate.

En cuanto al proceso de sanción de las leyes, la dinámica moderna exige una agilización de los trámites, por lo cual se propone la reducción a tres de las lecturas previstas para cada proyecto. Se incorporan también, en el proyecto instituciones como el trámite de urgencia y la aprobación en particular de proyectos de ley en comisión. Asimismo se propone la creación de comisiones de enlace entre las cámaras lo que facilitará el desenvolvimiento de ambas ramas del Congreso y la pronta y coordinada consideración de las iniciativas. Estos mecanismos contribuirán a mejorar el papel del Congreso en los procesos decisivos vinculados a las políticas públicas.

Como dijimos, una de las funciones esenciales del Congreso es la relacionada con el control del Ejecutivo. Cuando ese control es débil o llega tarde, el equilibrio de los poderes se desdibuja y la República corre el riesgo de una concentración excesiva del poder e incluso de la utilización discrecional y arbitraria del mismo. Para evitar estos peligros, el proyecto refuerza la función de control a través de numerosos mecanismos, entre los que cabe mencionar, por ejemplo, el control del Congreso sobre los decretos de necesidad y urgencia y los actos del Ejecutivo derivados de delegación del Congreso, así como sobre la promulgación parcial de leyes por el Ejecutivo. El proyecto redefine, en la misma línea de acción, las facultades del Congreso en cuanto a los pedidos de informes y a la interpelación y regula la formación de comisiones de investigación. Finalmente la incorporación del jefe de gabinete va acompañada de la posibilidad de control congresional a través del voto de censura.

La tercera idea fuerza que impulsa este proyecto es la de **vigorizar la independencia del Poder Judicial**. Asistimos a una profunda crisis de confianza en la institución judicial de lo que dan muestras numerosos estudios de opinión. Es necesario revertir ese proceso de desprestigio que puede minar uno de los baluartes del sistema democrático. En este sentido se proponen mecanismos de

despolitización de los procedimientos de nombramiento y remoción de los magistrados que garantizarán no sólo idoneidad, sino independencia de los jueces frente a las posibles presiones políticas. A este objetivo apuntan la creación del consejo de la magistratura y el establecimiento del jurado de enjuiciamiento de magistrados. La Argentina se pondrá así a la altura de las legislaciones más modernas en la materia. Los jurados de enjuiciamiento, a su vez, permiten evitar los desvíos a los que ha conducido la remoción por juicio político, mecanismo que se reserva -en el proyecto- para los magistrados del máximo tribunal.

La designación de miembros de la Corte Suprema con el voto de los dos tercios de los miembros presentes en el Senado para brindar acuerdo, en audiencias públicas, garantizará que lleguen al más alto tribunal de la Nación, los hombres de mayor autoridad jurídica y moral, atento a la responsabilidad que le cabe a la Corte como intérprete final e irrevocable de la Constitución. La revigorización del Poder Judicial se completa con la constitucionalización del Ministerio Público como órgano extrapoder, a la que ya hemos hecho referencia.

La cuarta idea que informa este proyecto es la de **fortalecer el régimen federal y la autonomía municipal**. El desproporcionado y desequilibrado desarrollo de la Argentina es una realidad palmaria que no requiere mayor comentario. El presente y el futuro de la Nación requieren de un federalismo moderno de concertación y no de confrontación, de cooperación interjurisdiccional y regional y no de competencia y desequilibrio desgastante. Uno de los aspectos a contemplar para dar nueva forma al federalismo argentino, es el de las relaciones económico-financieras de la Nación y las provincias para evitar que, desde el gobierno central, se avasallen sistemáticamente las autonomías provinciales. La Institución de la Coparticipación Federal de impuestos no puede basarse en la imposición del gobierno central a las provincias, sino en el acuerdo y consenso entre las jurisdicciones involucradas. Como decía Alberdi, "sin finanzas, sin rentas, no hay gobierno". En este mismo orden, se reconoce a las provincias su capacidad de decisión autónoma sobre los recursos naturales cuyo dominio es innegable.

Siempre con miras a un federalismo moderno, el proyecto contempla la posibilidad de las

provincias de celebrar acuerdos internacionales sin afectar las facultades propias del gobierno central. Una gestión de negocios moderna y exitosa, en el marco de un mundo cada vez más integrado e interdependiente, requiere de estas herramientas, sin las cuales los gobiernos provinciales quedan sujetos al humor del funcionario de turno del gobierno federal. Este mecanismo permitirá, asimismo, el fortalecimiento de las economías regionales.

La regionalización es un instrumento apto para el desarrollo económico y social de importantes sectores de nuestro territorio. En tal sentido, el proyecto prevé la posibilidad de crear regiones en un marco de coordinación y consenso, evitando la imposición, desde escritorios de tecnócratas, de estructuras carentes de sustento real. La regulación de la competencia provincial en los establecimientos de utilidad nacional también está contemplada en el proyecto. Se saldan así reiteradas discusiones doctrinarias y conflictos políticos que no siempre tuvieron uniforme resolución en los estrados de la Justicia.

Por último, propiciamos el reconocimiento constitucional de la autonomía municipal, como base misma de la organización democrática. La Constitución Nacional se pondrá así a tono con los desarrollos del derecho público provincial argentino que en una posición de avanzada, ha reconocido ya el principio de la autonomía municipal.

La quinta idea fuerza que impulsa este proyecto es **la vinculada con la ciudad de Buenos Aires, a la que se le dota de autonomía** para designar a sus autoridades. La elección popular del intendente del distrito es un reclamo unánime de la ciudadanía. El proyecto prevé mecanismos transitorios para el gobierno de la ciudad hasta la constitución definitiva de sus autoridades, la que será el resultado de las deliberaciones de una convención convocada al efecto y electa directamente por los vecinos de la ciudad. La ciudad de Buenos Aires tendrá así la posibilidad de darse sus instituciones, como lo han

hecho ya muchos municipios del país.

El **reconocimiento de nuevos derechos y garantías para los habitantes de la Nación, además del otorgamiento de rango constitucional a algunos tratados internacionales de derechos humanos**, constituye la sexta idea fuerza que ha guiado la elaboración del presente proyecto. Lugar destacado en este capítulo merece el reconocimiento de los mecanismos de democracia semidirecta: la iniciativa popular y la consulta no vinculante. El proyecto propone también la constitucionalización del amparo y el hábeas corpus, que son las máximas garantías de los derechos de las personas. Asimismo, se contemplan los derechos a un medio ambiente sano y los derechos de los usuarios y consumidores, el respeto del derecho a organizar partidos políticos democráticos y las garantías esenciales del derecho del sufragio, sin cristalizar fórmulas que se transforman, con el tiempo, en obstáculos insalvables para el desarrollo político. Se otorga rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Se incorpora expresamente el derecho de las comunidades indígenas a una integración que respete su idiosincrasia y su cultura. Se prevé, también, la creación de un consejo económico social con carácter consultivo, institución propia de una moderna concepción de la democracia social y participativa.”

A dicha enumeración de ideas fuerza debemos agregarle una séptima, que para nosotros es el **afianzamiento de los procesos de integración tanto nacional como supranacionales**. En efecto, la reforma persiguió la alta finalidad de consolidar la integración en sus diversas fases, como una respuesta eficaz a los desafíos del mundo globalizado en que vivimos.

## V. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL Y LA PRACTICA INSTITUCIONAL POSTERIOR

Corresponde que aquí analicemos si el diseño del constituyente fue adecuado a las ideas fuerza que guiaron la reforma. En tal sentido,

efectuaremos nuestra valoración en relación a cada una de las ideas antes mencionadas.

Con respecto a la primera, **la atenuación del presidencialismo**, es la que ha suscitado mayores controversias, con diversas críticas ante la continuidad del fenómeno del “hiper-presidencialismo”<sup>21</sup>.

Merciendo el tema un análisis más detallado de instituciones, que no podemos ahora realizar por razones de brevedad, creemos que en general los cambios introducidos en el texto fueron acertados, aunque en la vigencia sociológica no se cumplieran.

En efecto, para corregir nuestro “hiper-presidencialismo” basado en el modelo alberdiano –más fuerte que el norteamericano por la influencia de la Constitución chilena de 1833-, que además se acentuó por las prácticas políticas, las emergencias, el debilitamiento del Congreso, el inadecuado ejercicio del control de constitucionalidad en especial de la Corte Suprema y los golpes de Estado, el constituyente de 1994 adoptó las siguientes principales modificaciones institucionales:

1) Privación de una de sus Jefaturas al Presidente como fue la de la Capital Federal, en cuya virtud a lo largo de la historia pudo designar por sí mismo al Intendente de la Ciudad de Buenos Aires.

2) Fortalecimiento del Congreso mediante distintas reformas, que más adelante analizaremos y que persiguen un mejor equilibrio de los poderes dentro de nuestro sistema republicano. En tal sentido, ahora mencionamos la ampliación del período ordinario de sesiones, las mayores atribuciones para la declaración de la intervención federal, la creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros que debe rendir mensualmente informe ante cada una de las Cámaras y que puede ser removido por un voto de censura y la creación de órganos de control que tienen relación funcional con el mismo.

3) Reducción de las atribuciones del Presidente en la designación de los miembros del Poder Judicial mediante la creación del Consejo de la Magistratura y la sesión pública del Senado establecida para los Ministros de la Corte Suprema.

4) Fortalecimiento de las autonomías provinciales y municipales, para reducir

las atribuciones del Gobierno Federal y afirmar el control vertical del poder, como otro objetivo del federalismo.

5) Jerarquización constitucional de órganos de control como la Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público, con la finalidad de profundizar el control propio del sistema republicano.

6) Reducción del mandato del Presidente a 4 años, con posibilidad de una reelección inmediata y elección directa, como había sido reclamado desde hace años por la mayoría de los partidos políticos, la doctrina y los precedentes constitucionales de 1949, 1957 y 1972, además de ser la tendencia predominante en el derecho comparado, incluso latinoamericano.

7) Incorporación al texto constitucional de los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada, como institutos de emergencia convalidados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde los casos “Peralta” (1990) y “Delfino” (1927) y con la indiscutible finalidad de limitar las atribuciones del Poder Ejecutivo en el ejercicio de los mismos, como emerge de los arts. 99° inc. 3 y 76 y de los debates de la Convención Constituyente.

8) Creación del Jefe de Gabinete de Ministros, como institución de cierta hibridez por su origen parlamentario en un sistema presidencialista<sup>22</sup> y con la finalidad de morigerar el hiper-presidencialismo y servir para asegurar la gobernabilidad en situaciones de crisis políticas, como también se observa en la letra y debates constitucionales.

Reiterando nuestro acuerdo con el diseño normativo realizado por la Convención, consideramos que por la falta de cumplimiento de la Constitución y permanente violación de la ley, no se ha verificado en el orden de la realidad una atenuación del hiper-presidencialismo como el constituyente lo legisló. Porque si bien en algunos aspectos funcionaron como limitaciones parciales las indicadas en los puntos 1, 3, 4 y 5, no se ha podido verificar en cambio que los otros puntos hayan logrado su propósito.

En particular, consideramos

<sup>21</sup> Para nosotros este fenómeno se caracteriza por la concentración del poder en el Presidente, mas allá de las competencias fijadas por la Constitución, en desmedro de la división y equilibrio de los poderes y de los principios de la

democracia constitucional. Debemos a Carlos Santiago Nino el más agudo y profundo estudio de esta grave patología institucional, que produce inmensurables efectos negativos para el sistema político y jurídico y para una

sociedad abierta porque impide la vigencia de una democracia deliberativa, en su obra “Fundamentos de Derecho Constitucional” (Astrea, Buenos Aires, 1992), Cap. III, donde expuso el tema con visión interdisciplinaria. También se detuvo en la

caracterización del carácter corporativo de nuestro hiperpresidencialismo, que en nuestros días se manifiesta con particular fuerza.

criticable la declinación por el Congreso de sus atribuciones, especialmente por la sanción de las leyes de emergencia económica como la 25.561, con amplísimas delegaciones legislativas, prorrogada hasta nuestros días; el uso excesivo de decretos de necesidad y urgencia y de legislación delegada por el Presidente; la concesión de los llamados superpoderes en la Administración financiera y presupuestaria al Jefe de Gabinete de Ministros y la práctica institucional de este último órgano, que en modo alguno ha atenuado los poderes presidenciales ni servido hasta ahora en una situación de crisis, como la de fines del 2001 durante la Presidencia de De la Rúa.

Consideramos que de las normas redactadas, merece especial mención por su brevedad la del art. 76 sobre delegación legislativa, que ha originado dificultades de interpretación y una práctica abusiva por parte del propio Congreso y del Presidente. Esta cuestión debiera ser

superada por una adecuada reglamentación del Congreso y un correcto y celoso ejercicio de sus competencias, además de una firme jurisprudencia de los Tribunales, como se hizo por la Corte Suprema en el célebre caso "Provincia de San Luis", donde nuestro más alto Tribunal efectuó una acertada interpretación sobre el alcance de la emergencia y el uso de los decretos de necesidad y urgencia y de la delegación legislativa.

Pese a que el diseño constitucional de 1994 significó una modificación del fuerte presidencialismo del texto originario de 1853, hoy en Argentina se gobierna por muy pocas personas<sup>23</sup> y por medio de decretos<sup>24</sup>, sin el debido control por parte del Congreso<sup>25</sup> ni del Poder Judicial y de la Corte Suprema de Justicia en particular<sup>26</sup>.

En relación específica a los decretos de necesidad y urgencia, aunque se ha reglamentado el art. 99 inc. 3 de la Ley Suprema que estableció la Comisión Bicameral

Permanente para el control de dichos decretos, por medio de la Ley N° 26.122 en el 2007, la mayoría que ejerce el partido del gobierno en la misma ha significado en la práctica que actúe simplemente para convalidar los decretos dictados, que han superado holgadamente el número de proyectos de ley enviados por el Poder Ejecutivo al Congreso.<sup>27</sup>

Estas ostensibles violaciones del sistema republicano y de nuestra democracia constitucional, son consecuencia de una notoria falta de cultura política, jurídica y democrática.<sup>28</sup>

En cuanto a la idea fuerza de **modernizar y fortalecer el Congreso**, también estimamos correcta la decisión del constituyente a través de estos principales cambios institucionales:

1.) Ampliación del período ordinario de sesiones.

2.) Elección directa de los Senadores, con reducción de su mandato a 6 años y aumento de sus atribuciones en materias federales.

3.) Nuevo procedimiento para la sanción de las leyes.

4.) Creación de nuevos órganos de control como la Auditoría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, con relación funcional con el Congreso.

5.) Necesidad de reglamentación por el Congreso de los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada, para la actuación de la Comisión Bicameral Permanente y el control de los institutos por dicho cuerpo legislativo.

6.) Asignación de mayores atribuciones en la declaración de las intervenciones federales.

7.) Reconocimiento de su competencia para remover por voto de censura al jefe de Gabinete de Ministros, quien deberá además presentarse mensualmente ante cada una de las Cámaras para informar.

8.) Reconocimiento de competencia para otorgar rango constitucional a tratados de derechos humanos.

Estas importantísimas reformas, a

<sup>22</sup> Esta ha sido la tendencia consagrada en las 14 reformas constitucionales producidas sobre un total de 18 países de América Latina, según lo analiza especialmente Diego Valadés en sus obras "El Gobierno de Gabinete", editada por Rubinzal Culzoni y la Universidad Autónoma de Méjico, Santa Fe, 2008, con Prólogo de mi autoría y "La parlamentarización de los sistemas presidenciales", editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Colegio Nacional de México, Méjico, 2007. En dichos libros, el distinguido constitucionalista mejicano reabre con agudeza el debate que habían producido politólogos como Linz, Valenzuela, Sartori y Nohlen en torno al presidencialismo y parlamentarismo en América Latina, inclinándose por la renovación del primero, mediante la incorporación de instituciones del segundo, a los fines de morigerar la concentración del poder presidencial y racionalizar su ejercicio. Que es lo que estableció en el constitucionalismo latinoamericano, incluido nuestro país, más allá de los problemas observados posteriormente en las prácticas institucionales, que muestran la distancia entre la norma y la realidad.

<sup>23</sup> La Titular del Poder Ejecutivo y unos pocos colaboradores, entre los que se cuenta su marido, el anterior Presidente, que preside el Partido oficialista.

<sup>24</sup> Delegados o de necesidad y urgencia. Y a veces, ni siquiera ello, como ocurriera con la Resolución 125 sobre las retenciones agrarias, que originara un gran conflicto político y que finalmente fuera rechazada por el voto del Senado de la Nación al intentarse su convalidación mediante un proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo. No obstante ello, el Poder Ejecutivo, mediante el Decreto 1076 del año 2008, ha seguido reivindicando su atribución de fijar las retenciones, en base

a lo legislado inconstitucionalmente en los arts. 755 y concordantes del Código Aduanero, que fuera dictado por un gobierno de facto y que estableciera una delegación de facultades tributarias en el Presidente.

<sup>25</sup> Una excepción de ello fue el rechazo del proyecto de Ley del Poder Ejecutivo que pretendía la convalidación de la Resolución 125 sobre retenciones, -como notoria expresión de hiperpresidencialismo pues se trataba de materia tributaria-, producido en el Senado de la Nación en julio del año pasado 2008. Véase nuestro artículo "Las retenciones, el hiperpresidencialismo y las violaciones constitucionales", Debates de Actualidad, N° 200, mayo-diciembre 2008, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, pág. 40 y sgts..

<sup>26</sup> Piénsese en tal sentido, que no ha existido un adecuado control de constitucionalidad en materia de emergencia económica, dado que en varios casos y en especial en "Bustos" y "Massa" se convalidó la misma en relación al corralito. (Véase nuestro artículo "El regreso a la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica", Debates de Actualidad, N° 198 enero-diciembre de 2007, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, págs. 25 y sgts). Tampoco la Corte Suprema ha intervenido en relación a las retenciones agrarias, la estatización de las AFJP, la reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia por la Ley N° 26.122 o la nueva ley del Consejo de la Magistratura N° 26.080, pese a las gravísimas objeciones realizadas a dichas cuestiones. Por otra parte, no dejan de sorprender las continuas declaraciones que efectúan algunos Ministros de la Corte Suprema, como últimamente el Dr. Fayt, quien sostuvo que no había tiempo para que llegue al alto Tribunal la impugnación de algunas candidaturas para

las elecciones legislativas del 28 de junio de 2009.

<sup>27</sup> Según editorial del 11 de septiembre de 2007 del diario "La Nación" de Buenos Aires, el Presidente Kirchner suscribió durante su mandato 249 Decretos de Necesidad y Urgencia frente al envío de sólo 174 proyectos de ley remitidos al Congreso. *Asimismo, con acertado criterio constitucional se sostenía en dicho documento en relación a la Ley 26.122: "Es que la ley que reguló el trámite y los alcances de la intervención del Congreso frente al dictado de DNU - sólo sancionada 12 años después de aprobada la reforma constitucional- no estableció término alguno para que las cámaras se expidieran al respecto ni, menos aún, la caducidad de los DNU no ratificados dentro de un plazo determinado. Peor aún, establece esa ley que para rechazar uno de estos decretos se deben expedir en el mismo sentido ambas cámaras, de manera que si una cámara lo rechaza y la otra lo aprueba, el decreto seguirá vigente. Esto determina que, aun con mayoría en una sola de las cámaras, el Poder Ejecutivo puede en la práctica emitir disposiciones de carácter legislativo sin limitación alguna.*

*Por esta vía se llegó a una deformación del sistema republicano por la cual en la Argentina actual es más fácil conseguir la aprobación parlamentaria de un decreto que obtenerla para un proyecto de ley. De ese modo, en vez de desalentarse, se estimula la emisión de esta clase de normas de carácter muy excepcional".*

Además de dicha reglamentación alejada del espíritu de la Constitución, insistimos en que al número de decretos de necesidad y urgencia hay que sumar otra enorme cantidad de decretos delegados -en razón de la ley de emergencia económica citada- lo que confirma nuestra afirmación acerca

del gobierno por decreto en nuestro país, como muestra inexcusable de la decadencia de nuestro estado de derecho.

<sup>28</sup> Véase nuestro libro "Las emergencias y el orden constitucional", en sus dos ediciones ya citadas, donde estudiamos detenidamente cómo se fue produciendo en nuestra historia institucional dicha decadencia del estado de derecho, que afectara el sistema republicano y la vigencia de los derechos individuales, mediante la utilización de emergencias permanentes. En particular, ello significó el avance del Ejecutivo junto a una declinación del Congreso, sin los suficientes controles de constitucionalidad por parte del Poder Judicial. Quien más estudió el fenómeno de la "anomia" fue Carlos S. Nino en su libro "Un país al margen de la ley", Emecé, Buenos Aires, 2ª. Ed., 1992. Este autor calificaba a la anomia como "boba" (por los daños que producía) y "antidemocrática" (porque se desconocía la ley que es fruto en principio de una deliberación y sanción de carácter democráticos). Por nuestra parte cuando ejercimos la Presidencia de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional realizamos un trabajo interdisciplinario sobre cultura de la constitución y la legalidad, que se tituló "Encuesta de cultura constitucional. Argentina, una sociedad anómica", de Hernández, Zovatto y Mora y Araujo, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Méjico, 2005, y que es parte de un proyecto regional latinoamericano, pues ya se han producido encuestas similares en Méjico y Bolivia. Allí se explica nuestro subdesarrollo cultural, político y democrático en relación a esta cuestión, sintetizada en el propio título del libro.

las cuales intenté añadir mayores competencias al Senado para otorgar acuerdos para las designaciones del Presidente, no han tenido tampoco la vigencia que nuestro sistema político requiere, de conformidad a los principios republicanos. Nos afecta especialmente señalar la declinación del Congreso en el ejercicio de su trascendente rol tanto de legislación como de control, tal como lo ejemplificamos con los aspectos mencionados en la anterior idea.

Respecto a la idea fuerza de **garantizar la independencia del Poder Judicial**, fue también implementada para nosotros acertadamente mediante estas instituciones:

1) Creación del Consejo de la Magistratura.

2) Creación del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados

3) Creación del Ministerio Público

Estas tres instituciones están funcionando, pero es evidente que de manera progresiva se ha ido afectando la independencia del Poder Judicial, y por tanto, violado la Constitución. Ello se debe a lo acontecido con las dos primeras instituciones, que en un primer momento fueron reglamentadas a través de las Leyes N° 24.937 y 24.939, para posteriormente ser modificadas por la Ley N° 26.080. Sobre esta última, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, dictaminó lo siguiente en sus Conclusiones:

“Que la nueva ley 26.080 recientemente sancionada por el Congreso de la Nación, no se adecua a los arts. 114 y 115 de la Constitución Nacional, que establecen que el equilibrio entre los sectores en el Consejo de la Magistratura y en el Jurado de Enjuiciamiento, es el principio fundamental para la integración de ambas instituciones. Que la inconstitucionalidad de la nueva ley resulta evidente puesto que se ha otorgado a la representación de los órganos políticos la mayoría de los cargos tanto en el Consejo como en el Jurado de Enjuiciamiento. Que esta ley inconstitucional significa no sólo una

grave lesión al principio de la independencia del Poder Judicial, que es esencial para el funcionamiento de nuestro sistema republicano y del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, sino además una violación a los principios que surgen de la Constitución Nacional...”<sup>29</sup>.

En relación al **fortalecimiento del federalismo y las autonomías municipales**, afirmamos nuestro especial acuerdo con las decisiones del Poder Constituyente que tuvimos el honor de integrar. En tal sentido, señalamos sintéticamente estas modificaciones<sup>30</sup>:

-En los aspectos **Institucionales y políticos**:

1. Los cuatro órdenes de gobierno de la federación argentina, o sea el Gobierno Federal, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios autónomos.

2. La distribución de competencias, cuyo principio general se ha mantenido pero con mayores competencias reconocidas a las Provincias.

3. El Senado y su rol federal, con el objetivo de acentuar el rol federal del mismo mediante la elección directa de sus miembros, la incorporación del tercer Senador y la asignación de mayores competencias.

4. La intervención federal, cuya declaración corresponde esencialmente al Congreso, modificando la práctica anterior que mostró al Presidente actuando por Decreto en las 2/3 partes de los casos observados.

5. Los partidos políticos y el federalismo, porque consideramos que los mismos deben dar cumplimiento al ideario y prácticas federales en su funcionamiento.

-En los Aspectos **Financieros**:

6. La Coparticipación Impositiva, con el objetivo de sancionar una ley convenio como instrumento del federalismo de concertación, para solucionar los graves problemas de nuestro federalismo fiscal.

7. El organismo fiscal federal como institución fundamental para asegurar el buen funcionamiento de las relaciones fiscales interjurisdiccionales y del sistema anteriormente mencionado.

8. Pautas federales del presupuesto nacional, para la inversión con criterio “federal” de los fondos públicos por parte del Gobierno Federal.

-En los Aspectos **Económicos y Sociales**:

9. El Banco Federal, para modificar el actual Banco Central, más propio de estados unitarios.

10. Las regiones para el desarrollo económico y social, como nueva alternativa para fortalecer nuestro federalismo y revertir el inadecuado ordenamiento territorial que se observa.

11. Las provincias y los convenios internacionales, como una de las bases esenciales para modernizar nuestro derecho público en el marco de un regionalismo abierto y un mundo globalizado.

12. Las provincias y el dominio originario de los recursos naturales, como otra de las más trascendentes decisiones de la Convención en reconocimiento de las autonomías provinciales.

13. Organismos de seguridad social y otras facultades concurrentes, ratificando los principios de división de competencias y de las autonomías locales.

14. Principios federales en educación, ciencia y cultura, con criterios y objetivos similares a los del punto anterior.

Asimismo se ha consagrado el principio de la **autonomía municipal en sus diversos aspectos institucional, político, administrativo, económico y financiero, como una obligación que las Provincias deben asegurar**.

Pensamos que el más somero análisis comparativo con otras federaciones existentes en el mundo, nos exhibe con un muy adecuado diseño de federalismo con apreciable descentralización del poder y reconocimiento de las autonomías locales.

Pero también aquí se observa una notoria distancia entre la norma y la realidad, pues existe un evidente incumplimiento del proyecto federal de la Constitución que se advierte con un simple repaso de los puntos no

respetados. Hemos analizado esta cuestión en un artículo titulado “El federalismo a diez años de la reforma constitucional de 1994”, al que remitimos en razón de brevedad<sup>31</sup>, donde hacemos referencia a los problemas de desigualdad, injusticia, inequidad y desintegración, ocasionados entre otras causas, por la extrema centralización del país.

En cuanto al reconocimiento de la autonomía municipal, podemos decir con orgullo que Argentina luego de la reforma, se encuentra en la posición más avanzada en el derecho comparado mundial. Pero también aquí debemos distinguir la norma de la realidad, pues a pesar de los notorios avances producidos, todavía es permanente la lucha que debe librarse por el cumplimiento efectivo del principio y su respeto por parte de los otros órdenes gubernamentales. Piénsese solamente en las 3 Provincias que todavía no han adecuado sus respectivas Constituciones a la Federal en este aspecto o el ominoso caso de la Municipalidad de San Luis, avasallada por el Gobierno Provincial y finalmente resuelto por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Ponce Carlos Alberto”<sup>32</sup>.

Respecto al **otorgamiento de un nuevo status a la Ciudad de Buenos Aires**, estimamos que éste fue otro de los grandes aciertos del constituyente, para afirmar la descentralización del poder y reconocer una autonomía institucional especial a la ciudad, que en nuestro concepto es la de una ciudad-Estado como las de Berlín, Bremen y Hamburgo en el federalismo alemán.

Así como el diseño constitucional fue correcto, en la reglamentación efectuada por el Congreso a través de las leyes 24.588 y 24.620, no se respetó la normativa suprema del art. 129 y es necesario efectuar las modificaciones necesarias para el cumplimiento estricto de ésta, que supone entre otras cuestiones que la Ciudad Autónoma debe tener su propia Justicia –en todos los fueros– y su propia Policía y Registros Públicos.

Sobre el **reconocimiento de**

<sup>29</sup> Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, aprobado en la Sesión Ordinaria del 14 de marzo de 2006 y que lleva la firma del Presidente de la Academia, Dr. Olsen Ghirardi y del Secretario Dr. Ernesto Rey Caro.

<sup>30</sup> Para un análisis exhaustivo de las reformas en cuanto a la descentralización del poder y en particular el federalismo y

la consagración de la autonomía municipal, véase nuestra obra citada “Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994”.

<sup>31</sup> En el libro “A una década de la reforma constitucional” 1994-2004, con la coordinación de Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez, Ediar, Buenos Aires, 2004., págs. 263/297. Véase también

nuestro artículo “Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino”, en el libro “Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino”, Antonio María Hernández, Director, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008, págs. 11 y sgts..

<sup>32</sup> Que hemos comentado en nuestro artículo titulado “La Corte Suprema como

garante de la autonomía municipal”, publicado en la Revista “Debates de Actualidad”, N° 195, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, págs. 146 y sgts., donde destacamos especialmente la trascendencia de este fallo, en la valiosa línea de otros antecedentes como “Rivademar”.

**nuevos derechos y garantías constitucionales y el otorgamiento de jerarquía suprema a algunos tratados internacionales de derechos humanos**, creemos que también aquí existe amplio consenso en cuanto al diseño constitucional elegido por la Convención Constituyente.

Aquí la finalidad fue profundizar la filosofía humanista y personalista de la Constitución que hace de los derechos humanos su más importante objeto. Y la reforma ha aumentado notablemente el reconocimiento de derechos y garantías, que ahora tienen su fuente interna, tanto en la parte dogmática como orgánica de la Ley Suprema y su fuente externa, mediante el otorgamiento de rango constitucional a 11 instrumentos internacionales de derechos humanos en el art. 75 inc. 22 y la posibilidad de que otros tratados alcancen igual jerarquía, como nueva atribución del Congreso de la Nación, como ya ocurrió en dos casos. No nos podemos detener en el análisis de estas cuestiones, a las cuales prestara tanta atención el recordado maestro Germán Bidart Campos.

También aquí se observa el notable avance obtenido en la materia a la luz del derecho comparado, así como las muy graves dificultades observadas para la efectiva vigencia de los derechos humanos en nuestro país, como consecuencia de la violación permanente de la ley y el uso inconstitucional de los institutos de emergencia. Ejemplo paradigmático de esta lamentable realidad fue el “corralito” -entre otros efectos derivados de la “emergencia económica que todavía padecemos- y la violación de los derechos económicos y sociales, como lo indican los altísimos índices de pobreza, marginación y exclusión social que actualmente padecemos. También deben incluirse las violaciones constitucionales producidas a los derechos humanos de distintos sectores con motivo de las retenciones agrarias o la estatización de los fondos de las AFJP<sup>34</sup> y al sistema republicano, a través de las candidaturas llamadas “testimoniales”, del Gobernador de la Provincia de Buenos Aires e Intendentes de dicha Provincia.

Finalmente, en relación a la séptima idea fuerza, el **afianzamiento de los procesos de integración tanto nacional como supranacionales**, igualmente consideramos que fue acertada la reforma producida.

Se consagró no sólo la posibilidad de la creación de regiones por parte de las provincias (art. 124) sino también de la celebración de tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales por parte del Gobierno Federal (art. 75 inc. 24). Esta ha sido la manera adecuada de avanzar en la integración en sus distintos órdenes, como uno de los caminos sobre los que existen menores disidencias, para enfrentar las complejas y variadas situaciones que presenta el mundo globalizado, competitivo e interdependiente de nuestros días<sup>35</sup>.

## VI. LA MODERNIZACION CONSTITUCIONAL

Para nosotros el primer resultado de esta obra constituyente ha sido la modernización constitucional, lo que se confirma de manera rotunda desde una visión de derecho comparado.

En este sentido, nosotros creemos que en la historia de nuestra disciplina hubo tres grandes períodos consecutivos y superadores: a) el constitucionalismo liberal o clásico, b) el constitucionalismo social y c) el derecho constitucional de la internacionalización de los derechos humanos.

Desde esta perspectiva, nuestro texto originario de 1853 se inscribió en el primer período, mientras que el tránsito hacia el constitucionalismo social se produjo con las reformas constitucionales de 1949 y de 1957, siendo profundizado en la última reforma de 1994. Pero además, **ésta nos introdujo en la última etapa, correspondiente a la internacionalización de los derechos humanos, en un notable avance cualitativo.**

Este tercer período es el resultado de la formidable lucha de las Naciones Unidas por cumplir el más grande objetivo de su Carta, sancionada luego de la Segunda Guerra Mundial, donde se abatiera el fenómeno oprobioso del totalitarismo nazi.

Los sucesivos Tratados de Derechos Humanos fueron introduciendo profundos cambios en nuestra disciplina y en el derecho en general y hoy constituyen una de las realidades del mundo globalizado que vivimos.

En ese marco las Constituciones Nacionales fueron reconociendo una mayor vinculación entre el derecho interno y el internacional público y se fueron admitiendo los procesos de integración, con creación de organismos supranacionales y sistemas jurídicos regionales y mundiales destinados a la protección de los derechos humanos, además de la aparición de un derecho comunitario, con su máxima expresión en la Unión Europea.

Y ahora nuestro país cuenta con las normas jurídicas supremas para avanzar en tan promisorios procesos, encontrándose en una posición de vanguardia dentro de los sistemas constitucionales comparados.

Pero como la reforma tuvo entre sus fuentes a nuestro constitucionalismo provincial, conforme a nuestra forma federal de Estado, no debemos olvidar que en este aspecto fueron precursoras las reformas constitucionales de Neuquén (1957), San Juan (1986) y Córdoba (1987), que en Disposiciones Complementarias hicieron referencia a algunos Tratados de Derechos Humanos.

Esta modernización se advierte además en todos los aspectos vinculados a la organización del poder, o sea a la parte orgánica de la Constitución, y en particular a su descentralización.

Ya hemos destacado lo acontecido en cuanto al federalismo, la autonomía municipal y la ciudad Autónoma de Buenos Aires, que nos coloca igualmente en una situación de particular relevancia desde el punto de vista normativo, con una lectura comparatista.

Y en cuanto a los otros cambios introducidos en el Gobierno Federal, también se aprecia la modernización, con influencias que han provenido tanto del constitucionalismo comparado como desde nuestro constitucionalismo provincial, que también se anticipó en la introducción de nuevas instituciones.

En síntesis, la reforma efectuada-

con sus aciertos y errores ya que no hay obra humana perfecta y hacen falta dioses y no hombres para hacer las leyes (Rousseau)- produjo una modernización del texto constitucional, tanto en su parte dogmática como orgánica, sentando las bases para un desarrollo progresivo de nuestro derecho rumbo al siglo XXI y al futuro.

## VII EL PERIODO POST-CONSTITUYENTE Y EL INCUMPLIMIENTO DE LA CONSTITUCION NACIONAL

El derecho constitucional opera en los ámbitos de la libertad, el poder y la política. Y esto se aprecia especialmente cuando se trata del poder constituyente y de la política constitucional, que requieren del ejercicio de una política arquitectónica más que de una agonal.

Y con la “tosca materia” -como decían los clásicos- de que está hecha la política -y la nuestra en particular-, -por lo que afirmaba Joaquín V. González-, fue muy difícil alcanzar aquella clase de política basada en grandes consensos.

Los altísimos grados de acuerdos que indicaron las distintas votaciones de los artículos y la final del texto completo de la reforma y su posterior juramento por todos los Convencionales demuestran que en 1994 ella se alcanzó.

Pero en la etapa “post-constituyente”, destinada a la reglamentación y cumplimiento de la reforma, que también exige esa política, nosotros apreciamos que la misma dejó de practicarse.

Y la política agonal a la que volvimos -que esencialmente ha primado en la historia argentina- nos dio como resultado un parcial cumplimiento por el Congreso de su misión, ya que de las aproximadamente 25 leyes reglamentarias se ha sancionado apenas un tercio. Además de ello, somos de los que cuestionan la constitucionalidad de algunas de esas leyes, como las dos dictadas en relación a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Nos. 24.588 y 24.620, por violar el art. 129 de la Ley Suprema; la N° 26.080 en relación al Consejo de la

<sup>33</sup> Para un estudio detenido del tema, véase nuestra obra citada “Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994”, Cap.IV y el artículo “El federalismo a diez años de la reforma constitucional de 1994”

también de nuestra autoría en la obra citada “A una década de la reforma constitucional”.

<sup>34</sup> Con fecha 1 de abril de 2009 se dictó un fallo por parte de la Jueza Federal N° 5 de la Seguridad Social de la Capital Federal,

Dra. Elvira Muleiro, en los autos “Scotti Gisela Beatriz c. Estado Nacional-Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social y otros-Amparo”, donde se declaró la inconstitucionalidad del art. 7 de la Ley N° 26.425, además de los decretos

respectivos, ordenándose la devolución de los aportes a la actora.

<sup>35</sup> Véase nuestro libro “Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios”, Depalma, Buenos Aires, 2000.

Magistratura, por no respetar el equilibrio en su composición establecido en el art. 114 y la N° 26.122 en relación a los Decretos de Necesidad y Urgencia, por desconocimiento del art. 99 inc. 3 en su letra y espíritu.

Apréciase además la defección de nuestros Poderes Ejecutivos y Legislativos Federales que no han dictado la Ley Convenio de Coparticipación Impositiva, pese a que el plazo fijado fuera el 31 de diciembre de 1996.

A lo que se suma la falta de sanción de otras leyes como la modificatoria de la Auditoría General de la Nación, del amparo, las del crecimiento armónico de la Nación y que tiendan a superar el desigual desarrollo relativo de Provincias y Regiones, las acciones positivas, las que regulen la posesión y propiedad comunitarias de los indígenas y las derogatorias de legislación anticonstitucional y centralista que todavía está vigente.

Esta crítica no sólo alcanza al Congreso, ya que otros operadores de la Constitución, como la Corte Suprema de Justicia, tampoco han respetado adecuadamente la reforma y por tanto los principios de la teoría constitucional como en el caso "Fayt" (1999)<sup>36</sup>, que declarara la nulidad del artículo 99 inc. 4 y la Disposición Transitoria Undécima.

Pero además no se trata solamente del Gobierno Federal, pues es bien conocida la violación flagrante de la Ley Suprema en que están incurriendo tres Provincias (Buenos Aires, Mendoza y Santa Fe), que no han producido sus respectivas reformas constitucionales para dar cumplimiento al art. 123 sobre la autonomía municipal.

Pero sería un error pensar que sólo se incumple la Reforma de 1994. Mas allá de que la reforma es la Constitución en sí misma, en nuestro país lo que se viola permanentemente es la Ley en general, empezando por

la Constitución, que es la Ley Suprema, Y ello ocurre con casi toda la Constitución, pues no podemos llegar a otra conclusión luego de una somera observación de la vigencia efectiva de los derechos humanos y el funcionamiento de nuestro sistema republicano y federal. Es decir que las violaciones empiezan desde el Preámbulo y el art. 1.

Hace tiempo que venimos insistiendo en esta trascendente cuestión y al respecto hemos desarrollado en una de nuestras obras<sup>37</sup>, la tesis de que las emergencias han sido el argumento utilizado permanentemente para incumplir la Constitución, afectar el sistema republicano y lesionar los derechos humanos a lo largo de nuestra historia.

Asimismo hemos publicado una Encuesta sobre Cultura de la Constitución, que encargáramos desde la Asociación Argentina de

Derecho Constitucional e Idea Internacional a Manuel Mora y Araujo, que demuestra desde los ámbitos científicos de la sociología, con el posterior análisis interdisciplinario desde lo político y lo jurídico, la magnitud y profundidad del desconocimiento de la Ley Suprema en nuestra sociedad.<sup>38</sup>

Ello nos impele a continuar abogando por la necesidad de volver a la educación popular y democrática como el mejor camino para superar el subdesarrollo jurídico y político que padecemos.

Insistimos en que debemos poner el énfasis en el cumplimiento de la ley y de la Constitución en especial, para desarrollar nuestro proyecto nacional, que está allí claramente contemplado.

Finalmente, ya es tiempo de ejecutar con fidelidad los mandatos de la reforma constitucional de 1994 en su décimo quinto aniversario, y de la Ley Suprema en general.

<sup>36</sup> Véase nuestro libro "El caso Fayt y sus implicancias constitucionales", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2001.

<sup>37</sup> Antonio María Hernández, "Las emergencias y el orden constitucional", 1ª. ed., Rubnzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002 y 2ª.ed. ampliada, Universidad

Nacional Autónoma de Méjico y Rubnzal-Culzoni Editores, Méjico, 2003.

<sup>38</sup> Véase Antonio María Hernández, Daniel Zovatto y Manuel Mora y Araujo,

"Encuesta de cultura constitucional: Argentina, una sociedad anómica", editado por la Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Méjico, 2005.



## RELACIONES ENTRE LA FUNCIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS, SU FINANCIAMIENTO Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

POR ALDO LUIS DE CUNTO

PROFESOR ADJUNTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL EN LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNPSJB, PROFESOR ADJUNTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO EN LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNPSJB, JUEZ DE LA SALA "B" DE LA CÁMARA DE APELACIONES DE TRELEW, COORDINADOR DE LA MAESTRÍA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS (U.N.P.S.J.B.)

### 1) Introducción

La lectura del Anteproyecto de Ley de Partidos Políticos para el ámbito provincial elaborado por el Dr. Juan Loup Gerber y Elena Regojo, publicado en el número de junio de este año de El Reporte, me motivó a

desempolvar algunas ideas críticas referentes a la distribución de los fondos y espacios de publicidad por parte del Estado a favor de los partidos políticos, y que publicara en alguna ocasión<sup>1</sup>. Para ello me basé en el análisis de la Ley 23298 y la posteriormente sancionada Ley

26215 que modifica en los aspectos que aquí interesan a la anterior. Ambas leyes se basan en el principio de la "representatividad" para guiar la distribución aludida, si bien en la última de las normas mencionadas se ha introducido una leve atenuación de dicho principio. Entiendo que el punto

decisivo para analizar la corrección o "justicia" de la distribución implementada radica en considerar la relación que existe entre las funciones de los partidos políticos, que como veremos están íntimamente ligadas a ciertos derechos constitucionales, tanto de los ciudadanos como de los

mismos partidos políticos, y la distribución de los mentados fondos y espacios publicitarios. La idea a desarrollar es que el criterio de "representatividad" no resulta adecuado para guiar esa distribución, ya que, en muchos aspectos, distorsiona tales funciones y derechos constitucionales. Dado que el anteproyecto reitera parcialmente el esquema de la legislación nacional, encuentro interesante volver a repasar estas cuestiones con la intención de postular el debate y no, desde ya, para demérito del ante proyecto citado, cuyo texto en general resulta por demás positivo.

## 2) El criterio de "representatividad" en las leyes 23298 y 26215

El art. 46 de la ley 23298 en la parte que aquí nos interesa establece: "Créase el Fondo Partidario Permanente con la finalidad de proveer a los partidos reconocidos de los medios económicos que contribuyan a facilitarles el cumplimiento de sus funciones institucionales...Al tiempo de iniciarse una campaña para elecciones nacionales, los partidos reconocidos percibirán cincuenta centavos de austral, por cada voto obtenido en la última elección. Del monto que corresponda, se distribuirá directamente el ochenta por ciento (80%) a los organismos partidarios de distrito y el veinte por ciento (20%) restante a los nacionales...". Es decir que en el caso concreto de tener que solventar los gastos de campaña, se toma en cuenta el número de votos obtenidos en la última elección, lo cual refleja el grado de "representatividad" del partido respecto del conjunto de la sociedad con mayor cercanía en el tiempo. En el primer párrafo de la norma queda explicitado el objetivo de la creación del referido fondo, esto es facilitar que los partidos políticos puedan cumplir con sus funciones institucionales, funciones que indagaré en el próximo punto.

La ley 26215 ha efectuado una tenue modificación a este criterio de distribución. Citaré las normas que encuentro conducentes a los fines de este trabajo. El art. 5 dispone: "Financiamiento público. El Estado nacional contribuirá al normal funcionamiento de los partidos políticos reconocidos en las condiciones establecidas en esta ley.

Con tales aportes los partidos políticos podrán realizar las siguientes actividades: a) desenvolvimiento institucional, b) capacitación y formación política, c) campañas electorales generales. Se entiende por desenvolvimiento institucional todas las actividades políticas, institucionales y administrativas derivadas del cumplimiento de la ley 23298, la presente ley y la Carta Orgánica Partidaria, así como la actualización, sistematización y divulgación doctrinaria a nivel nacional o internacional". Esta norma ratifica, como no podía ser de otra manera, que el financiamiento público de los partidos políticos tiene como finalidad el normal desenvolvimiento de sus funciones, dentro del marco legal y agregaría yo, antes que nada, constitucional, por lo que nuevamente son estas funciones las que deben orientar la distribución de los fondos públicos. Por su parte el art. 9 reza: "Asignación Fondo Partidario Permanente. Los recursos disponibles para el aporte anual para el desenvolvimiento institucional se distribuirán de la siguiente manera: a) veinte por ciento (20%), en forma igualitaria entre todos los partidos reconocidos, b) ochenta por ciento (80%), en forma proporcional a la cantidad de votos que el partido hubiera obtenido en la última elección de diputados nacionales. Sólo participarán en esta distribución los partidos que acrediten haber obtenido al menos un número de sufragios equivalente al uno por ciento (1%) del padrón electoral". En cuanto a lo específicamente reglado para los fondos de campaña el art. 36 establece: "Distribución aportes. Los fondos correspondientes al aporte por la campaña electoral, se distribuirán, entre los partidos y alianzas que hayan oficializado listas de candidatos para la elección de cargos públicos electivos nacionales, de la siguiente manera: a) treinta por ciento (30%) del monto asignado por el Presupuesto en forma igualitaria entre las listas presentadas, b) setenta por ciento (70%) del monto asignado por el Presupuesto en forma proporcional a la cantidad de votos que el partido hubiera obtenido en la última elección de diputados nacionales. Sólo participarán en esta distribución los partidos que acrediten haber obtenido al menos un número de sufragios equivalente al uno por ciento (1%) del padrón electoral en

la última elección de diputados nacionales, entendiéndose como tal el del distrito electoral correspondiente". Finalmente en lo referente a la distribución de los espacios de difusión el art. 43 dispone: "Espacios en los medios de comunicación. El Estado otorgará a los partidos o alianzas que oficialicen candidaturas, espacios en los medios de radiodifusión, para la transmisión de sus mensajes de campaña. En los años en que se realicen elecciones para presidente, vicepresidente y legisladores nacionales en forma simultánea, la cantidad total de los espacios a distribuir no podrá ser inferior a seiscientos (600) horas para los espacios de radiodifusión televisiva y ochocientos (800) horas para los espacios de radiodifusión sonora. En los años en que solamente se realicen elecciones de legisladores nacionales, la cantidad total de los espacios a distribuir no podrá ser inferior a quinientas (500) horas para los espacios de radiodifusión televisiva y seiscientos (600) horas para los espacios de radiodifusión sonora. La cantidad y duración de los espacios será distribuida de la siguiente forma: a) cincuenta por ciento (50%) por igual entre todos los partidos o alianzas que oficialicen candidaturas, b) cincuenta por ciento (50%) restante entre los partidos o alianzas que oficialicen candidaturas, en forma proporcional a la cantidad de votos que el partido o alianza hubiera obtenido en la última elección de diputados nacionales y que acrediten haber obtenido al menos un número de sufragios equivalente al uno por ciento (1%) del padrón electoral".

El Anteproyecto provincial contiene al respecto varias normas, de las cuales encuentro pertinente destacar tres. Una es el art. 62 que dispone: "La Ley de Presupuesto de la Provincia destinará los recursos necesarios a tal efecto bajo el rubro "Fondo Partidario Permanente". El Poder Ejecutivo distribuirá dichos fondos entre todos los partidos en forma proporcional al número de votos válidos obtenidos por cada agrupación en la última elección celebrada en su respectivo ámbito de actuación. Podrá asimismo anticipar fondos a los partidos en formación de conformidad con lo que determine la reglamentación. La segunda es el art. 63 que estipula: "Si un partido político no obtuviese el tres por ciento (3%)

de los votos válidamente emitidos en la última elección general provincial, municipal o comunal, no tendrá derecho a acceder a los beneficios otorgados por el Fondo Partidario Permanente". La restante es el art. 70, cuyo texto reza: "El Estado Provincial garantizará la libertad de propaganda y proselitismo partidario y deberá para ello asegurar el acceso a los medios públicos de difusión en la forma que necesariamente deberá reglamentar".

Como se puede apreciar, el Anteproyecto mantiene en cuanto a la distribución de los fondos públicos el criterio de representatividad dado que establece una proporcionalidad entre los votos obtenidos y dichos fondos. No se determina ninguna pauta de distribución en cuanto a los espacios de publicidad, limitándose a garantizar la libertad de propaganda y el acceso a los medios públicos de difusión. En cambio el criterio de representatividad se ve atenuado en la ley 26215 con relación a la ley 23298, ya que los fondos y los espacios de difusión no se reparten totalmente en función a la cantidad de votos obtenidos, sino que en el caso de aportes anuales ordinarios un porcentaje minoritario (20%) se distribuye en forma igualitaria, en el supuesto de los aportes para las campañas electorales el porcentaje a repartir igualitariamente crece al 30% y en el caso de los espacios de difusión deja de ser minoritaria para trepar al 50%. ¿Está justificada esta distribución igualitaria, aunque sea minoritaria?. Y si se responde afirmativamente, es pertinente preguntarse, ¿es suficiente ese porcentaje de distribución igualitaria?. Para dar una respuesta, es necesario examinar las funciones de los partidos políticos.

## 3) El Estado, los grupos parciales y los partidos políticos

Creo necesario, antes de tratar las funciones de los partidos políticos, realizar una breve semblanza de la "naturaleza" de los partidos políticos y de su ubicación respecto del Estado. Para el objetivo de este trabajo, encuentro suficiente -sin mayores pretensiones de indagación filosófica- adherir a un enfoque clásico de la realidad política, para afirmar que existe actividad política cuando dicha actividad procura la construcción, consolidación y

<sup>1</sup> Es de destacar que una anterior aproximación al tema fue hecha por mí en De Cunto, Aldo: "Acerca de la relación entre las funciones de los partidos políticos y la distribución de los fondos estatales a los mismos", en Revista Jurídica de la UCES, N° 1, primavera-verano de 1999.-

conservación del agregado humano de que se trate y hace de esa manera que la convivencia humana se haga persistente<sup>2</sup>. Esto importa que el Estado sea el grupo humano global que contiene a los demás grupos menores y posibilita la existencia y convivencia, tanto de las personas individuales como de tales grupos; por eso la realidad política es realidad social global, en el sentido que se refiere al ser humano como tal, como “ser humano global”, y no como un “ser humano sectorial”, miembro de un grupo parcial -como progenitor, trabajador, estudiante, empresario, profesional-<sup>3</sup>. Esta concepción implica reconocer un dato de la realidad: que las personas no son sólo miembros del Estado en calidad de ciudadanos, sino que a la vez son miembros de sociedades menores, como la familia, las asociaciones profesionales, culturales, los grupos socioeconómicos<sup>4</sup>.

En una opinión discutible, se puede considerar como sociedad menor a grupos locales que actúan en un área o espacio específico, quedando comprendidos así los municipios, las provincias, las regiones, los que “abrazan” necesidades “plurisectoriales” y no “monosectoriales”, dando así respuestas a necesidades económicas, sociales, culturales<sup>5</sup>. Esto conduce a entender a estos “grupos locales” como muy similares al estado, ya que cuentan con poder político para tomar decisiones que satisfagan a las necesidades antedichas; de allí que más que grupos parciales los entendamos como entidades de descentralización política, lo que en nuestro ordenamiento se plasma -principalmente- en los artículos 5 y 123 la Constitución Nacional. Dada la plurisectorialidad de las necesidades comprendidas en el fin de estos entes autónomos, resulta lógico y razonable que el presupuesto de los mismos esté íntimamente ligado a dichas necesidades, siendo una pauta importante a tener en cuenta la cantidad de población que habita en el territorio de cada provincia o municipio. Desde ya que no debe ser la única pauta a considerar, ya que la escasez de recursos o por el contrario

la generación de recursos propios, también es otro criterio relevante a los fines de distribuir fondos, como bien lo refleja el art. 75, inc. 19, 2do. párrafo de la Constitución.

También de manera discutible se puede incluir como grupo parcial o intermedio a los partidos políticos. Pero aún en esa opinión, los mismos se acercarían al máximo al Estado porque su actividad se refiere al bien común político, del Estado como comunidad global, si bien su carácter parcial resulta del hecho de que nacen de distintos intereses, ideologías y concepciones en cuanto a cómo “realizar” ese bien común<sup>6</sup>. Lo que encuentro claro es que los partidos políticos no dirigen su actividad hacia un fin monosectorial como un sindicato o una asociación económica, sino que su objetivo es desarrollar un proyecto general de política global a implementar desde el ejercicio del poder estatal<sup>7</sup>. Justamente este objetivo de los partidos políticos es la razón que invalida los sistemas que organizan la representación política de la ciudadanía con un criterio corporativo, es decir a través de grupos de interés que tienen un objetivo parcial, sectorial. Y también por dicho objetivo, la pluralidad de partidos supone la división de una sociedad en ideologías o visiones diferentes sobre cómo lograr el “bien común político”. Por tal motivo ningún partido político puede arrogarse la representación de toda la sociedad, lo que implicaría asumir el propio punto de vista parcial como una visión totalizadora acerca del bien común. Como explica Sartori, la palabra “partido” comunica la idea de parte y la única manera de que nos podamos interesar por las partes es concibiendo a la comunidad política como un todo pluralista y no monolítico<sup>8</sup>.

#### 4) Las funciones de los partidos políticos en el sistema democrático

Dado que los partidos políticos intentan satisfacer desde el gobierno el interés global de la sociedad desde una perspectiva particular, la

organización de la participación política en un sistema democrático debe basarse en la existencia de los mismos, ya que la misma se desnaturalizaría si se adoptara un molde “corporativo” por cuanto los grupos de interés no son idóneos para representar a la población en la toma de decisiones que hagan a un proyecto general de política global. Además, en la participación política lo que interesa es la opinión de la gente respecto a un proyecto de política global, la opinión de los seres humanos en cuanto “seres humanos” o si se quiere “ciudadanos”, no en cuanto estudiantes, trabajadores o empresarios. En pos de su finalidad, los partidos políticos de un sistema democrático tienen determinadas funciones indicadas por la teoría política. A modo ejemplificativo, López clasifica estas funciones en electorales y gubernamentales en cuanto atienden a la actividad de los gobernados o de los gobernantes; y siguiendo el modelo de Neumann las enumera: encauzar la caótica voluntad popular, educar a la ciudadanía para encarar su responsabilidad política, servir de eslabón entre la opinión pública y el gobierno, y seleccionar a la élite gobernante que debe conducir los destinos del país<sup>9</sup>. En las dos primeras predomina el carácter electoral y en las dos últimas el gubernamental. Loewenstein resalta, a su vez, la función de los partidos de designar a los “detentadores del poder constitucional en el parlamento y en el gobierno”<sup>10</sup>; y Sartori, de manera similar, sostiene que los partidos son un instrumento para representar al pueblo al expresar sus exigencias, les asigna una función “expresiva” y “canalizadora” de la opinión de la gente<sup>11</sup>.

Se puede apreciar que los partidos políticos tienen una función de “expresión y vehículo” de las opiniones de la población, función que se “desempeña” cada vez que se consulta a la gente por el sufragio electivo o por las formas semidirectas de los arts. 39 y 40 de la Constitución. Y como consecuencia de la consulta a la gente aflora la función de “representación”, en el sentido de asignar a cada partido dicha

representación en función del número de votos obtenido. De lo que puede derivarse que la función de representación es consecuencia de la de expresión, lo que nos conduce a considerar que cuánto más fidedigna sea la expresión, más auténtica será la representación. Ahora bien, ¿cómo lograr una expresión fidedigna? Una opinión es un acto intelectual, en el cual se dan, entremezclados, elementos racionales y emocionales. En un sistema democrático la participación popular en las decisiones del gobierno está íntimamente ligada a la autonomía de la persona, a la capacidad de autodeterminación, de libre elección en las valoraciones<sup>12</sup>. Al respecto se ha caracterizado a la democracia como el “gobierno mediante la discusión”<sup>13</sup>, lo que resalta el carácter racional de la democracia. Y ello requiere de elecciones libres, ya que la votación sin una elección libre no puede traducirse en un gobierno representativo<sup>14</sup>, lo que a su vez depende de la limpieza y libertad en el proceso de expresión de las opiniones. Sartori explica que para que exista una opinión pública autónoma es necesario, entre otros requisitos, la existencia de una información plural y diversa, ya que la multiplicidad de persuasores refleja una pluralidad de públicos, lo que se traduce en una sociedad pluralista<sup>15</sup>. Entendemos que esa idea de multiplicidad de persuasores debe reflejarse en la competencia electoral en la posibilidad de participación de los partidos con la mayor igualdad de oportunidades posible. Nuevamente, si la democracia es el gobierno mediante la discusión, esa discusión debe darse de la manera más abierta e igualitaria para que la elección sea lo más libre posible, ya que a mayor conocimiento de las opciones a elegir es dable considerar que se corresponde una decisión más razonada y por ende más fiel a las convicciones del elector. Esta idea se halla presente en el art. 38 de la Constitución al garantizar a los partidos políticos el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas.

<sup>2</sup> ver López, Mario Justo: “Introducción a los Estudios Políticos”, Ed. Depalma, v. I, págs. 32/33.-

<sup>3</sup> ver Quintas, Avelino M.: “Episteme e Política”, Giuffrè Editore, págs. 4/5.-

<sup>4</sup> ver Quintas, Avelino M.: “Obbligazione politica e governo legittimo”, Giuffrè Editore, pág. 231.-

<sup>5</sup> ver Quintas, Avelino M.: “Obbligazione politica e governo legittimo”, pág. 236/237.-

<sup>6</sup> ver Quintas, Avelino M.: “Obbligazione politica e governo legittimo”, pág. 237.-

<sup>7</sup> ver López, Mario Justo, op. cit., v. II, pág. 492.-

<sup>8</sup> ver Sartori, Giovanni: “Partidos y sistemas de partidos”, Alianza Universidad, pág. 53.-

<sup>9</sup> ver López, Mario Justo, op. cit., v. II, pág. 498.-

<sup>10</sup> ver Loewenstein, Karl: “Teoría de la Constitución”, Ed. Ariel, pág. 37.-

<sup>11</sup> ver Sartori, op. cit., págs. 55/57.-

<sup>12</sup> ver la noción de autonomía de la persona como fundamento del sistema democrático en Nino, Carlos Santiago: “La constitución

de la democracia deliberativa”, Editorial Gedisa, págs. 75/78.-

<sup>13</sup> ver en Sartori: “Teoría de la democracia”, Alianza Universidad, Tº 1, pág. 13.-

<sup>14</sup> ver en Sartori, op. cit., Tº 1, pág. 54.-

<sup>15</sup> ver en Sartori, op. cit., Tº 1, pág. 134.-

### 5) Relación entre los fines y las funciones de los partidos políticos, la distribución de los fondos a los mismos y los derechos constitucionales

Como se viera anteriormente, la ley 26215 atenúa el principio de la representatividad presente en la ley 23298, al establecer un porcentaje de los fondos y espacios de difusión a distribuir en forma igualitaria entre los partidos políticos. Pero mantiene dicho principio de manera mayoritaria para los fondos y en la mitad para los espacios de difusión. Creemos que el principio de "representatividad" debe ser dejado absolutamente de lado ya que no tiene justificación de acuerdo a los fines y funciones de los partidos políticos en un sistema democrático. En cuanto a los fines se ha razonado acerca de la diferencia entre los partidos políticos - que proponen un proyecto global de gobierno desde una óptica parcial- y las llamadas sociedades intermedias - que atienden a un interés sectorial-, y también con las formas políticas descentralizadas -que tienden a satisfacer los intereses multisectoriales de parte de la población dentro de un determinado territorio-. De esta diferencia se puede inferir que en el caso de los grupos intermedios y las formas políticas descentralizadas, la cantidad de población que reúnen es una pauta "razonable" a considerar -mas no la única- para decidir la distribución de fondos a favor de tales entidades. Tal razonabilidad es consecuencia de sus fines y funciones, en cuanto intentan satisfacer necesidades o intereses de la parte de la población que las integra, por lo que es lógico deducir que a mayor cantidad de personas habrá que satisfacer mayores necesidades. Pero en el caso de los partidos políticos no tienen que satisfacer a través de la gestión partidaria las necesidades de sus votantes, ya que hace a su finalidad que den respuesta, desde la gestión estatal, a las necesidades, no sólo de sus votantes sino de toda la población. Se podría defender el principio de representatividad argumentando que los partidos tienen que atender sus propias necesidades, su propio sustento, solventar sus actividades, sus locales. Esto es cierto, pero tampoco aquí la cantidad de votos recibidos aparece como una pauta equitativa que refleje dichas necesidades. A ello debe

sumarse una circunstancia fáctica, que generalmente los partidos que obtienen mayor cantidad de votos son los que cuentan con mayor número de afiliados, por lo que se puede presumir que tienen mayor capacidad de generación de recursos propios. Es más, el factor de la mayor cantidad de afiliados están contemplado, a nivel nacional, en los arts. 3 y 4 del Decreto 2140/85 reglamentario de la ley 23298, que asigna una cantidad de dinero determinada por afiliado como aporte único al momento de obtenerse el reconocimiento definitivo.

A nuestro juicio, el criterio que debe considerarse en la distribución de fondos públicos y de espacios de difusión para los partidos políticos no es el de representatividad, sino el de "expresividad", consecuencia de la función expresiva o canalizadora de los partidos, ya que ésta condiciona la función representativa de los mismos. Esta función expresiva está íntimamente vinculada al derecho a la libre información y expresión, tanto de los partidos como de los votantes. Nuevamente aquí es de recordar que si la democracia es el gobierno mediante la discusión, lo que supone la previa información y simultánea persuasión, el derecho a la libre información y expresión resulta un elemento a privilegiar a fin de decidir cómo distribuir fondos públicos y creo no equivocarme al decir que con mayor razón al distribuir los espacios de difusión. Como derecho individual la libertad de información y expresión es un derecho que hace directamente a la autonomía de la persona, ya que la maximiza, posibilitando su ejercicio en un contexto de mayor diversidad de datos, voces y opiniones; y como derecho colectivo es un mecanismo de control institucional además de implementar la democracia como deliberación en la toma de decisiones<sup>16</sup>. Esa libertad de información y expresión exige igualdad de participación en el proceso de discusión y persuasión. La experiencia demuestra que en tiempos no electorales son los partidos mayoritarios o con mayor posibilidad de obtener aportes privados quienes tienen más acceso a los medios de difusión. A ello debe sumarse la inveterada práctica de utilizar la publicidad de actos gubernamentales como instrumento de publicidad partidaria por el partido que ocupa el gobierno. Y en épocas

electorales vuelve a reiterarse dicho "copamiento" de los medios por los partidos mayoritarios, se desata una inflación de publicidad gubernamental, y unas pocas semanas antes del sufragio aparecen candidatos cuasidesconocidos de partidos minoritarios - especialmente para elecciones legislativas- quienes en breves espacios de cinco minutos deben exponer "todo un programa de gobierno". A ello se suma que no existe en nuestro país la práctica del debate preelectoral entre los candidatos, por lo cual, lo que debería ser el proceso de discusión y persuasión, se reduce a monólogos o diálogos a la distancia espacial y temporal, de quienes durante el tiempo no electorales han también monologado o dialogado a la distancia espacial y temporal. Es así que se compromete otro derecho constitucional que es el de la igualdad real de oportunidades. Se ha sostenido con razón que la igualdad ante la ley requiere de una visión estructural, para la cual resulta relevante incorporar "datos históricos y sociales que dan cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad"<sup>17</sup>. Es del caso razonar si los partidos minoritarios, que en muchos casos no se trata de partidos minúsculos, sino de quienes ocupan los terceros o cuartos lugares en las elecciones, no están siendo sistemáticamente excluidos de la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad real al proceso de discusión y persuasión que supone la democracia como método deliberativo de la toma de decisiones públicas. Si a lo dicho añadimos que por lógica conveniencia los aportes privados van a fluir en mayor cantidad a los partidos mayoritarios, el criterio legal de "representatividad" en la distribución de los aportes estatales y de los espacios de difusión viene a reforzar esa desigualdad que podríamos ya considerar estructural.

Para ser consecuentes con lo dicho hasta aquí, la solución alternativa al principio de representatividad, debería determinar qué grado de desigualdad de oportunidades genera el aporte privado y la sistemática difusión y publicidad de los partidos mayoritarios, especialmente los del gobierno, para de esa manera "compensar" con aportes públicos y espacios de difusión a los partidos más desaventajados.

Obviamente esto es muy complejo, ya que es muy difícil "cuantificar" esa incidencia. Es por ello que proponemos, como opción mínima, que la distribución de los mismos sea en su cien por ciento (100%) en forma igualitaria, abandonando totalmente el criterio de representatividad. Creemos que la opción propuesta responde más genuinamente a los postulados del art. 38 de la Constitución, se compadece de manera más idónea con los fines y funciones de los partidos políticos en un sistema democrático y brinda mayor realización al ejercicio de los derechos de libre información y expresión e igualdad real de oportunidades. No se nos escapa que esta propuesta debería complementarse con otras como la obligatoriedad de debates preelectorales entre los candidatos para cargos ejecutivos o las cabezas de lista para los legislativos, mas el análisis de las mismas trasciende ya el limitado objeto de este trabajo. Una última consideración es de hacer respecto del piso del 1% del padrón electoral -en la ley nacional- que los partidos políticos deben acreditar haber obtenido en la anterior elección, a fin de acceder a la distribución de fondos y espacios de publicidad, y que en el Anteproyecto provincial se eleva al 3% para acceder a los fondos públicos. Entiendo que si en la elección en curso pueden presentar candidatos no se les debería requerir ese "piso electoral", ya que nuevamente aquí se castiga a los más minoritarios, se los deja participar del proceso de discusión y persuasión pero no en condiciones de igualdad, por lo que respecto de estos partidos la desigualdad es más "estructural", ya que cuentan con muchas menos posibilidades de participación y de ser "vehículo canalizador" de opiniones. En definitiva el mínimo de representatividad está dado por el "piso" de afiliados para la obtención de la personalidad jurídico-política de acuerdo al art. 7, inc. a de la ley 23298 y por las causas de caducidad de dicha personalidad política según lo dispone el art. 50 de la misma ley 23298, que en su inciso c) establece dicha caducidad en caso de no alcanzar en dos (2) elecciones sucesivas el dos por ciento (2%) del padrón electoral en ningún distrito, las cuales encuentran su regulación análoga en el Anteproyecto provincial en los arts. 12 y 55, inc. c).

<sup>16</sup> ver al respecto los trabajos de Abramovich, Víctor y Courtis, Christian: "El acceso a la información como derecho", en "Anuario de Derecho a la Comunicación", Año 1, vol. 1 (2000),

Editorial Siglo XXI, Buenos Aires; y Saba, Roberto: "El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno", en Derecho Comparado de la Información, N° 3, enero-junio, 2004,

UNAM, México, págs. 145/185.-

<sup>17</sup> ver en Saba, Roberto: "(Des)Igualdad Estructural", en "Visiones de la Constitución 1853-2004", UCES 2004, Jorge Amaya (ed.), págs. 479/514; y en

Revista Derecho y Humanidades N° 11, Fac. de Derecho, Univ. De Chile, 2005.-

# PROCESOS COLECTIVOS Y ACCIONES DE CLASES EN EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO. A PROPÓSITO DEL CASO "HALABI"<sup>1</sup>.

POR MARCELA I. BASTERRA

ABOGADA. POSGRADO DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PÚBLICO. MAGISTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS. MIEMBRO TITULAR DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. CO-DIRECTORA ACADÉMICA DEL PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL DE (UBA). MIEMBRO DE LA SOCIEDAD CIENTÍFICA ARGENTINA. DICTAMINADORA EXTERNA EN MATERIA DE DERECHO A LA INFORMACIÓN DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO (UNAM). ES MIEMBRO DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. ES MIEMBRO DEL INSTITUTO DE POLÍTICA Y DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS.

## 1. Introducción.

Una de las cuestiones más álgidas y novedosas introducidas por la reforma constitucional de 1994, ha sido la incorporación de los derechos colectivos y, en consecuencia, los procesos colectivos para hacer efectiva la tutela de estos derechos.

A partir de la mencionada reforma, puede hablarse de tres generaciones de derechos con base en la Ley Suprema; a) en primer lugar, los derechos individuales, conocidos como de primera generación, ya que devienen del denominado constitucionalismo clásico o liberal -1853/60-, refiriéndose básicamente a los derechos civiles y políticos; b) en segundo lugar, los derechos económicos, sociales y culturales, denominados de segunda generación, que los ubicamos en el primer movimiento reformador del siglo XX y; c) por último, los derechos de incidencia colectiva o de tercera generación, que son los que abordaremos en el presente trabajo y, justamente fueron plasmado en el último movimiento reformador del anterior siglo.

En los derechos individuales de primera generación, se encuentran comprendidos los derechos subjetivos, los intereses legítimos y los intereses simples. En el caso de los derechos colectivos corporativos, alcanzan a los derechos de clase en cabeza de un sujeto de derecho colectivo, constituido mediante norma estatutaria social, registrada por la autoridad de contralor. Por último, los derechos de tercera generación o de incidencia colectiva, son los "nuevos derechos", tales como las prerrogativas

establecidas a favor de usuarios y consumidores -de bienes y servicios-, los referidos a la no discriminación social, el derecho a la libre competencia, los relacionados al ambiente sano y, todos aquellos derechos de "incidencia colectiva en general"<sup>2</sup>.

Los derechos colectivos, nacen con el objeto, no de proteger intereses individuales sino, "intereses colectivos". Es decir, aquéllos intereses, que merecen protección por parte del Estado toda vez que tutelan derechos que conciernen a grupos de personas o incluso a toda la sociedad.

El bien afectado es colectivo y el titular del interés es el grupo y no un individuo en particular. Se trata de una pluralidad de sujetos indeterminados que son titulares de un bien no distributivo y no divisible, dado que no se puede determinar qué porción de éste le corresponde a cada persona.

En este tipo de procesos, la legitimación activa consiste en la alegación de un derecho o interés jurídicamente relevante, que lleva al demandante a iniciar una relación jurídico-procesal para la obtención de una sentencia de fondo, que puede ser favorable o desfavorable. En el caso, será la aptitud de uno o varios sujetos para promover una acción colectiva y, consecuentemente, impulsar un proceso colectivo a fin de lograr una sentencia para todo el grupo que integre el "colectivo de personas", con el mismo carácter.

A nivel nacional, la doctrina y el activismo judicial vienen desplegando un trabajo permanente en aras de

definir los contornos de la legitimación en este tipo de procedimientos. Sin embargo, los criterios jurisprudenciales son a veces antagónicos y, el hecho que a quince años de la reforma del '94, aún no se haya sancionado una ley reglamentaria de los procesos colectivos, dificulta, aun más, un tema en sí mismo complicado.

## 2. La Tutela de los Derechos Colectivos en el Sistema Argentino.

En el año 1994, se incorporan a nuestra Ley Fundamental los derechos de incidencia colectiva. Adoptar como punto de partida la terminología *derechos colectivos* permite afirmar que éstos son derechos fundamentales, y por ende, sostener: a) que existen tanto derechos fundamentales subjetivos, como colectivos; b) que los derechos colectivos deben contar con un elemento que los constituya y los determine; c) que estos derechos no son sinónimo de un colectivismo que arrasa con los derechos subjetivos; d) que no son equiparables a obligaciones constitucionales que consisten en políticas que dependan de la discrecionalidad del Estado; e) que ha quedado superada la antigua trilogía del derecho administrativo consistente en "derecho subjetivo - interés legítimo - interés simple", así como su correspondiente gama de protección judicial y administrativa; f) que pueden existir colisiones entre derechos subjetivos y derechos colectivos, o bien, entre derechos

colectivos que se resolverán en la "dimensión del peso"<sup>3</sup>.

En la actualidad, el marco de los procesos colectivos se encuentra consagrado en el capítulo "nuevos derechos y garantías" del texto constitucional. Específicamente, en el 2º párrafo del artículo 43 que establece el amparo colectivo y, la tutela judicial efectiva para estos derechos.

Esta protección que la Constitución otorga a través del amparo colectivo, es sin duda, un correlato de la jerarquía constitucional que se otorga a los derechos colectivos. Ello, para cumplir con una de las reglas básicas del derecho constitucional, que es "no hay derecho sin garantía"; de nada sirve reconocer estos derechos en nuestra Carta Magna, sin una debida garantía que podamos hacer valer en caso que los mismos sean vulnerados.

Sin embargo, es de trascendental importancia mencionar que el amparo no es la única vía para la protección de los derechos de incidencia colectiva. En efecto, éstos pueden encontrar tutela en otro tipo de procesos donde se alberguen derechos colectivos. Señálese a todo evento, que el amparo procede siempre que no exista otro medio judicial más idóneo.

### 2.1 Legitimación Procesal.

Conforme lo establece el artículo 43, 2º párrafo de la Constitución se encuentran legitimados para interponer la acción de amparo colectivo; a. el afectado, b. el defensor del pueblos y, c. las asociaciones especiales.

<sup>1</sup> CSJN, "Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 Dto. 1563/04", sentencia del 24/02/2009.

<sup>2</sup> CAFFERATTA, Néstor A, "Los derechos de incidencia colectiva", Publicado en El Dial, www.eldial.com, Suplemento de

Derecho Público, Año VIII, Nº 1749.

<sup>3</sup> GIL DOMINGUEZ, Andrés, Neoconstitucionalismo y Derechos

Colectivos, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 131.

El término “afectado”, resulta totalmente extraño a la terminología jurídica clásica y a la utilizada en nuestro país. La afectación de un derecho puede ser directa o indirecta; la primera es la vinculada a la vulneración de un derecho subjetivo y, la segunda, interesa a cualquier situación jurídica relevante que merece tutela jurisdiccional.

A partir de la reforma constitucional, comenzaron las discusiones doctrinarias sumamente controvertidas y opuestas, en muchos casos, en torno a la interpretación del significado de la palabra “afectado”.

Básicamente, existen tres posturas. En primer lugar, aquélla que ha sido denominada por la doctrina<sup>4</sup> como posición “restringida”. En la misma podemos advertir algunos argumentos muy claros, tal el caso de Barra<sup>5</sup>, quien, directamente señala “la legitimación reside en el afectado, que es la persona que puede invocar el “daño diferenciado” que menciona Scalia; tal como ocurre con la situación prevista en el primer párrafo de la norma. Es el mismo afectado del artículo 5° de la ley 16.986. (...) no hay tampoco novedad en materia de legitimación para accionar; que siempre (...) queda reservada para el agraviado en un derecho o garantía personal, propio, directo, es decir lo que habitualmente se denomina derecho subjetivo”.

Por su parte, Cassagne<sup>6</sup> considera que, “si bien la cláusula constitucional permite interponer esta acción a toda persona (artículo 43, 1° parte), la segunda parte de dicho precepto exige como requisito, para el acceso al proceso de amparo individual, que se trate de un afectado, es decir de una persona que ha sufrido una lesión sobre sus intereses personales y directos (...)”. Entonces, para esta corriente el “afectado” es la persona titular de un derecho subjetivo, es decir, aquel que sufre un daño directo, que recae exclusivamente sobre un sujeto determinado.

En segundo lugar la posición “amplia” considera legitimados para accionar a quienes son titulares de un derecho subjetivo de manera directa, pero también a quien sufre una afectación indirecta o refleja. Esto es, aquellos que tengan un interés mediato sin que sea necesaria la existencia de un interés inmediato. Bidart Campos<sup>7</sup> explicaba que afectado es aquella persona que, en forma conjunta con muchos otros, padece un perjuicio compartido, por ello su porción subjetiva. Como lo señala el texto del artículo 43 de la Norma Fundamental, “merece concederle legitimación individual, bien aisladamente a él, bien en litisconsorcio activo con los demás, o con una asociación”.

Sagüés<sup>8</sup>, expresa que el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución estatuye dos casos peculiares de legitimación activa “(...) para esta gama de situaciones, (...) la CN da legitimación a tres sujetos: a) el afectado (ésta es una palabra indulgente, que puede abarcar tanto a quienes tengan derecho subjetivo, interés legítimo o interés simple (...))”.

Esta posición puede ser sintetizada afirmando que; es aquella que considera que con la voz “afectado” se refiere a la legitimación para tutelar cualquier derecho de incidencia colectiva en general. Debiendo acreditarse un mínimo de interés razonable y suficiente, sin caer en el extremo de tener que demostrar un derecho subjetivo lesionado, así como tampoco en el otro extremo de considerar que con esa palabra se abren las puertas de una acción popular.

Por último, la llamada postura “amplísima”, sería la que considera que los márgenes de la legitimación del afectado se ensanchan de tal manera, que toda persona puede interponer una acción de amparo, invocando la defensa de la legalidad o una disfunción socialmente relevante.

En ésta se enrola Jiménez<sup>9</sup>, quien reconoce la legitimación en materia de

derechos de incidencia colectiva, a quien revista la calidad de “habitante”, es decir una acción popular, para casos en que deba defenderse la legalidad constitucional y el patrimonio social. Entendiendo que, el dispositivo de la norma del artículo 43, no sólo limita exclusivamente la legitimación al “afectado”, al defensor del pueblo y a las asociaciones, sino que es “además”, es a esa persona afectada, a quien especialmente habilita.

La legitimación para la tutela de los derechos de incidencia colectiva por parte del Defensor del Pueblo tiene una doble habilitación constitucional; en el capítulo de “Nuevos Derechos y Garantías”, artículo 43 y en la parte orgánica en el artículo 86, que en concordancia establece que es misión de este funcionario “la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración (...)”. Anotándose, expresamente que “El defensor del pueblo tiene legitimación procesal”.

La doctrina no es unánime<sup>10</sup> en relación al ámbito de actuación del Defensor del Pueblo, en cuanto sí; al serlo de la Nación; también puede intervenir en los ámbitos provinciales, o si los mismos quedan solamente bajo la órbita del Defensor del Pueblo de cada Provincia. Además, si sólo se desempeña en el ámbito de la administración pública, vale decir Poder Ejecutivo o también lo hace en el ámbito del Poder Judicial.

La posición “amplia” está encabezada por Quiroga Lavié<sup>11</sup>; quien reconoce a este funcionario facultades para actuar tanto en relación a la administración, como al poder judicial. En el ámbito nacional como provincial.

Sin embargo hay autores más “cautos” al respecto y circunscriben la actuación del defensor del pueblo al ámbito exclusivo de la Nación; así

Bidart Campos<sup>12</sup> explica que “(...) el defensor del pueblo fue instituido en el artículo 86 como un órgano de control federal, lo cual circunscribe su competencia al ámbito exclusivamente federal, (...) no pudiendo intervenir en la zona que es propia de las provincias”.

Sin duda, se trata claramente de un órgano de control federal; instituido para la defensa de los derechos humanos y garantías de la Constitución Nacional. Sin embargo, comparto las razones de Toricelli<sup>13</sup>; cuando sostiene que ello no es óbice a que; de no accionar en los Estados locales el Defensor del Pueblo de la provincia; no habría ningún impedimento a que actuara el Defensor del Pueblo de la Nación.

Finalmente, en la norma de marras aparece la legitimación colectiva a través del amparo para las asociaciones intermedias que tengan un objeto o fin específico “que propendan a esos fines”; es claro que se refiere a asociaciones que protejan a los consumidores o usuarios, que resguarden a las personas contra la discriminación, que tengan por objeto específico la protección de las especies naturales, etc. La legitimación es otorgada para promover acción judicial—de amparo colectivo—cuando se produzcan actos lesivos que afecten a los derechos de los asociados o de toda la comunidad, según los casos, y, siempre que el objeto social de la misma, esté directamente relacionado con el derecho que se intenta tutelar.

A modo de ejemplo, se pueden mencionar los fallos en que se legitima a asociaciones tales como “Fundación Poder Ciudadano c/ Estado Nacional - Secretaría de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación s/ Amparo Ley 16.986”<sup>14</sup>; “Fundación Accionar Preservación Ambiente Sustentable v. Comité Ejecutor Plan Gaym Cuenca Matanza Riachuelo y otros”<sup>15</sup>; “Asociación del Personal Legislativo -APL c/ EN -Hon-

<sup>4</sup> Ampliase de TORICELLI, Maximiliano, “Legitimación Activa en el Artículo 43 de la Constitución Nacional”; trabajo perteneciente a la obra colectiva “EL Amparo Constitucional” –Perspectivas y Modalidades-; Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 50/58.

<sup>5</sup> BARRA, Rodolfo C. “La acción de amparo en la Constitución Reformada: la legitimación para accionar”, La Ley 1994-E- Sección doctrina; p. 1088.

<sup>6</sup> CASSAGNE, Juan Carlos; “Sobre la Protección Ambiental” La Ley, 04/12/95.

<sup>7</sup> BIDART CAMPOS, Germán “Tratado

Elemental de Derecho Constitucional argentino”; T VI, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 318 ss.

<sup>8</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Amparo, hábeas data y hábeas Habeas en la reforma constitucional”; La Ley, 1994-D-Sección doctrina, p. 1157.

<sup>9</sup> JIMÉNEZ, Eduardo Pablo, “El Amparo colectivo” en “Derecho Procesal Constitucional” AAVV. Coordinada por MANILI, Pablo, Editorial Universidad, 2005, p. 79/85.

<sup>10</sup> Puede verse de BASTERRA, Marcela, Garantías y Procesos Constitucionales

AA.VV, Director: Néstor SAGÜÉS. Coordinadora: ABALOS, María Gabriela, Capítulo titulado: “El Amparo Colectivo, Las Acciones de Clase, La Acción Popular y la legitimación del artículo 43, 2° parte de la Constitución Nacional” Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, p. 199/241

<sup>11</sup> QUIROGA LAVIÉ, Humberto “El Defensor del pueblo ante los Estrados de la justicia”; L.L; 1995-D-1059

<sup>12</sup> BIDART CAMPOS Germán, “Tratado Elemental de Derecho...”, Op. Cit., p. 318/319.

<sup>13</sup> TORICELLI, Maximiliano, “Legitimación

Activa en el Artículo 43... Op.Cit., p. 85.

<sup>14</sup> Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 5, “Fundación Poder Ciudadano c/ Estado Nacional - Secretaría de la Honorable Cámara de Senadores de La Nación s/ Amparo Ley 16.986”, sentencia del 22/11/2001.

<sup>15</sup> CNACAF, Sala I, “Fundación Accionar Preservación Ambiente Sustentable v. Comité Ejecutor Plan Gaym Cuenca Matanza Riachuelo y otros”, sentencia del 16/04/2002.

orable Congreso de la Nación -H Senado ley 23.551 s/diligencia preliminar”<sup>16</sup>; “Centro de Implementación de Políticas Públicas E .y C. y otro c/ Honorable Cámara de Senadores del Congreso de la Nación s/ amparo Ley 16.986”<sup>17</sup>, etc.

### 3. Las Acciones de Clase.

Las “class actions” o acciones de clase, son procesos colectivos de derechos subjetivamente colectivos (o plurindividuales homogéneos) en donde se ventilan pretensiones resarcitorias (daños y perjuicios) fundamentalmente.

Las acciones por “clase de personas”, como las denomina Cueto Rúa<sup>18</sup> son un típico instituto del *common law*, puesto que surgen en los Estados Unidos como consecuencia de los problemas acaecidos en las décadas de los años ‘50 y ‘60 para poner límites a la discriminación racial y para brindar protección jurídica a los ciudadanos de raza negra asegurando así sus derechos individuales. Más recientemente, en las décadas de los años ‘70 y ‘80 fueron utilizadas para proteger a los consumidores frente a los riesgos originados como consecuencia de la producción industrial masiva, y para cuidar a la población de los agentes contaminantes del medio ambiente.

Owen Fiss<sup>19</sup>, justifica las acciones de clases en razón a los fines sociales que persigue, sin embargo, afirma que, “ello no implica dejar de reconocer que estamos ante una forma no demasiado apropiada de representación”. Además resultaría un error -aclara el autor- ignorar que se opone a valores individualistas. “Los valores individualistas que las acciones de clase cuestionan resultan rasgos persistentes y muy profundos de nuestro derecho, tal vez de todo derecho, y para bien o para mal, siempre van a ejercer una influencia restrictiva en la gran tentación de los reformadores sociales que se encuentran entre nosotros de crear agrupamientos colectivos que sirvan a sus fines”.

En 1938, se sanciona en los Estados Unidos la Regla 23 de Procedimiento de Justicia Federal, lo que permitió extender el uso de estas acciones de los tribunales de equidad a los tribunales de derecho. Sin embargo, esta regla aún no resolvía algunos problemas, como por ejemplo, el caso de los efectos de la sentencia para quienes no integraban la litis. Posteriormente, se soluciona al menos parcialmente este conflicto, a través de la actualización de la Regla 23 en el año 1966.

Si bien en la Regla 23 a) se establecen los requisitos<sup>20</sup> para que proceda la acción de clase; es responsabilidad en definitiva del juez, decidir acerca de quienes han promovido la demanda; su aptitud y responsabilidad. No olvidemos que en muchos casos es una especie de “*automandato*”, puesto que en general los miembros de la clase muchas veces jamás han visto ni conocido a su representante.

Del análisis de la Regla 23 surge que en los Estados Unidos existen tres tipos de acciones de clase<sup>21</sup>:

1. La primera categoría está diseñada para los casos en que el ejercicio individual de las pretensiones en procesos separados pudieran perjudicar, respectivamente, al demandado o a los miembros del grupo. Creando riesgo de: a. Sentencias contradictorias o diferentes con respecto a miembros individuales que impongan comportamientos incompatibles a la parte opuesta del grupo y b. Sentencias en relación a miembros individuales, que en la práctica sean dispositivas de los intereses de otros miembros no partes o sustancialmente menoscaben o eliminen la posibilidad de proteger sus intereses

2. La segunda, se da cuando la parte opuesta al grupo, ha actuado -o en contrario- se ha negado a actuar por motivos referidos en general a todo el grupo, haciendo propia una “*final injunctive relief*” -sentencia condenatoria de hacer o de no hacer- o una “*corresponding declaratory relief*” -sentencias meramente declarativas-.

Por medio de este tipo de acciones no es posible el ejercicio de pretensiones de carácter pecuniario. Sin embargo, son las que más se utilizan en la actualidad a partir del caso “*Brown v. Board of Education*”<sup>22</sup> de 1954. Está dirigida específicamente a la protección de derechos constitucionales “*civil rights*”, cuando se pretenda un remedio jurisdiccional de carácter no declarativo o una “*injunction*” a favor de un numeroso -en la mayoría de los casos indeterminado- número de personas.

3. En tercer tipo de acciones de clase, el tribunal declara que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros del grupo, predominan sobre cualquier cuestión que afecte únicamente a miembros individuales, y que la acción del grupo siempre es superior a cualquier medio para la solución de la controversia.

En general se ejercitan este tipo de acciones en aquellos casos donde muchas personas han sufrido un pequeño perjuicio económico, que litigando individualmente se pueden sentir menoscabados o intimidados ante un poderoso demandado. En cambio litigando a través de este tipo de acciones se transforman en un demandante igual o más poderoso que el demandado.

Aunque el derecho argentino no parece haber acogido este instituto, en forma reciente, nuestro Máximo Tribunal delimitó el ámbito de procedencia de este tipo de acciones en el fallo “*Halabi, Ernesto c/ P.E.N.*”. Sin perjuicio de haber reconocido la inexistencia en nuestro derecho de una ley que reglamente el efectivo ejercicio de las acciones de clase, sostuvo que el artículo 43 de la Carta Magna, resulta plenamente operativo y, en consecuencia, era obligatorio para los jueces dotarlo de eficacia.

### 4. El Fallo “Halabi”.

En caso, el Sr. Halabi -abogado- inició una acción de amparo con la finalidad de que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N°

25.873 -conocida como “ley espía”- y de su decreto reglamentario 1563/04. Fundamentó su pretensión en que la normativa impugnada resultaba violatoria de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, toda vez que autorizaba la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet. Señaló que esa intromisión cercenaba su derecho a la privacidad y a la intimidad, en su carácter de usuario; a la vez que violentaba el privilegio de confidencialidad que, como abogado, tenía en las comunicaciones con sus clientes. En primera instancia se hizo lugar a la pretensión. La Cámara confirmó el fallo, otorgándole a la sentencia efectos *erga omnes*. La parte demandada -Poder Ejecutivo Nacional- interpuso recurso extraordinario federal, agraviándose principalmente por el carácter *erga omnes* atribuido a la resolución. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó el pronunciamiento cuestionado.

Para así decidir sostuvo que “(...) la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos (...) En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño”. (Considerando 12 del voto de la mayoría).

Si bien el Alto Tribunal reconoció

<sup>16</sup> CNACAF, Sala IV, “Asociación del Personal Legislativo -APL c/ EN - Honorable Congreso de la Nación -H Senado ley 23551 s/diligencia preliminar”, sentencia del 03/06/2004.

<sup>17</sup> CNACAF, “Centro de Implementación de Políticas Públicas E .y C. y otro c/ Honorable Cámara de Senadores del Congreso de la Nación s/ amparo Ley 16.986”, sentencia del 27/05/2005.

<sup>18</sup> CUETORUA, Julio, “La acción por clase de personas”, La Ley 1988-C p.952 y ss.

<sup>19</sup> FISS, Owen, “La teoría política de las acciones de clase”, (Traducción: Roberto Gargarella); Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Abril de 1996; p.11/12.

<sup>20</sup> Regla 23: (a) Requisitos para la interposición de una acción por clase de personas. Uno o más miembros de una

clase puede demandar o ser demandados como partes representantes, en representación de todos solo si: (1) la clase es tan numerosa que la actuación de todos es impracticable. (2) existen cuestiones de hecho y de derecho comunes a la clase. (3) las demandadas o defensas de las partes representantes son típicas de las demandas o defensas de la clase y, (4) las partes representadas protegeran los

intereses de la clase justa y adecuadamente.

<sup>21</sup> Ampliar de: LORENZO, Mateo - BUJOSA Vadell, “El Procedimiento de las Acciones de Grupo (class Actions) en los Estados Unidos de América.” Justicia 94, Número 1, JB, Editor, Barcelona, España, P.62/120.

<sup>22</sup> 347 U.S. 483 (1954).

la falta de regulación respecto de las acciones de clase, en consonancia con su reiterada jurisprudencia, sostuvo que esa situación no era óbice para que los jueces arbitren las medidas necesarias para resguardar derechos constitucionales, ello en el entendimiento de que las garantías existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias.

Así señaló qué; “La procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. (...) también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados”. (Considerando 13 del voto de la mayoría).

La Corte consideró que para que resulten procedentes las acciones de clases deben existir en la causa tres elementos determinantes; 1) el primero de ellos, está constituido por la existencia de un hecho único, que cause una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales; 2) el segundo, consiste en que la pretensión esté concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar y, 3) en tercer lugar, exige que el interés individual considerado en forma aislada, no justifique la promoción de una demanda, de manera tal que se encuentre afectado el acceso a la justicia.

No obstante, aclara que la acción será igualmente procedente, cuando se trate de materias tales como el ambiente, el consumo, la salud; o bien cuando se afecte a grupos que tradicionalmente han sido postergados, es decir, débilmente protegidos. Ello por cuanto, en estos supuestos la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección,

entendido como el de la sociedad en su conjunto.

El Alto Tribunal, consideró en el caso, que se encontraban cumplimentados los requisitos de procedencia de las acciones colectivas. Por ello concluyó que, la pretensión deducida por el abogado Halabi podía ser calificada como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos. La pretensión está concentrada en los efectos comunes para toda la clase de sujetos afectados.

De un adecuado análisis de la normativa en cuestión se desprende que sus disposiciones alcanzan por igual y sin excepciones a todo el colectivo de personas que representa la parte actora. Finalmente, afirma que hay una manifiesta afectación del acceso a la justicia, porque no se justifica que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados promueva una demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma.

Es del caso mencionar que, en realidad los pronunciamientos finales, en los procesos colectivos estructuralmente no difieren de los que suelen emitirse en procesos ordinarios. Lo que sí es diferente en las sentencias colectivas son sus efectos. La particularidad en esta materia es que las sentencias son de condena abierta; lo que significa que las otras personas que se encuentran en la situación colectiva objeto del litigio, pueden adherir al fallo sin haber sido parte en el proceso. Es decir, que este tipo de sentencias tienen efectos “*erga omnes*”, en virtud de que benefician o perjudican a la colectividad en general o a sectores de ella<sup>23</sup>. En la actualidad es de criterio prácticamente unánime, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que las sentencias dictadas en los procesos colectivos hagan cosa juzgada colectiva.

De acuerdo a las características de los procesos colectivos, las sentencias que se dicten en los mismos deben tener *efectos ultra partes* y carácter *erga omnes*; esto es así debido a que una sentencia con los mismos efectos que tienen en los

procesos individuales, es decir *intra partes* no sería adecuada para lograr una tutela efectiva de los derechos colectivos. Un pronunciamiento que alcance solamente a las partes que intervinieron en el litigio desvirtuaría la finalidad misma de la acción colectiva.

La postura mayoritaria en doctrina<sup>24</sup> sostiene la existencia de una distinción entre “efectos de la sentencia” y “autoridad de cosa juzgada”. En tal sentido, se entiende que la cosa juzgada no configura un efecto de la sentencia sino que es considerada como el modo en el cual se manifiestan los efectos de un pronunciamiento. Se toma a la cosa juzgada como un agregado dentro de la sentencia que le otorga estabilidad definitiva a la misma, es decir, que le asegura el carácter de inimpugnabilidad.

Si bien se le otorga a las sentencias dictadas en los procesos colectivos efectos “*erga omnes*”, esto es, que dicho pronunciamiento no recae solamente sobre las partes que intervinieron en el proceso sino que también es susceptible de extender sus efectos a un grupo o sector determinado. Sin embargo, hay que resaltar que no en todos los casos colectivos las sentencias que se dictan gozan de efectos *erga omnes*. Hay que hacer una distinción basada en el resultado del pleito para saber, en qué casos las sentencias afectan a todos los sujetos que se encuentren legitimados para promover la acción, independientemente de si han intervenido en el proceso o no y, en qué casos las sentencias dictadas solamente afectarán a las partes que intervinieron en dicho proceso.

Por ello, cuando se haga lugar a la pretensión colectiva y se obtenga un resultado favorable, es decir, cuando se modifiquen situaciones de hecho que importen beneficios no sólo para las partes que han intervenido sino también para un grupo determinado, el derecho objeto del proceso quedara consolidado y no se podrá iniciar otro proceso con el mismo objeto, ya que, en estos casos los efectos de la sentencia se extenderían al grupo que se ve beneficiado por la misma.

Por el contrario, cuando no se haga lugar a la pretensión colectiva porque el sujeto que la ha interpuesto carecer de legitimidad o, cuando en el litigio no se obtenga una decisión favorable, porque los medios probatorios utilizados resultaron insuficientes, se podría iniciar otra acción con el mismo objeto, dado que el derecho no estaría consolidado. Sí, se podría hacer lugar a una nueva pretensión colectiva, cuando la interpusiera un sujeto que se encuentre legalmente legitimado, o siendo el mismo sujeto si ha surgido algún hecho nuevo o pruebas nuevas, que logren verificar los fundamentos de la pretensión colectiva.

## 5. Conclusiones.

Ejerciendo un fuerte activismo judicial, la Corte Suprema en forma pretoriana ha consagrado las acciones de clase en el fallo “Halabi”. Retomando el camino iniciado con los casos “Siri”<sup>25</sup> y “Kot”<sup>26</sup>, reafirmó un principio republicano básico, según el cual, las garantías existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas por la Constitución, independientemente de las leyes que reglamenten su ejercicio.

Sin duda, esta sentencia importa un gran avance respecto de una tutela judicial efectiva de los derechos constitucionales en aquellos supuestos en los cuales las acciones individuales, ciertamente, no resultan idóneas o suficientes, para resguardar la vigencia de los mismos.

Sin embargo, es sólo el primer paso, ya que el reconocimiento de este tipo de procesos trae consigo una serie de interrogantes que deberán dilucidarse en un futuro. En efecto, la concreta implementación de este mecanismo puede ocasionar consecuencias desfavorables, si no, se resguarda adecuadamente el derecho de defensa de aquellos que integran el colectivo de personas. Por ello, es de vital importancia que el Poder Legislativo sancione una normativa reglamentaria de los procesos colectivos, a la brevedad posible, a fin de delimitar los contornos de estas acciones.

<sup>23</sup> GOZAINI Osvaldo, “Tutela de los derechos de incidencia colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal”, La

Ley, 12/4/2005, p. 24.

<sup>24</sup> PALACIO, Lino E., Manual de Derecho Procesal Civil (décimo séptima edición actualizada), Ed. Abeledo-Perrot, Lexis

Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 499 y MAURINO, Gustavo. NINO Ezequiel. SIGAL Martín, Las Acciones Colectivas. Análisis Conceptual, Constitucional,

Procesal, Jurisprudencial y Comparado, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 278.

<sup>25</sup> CSJN, Fallos 329:459.

<sup>26</sup> CSJN, Fallos 241:291.

## LA TÉCNICA LEGISLATIVA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

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.

1.- Por su insita vinculación con el resultado final de las regulaciones, y en tal tránsito con las decisiones jurisprudenciales, o el marco que las normas jurídicas deben generar a los fines de su mejor hermenéutica y aplicación, aparece como adecuado abordar aspectos que hacen a la forma y al contenido de la ciencia de legislar, cuestión que ocupa desde largo tiempo, ente los cuales y a estos fines traemos a colación a Jeremy Bentham que ya en su obra publicada en Edimburgo en 1843<sup>1</sup>, quien describía como nomografía el arte y la ciencia mediante los cuales se puede dar precisión al contenido de la Ley.

Y que ello, en consecuencia, condujera en la mayor medida posible a la obtención de los fines perseguidos por la Ley, situando el objeto de la nomografía en el contenido sustancial de la Ley, cuestión que además vinculaba con distintas materias como la filosofía, la lógica, etc., como elementos interdisciplinarios ha ser tenidos necesariamente en cuenta por el Legislador.

Y sin suscribir necesariamente a la concepción de Bentham respecto del Legislador y la legislación, si aparece como adecuado aproximarse a las cuestiones vinculadas con la ciencia y la técnica de legislar, no pocas veces descuidada, más aún escasamente incluida en los programas de estudio de las universidades, cuestión que debe resolverse pronta y necesariamente para contribuir con el andamiaje técnico que requiere un esquema normativo libre de ambigüedades, contradicciones o defectos técnicos que impiden a quien recepta la norma- en no pocos casos- conocer o decidir respecto de mandatos imperativos que generan derechos y obligaciones.

Por exceder el cometido de la

presente introducción a cuestión de enorme importancia institucional, entiendo innecesario de momento las referencias a normas de distinto rango, y de diversa importancia que presentan defectos formales de técnica y de contenido que a su vez generan diversos efectos y en cuyo auxilio debe asistir el órgano jurisdiccional otorgándole la inteligencia que razonablemente puede corresponderle o excluir las del ordenamiento jurídico, entre otras vías mediante su declaración de inconstitucionalidad.

Así, no en pocas oportunidades se advierten vicios como los de ambigüedad u oscuridad en las normas, colocando al intérprete o a la persona a que se dirige el texto en la dificultad de discernir cuál de los significados atribuibles es el que ha pretendido el legislador teniendo en cuenta, especialmente, la habitual colisión entre los distintos significados y de ahí las dificultades para su elección.

Y en otros supuestos, la oscuridad de un solo significado, que en definitiva también es ambigüedad, en defectuosa redacción también impedirá escogitar la tesis de la norma, con los efectos perjudiciales que de tales imperfecciones pueden derivarse, y de hecho así resulta.

2.- Y otro aspecto no menor, sin agotar la casuística, puede resultar de la inflación normativa generada por la dispersión de normas o por el exceso de contenidos innecesarios de lo cual emerge sin hesitación la necesidad de profundizar, sin desmedro de las instituciones constitucionales irremplazables, mecanismos que permitan en los poderes del Estado con competencia reglamentaria contar con cuerpos estables, especialmente -pero no únicamente- de juristas con

la debida formación para dar contenidos técnicos apropiados a las normas jurídicas, cuestión que como brevemente se indicará Infra ha recibido distintas soluciones en el derecho comparado, con mayor desarrollo en el sistema parlamentario, por su naturaleza, pero también con importante presencia en el sistema presidencialista.

En ningún caso implica un juicio dis valioso respecto de nuestra realidad legislativa ni la pretensión exorbitante de reemplazar la opinión y la redacción del redactor constitucional, léase a título de ejemplo Diputados o Concejales, ya que lo contrario implicaría desconocer el orden constitucional, dicho esto para evitar lecturas inadecuadas de un análisis solo enderezado al mejoramiento -en los casos que fuere menester- de la forma y el contenido de las normas.

Demás esta decir que felizmente, el mundo moderno, en general, vive en sociedades organizadas mediante leyes en un Estado que ordena sus políticas a través de normas, pero también que no pocas veces el Estado de Derecho está signado por épocas de excesos normativo y otras de encausamiento, pero en todo caso lo que debe respetarse son los parámetros mínimos de calidad exigibles en el Estado social y democrático de Derecho<sup>2</sup>.

Pero también, ha de recordarse la antigua preocupación por lo que se ha denominado como "Las buenas leyes", en obras como las de Cicerón, (Sobre las leyes), Pletón, (Tratado sobre las leyes), Platón, (Las leyes) etc., debiendo tenerse en cuenta que tales inquietudes eran anteriores a la expansión del racionalismo y a la atribución de las funciones de legislar al Estado Democrático de Derecho, y que el impulso sustancial en la ma-

teria se daría a partir del siglo XVIII con la codificación y el mejoramiento de la ciencia legislativa<sup>3</sup>.

Explica Zapatero, de necesaria consulta en la materia, que quienes se ocuparon en el ámbito Anglosajón del arte de legislar como Montesquieu, Beccaría, Bentham, etc., pretendían liberar a la humanidad tanto del despotismo de los jueces como del de los monarcas, y que la libertad en suma, y en concepto que mantiene todo su vigor requería del cuidado en la redacción de las normas como modo de delimitar la atribución de los poderes, lo que traducían en una expresión de toda actualidad en orden a que debían pesarse las palabras como si fueran diamantes, pues de ellas "dependen nuestras libertades"<sup>4</sup>.

3.- En extremos, el positivismo metodológico y axiológico sustituiría los defectos de la legislación por la interpretación judicial del derecho positivo a la que atribuirían un valor supremo, desplazando en un juego pendular al legislador por el juez, lo que tampoco resulta adecuado, ya que cada poder y cada actividad deben cumplir sus funciones en el ámbito constitucionalmente dispuesto; y luego de este proceso pendular, sintéticamente esbozado pues su dimensión es enorme, retomando las preocupaciones que generara el sistema legislativo sería Estados Unidos de América el lugar dónde se reiniciaría y profundizaría la cuestión vinculada con la ciencia de legislar. Así Hart and Sacks, y su obra, desde 1950 influye sustancialmente en la interpretación de la leyes en Estados Unidos y en la enseñanza del derecho, particularmente mediante el texto denominado The Legal Process, lo que en definitiva permitiría profundizar el análisis de la formación de las leyes.

1.- (Jeremy Bentham- Estudio preliminar de Virgilio Zapatero, Editado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en Madrid en 1904, Pág. XI y siguientes.1)

2.- Citas que tomo, en lo pertinente, de Virgilio Zapatero, Colección Divulgación Jurídica, Editorial Thomson, Navarra, 2009, págs. 11 y siguientes.

3-Confirmar, en lo pertinente, Francisco Tomás y Valiente, Tratado de los Delitos y de las Penas, de Beccaría, edición del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

4- Zapatero, aut. y lug. Cit., págs. 14 y siguientes.

De otro lado, con la aplicación de la metodología de la ciencia política al derecho, en Europa a partir de la década del '70, se impulsa lo vinculado metodológicamente con los procesos de formación normativa, surgiendo así una corriente vinculada a la teoría de la ciencia de la legislación, que además debe vincularse con la postulación en 1979 respecto de la creación de un Instituto de Legística, teniendo en cuenta la necesaria diferencia entre la interpretación y la creación de las normas, sintetizándolo Fleiner-Gerster de la siguiente forma: "... la formación jurídica no deberá ya limitarse a formar buenos jueces y buenos abogados, sino que debería igualmente enseñar el arte de hacer buenas leyes"<sup>5</sup>.

4.- Tampoco se debe dejar de recordar la importancia que en el sistema presidencialista o parlamentario tienen los gobiernos respecto de la iniciativa legislativa, así en ambos sistemas, pero notoriamente en el segundo, la mayor parte de los proyectos de ley surgen de la iniciativa gubernamental, y así en un informe de la Unión Interparlamentaria de 1987, sobre sesenta parlamentos, 5 cuarenta y dos habían aprobado entre el 90 y el 100% de proyectos gubernamentales, y que por el contrario eran muy limitadas las leyes que surgían de la actividad extragubernamental, con mayor rigor de los Grupos Parlamentarios, por el contrario la participación es notoriamente inferior en los sistemas presidencialistas.

Concretamente, señala la doctrina

especializada, la existencia como mínimo de tres modelos en la redacción de normas, a saber: a- El del modelo presidencialista donde la redacción de proyectos de ley debería tener una preeminencia de los órganos legislativos, cuestión que es ocioso advertir se viene desdibujando a punto tal que la iniciativa contrariando, en principio, los preceptos constitucionales vira al poder ejecutivo; b- El modelo Anglosajón que posee órganos especializados en la redacción de proyectos, cuya aprobación corresponde a un gabinete, como órgano político, previo a su aprobación posterior; c- El modelo denominado continental donde la redacción corresponde, según la materia a distintos ministerios, tratándose de un modelo de redacción gubernamental y desconcentrado.

Ejemplo de ello, es el de República de Alemania que regula la redacción de la leyes mediante un reglamento interno de los Ministerios Federales y en la tramitación previa al envío a las cámaras se distinguen el borrador de la sección, del departamento y el proyecto del gobierno; sistema similar es el Francés donde los proyectos de ley son redactados por los Ministerios competentes, con la participación obligatoria del Consejo de Estado.

Respecto de las diferencia entre el sistema de redacción normativa Británico y el Norteamericano, en el primero los proyectos aprobados por el parlamento son redactados por expertos redactores del Office of Parliamentary Counsel, mientras que

en Estados Unidos lo es por miembros profesionales de los Comités Permanentes del Congreso e incluso por personas particulares, y también por el Gobierno.

De otro lado, en países como España se sigue un sistema desconcentrado de redacción de proyectos de ley, los que pueden ser elaborados por distintos Ministerios, y de allí, se siguen distintos procedimientos, pero concretamente son o los funcionarios técnicos gubernamentales o circunstancialmente especialistas privados quienes producen tales redacciones, pero lo que no admite duda es que los juristas adquieren sustancial relevancia en la redacción de los proyectos en cualquiera de los sistemas, o de abogados experimentados y especializados en las distintas materias de que se trate.

5.- Efectuado este análisis preliminar de aspectos que hacen a la ciencia y a la técnica de legislar, es necesario precisar que luego de transitar, y ver transitar, doctrinaria y jurisprudencialmente distintas cuestiones que hacen a la producción normativa resulta innescindible la necesidad de vincular la actividad legislativa con la decisiones judiciales, pues existe una ínsita relación entre la producción legislativa y la inteligencia que por vía de la hermenéutica es dable atribuir a las normas para garantizar de un lado el adecuado conocimiento de los derechos y obligaciones por parte de los destinatarios de las normas, y de otro para la correcta intelección de su

contenido. Intelección que contribuirá a la recta interpretación judicial, evitando las no poco habituales hermenéuticas diametralmente opuestas respecto de un mismo texto, con las consecuencias que de ello se derivan.

Y en tal sentido, adquiere singular relevancia, como se ha anticipado, la generación de protocolos y cuerpos estables de expertos en la redacción de normas, lo que no implica generar políticas o contenidos, sino por el contrario, traducir con la mejor técnica las decisiones e instrucciones de quienes están constitucionalmente habilitados para legislar, y una etapa consustancial también deberá transcurrir por la formación de expertos en el nivel académico pertinente que incluye la instrucción en las facultades de ciencias jurídicas y sociales, pero tampoco se agota así la cuestión pues la complejidad de distintas disciplinas requiere la interacción interdisciplinaria.

No ha de entenderse ello como un regreso al paradigma del positivismo jurídico, por el contrario como una necesaria secuencia, como un necesario destino al camino emprendido antes de ahora respecto del nuevo papel de los jueces avanzando hacia una juridificación del sistema democrático, como lo describe Carbonell, sometiendo la política a la lógica de la legalidad, sin pretender una posición invasiva de la jurisdicción sobre la política, pues se trata de ámbitos diferenciados pero donde ambas actividades sólo pueden llegar hasta donde lo prescribe la Constitución<sup>6</sup>.

5-, Confl., Fleiner- Gerster, informe introductorio al 12º coloquio sobre Principios y métodos de elaboración de normas celebrado en Friburgo en Octubre de 1982, pág. 18.

6- Luigi Ferrajoli, Democracia y Garantismos, Edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta., Madrid, 2008, págs 17 y siguiente).



# El Reporte

## REFLEXIONES SOBRE EL LENGUAJE JURÍDICO Y EL ESTILO FORENSE

POR LUIS RAÚL ROSSI BAETHGEN

DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA FACULTAD DE DERECHO (UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA, URUGUAY). PROFESOR ADJUNTO EFECTIVO (GDO. 4) EN TÉCNICA FORENSE Y EVOLUCIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS (FAC. DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA). TITULAR EN CURSOS DE GRADO DE LAS MENCIONADAS ASIGNATURAS EN LA UNIVERSIDAD ESTATAL, EN LA REGIONAL NORTE (CIUDAD DE SALTO) Y EN MONTEVIDEO.

**“Por encima de todas las libertades, dadme la libertad de conocer, de expresarme y de debatir libremente, conforme a mi conciencia”**  
John Milton

Al pensar en el lenguaje jurídico y el estilo forense tenemos mentalmente presente la obra del crítico e ingenioso caricaturista Honoré Daumier (1808 – 1879) satirizando la práctica judicial de los tribunales franceses de su época.

Especialmente recuerdo una ilustración que representa una audiencia de lectura de sentencia. En ella, uno de los magistrados lee con solemnidad los considerandos de un fallo, expresados en un lenguaje presuntamente técnico, totalmente indescifrable para el justiciable. Éste, con rostro desencajado, pregunta hacia sus adentros cuánto tendrá que pagarle al abogado para que le explique lo que está escuchando y que no está entendiendo.

Si bien pueden recibirse con tolerancia, ánimo constructivo y con cierto humor las críticas dirigidas contra quienes nos desempeñamos en ambientes judiciales y en temas jurídicos, preocupa hondamente el tema analizado en su profundidad y perspectiva, pues afecta a los operadores del Derecho, a la prestación del servicio de Justicia y a uno de los Poderes que garantizan el ejercicio democrático en una República.

Expresaba el pensador francés Condorcet, algunos decenios antes de las sátiras ilustradas del evocado artista Daumier, que *“Aquél al que no se ha instruido en las primeras leyes que regulan el derecho de propiedad no goza de este derecho de la misma manera que quien las conoce; en los debates que se suscitan entre ellos, no combaten con las mismas armas”*. Agregaba *“El hombre al que se ha instruido*

*en los elementos de la ley civil no depende del abogado más ilustrado, cuyos conocimientos sólo pueden ayudarlo y no esclavizarlo”*, aseverando que *“El objetivo de la instrucción no es hacer admirar a los hombres una legislación terminada, sino hacerlos capaces de apreciarla y de corregirla.”* (1)

¿Cómo es posible cumplir cabalmente una ley que no se conoce, que no se entiende? ¿Cómo se siente un ser cuando se debate su situación jurídica y se resuelve sobre la misma sin que pueda entender lo que se le expresa, lo que se dice de él, se analiza, considera y resuelve?.

Lejos estamos de reclamar originalidad y también de pretender un conocimiento amplio y profundo de la cuestión que se aborda en estas líneas. Seguramente no estamos al tanto de los numerosos y nobles esfuerzos por contribuir a tender puentes de comprensión frente a una brecha cada vez mayor entre el lenguaje técnico jurídico y el lenguaje corriente.

Por otra parte no podemos desconocer que en los sistemas jurídicos la presunción del conocimiento del derecho cierra las puertas a subterfugios dirigidos a soslayar el cumplimiento recto y directo de lo que en aquellos se dispone.

En un artículo escrito hace varios años comentábamos acerca de la tecnificación del lenguaje jurídico como una característica o tendencia de la evolución del derecho. Expresábamos que *“Los tiempos actuales demuestran que el lenguaje jurídico, más allá de la vaguedad y ambigüedad de*

*algunos de sus términos, va logrando mayor precisión, va adquiriendo una identidad propia, un mayor rigor técnico. Esta tendencia lucha, por así decirlo, con el peligro de que tanta especialización y tecnicismo no lo haga incomprensible para el natural destinatario de las normas, el “habitante medio” del sistema jurídico, que debe entenderlo y comprenderlo para poder cumplirlo. La tecnificación se observa en menor grado en la metodología de creación de normas que en la aplicación de las mismas (interpretación jurisdiccional e integración del Derecho), por la misma razón (... ) que los legisladores son ciudadanos sin formación jurídica especializada (no lo señalamos en modo alguno como demérito del sistema democrático), mientras que en materia de aplicación jurisdiccional se exige la formación jurídica técnica de los operadores.”*(2)

El conocimiento es, sin duda, el paso previo a la creación y la aplicación del derecho. Si no se conoce el lenguaje en el que está expresada una disposición es imposible realizar las importantes labores jurídicas como son la interpretación e integración jurídicas. Esto vale tanto para el magistrado, para un abogado como para cualquier sujeto que habita en un territorio en el que rige tal o cual sistema jurídico.

Nos resulta interesante concebir la norma como la expresión del “mandar jurídico” (3). Ese “mandar” se expresa a través de un vehículo lingüístico a los destinatarios. Sería imposible suponer la vigencia efectiva

de una norma si el lenguaje en que ésta se expresa no se conociera. Se requiere pues un conocimiento del lenguaje para que se produzca la comunicación. Esto adquiere especial relevancia tratándose del lenguaje que contiene directivas, pues se emite con la pretensión de influir en el comportamiento del destinatario promoviendo realización de ciertas conductas.

A su vez, si bien es usual concebir la norma jurídica como una orden a ser cumplida que, para el caso de su contravención, tiene como contrapartida la fijación de una sanción jurídica, en un Estado de Derecho debe percibirse la norma desde otras perspectivas y con otra finalidad.

El derecho, claro está, no solamente existe para sancionar. La sanción y el mismo Derecho pierden justificativos si no se cumple la función preventiva. Para que pueda cumplirse la prevención es menester que el sujeto receptor –el destinatario– entienda el mandato contenido en la norma. Esto, a nuestro entender, no solo supone advertir –bajo anuncio de una sanción para el caso de incumplimiento– las consecuencias adversas de no acatar voluntariamente lo que ella dispone. En efecto; para que la función preventiva sea efectiva y fundamente la consecuencia adversa en caso de su trasgresión requiere que, además de informar cuál es la consecuencia desfavorable, cumpla una función docente: explique qué es lo que el Derecho aspira en la sociedad y por qué se quiere esto o aquello.

En forma análoga, entendemos que al tiempo de tener que dirimir un litigio en el que se discute la aplicación

1.- Jean-Antoine-Nicolás de Caritat (Condorcet). Cinco memorias sobre la instrucción pública y otros escritos (Ediciones Morata, S.L., Madrid, 2001 pags 83, 84 y 108.

2.- “Las nuevas fronteras del derecho. La libertad y la responsabilidad.” (“Globalización”, Cuaderno de la Facultad de Derecho. 3ra. Serie No. 3. Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1999, pag. 50)

3.- “Si preguntamos a un lego cuál es la forma que se designa con la palabra derecho, rápidamente pensará en un hombre que manda y en otro que obedece o desobedece: el ladrón y el policía, el

acusado y el juez, el ciudadano y el gobernante.” Carnelutti, Francesco (Teoría General del Derecho, Madrid. España, 1942 pag. 45)

de una norma o la ocurrencia o no de una trasgresión a la misma, es valorable el esmero por explicar qué se decide, qué se ha tenido en cuenta para resolver y por qué se ha llegado a cierto dictamen.

Expresa el ya citado Condorcet que *“quienes ejercen el poder público deben ilustrar a los ciudadanos sobre los motivos de las leyes a que los someten.”* (4)

### El conocimiento previo de las normas generales.

Informar, hacer conocer efectivamente las conductas que se promueven, las que se prohíben y por qué se quiere esto o aquello, permite cumplir un objetivo ético relevante.

No resulta razonable ni justo privar a un ser humano de un derecho aplicando una sanción o un correctivo, si éste desconocía previamente qué era lo que el orden jurídico indicaba. Del punto de vista formal y objetivo, podrá ser explicable la imposición de una pena; pero del punto de vista subjetivo, resulta incómodo -para no utilizar otros vocablos- reprochar una conducta comisiva u omisiva a quien -no siendo indiferente- no sabía que lo hecho estaba prohibido o que lo omitido era obligatorio cumplirlo.

Puede verse esta disyuntiva desde la perspectiva de quien se encuentra bajo sujeción de la autoridad. No es lo mismo asumir una consecuencia adversa a causa de no haberse preocupado por saber qué debía hacer, que condolerse por no haber podido conocer a tiempo y con claridad que cierta conducta le estaba prohibida.

Debe pues el destinatario de las normas entender claramente qué se ordena, por qué y para qué está bajo una autoridad, así como qué y quién podrá resolver respecto de su persona, sus bienes, sus derechos.

Recordamos un fallo de la Corte Constitucional Italiana de fines del pasado siglo XX, que declaró inconstitucional el dogma de la presunción absoluta del conocimiento del derecho. (5)

Al respecto sostenía que en las prescripciones del Código Penal el sujeto debe poder discernir

claramente lo que es ilícito de lo que no lo es. Por tanto es menester la existencia de leyes precisas y claras que expresen directivas de comportamiento.

A raíz de estas y otras consideraciones se señalaba que si no hay culpa no puede haber pena, pues ésta supone un infractor que debe reeducarse. Poca justificación lógica podría tenerse desde el punto de vista republicano reeducar a quien no puede adjudicársele falta de educación.

Concluye entonces que no es culpable quien no pudo saber antes que algo no podía o no debía hacerse, siempre que ese “no saber” fuese ocasionado por una imposibilidad real e inevitable de conocer el precepto de conducta.

En suma, así como es censurable que quien pueda conocer la norma penal la ignore, es también censurable que se castigue por violación de una norma a quien no la pudo conocer. Se consideró, entonces, que se estaba ante un caso de “ignorancia inevitable de la ley”. (6)

### El entendimiento de los eventos de un proceso y los fundamentos de su resolución.

Así como es razonable admitir el derecho a saber qué expresa una normativa, es justificable valorar que se entienda a cabalidad qué es lo que se está dirimiendo en un proceso y lo que se resuelve en el mismo.

Por conocerlo más directamente, nos permitimos citar dos ejemplos del derecho uruguayo que, basados en principios generales de derecho, seguramente tendrán su correlativa regla en muy diversos sistemas jurídicos contemporáneos.

Se trata de la Ley No. 17.243 (del 29.7.2000) que en su art. 73 establece, bajo el título del “Deber de informar”, lo siguiente:

*“En todo supuesto de privación de libertad dispuesto por la autoridad, la persona deberá ser informada por el aprehensor, con expresión clara de los cargos que se le formulan, dentro de las veinticuatro horas de producida la privación de la libertad.”*

En el Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley No. 17.823 del 7.9.2004) se establece que en la causa de un menor de edad en la que se impute la comisión de una infracción a la ley penal, la Sentencia que dicte el Juez deberá *“ser redactada de un modo breve y claro para que pueda ser comprendida en todas sus partes por el adolescente imputado”*.

Cabe resaltar la satisfacción de haber encontrado, al consultar jurisprudencia de la Provincia del Chubut, un temperamento afín a lo señalado, en tanto se dispone que *“La motivación debe ser clara, de modo que el pensamiento del juzgador sea aprehensible, susceptible de comprensión y examen, no deje lugar a dudas sobre las ideas que se expresen. Los jueces -se ha dicho- deben expedirse en lenguaje llano que permita la clara expresión de su pensamiento para que éste pueda ser aquilatado y comprendido aun por los legos.”* (7)

### La claridad del lenguaje ¿afecta la precisión de los conceptos?.

Es cierto y valorable el reconocimiento al vínculo entre el lenguaje natural y los enunciados normativos.

Es destacable pues que en fallos judiciales se resalte esta circunstancia y que se afirme por ejemplo que *“..... no debe ser vista como una característica que inferioriza a la disciplina jurídica frente a otras que ostentan la especificidad de un lenguaje altamente formalizado. El lenguaje se hace necesario en vista de que él o los sujetos normativos puedan ajustar su comportamiento a las conductas constitutivas del deber jurídico, pudiendo aprehender el significado de las formulaciones lingüísticas a través de las cuales son expresadas las normas. Que el derecho se maneje con el lenguaje natural, no implica que los términos que en él se usen no tengan un significado preciso. ....”* (8)

No obstante, también puede advertirse que si bien el lenguaje jurídico se tecnifica cada vez más en beneficio de su rigor científico, corre el riesgo de perjudicar la com-

prensión general de las personas. Al tecnificarse puede apartarse -y se aparta en realidad- cada vez más del lenguaje corriente, siendo más grave aún cuando el nivel de instrucción general se deteriora.

Cada vocablo va logrando en la ciencia del Derecho o en alguna de sus ramas una acepción cada vez más precisa. (De los cientos de ejemplos mencionamos apenas algunos: caducidad, prescripción, carga, fraude, subordinación laboral). A la vez, ciertos vocablos modifican sus acepciones en forma simultánea o asincrónica, armónica o disociadamente con respecto al ritmo y tendencias del lenguaje y la cultura de una localidad o nación (puede ocurrir con lo que se entiende por “buen padre de familia”, “diligencia debida”, “corregir moderada” o “adecuadamente”, “sustancia adictiva”, etc., etc).

A propósito de las interpretaciones que surgen de las normas jurídicas recordamos a un distinguido docente uruguayo que reflexionaba acerca del peligro de engendrar una aristocracia intelectual dentro de un sistema democrático republicano. Decía: “En países de sufragio universal como los nuestros, la Nación entera -no tan sólo los juristas- tienen el derecho de conocer y entender sus leyes, porque éstas son dictadas en nombre de la Nación.” Concluía entonces: “Para que un instituto jurídico sea un elemento de la actividad social, es menester que exprese el pensamiento de la sociedad y que su estructura sea lo suficientemente clara, para ser accesible a todos.” Finalizaba haciendo propias las expresiones de Montesquieu: “Las leyes deben ser entendidas por la razón simple de un padre de familia.” (9)

En este escenario cambiante, a veces claramente evolutivo y en otros errático, cada individuo puede leer sin entender, o entender sin comprender el alcance de lo que se expresa y, por ende, actuar sin saber claramente las derivaciones que podría acarrear su accionar. Quien realmente queriendo conocer no conoce, sentirá injusta la consecuencia que se le atribuye a sus actos. Por otra parte quien adjudica responsabilidad, imputa a quien no supo la responsabilidad por no haber

4.- Condorcet. “Memoria.....” Ob. Citada, pag. 108.

5.- Caso Marchegiani. Sentencia 364/1988 de la Corte Costituzionale Italiana (www.corte4costituzionale.it)

6.- Respecto del tema ignorancia de la ley,

es destacable la “lectio” titulada “Algunas reflexiones sobre la ignorancia”; dictada por el Prof. Dr. Ernesto Garzón Valdés (publicada en “Filosofía, Política y Derecho”, de Univ. De Valencia 2002, pag. 245 y ss.)

7.- S. Roger, jurisprudencia en Materia

Procesal STU0, del 15.5.2002 Causa 000A Tipo 000011, sitio consultado www.juschubut.guv.ar.

8.- S Di Nardo, en materia Constitucional, relativo a Lenguaje (Alcances-Orden Jurídico-) Sumario 07653 MFN 04274, sitio:

www.juschubut.guv.ar.

9.- Prunell, J.A. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Tomo XIII No. 3 pag. 337 y siguientes a propósito de “Algunos aspectos de la porción conyugal”.

comprendido previamente lo que no debía hacer. ¿Cómo resolver este conflicto frente a lo que, a veces, es un débil y falaz argumento y, en otras, puede llegar a conmover al magistrado por constituir una dolorosa realidad?

¿Será que la claridad de los conceptos puede ir acompañada de claridad en el lenguaje?

Entendemos que es posible. No se pierde la precisión por tender “puentes” de comprensión entre quien conoce el lenguaje técnico y debe acercarlo a quien lo desconoce. Es más, en el resultado social, se jerarquiza la función del juez, del legislador, del jurista o del operador o auxiliar de derecho, en general.

Es natural valorar el esmero y respeto ante la explicación y frente a quien nos facilitó el entendimiento. La siente un hijo frente a un padre que enseña, un estudiante frente a un docente que esclarece un punto y evalúa constructivamente. Se siente ante un médico cuando abre a nuestro entendimiento un diagnóstico o ante un investigador que recurre a una analogía acertada para explicar fenómenos biológicos como la “cadena” del DNA y su “rotura” o realidades ambientales como el “calentamiento global” y el “efecto invernadero”.

Es razonable pues promover el conocimiento, tendiendo puentes de comprensión y de explicación. Se trata de una tarea que compete a unos y a otros, tribunales, legisladores, auxiliares de justicia, justiciables y sus patrocinantes. Involucra a cada integrante del tejido social y la sociedad toda, promoviendo en cada caso una actuación responsable. (10)

Hay ejemplos en el derecho positivo de este temperamento que defiende el efectivo conocimiento por parte del destinatario de las normas o los dictámenes. Es muy claro en materia de derechos del consumidor, en donde se exige que los términos en los que se oferta servicios y bienes se expresen en la lengua del país, en forma clara, en contenidos suficientes, de modo veraz y no engañoso. (11)

Cabe preguntarse la relevancia que puedan tener la forma y el estilo del lenguaje jurídico aplicado en la formación del concepto que deben merecer la Justicia y los operadores de Derecho (desde el más encumbrado jurista al funcionario de justicia que inicia su carrera administrativa) y la significación que esta tendencia puede representar si se evidencia con firmeza y crecientes grados de superación. Se trata de resolver positivamente el dilema de cómo ubicarse frente a una brecha cada vez mayor entre el lenguaje técnico y el lenguaje corriente y entre un saber específico y la cultura media de una sociedad. Consiste en tender un puente ágil y claramente transitable de comunicación clara, respetuosa, explicativa y formativa. Esto supone el compromiso ético de revisar cotidianamente nuestra conducta en la actuación profesional, en el consultorio, en la oficina, en el Tribunal, sea ante el dictado de un decreto de trámite o una sentencia definitiva, la formulación de un petitorio de diligenciamiento o la interposición de un recurso en audiencia. (¿Se comprendió? ¿Fuimos claros? ¿Podemos serlo más aun?) Se trataría de una revisión fundada en el respeto

hacia quienes, siendo legos o letrados, son razón de ser del Derecho y destinatarios de las prestaciones de la Justicia.

#### **Auditando por sí y ante sí el lenguaje en el foro.**

Por no resultarnos extraño este problema y sus dificultades es que nos planteamos las consideraciones que anteceden.

Podríamos preguntarnos cuántas veces acudimos a un lenguaje difícil, cerrado u oscuro para los justiciables al elaborar documentos jurídicos y escoger nuestras expresiones en audiencia. Aparecen términos arcaicos así como vocablos y expresiones latinas, francesas, sajonas, italianas, alemanas, neologismos diversos, etc. ¿Cuántos se hacen rindiendo homenaje a la precisión del tema y cuántas son tributo al *snobismo*, comodidad o a una rutina inconsciente? En este escenario se enfrentan la tendencia a la democratización del lenguaje y el entendimiento respecto de la aristocracia del conocimiento. Cabe preguntarnos pues si -con o sin intención- hacemos accesible nuestro pensamiento o resulta inaccesible el lenguaje utilizado, tornándolo una barrera difícil de franquear.

Hemos expresado en las aulas de Técnica Forense en la Universidad de la República del Uruguay que un profesional al formarse desarrolla un lenguaje formalizado, técnico – jurídico. Lo necesita para trabajar en su disciplina, precisando conceptos, vinculando saberes, estableciendo líneas de entendimiento entre técnicos.

Eso es cierto y comprensible.

Pero no debemos olvidar que el justiciable, el administrado, el cliente, el apoderado, el habitante en general (no nos excluimos nosotros mismos), habla otro lenguaje. No está él -o ella- obligado a conocer nuestro lenguaje técnico. Por ello lo debemos instruir sobre términos que podrán utilizarse para definir una situación jurídica o diagnosticar con especificidad acerca de un suceso jurídico que él presenciara o a él le atañe y explicar en términos claros y llanos lo que acontece o podrá acontecer en el asunto.

¿Cómo explicar un diagnóstico y posicionamiento jurídico en términos accesibles? ¿Cómo ilustrar a un cliente acerca de los pasos de una actuación en audiencia? ¿Cómo dirigirse e interrogar a un testigo? ¿Cómo prestar servicio de justicia frente a un justiciable lego? Parece constructivo reiterar -a sí mismo- estar preguntas en el correr del desempeño de una profesión y al evaluar cada gestión.

Debemos demostrar nuestra capacitación “bilingüe”, pudiendo traducir a términos comprensibles los que puedan haber emanado de hondas cavilaciones o exhaustivos relevamientos de doctrina y jurisprudencia, no exentos de tecnicismos jurídicos.

Simplificar el lenguaje, cuando se siente que es necesario, es un tributo al régimen republicano. Defender este temperamento es un deber democrático; reflexionar sobre esto lo consideramos un deber jurídico y un digno servicio en pro del mejoramiento creciente de la Justicia.

10.- “El conocimiento de las consecuencias que acarrea un accionar propicia el nacimiento de una responsabilidad. Claro que estar informado no es lo mismo que “saber” o

poseer el conocimiento. Pero sí es importante destacar que es responsabilidad del individuo en la sociedad estar informado para saber, y de la sociedad, facilitar los mecanismos

de información y de adquisición de los conocimientos habilitantes para que pueda, cada ser humano, cumplir con su derecho-deber de conocer las normas”. Las nuevas fronteras....” (Ob. Cit.)

11.- Es así en la ley uruguaya de regulación de relaciones de consumo No. 17.250 de 11.8.2000, en su artículo 6to., literales “c” y “d”.



# El Reporte

## LA OFICINA JUDICIAL: “LA GESTIÓN DEL NUEVO PROCESO PENAL”

POR LOS DRES. MARCELO F. NIETO DI BIASE Y RODOLFO D. BARROSO GRIFFITHS,  
DIRECTORES DE LAS OFICINAS JUDICIALES DE TRELEW Y ESQUEL (CHUBUT), RESPECTIVAMENTE.

### I) Introducción

En fecha 12 de mayo de 2006, representantes de los tres poderes del Estado suscribieron un acuerdo para la reforma procesal y orgánica de la Justicia, en procura de una mejora del servicio de justicia. Este pacto de Estado alcanzó al proceso civil y al penal.

En orden al proceso penal, se buscó concretar las exigencias constitucionales devenidas de la convención constituyente de 1994.

Como consecuencia de este acuerdo se sancionó el nuevo Código Procesal Penal, Ley XV 9 (ex 5.478 - Boletín Oficial del 05/05/06), habiéndose dispuesto su entrada en vigencia para el 31 de agosto de 2006, haciéndolo efectivamente en fecha 31 de octubre de 2006 (prórroga por Ley 5.518).

El nuevo ordenamiento procesal acogió el sistema acusatorio adversarial para el enjuiciamiento criminal y cambió radicalmente la metodología para la toma de decisiones jurisdiccionales. Se eliminó el expediente escrito como sistema de intercambio de la información para la decisión del Juez, por el marco de la audiencia oral y pública.

En lo referido a la organización de la judicatura, siguiendo el espíritu del “Código Maier”<sup>1</sup>, se optó por un diseño parcialmente horizontal, existiendo dos Colegios de Jueces: el de Jueces Penales y el de Jueces de Cámara en lo Penal.<sup>2</sup>

Con estos cambios profundos, no podía soslayarse la necesidad del cambio a nivel de gestión del sistema, pues hay un correlato directo entre oralidad como método y estructura administrativa como soporte.

Es por ello que la gestión judicial

quedó en manos de un nuevo organismo, la oficina judicial, cuya competencia se estableció en el artículo 75 del Código Procesal Penal (CPP), primer párrafo: “*El juez o tribunal y las partes serán asistidos por una Oficina Judicial. Al director o jefe de la misma le corresponderá como función propia, sin perjuicio de las facultades e intervención de los jueces previstas por este Código, organizar las audiencias y el debate, dictar las resoluciones de mero trámite, ordenar las comunicaciones, disponer la custodia de objetos secuestrados, llevar al día los registros y estadísticas, dirigir al personal auxiliar, informar a las partes y colaborar en todos los trabajos materiales que el juez o el tribunal le indique*”.

Sin embargo la norma adjetiva no se limitó solo a decir cuál era la competencia de la oficina judicial, sino que sentó dos principios fundamentales que denotan la envergadura del cambio pretendido en la nueva gestión, a saber:

a) *Separación de funciones.* Las funciones administrativas se encuentran a cargo de la oficina judicial y las funciones jurisdiccionales en manos de los jueces (Art. 75 CPP).

b) *Prohibición de delegación jurisdiccional.* El juez no puede delegar su función jurisdiccional (Art. 16 y 75 CPP).

Entonces, a la par del cambio profundo al sistema de enjuiciamiento criminal implementado, la gestión y la estructura organizacional tuvo cambios radicales que han estado a cargo de las oficinas judiciales.

Consideramos de interés explicar las exigencias de ese cambio, los problemas de implementación que

existieron, y que en menor medida aún persisten sobre la base de la resistencia de la cultura organizacional tradicional, y como es el diseño de una oficina judicial.

### II) Las oficinas judiciales. Las exigencias a la nueva gestión y las condiciones imprescindibles para su implementación

La adopción del sistema de audiencias orales, públicas y contradictorias para la toma de decisiones jurisdiccionales, trajo consigo la necesidad de cambiar radicalmente la administración de los tribunales. Ya no se trata de organizar el trabajo en torno a un proceso escrito, sino de establecer un proceso laboral en torno a la efectiva realización de las audiencias.

La Oficina Judicial, entonces, debía desarrollar e implementar una forma de organización y funcionamiento de los Tribunales que se correspondiera con la filosofía de un proceso acusatorio, adversarial en el litigio, y con oralidad en todas sus etapas.

Implementar la transformación del modelo de gestión hacia el interior del sistema no fue ni es sencillo, pues no puede soslayarse que la instalación de un modelo de gestión profesional debe hacerse en el marco de un servicio de justicia que “respira” cultura inquisitiva. No solo es la organización del trabajo, sino las estructuras edilicias, la capacitación de los empleados, la informática, las escasas estadísticas existentes, las relaciones con las demás instituciones vinculadas al proceso penal, etc.

En este estado de situación, el proceso de implementación de la oficina judicial como administrador de

los aspectos de gestión que el proceso penal demandaba, exigió un previo diagnóstico para conocer el punto de partida, como asimismo, efectuar una planificación al corto, mediano y largo plazo.

El diagnóstico inicial nos reveló que no existía un modelo comparativo en nuestro país de donde nutrirnos; que era necesaria una nueva política en recursos humanos; que existían importantes limitaciones en las estructuras edilicias; que se carecía de un sistema informático integral y que había una falta de concientización sobre el alcance de la reforma.

Decidimos, entonces, planificar el desarrollo de la gestión a través de un plan estratégico, que es una herramienta para delinear una orientación de largo plazo y un marco operativo a corto plazo. Pero, para diseñar, implementar y planificar el nuevo sistema de gestión hubo que tener en claro lo siguiente: ¿de donde partimos?, ¿hacia donde vamos?.

Partimos de una cultura de organización administrativa en donde la metodología para la toma de decisiones era sobre la base de un expediente escrito, por lo que el énfasis estaba puesto en el proceso de recolección de la información que luego era agregado metódicamente a ese expediente.

Nos dirigimos a un proceso donde el énfasis está puesto en la eficiencia y la eficacia del sistema de producción de audiencias orales, dando importancia a la efectiva realización de las audiencias programadas.

La conclusión arribada es que no se podía hacer funcionar el nuevo sistema de gestión con la lógica del proceso de gestión administrativa del expediente escrito. Había que rediseñar todo el sistema, dado que,

<sup>1</sup> Por Ley 4.566, año 1999, se aprueba el Código elaborado por el Dr. Maier, el que estuvo en vacancia legislativa año tras año hasta que fue derogado por la Ley 5.478 (nuevo CPP).

<sup>2</sup> Ver Ley VN° 127.

como dijimos, hay un correlato directo entre oralidad, como método, y estructura administrativa, como soporte.

### La gestión y la separación de funciones administrativas y jurisdiccionales:

En este rediseño y puesta en marcha de una gestión profesional del sistema existe una condición imprescindible de la que mucho se ha escrito, dice o pregona, y que en los hechos resulta ser, sin hesitación alguna, uno de los mayores obstáculos que debe sortearse. Nos referimos a la separación absoluta de la función administrativa de la función jurisdiccional.

Este deslinde no se refiere a fulminar de una vez para siempre la perniciosa delegación de la función jurisdiccional, consustancial con el procedimiento escrito del inquisitivo, pues de ello se encarga el sistema de audiencias. De lo que hablamos, es sobre la resistencia cultural que existe en la judicatura -por cierto a la fecha con muchos menos sostenedores- de abandonar definitivamente las funciones administrativas que se le detraen a partir de la creación de la oficina judicial.

Históricamente los jueces fueron proclives a delegar sus funciones propias (jurisdiccionales) a sus asistentes, quienes elaboraban proyectos de resoluciones y sentencia, las que luego eran tradicionalmente revisadas por el secretario del juzgado, hasta llegar a la firma del juez. Pero, la resistencia surge de resignar aquellas funciones que no le son esencialmente propias (administrativas), creando una resistencia al cambio desde el interior del sistema.<sup>3</sup>

La cuestión a definir es ¿como puede asegurarse sin condicionamiento alguno de la jurisdicción, una gestión administrativa judicial autónoma regida por los postulados de la eficiencia y la eficacia?

En nuestra opinión, dos son las definiciones centrales que deberían adoptarse al respecto: **a)** el deslinde legal de la competencia de la Oficina Judicial; y, **b)** resolver la competencia en la fijación de la política de gestión y supervisión.

En lo referido a la competencia de

la oficina judicial (**a**), la misma tiene sus atribuciones determinadas en el artículo 75 del CPP, siendo tres las principales: organizar las audiencias; dirigir al personal y llevar las estadísticas.

En lo referido a la atribución de fijar la política de gestión y el control de supervisión (**b**), se ha optado por el sistema conforme el cuál tal atribución es asumida como una función propia del Poder Judicial, resultando que el ejercicio de la supervisión está a cargo del estamento judicial superior, Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia. Se ha dejado de lado, entonces, la figura de un Juez Presidente del Tribunal, el juez administrativo, como actualmente se prevé en el anteproyecto de la provincia de Santa Fe.

Somos de la opinión que en un cambio cultural tan profundo del sistema de gestión, resulta por demás inconveniente la existencia de un juez administrativo con injerencia en la fijación de la política de gestión, dado que la ausencia de ese juez posibilita que la misma quede exenta de los *atributos de rigor legal que los jueces atribuyen a su tarea jurisdiccional*.<sup>4</sup>

Adoptar un modelo con la figura del juez presidente, además, resultaría una contradicción propia del sistema. Si se pretende escindir la función administrativa del juez, designar un juez administrador, sería “encubrir” el sostenimiento de la función administrativa a cargo de los jueces, más allá de atentar contra dos temas centrales: el control de la agenda judicial y la dirección del personal auxiliar. En los Estados que se adoptó este modelo, si bien la experiencia es aún reciente, *son comunes las fricciones y, más aún, una excesiva subordinación de los criterios técnicos de los administradores al parecer –y a veces la conveniencia- de los jueces*.<sup>5</sup>

El modelo adoptado por nuestro Poder Judicial, con la dependencia directa de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, posibilita dotar al director de la Oficina Judicial de mayor autonomía en la toma de decisiones, porque es este quien cuenta con mejor calidad de información y porque su ámbito de labor son los temas concretos de gestión. El director es quién puede y

debe efectuar los ajustes que sean necesarios en el funcionamiento del sistema, priorizando un diseño flexible y con el objetivo puesto en la eficiencia de los resultados, sin perjuicio de las coordinaciones necesarias con los Colegios de Jueces.

### La gestión y la organización horizontal de la judicatura:

En materia de gestión ¿qué importancia tiene el diseño horizontal donde todos son competentes? La desaparición de la verticalidad elimina, por contradicción lógica, el concepto de la subrogancia y ello posibilita a la gestión seleccionar el o los jueces disponibles para atender los requerimientos de audiencias, conforme a un régimen de selección proporcional.

Los criterios de selección de jueces integran la planificación del trabajo de la oficina judicial siguiendo la máxima que toda demanda de jurisdicción debe ser atendida con la mayor celeridad y eficacia posible. La planificación de la selección, en términos más precisos, la organización del trabajo de los jueces, está a cargo de la oficina.

Es aquí donde quizás la autonomía de la gestión ante la jurisdicción se muestra en todo su esplendor. Es claro que el proceso de reforma trae aparejado un cambio sideral para el juez no solo desde el punto de vista de la metodología para la toma de decisiones -el más importante sin dudas-, sino también en el aspecto de la administración de sus tiempos versus la productividad.

La reducción de los plazos del proceso, y como lograr una respuesta permanente del servicio de justicia, han sido objetivos centrales del pacto de Estado mencionado al principio del presente trabajo, y esto no puede, ni debe, pasar desapercibido para los responsables de la gestión.

### III) La gestión amenazada y la contrarreforma

Con la incorporación de la oficina judicial como nuevo operador en el fuero penal se generó una reestructuración de las funciones a cargo de los distintos estamentos existentes.

Podemos decir, sin temor a

equivocarnos, que la reforma procesal y de gestión, tuvo, tiene y tendrá detractores, por acción u omisión. Esta es la contrarreforma. Sus operadores están tanto en el interior como en el exterior del servicio de justicia, propio de principios arraigados a la cultura inquisitiva.

La existencia de este proceso negativo debe ser siempre esperado, como una reacción natural, por ello es muy importante detectarlo a tiempo.

De la información comparativa, obtenida de los distintos órganos administrativos de la provincia, y en lo referente al proceso de gestión, una parte importante de las amenazas identificadas reconocen origen en la cultura inquisitiva, siendo éstas:

#### a) Escrituración vs. Publicidad.

Si bien es cierto que en el nuevo sistema siguen existiendo resoluciones escritas, la amenaza para la gestión se hace presente cuando se pretende imponer esta metodología para la toma de decisiones, con el inconveniente de poder transformarse, en una posible delegación de funciones jurisdiccionales sobre el personal administrativo. Todo ello, en desmedro de las funciones propias que la normativa vigente exige realizar a las Oficinas Judiciales.

**b) La amenaza del manejo de la agenda judicial.** Cuestión central del proceso de contrarreforma es la relacionada con el manejo de la agenda judicial. Resulta esencial tener en cuenta que la disponibilidad de los jueces es el recurso más valioso. Se trata entonces de administrar eficiente y eficazmente el tiempo del juez, y ello tiene que ver con el manejo de la agenda judicial.

La adopción del sistema de audiencias orales requiere el cumplimiento de determinadas condiciones para el correcto desarrollo de la actividad, como ser la observancia de los horarios, agilizar el sistema de notificaciones, coordinación de la agenda, etc., evaluándose periódicamente los criterios fijados con una adecuada información estadística.

Las amenazas enfrentadas se relacionan con la pretensión de tener injerencia en los criterios de programación, especialmente para los debates; las suspensiones de audiencias a causa de cambios de

3 Cfr. “VARGAS VIANCOS, Juan Enrique: “Herramientas para el diseño de despachos judiciales”. Centro de Estudios

de Justicia de las Américas (CEJA).  
4 Fucito, Felipe, en Gestión Social de

calidad en la Justicia – Humberto Quiroga Lavié – La Ley, pág. VII.

5 Documento CEJA. “Exigencias administrativas de la oralidad”

critérios; inasistencia de alguna parte; excesos de cuartos intermedios; dilaciones para días posteriores de resoluciones jurisdiccionales; entre otras.

**c) Injerencias sobre funciones administrativas.** Las amenazas provienen desde lo interno de la judicatura, como desde lo externo. **En el plano interno** se identifica con la inobservancia por parte de algunos magistrados de la separación de funciones jurisdiccionales y administrativas. **En el plano externo** se identifica con la no consideración del resto de los operadores e instituciones vinculadas al proceso penal (por ej. ministerios públicos, abogados particulares, colegios de abogados, instituciones policiales, magistrados y secretarios ofiциantes de otras jurisdicciones -ley 22.172-, etc.), de la autoridad de los directores como responsable de las decisiones en el plano de la gestión; sin perjuicio de reconocer que a través de la toma de conciencia de las funciones y autonomía de las oficinas judiciales, existe, en los últimos tiempos, una mejora notable en este punto.

En el plano interno hay que destacar, a raíz de la demostración de las bonanzas del nuevo sistema y de la existencia de niveles de coordinación mínima entre los jueces penales y directores de las oficinas judiciales, que las injerencias se encuentran en un franco proceso de retroceso.

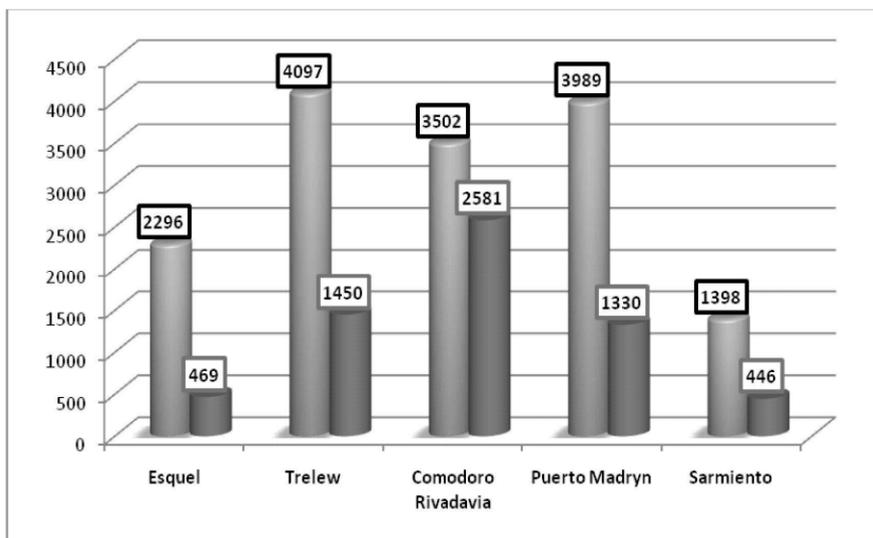
**c) Reformas legales al código procesal.** Este punto tiene el agravante de que muchas veces es blandida por los propios operadores del sistema.

El Código Procesal Penal tuvo dos reformas (leyes 5.593 y 5.817). Esta última ha tenido un impacto negativo en la gestión, al modificar el límite del proceso hasta el cuál era factible la presentación del acuerdo de juicio abreviado y la solicitud de conceder el beneficio de la suspensión del juicio a prueba. Antes el límite estaba dado por la audiencia preliminar; luego de la nueva ley, se extendió hasta la realización del debate. Como simple conclusión, queda claro que se programan debates, sin saber si efectivamente se realizarán, pues, hasta momentos antes de su inicio pueden darse los supuestos anteriores, generando con ello un dispendio innecesario de recursos.

**IV) La reforma a través de algunos datos estadísticos**

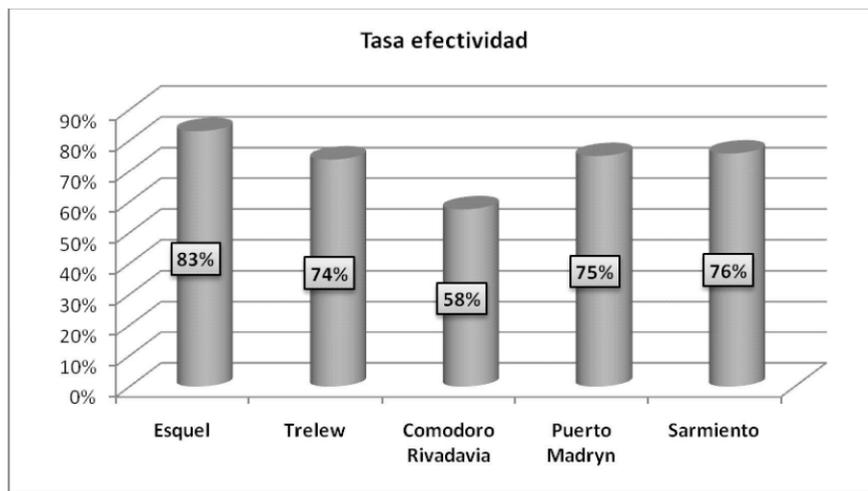
A casi tres años de la reforma procesal penal, teniendo en consideración los datos que nos provee el sistema de gestión SKUA, realizado por la Secretaría de Informática Jurídica del Superior Tribunal de Justicia con el aporte de algunos directores de Oficinas Judiciales, se pueden obtener distintos parámetros comparativos, a los fines de ilustrar los alcances operados en el marco del nuevo procedimiento.

Así, podemos detallar:



**Grafico nro. 1 – audiencias realizadas**  
PERIODO OCT/2006 – AGO/2009

Se observa el número de audiencias realizadas (columna izquierda) y



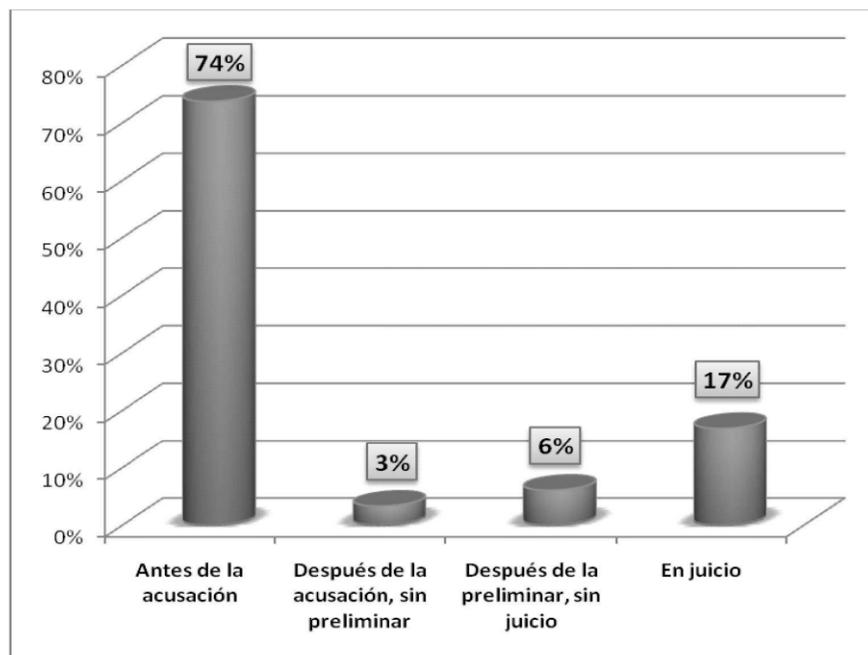
audiencias no realizadas (columna derecha), en las distintas circunscripciones.

**Grafico nro. 2 – Tasa de efectividad de audiencias**  
PERIODO OCT/2006 – AGO/2009

Aquí se demuestra la tasa de efectividad de audiencia (porcentaje de audiencias realizadas por sobre audiencias no realizadas).

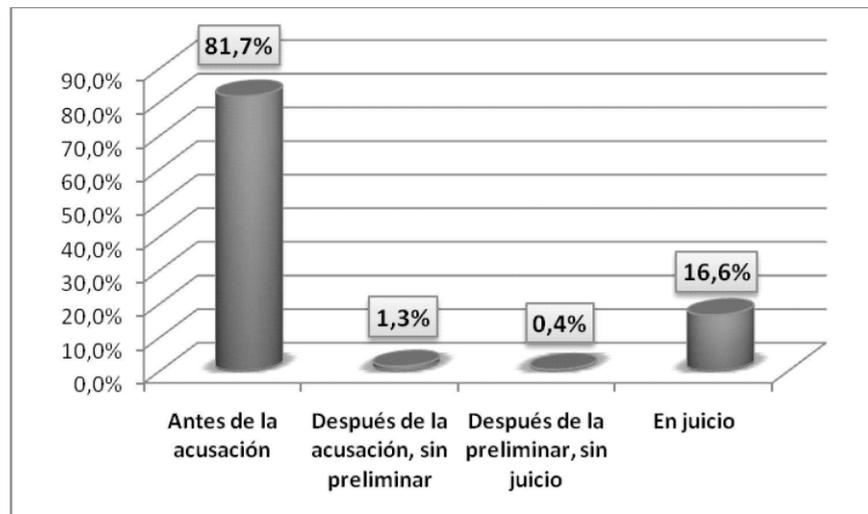
La importancia de éste gráfico radica en que la improductividad del sistema (porcentaje de audiencias NO realizadas) no es un dato imputable exclusivamente a las oficinas judiciales, sino que expresa la improductividad del sistema en su conjunto, esto es: judicatura; oficina judicial; ministerios públicos; demás partes; policía; etc..

Sin perjuicio de ello, se ha intentado avanzar, en el último tiempo, desde las oficinas judiciales de Esquel y Trelew, en procurar aumentar la tasa descrita, aunado al esfuerzo manifiesto de los jueces penales consustanciados con el cambio.

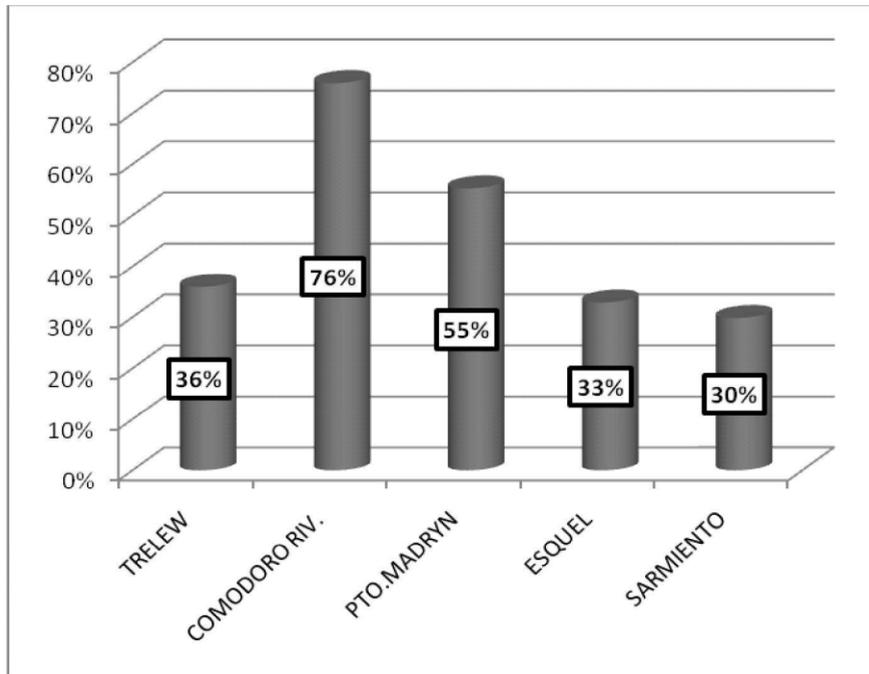


**Grafico nro. 3 – Momento de finalización del trámite**

- a) TRELEW
- b) ESQUEL



Si se tiene en consideración que el plazo máximo establecido por ley (art. 282 CPP) para la etapa preparatoria es de seis meses, sin perjuicio de las prórrogas, puede concluirse que el 74 % de las carpetas archivadas en la oficina judicial de Trelew, y el 81.7 %, en el caso de Esquel, han concluido en un plazo menor al citado, lo cual demuestra la celeridad del nuevo proceso penal.



**GRAFICO Nro. 4 – PORCENTAJE DE CARPETAS EN TRAMITE**

El presente gráfico muestra el porcentaje de carpetas en trámite en las distintas oficinas judiciales, el cual surge de la cantidad de carpetas en trámite por sobre el total de las mismas.

#### V) Diagnóstico: Lo que se hizo y lo que aún falta realizar.

Podemos concluir que, próximos a cumplir tres años de la reforma procesal penal, los resultados operados permiten ser optimistas.

Muchos han sido los cambios efectuados en este breve periodo, como por ejemplo: definición de procesos de trabajo; división de roles; asignación de competencias operativas; y aprobación de organigramas internos con sus funciones.

Para todo ello, hubo que efectuar un abordaje planificado de diversas cuestiones imprescindibles, como ser: el traspaso de personal y su capacitación; la modificación de estructuras edilicias; el desarrollo un sistema de gestión informático; la elaboración y análisis de datos estadísticos para la toma de decisiones; el establecimiento de relaciones con las instituciones vinculadas al sistema penal, etc.

Esta planificación nació dentro de un núcleo rodeado de conceptos propios del sistema inquisitivo, por lo que en sus inicios, hasta pasado los dos primeros años, encontró importantes resistencias de los demás

operadores, que se contraponían a los avances del nuevo organismo judicial.

Sin embargo, autocrítica mediante, el grado de desarrollo de las distintas oficinas en la provincia, no es el mismo. Las oficinas de Sarmiento, Trelew y Esquel, muestran que los procesos de trabajos implementados, en líneas generales, son semejantes, con resultados positivos. Ello, sin perjuicio de la necesidad de una mejora continua. En cambio, en los casos de Puerto Madryn y Comodoro Rivadavia, la situación es distinta, basada en factores diversos.

En procura de lograr un grado de desarrollo uniforme, desde lo funcional y lo orgánico, a instancia de los autores de éste artículo y con la colaboración de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia y de la Escuela de Capacitación Judicial, promovimos la organización del “I Taller Provincial de Oficinas Judiciales”, realizado en el mes de agosto próximo pasado, y que continuará, en el mes de diciembre de 2009, con el II Taller Provincial a realizarse en la ciudad de Comodoro Rivadavia.

Todavía existen innumerables procesos a desarrollar y cambios que realizar en los organismos administrativos a nuestro cargo, como así también un número

importante de detractores que deben entender y adaptarse al cambio.

En referencia a esto último, en parte de los operadores del sistema resta aún asumir que las oficinas judiciales llegaron para quedarse, y que por ello debe serle reconocido su lugar en el marco del proceso penal.

En este cuadro de situación, uno de los roles más importantes que debemos asumir los directores de las oficinas judiciales radica en tener habilidad de reconocer el cambio en toda su extensión, como la capacidad para diseñar nuevas estrategias, a fin de lograr un sistema de audiencias efectivamente realizable y sustentable en el tiempo.

Actualmente buscamos profesionalizar la gestión, para lo cual el rediseño de procesos y su estandarización resultan fundamentales.

En ese marco, resulta necesario un marco normativo regulatorio, como reglamento central, que establezca las distintas funciones de las Oficinas Judiciales, conjuntamente con definir la categoría necesaria para cada uno de los cargos administrativos internos.

Sumado a ello, deviene necesaria la creación de un cuerpo que reúna a los distintos responsables de las oficinas judiciales de la provincia, que tenga por fin crear un espacio apto para la planificación estratégica, uniformar criterios, y el dictado de disposiciones que interese a los asuntos comunes y particulares; los que incidan, en definitiva, en una optimización de los recursos, mejorando la eficiencia y eficacia del servicio de justicia, como así también, ser órgano asesor en materia de gerenciamiento de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia.

Para lograr consolidar definitivamente la gestión, el camino a recorrer incluye desarrollar una política comunicacional; seguir con el proceso de incorporación de nuevas tecnologías, y en ello lograr un sistema informático interconectado con los ministerios públicos; desarrollar un manual de trabajo; establecer una nueva política en materia de recursos humanos estableciendo un plan de carrera acorde al cambio operado; y, principalmente, que se efectúen auditorías internas y/o externas al trabajo de nuestras oficinas.

Por último, resulta conveniente integrar en el sistema de gestión a las Cámaras en lo Penal; como así también, el definitivo traspaso de los recursos personales, desde las mismas hacia las Oficinas Judiciales, a fin de consolidar la reforma procesal en el ámbito administrativo, imitando

el ejemplo dado por la Circunscripción Judicial de Esquel, en ese sentido.

#### VI) Conclusión. Adopción de las Políticas de Estado para el Poder Judicial, pregonadas desde la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Es nuestra conclusión que el proceso de transformar el Poder Judicial a través de la gestión exige diseñar una nueva ideología de la burocracia judicial y plena autonomía para la ejecución de las políticas generales adoptadas. Esto es lo que posibilita la profesionalización de la función administrativa.

En el campo de los dos principios fundamentales que aludimos al inicio, podemos decir que la prohibición de delegación jurisdiccional (Arts. 16 y 75 del C.P.P.) no se refiere exclusivamente al juez, sino que es una prohibición de doble sentido, el juez no puede delegar ni el director de la oficina judicial puede permitir la misma.

En lo relativo a la efectiva separación de las funciones administrativas y jurisdiccionales (art. 75 del C.P.P.), de manera alguna implica inexistencia de niveles de coordinación entre estos dos ámbitos. Muy por el contrario, de lo que se trata es de conjugar lo administrativo con lo jurisdiccional para cumplir la máxima de nuestro preámbulo, “afianzar la justicia”.

Es clarísimo que existe una directa vinculación entre gestión y modelo procesal y que por ende debe trabajarse conjuntamente la reforma del procedimiento penal y la gestión de ese sistema. Si esto último no es visto con el mismo grado de importancia que la reforma legislativa, difícilmente se produzcan en toda su dimensión los resultados que se buscan con el cambio de procedimiento.

Terminando, consideramos necesario destacar que en nuestra provincia se están implementando las políticas de estado que en materia de gestión para el Poder Judicial enunciara en el año 2007, en el marco del II Congreso Nacional de Jueces realizado en Salta durante los días 6 y 7 de septiembre, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, y que fueran plasmada en un documento titulado “Políticas de Estado para el Poder Judicial”<sup>6</sup>, al cual nos remitimos.

Las oficinas judiciales tienen mucho que aportar en la mejora del servicio de justicia, demanda justa de una sociedad que pide a gritos revertir la crisis de confianza en que estamos inmersos. A ella nos debemos.

## DOLO DIVERSO ENTRE COAUTORES DE UN DELITO DE RESULTADO

POR MARÍA CAROLINA ARRIGONE

ABOGADA. RELATORA LETRADA DE LA SALA PENAL DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT.

### I. Introducción

La Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, el día 7 de septiembre del año 2006, se pronunció en la causa caratulada "Meza, Armando O. s/ recurso de casación"<sup>1</sup> a consecuencia de los remedios deducidos por el letrado apoderado del actor civil, el representante del Ministerio Público Fiscal y los letrados defensores de los procesados Meza, Baccone y Artigas Dos Santos.

Los hechos juzgados fueron los siguientes: "A la salida de un banco dos de los imputados interceptaron a una pareja que había extraído dinero, con el fin de robarles. Ante la resistencia opuesta por una de las víctimas, que comenzó a gritar en la calle, uno de los encartados le ordenó al otro que le disparara, orden que acató, por lo que provocó la muerte de uno de los damnificados. Luego, escaparon del lugar en una motocicleta conducida por un tercero que los estaba esperando".

El Tribunal Oral en lo Criminal N° 7 de la Capital Federal, condenó por el delito de robo con resultado mortal, en calidad de autor, a quien efectuó el disparo, y en calidad de instigador, a quien dio la orden (artículo 45 y 165 del Código Penal). Al mismo tiempo, condenó por el delito de robo con armas, en calidad de coautores (artículo 45 y 166, inciso 2° del ordenamiento sustantivo), a los tres sujetos que intervinieron en el hecho, y solidariamente a los imputados y a la entidad bancaria a pagar una indemnización a la víctima sobreviviente por los daños y perjuicios derivados del robo.

La Cámara de Casación Penal modificó parcialmente la sentencia y recalificó el hecho, por lo que condenó a Armando Oscar Meza, Matías Leonardo Baccone y José Artigas Dos Santos, como coautores

del delito de homicidio "crimínis causae", en concurso real con robo agravado por el uso de armas, a la pena de prisión perpetua (artículos arts. 45, 55, 80 inciso 7° y 166, inciso 2° del Código Penal).

Llaman mucho la atención los fundamentos dados por el tribunal revisor para modificar el encuadre legal que el a quo dio a la sentencia, fundamentalmente aquellos utilizados para responsabilizar por el delito de homicidio agravado, en calidad de coautor, al tercer imputado, que se encontraba apostado en cercanías del lugar, al comando de una moto, con la finalidad de facilitar la huída de sus consortes de causa.

La Jueza Capolupo de Durañona y Vedia, quien emitió su voto en primer lugar, motivó gran parte del fallo, en tanto sus colegas de Sala, los doctores Hornos y Berraz de Vidal, adhirieron prácticamente a lo dicho por aquella magistrada.

La primer sufragante juzgó que "...Cabe condenar a los imputados en orden al delito de homicidio "crimínis causae" en concurso real con robo con armas y no por el delito de homicidio en ocasión de robo, pues aun cuando el designio de matar no fue premeditado por los encartados que a la salida de un banco interceptaron a quienes habían extraído dinero, ello fue resuelto por los autores del robo en el momento del hecho con el claro objetivo de poner fin a la resistencia opuesta por una de las víctimas — en el caso, comenzó a gritar en la calle—, y de ese modo asegurar los resultados del desapoderamiento".

También sentenció que "...Si bien se encuentra acreditado que el conductor de la motocicleta en la que escaparon los imputados no fue quien disparó y dio muerte a una de las víctimas del robo que opuso resistencia, este homicidio le resulta atribuible, aun a título de dolo eventual, ya que al integrar el

acuerdo de voluntades previo, cada coautor cede entre sí una parte del dominio del hecho y es por ello que se considera que de antemano prevé y asume toda ulterioridad más grave que pueda acontecer por parte de los otros coautores".

La Jueza Berraz de Vidal, sobre esta última cuestión señaló "...Resulta coautor del delito de homicidio "crimínis causae" en concurso real con robo con armas, quien aguardó en su motocicleta listo para recoger a sus consortes en el hecho y apartarse del lugar, en atención a su presencia activa y preordenada, y su intervención posterior en la consumación del robo luego de ejecutado el disparo que le diera muerte a una de las víctimas".

### II. Planteo del problema

Dado que la imposición de una pena a una persona debe sustentarse en su responsabilidad por un hecho concreto, resulta de trascendental importancia, a los efectos de no vulnerar el principio constitucional de culpabilidad, determinar de qué forma puede reprocharse el mismo a cada uno de los autores teniendo en cuenta su participación en el evento delictivo<sup>2</sup>.

El fallo citado plantea la posibilidad de considerar coautores de un delito de resultado, a sujetos que actuaron en un mismo suceso con dolo diverso, hipótesis que se contraponen con la teoría del dominio del hecho.

Asumiendo la posición sostenida por la Sala IV de la Cámara de Casación Penal dos o más sujetos podrían concurrir en la comisión de un injusto, mediante un plan común en el que cada uno tuviera un conocimiento y una voluntad diferente en punto a la ejecución de ese proyecto delictivo.

No obstante esa discordancia, todos serían responsabilizados por las

consecuencias de sus hechos, incluso por las más graves aun cuando no hayan sido queridas por todos, ni previamente planeadas, sino ejecutadas por la voluntad única y casual de uno de los partícipes.

Un ejemplo sería el caso de dos sujetos que acuerdan estafar a un tercero para quedarse con su automóvil y cuando llegan al sitio en el que se encuentra la víctima comienzan a ejecutar su plan delictivo, pero uno de los estafadores cansado de poner en marcha sus artilugios toma del cuello al dueño del automóvil, le exige las llaves y cuando las obtiene huye rápidamente de allí con el vehículo, mientras que el otro, asustado y sorprendido por la maniobra desplegada por su compañero, desaparece corriendo del lugar.

Siguiendo la hipótesis del tribunal examinador aquellos dos sujetos serían coautores de robo, no obstante haber convenido llevar a cabo una estafa, pues el sujeto que se vió desconcertado por el accionar de su compañero agresor "integró el acuerdo de voluntades previo, con el que cedió una parte del dominio del hecho y es por ello que se considera que de antemano previó y asumió toda ulterioridad más grave que pudiera acontecer por parte de los otros coautores"<sup>3</sup>.

Partiendo en el análisis de que para ser considerados coautores de un delito, los intervinientes deben reunir los requisitos exigidos para ser autores, se entiende que todos deben conocer y querer realizar en igual medida los elementos objetivos del tipo penal. Por lo tanto, la posibilidad de que uno de ellos no haya querido ni se haya representado la posibilidad de cometer un delito diverso al planificado, que efectivamente acaezca en manos de sus compañeros en el evento, impediría considerarlo coautor de ese delito nuevo.

Menos aún cuando son los

<sup>1</sup> Sentencia publicada en LA LEY 2007 - A, 542.

<sup>2</sup> Néstor J. Conti, "Una interpretación restrictiva al amparo de principios

constitucionales. A propósito del delito de robo calificado por homicidio resultante (C.P., 165)". Publicado en LLBA 2008 (julio), 595-Sup. Penal 2008 (septiembre),

30-LALEY 2008-E, 631.

<sup>3</sup> Copia textual extraída del fallo dictado por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal en el fallo "Meza, Armando

O. s/rec. de casación" del 07/09/2006 - LA LEY 2007 - A, 542.

juzgadores quienes, en ese caso, suponen que el acusado debió representarse la posibilidad de que ese diverso injusto ocurriera, pues la participación criminal se debe probar y no conjeturar.

### III. El elemento subjetivo del tipo penal

El notable jurista español José Cerezo Mir afirma que dada la limitación del saber causal de los seres humanos, el Derecho no puede prohibir la simple causación de resultados, sino sólo la realización de acciones dirigidas por la voluntad a la producción de la lesión de un bien jurídico o que llevan consigo el peligro de dicha lesión. Y agrega que sólo mediante la referencia al contenido de la voluntad y por tanto, al dolo, se podrá precisar la conducta prohibida u ordenada<sup>4</sup>.

Sostiene Donna que para que haya dolo no alcanza con el conocimiento sino que además debe haber voluntad de realizar la conducta y en su caso de causar el resultado típico. Y más adelante agrega, que la voluntad como elemento de la acción y como requisito fundamental del dolo no significa "finalidad", sino más bien dominabilidad. No basta con que el autor desee o pretenda un determinado resultado, es decir que actúe con el "fin de", sino que es necesario que procure obtener dicho resultado a través de su propia dominabilidad causal<sup>5</sup>.

Luego agrega que la cuestión se resume en afirmar que el dolo tiene un componente intelectual y otro volitivo, y que se refieren ambos al tipo objetivo, de modo que se actúa con dolo cuando se conoce el tipo objetivo concreto y en consecuencia el autor realiza la acción descripta. Se exige una congruencia entre los que se conoce y lo que se pretende llevar a cabo<sup>6</sup>.

De lo expuesto surge que úni-

camente pueden ser punibles aquellas conductas humanas que, voluntariamente, se dirigen a la producción de un resultado lesivo de un bien jurídico protegido.

Pero, para que sea dolosa, el sujeto no sólo tiene que saber la prohibición que pesaba sobre la conducta típica que llevó a cabo y querer realizar los elementos objetivos del tipo penal seleccionado, sino que —además— tiene que haber dominado el curso causal de los acontecimientos.

La exigencia de voluntad en la realización de un injusto a manos de un sujeto, implica una actuación personal en el desarrollo de los sucesos delictivos que permita atribuirle el resultado lesivo, aquél que quiso realizar y por el que puso en marcha la cadena de eventos que concluyen en la comisión de un evento por el que, finalmente, será penalmente perseguido.

### IV. El dolo en la coautoría

Abordar el tema implica acudir a las reglas de autoría y participación criminal y, adhiriendo a la teoría del dominio del hecho, debe distinguirse entre los sujetos que cuentan con la posibilidad de dominar el curso de la causalidad, es decir, aquellos que llevan a cabo el hecho de propia mano y los que, si bien toman parte en el delito, no cuentan con "ése" dominio del hecho. Aquellos que colaboran en un hecho ajeno, no constituyendo sus conductas acciones típicas en sí mismas<sup>7</sup>.

Para que haya participación es condición sine qua non la existencia de una pluralidad de sujetos activos y estos, para ser tales, deben haber efectuado un aporte positivo para la producción del delito. En otras palabras, deben haber agregado un eslabón a la cadena que condena al delito; según la importancia de esa contribución tendremos el grado de

participación de quien lo hizo y, por ende, el de su correlativa responsabilidad. De allí la exigencia de un mínimo de eficacia en la participación para que proceda su punibilidad<sup>8</sup>.

La coautoría, particularmente, exige que los intervinientes en la ejecución del hecho actúen en común, es decir, que cada uno haga un aporte objetivo que resida en la realización de un elemento del tipo penal seleccionado, fundado en un acuerdo previo y plena responsabilidad personal, de modo que ninguno efectúa la totalidad de los aportes causales que requiere la estructura típica, sino que la resolución conjunta permite atribuir las contribuciones de los demás intervinientes como propias.

Para Roxin, como los coautores son interdependientes alternativamente, tienen necesariamente que estar de acuerdo para poder obrar conjuntamente. Y viceversa: si el aporte al hecho de un interviniente ha contribuido a un resultado, sin estar de acuerdo con los demás, no puede ser coautor; le tiene que haber faltado entonces el conocimiento de la relación mutua, requisito para el ejercicio de la coautoría efectiva<sup>9</sup>.

La decisión común de llevar a cabo un injusto penal es el componente subjetivo necesario de la coautoría, que justifica la recíproca imputación de cualquier contribución causal a la ejecución del evento perpetrada en el marco del acuerdo<sup>10</sup>.

El aporte individual en la consecución del delito —como parte del todo— debe ser doloso.

En palabras de Welzel "cada coautor ha de ser, subjetivamente, coportador de la decisión común al hecho, esto es, tener junto al resto la voluntad incondicionada de realización y, objetivamente, completar con su aportación al hecho los aportes de los demás, configurando un hecho unitario. Siempre es coautor quien — en posesión de las cualidades

personales de autor— efectúa una acción de ejecución en sentido técnico sobre la base de un plan común en relación al hecho, pues en la acción de ejecución por medio de un actuar final voluntario se expresa de la manera más clara la incondicionada voluntad propia de realización<sup>11</sup>.

La coautoría implica, entonces, una multiplicidad de sujetos que acuerdan obrar en forma conjunta para obtener un resultado que lesiona un bien jurídico protegido. Plan que, una vez ejecutado, los involucrará por el aporte positivo que cada uno efectúe para la producción de ese resultado querido, pero en el que ninguno lleva a cabo la totalidad de los aportes causales que requiere la estructura típica.

Cada uno de los intervinientes depende funcionalmente del resto, razón por la cual si algún partícipe en su actuación va más allá de lo efectivamente pactado con el resto de sus compañeros, no podrá considerar al resto coautor de lo que así ejecute. Pues quien se excede de lo acordado sin que los demás "cooperen" se desliga de la dependencia funcional.

### V. Conclusión

El fallo judicial no es nunca la conclusión necesaria de un silogismo, sino siempre una decisión que, como tal, presupone la posibilidad de optar por otra u otras soluciones<sup>12</sup>.

Para la Cámara Nacional de Casación Penal el acuerdo previo entre los partícipes habría tenido el efecto de igualar todo lo actuado y considerar coautores a aquellos que hayan participado en el delito, aun por las consecuencias no queridas realmente, pues debieron preverlas<sup>13</sup>, haciéndolos responder a todos solidariamente. Así, la sanción no recaería sobre lo que efectivamente hizo y quiso quien actuó, sino por lo

<sup>4</sup> José Cerezo Mir, Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría Jurídica del delito/1. Pag. 122. Quinta edición. Editorial Tecno 1997.

<sup>5</sup> DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Teoría General del delito - I, pag. 544/545. Rubinzal Culzoni Editores 2008.

<sup>6</sup> DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Teoría General del delito - I, pag. 552. Rubinzal Culzoni Editores 2008.

<sup>7</sup> BACIGALUPO, Enrique, Lineamientos de la teoría del delito, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1986, p. 95; ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, Madrid -

Barcelona, España, 2000, pag. 242/252. Editorial Marcial Pons.

<sup>8</sup> FIERRO, Guillermo Julio. Teoría de la participación criminal. 2ª Edición actualizada y ampliada, pag. 17. Editorial Astrea 2004.

<sup>9</sup> ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, Madrid - Barcelona, España, 2000. Editorial Marcial Pons, pag. 316. Y en la página siguiente agrega que tampoco es imaginable la coautoría en el exceso consciente de un copartícipe, puesto que quien va más allá de lo acordado sin que los demás "cooperen" se desliga de la dependencia funcional. Obra como autor único directo o, si se sirve de un compañero que nada

sabe, como autor mediato. (pag. 317).

<sup>10</sup> Según Guillermo Fierro, ibidem 8 pag. 404, habrá coautoría en la medida en que exista una convergencia objetiva y subjetiva entre los concurrentes encaminada a la realización de un hecho común.

<sup>11</sup> Welzel, Derecho Penal Alemán, pag. 132.

<sup>12</sup> Mientras en el silogismo la verdad de las premisas se traslada necesariamente a la conclusión, siempre que la inferencia se haya establecido correctamente, no ocurre lo mismo cuando se trata de pasar de un argumento a una decisión. Y citando a Perelman en su obra "La lógica jurídica y la nueva retórica" (Ed. Civitas, Madrid, 1979 pag. 11) agrega que ese paso no

puede ser en modo alguno necesario, pues si lo fuera, no nos encontraríamos ante una decisión, que supone siempre la posibilidad de decidir de otra manera. Fernando DIAZ CANTON, La motivación de la sentencia penal y otros estudios, pag. 110. Editores del Puerto S.R.L. 2005.

<sup>13</sup> Parecen haber olvidado que "el dolo no se organiza sobre la base del debía haber sabido, sino del sabía" del autor, tal como lo enseña Zaffaroni en su Manual de Derecho Penal (Pte. General) elaborado en colaboración con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. Editorial Ediar. Página 405.

que resultó del accionar conjunto aunque en él no haya participado<sup>14</sup>.

Apoyada en la teoría de Roxin<sup>15</sup>, actúa con dolo eventual el sujeto que representándose la posibilidad del resultado sigue adelante con su acción y nada hace para evitar su acaecimiento, es decir, se resigna a la eventual realización del delito. Por lo tanto, como señala Donna, lo que es eventual es la producción del resultado, pero no el dolo en sí.

Y, considerando que la voluntad como requisito fundamental del dolo significa dominabilidad, o sea, que el autor procure obtener el resultado deseado a través de su propio dominio causal, concluyo hallando desajustada a derecho la apreciación legal del hecho realizada por la Cámara de Casación.

No hubo dominio de la causalidad por parte del motociclista, pero además, los acusados no se preordenaron para matar a las víctimas, lo que fue expresamente reconocido por los sentenciantes. Por ello, mal pueden considerar que la participación del "conductor" en el previo acuerdo para robar involucró

cualquier circunstancia ajena a su voluntad y más gravosa que la acción concordada, que por decisión unilateral ejecutara cualquiera de sus consortes de causa, máxime cuando ni siquiera tomó parte en ellas.

Si el motociclista no hubiese estado ahí para permitir la huída de sus compañeros, el homicidio igualmente se hubiera consumado, en cambio el robo no.

Analizando las palabras de la Jueza Berraz de Vidal, entiendo que no hubo una presencia activa y preordenada de este acusado en la comisión de un homicidio "criminis causae", pues esa circunstancia no había sido acordada de ante mano y este sujeto nada hizo en pos de consumir la muerte de una de las víctimas.

Y si aceptara la hipótesis de los casacionistas en punto al dolo eventual de este partícipe, es decir, considerar que el uso de armas para perpetrar el robo implicaba –al menos– la posibilidad de que alguno de los damnificados o terceros involucrados perdiera la vida, concuerdo con la calificación legal

efectuado por el Tribunal de Juicio, pues debería habersele endilgado la acción a título de coautor de robo con resultado mortal y no como homicidio agravado.

Pero esa posibilidad surge, en razón de que el artículo 165 del ordenamiento sustantivo exige que el acuerdo previo de los partícipes haya sido para perpetrar un atraco, es decir, el dolo de los autores conjuntos debió ser de robar y no de matar. Sin embargo, la norma carga sobre sus espaldas las eventuales muertes que, de la puesta en marcha de esa decisión común, pudieran ocasionarse.

Tipo penal con cuya estructura legal tampoco estoy de acuerdo, por cierto, pero no siendo su análisis la finalidad de este trabajo me limitaré a aceptar que el hecho juzgado por la Cámara Nacional de Casación Penal, encuadra adecuadamente en sus términos y no, en cambio, dentro del artículo 80, inciso 7º del Código Penal.

Pues bien, la idea de una diferente clase de dolo entre coautores de un delito de resultado, es imposible de

sostener en la hipótesis de la teoría del dominio del hecho. El dolo debe ser idéntico pues si hay coautoría hay plan común y éste es compartido (querido) por lo coautores.

Si el dolo de un coautor va por encima del dolo de otro coautor, se entra en el campo del "exceso". De manera que, podrá haber coautoría del delito básico, pero sólo autoría en el delito que cualitativamente resulta más grave.

El proceso penal se presenta como un campo de conflicto de derechos fundamentales, con intereses sociales especialmente sensibles. En las dos últimas décadas ha habido una tendencia a entenderlo en conexión con la eficiencia de la persecución penal y, no es necesaria una demostración especial de que ello tiene una repercusión directa en la definición del núcleo de los derechos garantizados como intangibles en el catálogo de derechos humanos y, sobre todo, en uno que constituye un punto neurálgico del sistema del derecho procesal penal liberal: la presunción de inocencia<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> En esos términos, la conclusión contradice abiertamente lo normado por el artículo 47 del Código Penal, cuando reza que "si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de

complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar. Si el hecho no se consumase, la

pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y a los del título de la tentativa".

<sup>15</sup> Claus ROXIN, Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La

estructura de la teoría del delito. Página 425. Ed. Civitas 1999 (Reimpresión).

<sup>16</sup> Enrique Bacigalupo, El debido proceso penal, pág. 24/25. Editorial Hammurabi 2005.



## LA LIBERTAD FRENTE A LOS RESABIOS DE AYER Y DE HOY. A propósito del Decreto Ley 815.

POR LUCIO HERNÁN BRONDES:

ABOGADO ADJUNTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL. DOCENTE. CONSEJERO DE LA ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DE CHUBUT.

*"La policía es una fuerza de seguridad y no debe convertirse en su opuesta. Las gentes no gozarán de tranquilidad y de seguridad, y por eso tampoco de paz y de orden, si se sienten expuestas a que por voluntarismo administrativo puedan permanecer largas horas en privación de libertad para coleccionar sus antecedentes, en contra de su derecho a la presunción de inocencia. Es hora de rever estos resabios de autoritarismo que tanto daño infieren a las personas y, con manifiesta gravedad institucional, a las instituciones republicanas de una sociedad democrática".*

Germán Bidart Campos

### I. Introito.

El propósito de estas líneas no es

exegético, claro está; sino la de efectuar un nimio aporte para controvertir, de alguna manera, el

exceso de discrecionalidad con el que de hecho actúan las fuerzas policiales en determinado cometido funcional,

circunstancia de la que resultan claras consecuencias lesivas a elementales garantías de raigambre constitucional.

Sin perjuicio de que se esbozan algunas consideraciones generales, el epicentro lo constituye la denominada “detención por averiguación de antecedentes” en la provincia de Chubut.

## II. El marco de análisis del problema. Cuando la excepción se transforma en regla.

No se soslaya el hecho de que se trata de una cuestión, en la que muchas veces, la supuesta capacidad rectora de las conductas que se atribuye al derecho es sobrepasada y burlada por viciosas prácticas. Sin embargo, estimo que en gran medida, la lucha por el derecho pasa por revertir absolutamente esta situación que en gran parte depende de una seria reestructuración o reconversión democrática de las fuerzas de seguridad, todavía pendiente y al que se debería propender.

No debe perderse de vista, tal como dice Zaffaroni, que la policía carga con un estereotipo casi tan negativo como el propio estereotipo criminal, teñido de racismo, clasismo y demás pésimos prejuicios.

Como punto de partida, resulta conveniente instalar la cuestión dentro del marco del conjunto normativo que establece los casos en que la policía puede efectuar detenciones de manera oficiosa.

La norma constitucional rectora en esta materia es la establecida por el Art. 18 de la Carta Magna: “nadie puede ser arrestado... sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”, protectora, a su vez, del derecho a la libertad ambulatoria (Art. 14 C.N.).

La doctrina constitucional ha afirmado que la orden a la que se refiere el precepto es la del juez competente, único órgano de poder a quien la Constitución acuerda el deber- facultad de coartar la libertad ambulatoria de las personas siempre que exista causa que lo justifique, y que la excepción procedería en los casos de flagrancia, es decir, cuando la solicitud de la orden resultaría impráctica y de peligrosos resultados, tal como explican juristas de fuste, como Julio Maier o Alejandro Carrió.

Si bien en apariencia parecería que la detención mediante orden escrita del juez competente fuera la norma, la cantidad de excepciones

existentes a este principio en el ámbito normativo y sobre todo en la realidad de los hechos, han pasado a constituir, en la praxis, la regla general.

## III. El problema de la fundamentación de las detenciones.

Todo aquel que tenga alguna experiencia en la lectura de causas penales, bien sabe que muchas veces la justificación que la policía ensaya para efectuar un arresto sin la orden escrita respectiva (que, por supuesto, puede estar incluida en una de allanamiento y/ o requisita personal), son meras fórmulas carentes de todo contenido. Tal es el caso, a modo de ejemplo, de la reiterada frase “actitud sospechosa” que podemos leer en numerosas actas policiales, y que suele ser el supuesto paradigmático, pues la policía suele no aclarar que es lo que consideró sospechoso para efectuar la detención. En reiteradas oportunidades, lo sospechoso suele ser el aspecto personal o la estética del detenido; ello revela la existencia de una indisimulable vinculación entre la pertenencia a los sectores económica y culturalmente marginados, y la vulnerabilidad al sistema. Es el fenómeno que usualmente se conoce como selectividad del sistema penal.

Ante esta realidad, si no se quiere ver frustrada la manda del Art. 18 C.N., dando primacía a las formas por sobre la esencia de la referida garantía, será necesario exigir que los fundamentos de la detención aparezcan en forma concreta, convincente y razonable en las actuaciones; todo ello, para que puedan ser objeto del debido control de legalidad, a riesgo, en caso contrario, de seguir reproduciendo, desde los supuestos instrumentos de control del poder estatal, las condiciones para la existencia de una selección de los “detenibles” basada en la edad, el color de piel, la vestimenta, la posición social, entre otros vectores.

La fundamentación de los actos de gobierno y, como parte de ellos, la de los actos en que entran en juego garantías constitucionales, constituye uno de los modos con que el ciudadano cuenta para poder controlar la razonabilidad y juridicidad de aquellos, lo que resulta esencial a todo estado que pretenda no sólo el rótulo sino el efectivo funcionamiento de un estado de derecho.

La motivación razonable es lo que, por otra parte, se requiere del juez cuando dispone una detención, un allanamiento, una requisita, etc; pues, reitero, resulta indispensable para determinar si el arresto se ajusta a las prescripciones legales, por lo que sería definitivamente absurdo no exigirlo del personal lego, dejándolo librado a sus solas consideraciones subjetivas.

Es una verdad evidente que si los propios funcionarios policiales son los que tienen el deber de actuar, y están sujetos a responsabilidades penales y administrativas por la corrección de los procedimientos que lleven adelante, siempre intentarán, aunque mas no sea formalmente, mostrar que su actuación se enmarca en los preceptos constitucionales y legales dentro de cuyos límites deben conducirse. Por ello, una de las primeras respuestas al problema debería pasar por la reconversión democrática de las fuerzas de seguridad.

No obstante, estimo que si algo debe quedar en claro, es la necesidad de tomar como pauta directriz algo tan esencial como la supremacía de las garantías constitucionales, por lo que se debe bregar por la eliminación de toda norma que implante la detención por averiguación de antecedentes, y toda práctica que, bajo ropaje de legalidad, atente contra dichas garantías.

## IV. ¿Qué observó y recomendó la Comisión en su visita a la Argentina?

El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, establecido por la Comisión de Derechos Humanos mediante su Resolución 1991/ 42 y cuyo mandato fue extendido por la Resolución 2003/ 31 de la misma, visitó la República Argentina desde el día 22 de septiembre al 2 de octubre de 2003, por invitación del Gobierno Nacional. La delegación estuvo presidida por el Vicepresidente del Grupo de Trabajo, Sr. Tomás Ban, e integrada por la Sra. Soledad Villagra de Biedermann, miembro del Grupo. Acompañaron a la delegación el Secretario del Grupo de Trabajo; un funcionario de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y dos intérpretes de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra. Es conducente aclarar que la visita comprendió la ciudad de Buenos

Aires y las provincias de Buenos Aires, Mendoza y Salta, luego de la cual labraron el Informe respectivo.

En el Apartado II de dicho instrumento, “Información General y Contexto”, en su punto 14.b.(ii) se señala que “...Pese a que el Art. 50 PIDCyP establece que sus disposiciones se extienden a todo el territorio de los Estados federales sin ninguna limitación o excepción, el Grupo de Trabajo no quedó convencido de que el Gobierno Federal disponga de los suficientes medios y recursos para asegurar que en todas las provincias se respeten, en la legislación y en la práctica, las disposiciones del Pacto Internacional y de otros instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Argentina”.

Por su parte, el Apartado V del Informe, “Áreas de Preocupación”, punto (ii), acápite 43 y 44: Detención en Comisaría de Policía, reza “...varias organizaciones no gubernamentales se quejaron ante el Grupo de Trabajo que los funcionarios policiales suelen abusar de su poder de detención... Sin embargo dicha facultad está condicionada a demostrar la existencia de un grado de sospecha razonable. En la práctica muchas personas son arrestadas simplemente porque merodeaban por el lugar, porque no justificaban su permanencia en un lugar determinado o porque carecían de dinero para comprar”.

“Los casos mas frecuentes tienen relación con controles de identidad. Se alegó que pese a que la policía suele contar con medios tecnológicos modernos que le permiten verificar la identidad de una persona o averiguar sus antecedentes en cuestión de minutos, suelen mantener a una persona en detención durante varias horas, a veces durante toda la noche...”.

En el plano de las “Recomendaciones”, en su Punto 71, el Grupo de Trabajo observa con preocupación, entre otras cuestiones, las facultades excesivas otorgadas a los agentes de policía para arrestar y detener personas por la comisión de contravenciones, por averiguaciones de antecedentes o por controles de identidad.

Por ello, invita al Gobierno Federal y a los Gobiernos provinciales a supervisar estrictamente la actuación

de los oficiales y agentes de policía, particularmente en lo relativo a sus facultades de ordenar arrestos y detenciones; debiendo sancionarse, asimismo, cualquier desviación hacia comportamientos racistas, xenófobos, homo fóbicos u otros incompatibles con la plena vigencia de los derechos humanos que la policía está llamada a asegurar.

## V. La detención en Chubut al amparo del ¿viejo? Decreto ley 815.

En su Informe sobre la desaparición del joven Iván Eladio Torres, del año 2005, el Centro de Estudios Legales y Sociales (C.E.L.S.), reseña que “tradicionalmente la facultad de detener personas para averiguar su identidad, así como las detenciones por edictos policiales o contravenciones, han sido las principales herramientas jurídicas con que las distintas policías del país han construido sus técnicas preventivas. De resultas de su aplicación, fue consolidándose una especie de muestrario de tipos sociales considerados “sospechosos”, “peligrosos” o “moralmente reprobables”, que inevitablemente se correspondían con los grupos sociales más vulnerables al control penal. Ello en gran medida, fundado en una concepción de seguridad basada en el concepto de orden público, antes que en una concepción de la seguridad vinculada a los derechos y libertades.

“Estas detenciones policiales forman parte del trabajo burocrático policial con la doble finalidad de demostrar a los superiores que se trabaja y responder a las demandas de los medios de comunicación y de ciertos sectores sociales de mayor seguridad. Por otro lado, ejercen un control que permite detectar pequeñas ilicitudes y el cobro de cánones que nutren la llamada “caja chica” de la Policía. (Sofía Tiscornia, Peritaje presentado ante la C.I.D.H. por el Caso “Bulacio”, 6 de Marzo de 2003).

El Decreto- Ley 815, -actual Ley Provincial XIX N° 5-, fue sancionado el día 13 de Octubre del Año 1970 por un decreto del Gobernador de la Provincia de Chubut con “autorización del Gobierno Nacional, concedida por Decreto N° 563/ 70, en uso de las atribuciones que le confiere el Artículo 9° del Estatuto de la Revolución Argentina”. Su Artículo

10, referido a las atribuciones de la Policía de Seguridad, fue modificado por el Art. 2 de la Ley 4123 (B.O. 27-9- 95), modificándose recientemente por imperio de la Ley XIX N° 50, de abril de 2009, siendo su redacción la siguiente:

Art. 10 inciso b): “*Demorar a la persona que sea necesario conocer sus antecedentes en circunstancias que lo justifiquen, cuando se niegue a identificar, carezca de identificación, o que la misma no constituya un documento identificatorio fehaciente, dando cuenta inmediata al Ministerio Público Fiscal. (Redacción anterior: Juez de instrucción en turno).*”

*En todos los casos la orden provendrá del personal superior de la institución y no podrá exceder las seis (6) horas (Redacción anterior: diez (10) horas), debiendo asentarse en los registros policiales habilitados al efecto. La demora no podrá prolongarse más del tiempo indispensable para el cumplimiento del objetivo de la medida. Al demorado, se le hará saber el derecho que le asiste de notificar a un familiar o persona de su confianza, e informarle de su situación”. (El texto originario de la norma rezaba: “Detener a toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes y medios de vida en circunstancias que lo justifiquen o cuando se niegue a identificarse. La demora o detención del causante no podrá prolongarse más del tiempo indispensable para su identificación, averiguación de domicilio, conducta y medios de vida, sin exceder el plazo de veinticuatro (24) horas”).*

En comentario a la norma, expresa Luis María García que se ha mejorado parcialmente la situación, pues si bien se mantiene el término “circunstancias que lo justifiquen”, ahora no existe la conjunción disyuntiva.

Como claramente explica el jurista citado, la ley requiere cumulativamente tres recaudos, a saber: la necesidad de conocer los antecedentes de una persona; que hayan o existan circunstancias que justifiquen esa necesidad; y que la persona demorada se niegue a identificar o bien no lo haga de modo suficiente.

Añade el autor que “el hecho de que desde el punto de vista normativo se haya alcanzado alguna mejora, no es todavía suficiente salvaguarda con-

tra la detención arbitraria”. Todavía es común enterarse de que la policía realiza “razzias” u operativos generales de prevención de delitos, y conduce a comisaría a los indocumentados, por el solo hecho de no portar un documento, para determinar su identidad o antecedentes.

Gráficamente, añade: “Los policías no necesitarán ya indicaciones o indicios cual Pedro necesitó del pilotaje de Jesús indicándole (omnisciente por intuición divina) dónde echar redes (Lucas, 5, 4; Juan 21, 6); bastará con que las echen donde ni siquiera tengan la intuición o corazonada de que hay peces; si se lanzan al mar de la calle a pedir documentos la pesca es segura, muchos no estarán en condiciones de identificarse...”. (Autor citado, “Dime quien eres, pues quiero saber en que andas. Sobre los límites de las facultades de la Policía para identificación de personas. Los claroscuros del caso Tumbeiro”, sentencia del 3/10/02; LL, 2002/10/22, Pág. 3 y s.s.).

Así las cosas, deviene cuasi imperioso señalar que frente a una ley que pone como condición para ejercer ciertos derechos la obligación de portar y exhibir documentación, -bajo amenaza de restricción de esos derechos-, debe hacerse un examen de la legitimidad de los fines perseguidos, y de proporcionalidad entre esos fines y las restricciones que su persecución importa.

Como pareciera desprenderse de la norma de marras, la identificación de personas se justifica por fines genéricos de prevención general y conservación del orden o la seguridad públicas (finalidades comprendidas en los Art. 30 y 32 C.A.D.H.).

Dichos conceptos pueden ser invocados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. No debe perderse de vista que, en cualquier caso, el respeto de los derechos humanos de quienes están sujetos a sufrir restricciones de derechos también está comprendido en el concepto de “orden público”.

El control de proporcionalidad exige demostrar no sólo que la medida de control de identidad aparece idónea y útil para la conservación del

orden público y la protección del bien común sino además, que satisface una necesidad social imperiosa. (OC-5/85 C.I.D.H.).

De manera tal, como esboza el jurista nombrado precedentemente, “...mas allá de la utilidad que pudieran tener los controles de identidad indiscriminados en la vía pública para mantener el orden y la seguridad públicos, la ejecución de estos controles privando de su libertad a las personas es desproporcionada al precio que debe pagar cada persona para poder circular por la vía pública”. Y aclara: “...distinto es cuando se trata de otros modos de circulación por lugares no públicos, donde el ejercicio del derecho puede estar razonablemente condicionado a una identificación fehaciente, por ej., para transponer una frontera por tierra, agua o aire, para ingresar en cárceles, cuarteles, ciertas oficinas públicas, usina su otras instalaciones peligrosas, etc.”. Asimismo, “...el tratamiento de la circulación en la vía pública puede también ser distinto cuando se trata de circular ejerciendo una actividad reglamentada con fines de protección de la seguridad y los derechos de terceros, por ejemplo, la conducción de automóviles, que está sujeta a habilitación administrativa previa del conductor y del automóvil, y eventualmente de habilitaciones técnicas, y el control es inherente a esa habilitación.”.

A ésta altura y en el contexto prefijado antes que ahora, no debe soslayarse que el Art. 2 de la C.A.D.H. establece que los Estados Partes se encuentran en la obligación de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la misma Convención. La C.I.D.H. ha señalado en numerosas oportunidades que esta norma impone a los Estados la obligación de adecuar su derecho interno a las normas de la propia convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta.

En el célebre caso “Bulacio”, (Caso N° 11.752) la Corte expresó que “...el deber general establecido en el artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías

previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”.

Asimismo, reconoció la facultad del Estado de garantizar su seguridad y mantener el orden público; sin embargo, ha dicho que “...el poder estatal en ésta materia no es ilimitado; su actuación está condicionada por el respeto a los derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y a la observación de los procedimientos conforme a derecho”.

En cuanto a la facultad estatal de detener a las personas que se hallan bajo su jurisdicción, la Corte ha señalado, en el caso, que existen requisitos materiales y formales que deben ser observados al aplicar una medida o sanción privativa de libertad: “nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)”.

De la simple lectura del decreto ley 815 surge con meridiana claridad que se vulnera el aspecto material al que la sentencia de la Corte hace referencia, toda vez que esta norma permite la detención de personas sin especificar en que casos o circunstancias corresponde.

Respecto del control judicial, la Corte apuntó: “Otra medida que busca prevenir la arbitrariedad o ilegalidad es el control judicial inmediato, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, un trato consecuente con la presunción de inocencia que ampara al inculpaado mientras no se establezca su responsabilidad”.

“Un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el contenido esencial (de este) artículo 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado”. (Con-

siderando N° 129 del Caso Bulacio).

Evidentemente, el plazo de seis (6) horas en el que, de acuerdo a la norma provincial, la policía puede disponer libremente del detenido no cumple con lo establecido por la Corte en este punto.

Con respecto a la obligación de los Estados parte de la Convención, la Corte ha establecido que estos deben “adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta”. Esto implica la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención”. “. (Considerando N° 143).

Por último, la Corte resolvió que el Estado Argentino debe “garantizar que no se repitan hechos como los del presente caso, adoptando las medidas legislativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de derechos humanos, y darles plena efectividad, de acuerdo con el Art. 2 de la C.A.D.H.” (Punto Resolutivo N° 5).

Por lo expuesto se concluye que la norma inserta en el decreto ley 815 contradice lo resuelto por la Corte Interamericana en dicho precedente, por lo que, de acuerdo al Art. 2 de la Convención, debe suprimirse o modificarse por otra norma que garantice el respeto debido de las garantías establecidas por la C.I.D.H.

Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, reza el Art. 19 de la Constitución Nacional. Pero la ley que manda o que veda tiene que poseer un contenido razonable, porque la razonabilidad -en cuanto material- prevalece sobre la forma normativa -en cuanto legalidad-. La norma que aquí se cuestiona como de dudosa constitucionalidad lo es no por ser ley, sino porque su contenido es arbitrario, es decir, falta de razonabilidad. La misma invierte el estado jurídico de inocencia, sometiendo a las personas a un permanente estado de sospecha, que se fundamenta en la presunción de que un individuo tiene antecedentes penales o un pedido de captura. Por lo que todo individuo es sospechoso, y por lo tanto pasible de detención,

hasta tanto se conozcan sus antecedentes.

## VI. A modo de conclusión.

Estimo oportuno transcribir el pensamiento materializado en la obra “Derechos Humanos” (4ta edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, Cap. I: “Los Derechos Humanos en un mundo nuevamente en crisis y transformación) del ilustre catedrático Agustín Gordillo, por su clarividente precisión: “Los instrumentos internacionales suscriptos por nuestro país, y otros del continente, han intentado sin duda crear un “sistema” de derechos humanos, garantías individuales o libertades públicas. Pero sólo tiene sentido la búsqueda de bases para crear en la realidad un sistema viviente, en caso que no exista. Ello supone también, necesaria y simultáneamente, denunciar las asistematicidades dentro del orden jurídico y con respecto a su funcionamiento real.

La mayor parte de nuestros países ha emergido de las autocracias, y se han restituido en muchos de ellos los mecanismos democráticos. Incluso varios han suscripto la sumisión al orden jurídico supranacional de los derechos humanos. Sin embargo, han pervivido en cada sistema jurídico interno una enorme cantidad de trazos derivados de los períodos autoritarios.

Por momentos cabe preguntarse, por lo menos entre nosotros, si ha tenido impacto o repercusión práctica la suscripción de los instrumentos internacionales”.

“No ha de olvidarse el principio de la irreversibilidad de los compromisos comunitarios; Jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad”.

La Convención Americana de Derechos Humanos, como derecho supranacional, elimina, obviamente, el dogma o mito interno de cada país -o gobierno- como poder incondicionado o ilimitado. Si había dudas posibles al respecto, “es en el

momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé; pero una vez que se ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver” (Pierre Pescatore. Aspectos Judiciales del “acervo comunitario”. Revista de Instituciones Europeas, Madrid, 1981, ps. 331 a 336.).

La “detención por averiguación de antecedentes” fue incorporada a nuestra legislación en una de esas tantas etapas donde se sacrificaban los más elementales derechos individuales invocando una magnificada defensa social y apuntalando una concepción de Estado paternalista.

Si bien son válidos todos los argumentos que la doctrina ha esgrimido en pos de la derogación de tal instituto, es de notar que son los propios fundamentos que se utilizaron a la hora de pergeñar el mismo, los que en mayor grado nos revelan “y rebelan” la firme necesidad de su derogación o reformulación.. No deben olvidarse cuales fueron las ideas base y las posturas filosóficas de quienes lo concibieron, pues lamentablemente, sirvieron para crear otras figuras que, como la de referencia, persisten porfiadamente en nuestro acervo jurídico.

Una doctrina tarda en incorporarse a la enseñanza de nuestras escuelas y se desconocen las orientaciones incipientes mientras pugnan por desarrollarse; solamente se las acoge cuando han llegado a su apogeo. Luego, los académicos de hoy, son los rebeldes de ayer. Dijo Alejandro Korn que así se explica que el positivismo haya demorado en conquistar nuestras cátedras y persista en ellas cuando ha dejado de ser una fuerza activa.

Hoy la cátedra ya no da crédito al positivismo, pero el mismo criterio puede utilizarse, quizá, para explicar por qué aun subsisten en nuestras leyes tantas instituciones nacidas de aquellas ideas. Es tiempo de que, de una vez por todas, desaparezcan las reminiscencias positivistas de nuestra legislación que tanto repugnan al sistema constitucional.

## MEDIACIÓN Y PODER JUDICIAL: VARIACIONES SOBRE UN MISMO TEMA

POR ANA INÉS GRANGE Y MARÍA LAURA TORRES.

ABOGADAS MEDIADORAS. DIRECTORA DE MEDIACIÓN DEL PODER JUDICIAL DEL CHUBUT Y COORDINADORA DEL SERVICIO PÚBLICO DE MEDIACIÓN DE TRELEW, RESPECTIVAMENTE. DOCENTES DEL TALLER II "PROCEDIMIENTOS DE NEGOCIACIÓN EFECTIVA", DE LA CARRERA DE ABOGACÍA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PATAGONIA "SAN JUAN BOSCO".

La mediación, como método de abordar conflictos para su prevención, gestión, transformación y/o resolución, lejos está de reducir su ámbito de aplicación al Poder Judicial.

No obstante, en nuestro país le cabe al sistema de justicia un papel protagónico en la ejecución de diferentes tipos de programas de lo que comúnmente se ha dado en llamar resolución alternativa de conflictos.

Desde que en los tempranos '90 las Dras. Gladys Álvarez y Elena Highton (hoy ministra de la Corte Suprema de Justicia, por aquel entonces camarista civil, como su colega) comenzaron a desplegar acciones para difundir aquella disciplina que habían conocido en profundidad en el extranjero, paulatinamente fueron sumándose organismos judiciales que dieron cabida a una práctica que hoy en día se encuentra asentada en casi todas las provincias, y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Sin embargo, al hacer un recorrido histórico y geográfico en torno de la difusión e implementación de la mediación en los Poderes Judiciales, podemos advertir cómo el singular "mediación" se desdibuja, para dar paso al plural "mediaciones", más expresivo de los distintos modos que adopta en su ejercicio concreto.

Y por eso resulta tan variado, a veces dificultoso y, sin dudas, desafiante, hablar de "Mediación" con los actores que, desde diferentes responsabilidades, la llevan adelante en vinculación con el Poder Judicial.

Frecuentemente nos encontramos preguntándonos de qué hablamos cuando hablamos de "Mediación en el Poder Judicial", y los sobreentendidos se vuelven insuficientes.

### Algunas distinciones convenientes

Para ayudarnos en nuestra comprensión del mosaico que constituye la realidad de la mediación en los Poderes Judiciales del país, podemos detenernos en los marcos normativos que la regulan.

En la mayoría de los casos se trata de leyes, en otros de acordadas. Estos encuadres también difieren, en cuanto, a la exhaustividad o brevedad con la que se legisla, las materias que abarca, el carácter de voluntariedad u obligatoriedad que imprimen a la instancia, las habilitaciones que prevén para el ejercicio de la mediación, etc.

Y, respecto del Poder Judicial, cada una de estas normas establece una relación que llevará a diferenciarla como mediación *anexa, conectada o relacionada* con los tribunales.<sup>1</sup>

*Mediación anexa* es aquella dependiente directamente del Poder Judicial, quien se asume responsable de la administración y calidad de servicio. En la *mediación conectada*, el Poder Judicial participa (por ejemplo, reservándose algún tipo de contralor) pero no administra el sistema. La *mediación relacionada* implica que sus efectos son reconocidos por el Poder Judicial, que sólo interviene como receptor de la información del resultado de procedimientos que se cumplen fuera de su órbita.

Estas distintas modalidades están presentes en las normativas argentinas, de manera pura o combinada (sistemas mixtos).

Puede inferirse que cada una de las posibilidades que este abanico abre, genera sus propias ventajas y dificultades. Enumerarlas y analizarlas sería motivo de otro artículo.

Cabe preguntarse sobre los

fundamentos de la variedad, y, a grandes rasgos, no es desacertado afirmar que ello responde a las circunstancias puntuales, al contexto en el que se promueve cada normativa y su aplicación. Se mencionan como factores, entre otros, la experiencia comparada, el impulso judicial, la oportunidad en el tiempo, funcionarios a cargo en puestos clave, la capacitación profesional<sup>2</sup>.

Se puede reconocer en varias provincias una tendencia que llevó a reproducir, bajo su inspiración y aun con sus errores, la primera ley de mediación del país, N° 24.573, que rige desde el año 1996 en el ámbito de la Capital Federal.

Con el correr de los años, otros modelos se perfilaron. Queremos hacer mención en particular a tres provincias patagónicas, que resultan representativas de la diversidad que adquieren las experiencias concretas que se desarrollan en cada una.

De Río Negro, destacamos el compromiso señero asumido por el Poder Judicial, que se propuso y mantiene una política pública de mediación, con una evolución constante y superadora en la legislación y en la práctica. La ley establece la obligatoriedad de la mediación prejudicial en cuestiones patrimoniales del fuero civil, comercial y de minería y en cuestiones mediables del derecho de familia. En materia penal, la mediación es voluntaria.

De Tierra del Fuego, señalamos su condición de provincia con más reciente ley de mediación sancionada (octubre de 2009), que explícitamente se propone adoptar como política de estado la utilización de métodos alternativos de resolución de conflictos, tanto en ámbito del Poder Judicial como de los demás Poderes,

y en organizaciones de la sociedad civil. Prevé la instancia prejudicial obligatoria respecto de determinadas cuestiones civiles, y sostiene la voluntariedad para las restantes, incluidas causas penales.

Respecto del Chubut, puntualizaremos algunos rasgos de la mediación que se practica en el Servicio dependiente del Poder Judicial, y que la distinguen como arquetipo.

### Servicio Público de Mediación del Poder Judicial chubutense

El Poder Judicial del Chubut inició hace casi tres lustros su labor en pro del establecimiento de la mediación en la provincia. A su iniciativa se debe la ley XIII N° 13 (antes Ley N° 4939) vigente desde fines del año 2002, que, con escueto articulado, permitió sentar las bases de un servicio de justicia innovador. La norma establece el carácter voluntario de la instancia de mediación, con amplitud de materias susceptibles de ser tratadas en ella. Reserva al Poder Judicial un papel preponderante al crear el Servicio Público y el Registro Provincial de Mediadores bajo su esfera. Siguiendo la clasificación ya apuntada, puede identificarse como mediación *anexa*.

Tal como hemos expuesto en distintas oportunidades (entre otras, Foro Nacional de Mediación de Catamarca, 2006; I Cumbre Nacional de Mediación, Santa Fe, 2008; Mapa de Situación de la Comisión Nacional de Acceso a Justicia, 2009), algunas disposiciones que singularizan la mediación que se desarrolla en el Poder Judicial chubutense.

Así, por ejemplo, la inclusión de la *entrevista de pre-mediación* como etapa inicial. Se mantiene con cada

<sup>1</sup> ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Rubinzal-Culzoni

Editores, Buenos Aires, 2003.

<sup>2</sup> Junta Federal de Cortes y Superiores

Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos

Aires, *Mediación en el ámbito judicial*. La Ley, Buenos Aires, 2008.

posible participante individualmente y es de alto valor estratégico, en cuanto a la información que se brinda (de doble vía, al proveer al ciudadano de los elementos para conocer el sistema y decidir o no su participación, y al entrevistador, de los datos que le permitirán planificar pasos posteriores adecuados a las circunstancias del caso). El consentimiento informado, apoyo básico de la mediación, comienza a patentizarse en esta entrevista.

Otra característica que merece subrayarse está dada por el *ejercicio de la co-mediación y la interdisciplina* en el ámbito del Servicio Público, dado que las mediaciones son conducidas por equipos de dos mediadores que pueden tener distinta profesión de origen.

No ha cesado en nuestro país la discusión acerca de los requisitos que deben reunir quienes sean habilitados como mediadores, debate que se abre con cada nueva ley, y que gira sistemáticamente en torno de la exclusividad o no del ejercicio de la mediación por los abogados. El Poder Judicial chubutense se ha elevado por sobre esa controversia para conjugar el requisito legal de la intervención ineludible de un mediador abogado, con la admisión amplia que refleja el Registro Provincial de Mediadores. Éste acepta a todo mediador que tenga título superior universitario o no universitario ("terciario"). Fundamentalmente, en el Servicio Público se busca promover un espacio de práctica del rol que sea compartido, y que coloque en situación de igualdad de oportunidades a las diferentes profesiones de origen. Lo que se manifiesta inclusive en la retribución por honorarios, iguales para cada mediador, y a cargo del Poder Judicial.

### Variedad... y después

Los Poderes Judiciales de nuestro país se encuentran en procesos de

variados cambios, que reciben nuevas visiones.

Una de ellas es la de ampliar el Acceso a Justicia, basada en pluralidad de vías de resolución de disputas, que se suman a la tradicional respuesta jurisdiccional, para brindar a los ciudadanos la posibilidad de elegir el curso más apropiado, entre ellas la mediación.

Les cabe a los Poderes Judiciales una extrema responsabilidad, que no se reduce al plano de lo discursivo ni del voluntarismo, sino que exige políticas consecuentes que enmarquen acciones concretas.

La mediación del sistema judicial no siempre encuentra las mejores condiciones para su desarrollo, y, en ocasiones, sus notas esenciales se ven desvirtuadas.

Así ocurre, por ejemplo, cuando se pone el énfasis en la utilidad de la mediación para "descongestionar los juzgados". Cuando ligeramente se denomina "mediación" a procedimientos que no lo son, aunque se reúna a las partes en conflicto para intentar llegar a un acuerdo. Cuando jueces, defensores o fiscales, con claros roles dentro del Poder Judicial, afirman que, en ocasiones, "median". Cuando se requieren resultados "rápidamente", desconociendo que son los participantes quienes deciden los tiempos. Cuando se identifica "éxito" en mediación con "acuerdo", sin advertir el valor sustancial que reside en el proceso, y no en uno de sus posibles finales. Los ejemplos podrían seguir.

En el decir de un mediador argentino, "siempre estuvo claro que le pide el Poder Judicial a la mediación, pero nunca se ha hablado de lo que la mediación le pide al Poder Judicial"<sup>3</sup>.

Como en la música, podrán componerse numerosas variaciones sobre la armonía de la mediación.

Corresponde a los poderes judiciales lograr magníficas versiones.

## “MOBBING” COMO INJURIA LABORAL

POR ENRIQUE ANÍBAL MAGLIONE:

ABOGADO (UNC). ESPECIALISTA EN DERECHO PENAL. APODERADO DEL SINDICATO DE CAMIONEROS, UOCRA, OSPeCON Y EL INSTITUTO DE ESTADÍSTICA Y REGISTRO DE LA CONSTRUCCIÓN (IERIC)<sup>1</sup>.

Recientemente se ha dictado en los autos "SUBIELA, Jorge Omar c/ ORGANIZACIÓN COORDINADORA DE ARGENTINA S.R.L. s/ Cobro de Haberes e Indemnización de Ley" (Expte. 9282 - F° 141B - Año: 2006), la Sentencia N° 156/2008 del Juzgado Laboral de Trelew de la Provincia del Chubut, a cargo del Dr. Adrián Alberto Duret, Secretaría a cargo de la Dra. María José Castro Blanco, quizá uno de los primeros antecedentes en la jurisprudencia nacional del "mobbing" como injuria laboral causal de despido indirecto. Este decisorio fue confirmado en todas sus partes por la Cámara de Apelaciones de Trelew mediante Sentencia N° 017/09 - SDL.

El referido antecedente mereció el elogio del notable jurista Rodolfo Capón Filas con los siguientes conceptos: "Si ya en los grandes centros urbanos las relaciones humanas son difíciles, las mismas se complican mucho más en el sur del país, ya que el frío, el viento, la soledad, la lejanía, oscurecen el panorama psíquico-físico, como lo sabe cualquier persona que haya vivido en la zona. Por eso, las relaciones humanas intra-empresarias deberían ser especialmente cuidadas de tal modo de no agregar un peso más a la ya dura tarea de vivir en la región. Este modo de encarar el acoso excede el marco académico tradicional pero puede ser el adecuado si se entiende que el derecho del trabajo no analiza el trabajo como un objeto sino atiende *al hombre en situación de trabajo*, enfoque que cambia completamente la cuestión. Es por ello que esta sentencia, confirmada por la Cámara, es correcta y ejemplificadora, marcando senderos a las relaciones laborales para que circulen por caminos de respeto y armonía. Nunca

se erradicará el conflicto de las relaciones mencionadas pero siempre se lo puede encauzar en solidaridad y cooperación. La sentencia marca este enfoque"<sup>1</sup>.

### La Demanda:

Los antecedentes de la causa versaron sobre un trabajador que mantuvo una larga relación de trabajo con la demandada, una empresa de clearing y correo privado, que se extendió desde el año 1990 hasta el mes de Octubre de 2006, en que se consideró despedido con motivo de un acoso laboral por parte de la empleadora.-

El actor ocupaba la Gerencia de la Sucursal Trelew de la empresa empleadora, cumpliendo asimismo tareas de comercializador directo de los productos de la empresa en la zona, teniendo a cargo también la sucursal de la ciudad de Puerto Madryn. Asimismo el actor fue destacado en su responsabilidad y obtuvo premios que fueron reconocidos económicamente conforme se demostraron en los recibos de haberes que se adjuntaron a la demanda.-

A partir del mes de Junio de 2006, fue designado un nuevo un Gerente Regional en la zona, quien por su personalidad y forma de trato especial con el personal subalterno comenzó a tener divergencias con el Gerente de la Sucursal Trelew, el actor.-

A partir de entonces comenzó este nuevo ejecutivo a tomar una serie de decisiones que fue deteriorando y perjudicando no solo económicamente al actor, sino también haciendo mella en su salud, desafectándolo de la Sucursal de Puerto Madryn, recortarle los gastos de manera significativa y menospreciando en

<sup>3</sup> NIETO, Roberto. Paper inédito. Mendoza, 2009.



# El Reporte

<sup>1</sup> Rodolfo Capón Filas, 07/04/2009 Comentario en [http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub\\_id=99&sid=620&aid=42253&eid=48&NombreSeccion=Jurisprudencia%20provincial&Accion=VerArticulo](http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=620&aid=42253&eid=48&NombreSeccion=Jurisprudencia%20provincial&Accion=VerArticulo).

forma constante y permanente todo lo que había hecho el actor en los últimos años como Gerente local, entre otras decisiones.-

Esta situación de acoso laboral sobre el actor obligó a que en fecha 21 de agosto de 2006 éste tuvo que ser hospitalizado de urgencia con un cuadro de *pre infarto*. En dicha oportunidad, fue evaluado por un médico cardiólogo quien le diagnosticó "*Trastorno de ansiedad generalizada*", recomendando treinta (30) días de reposo, siendo derivado a un profesional psicólogo.-

Posteriormente, el actor fue atendido por una profesional en psicología, quien le extendió un certificado por treinta días de licencia diagnosticándole estrés laboral. A partir de entonces comenzó un tratamiento psiquiátrico con diagnóstico de "Depresión y Stress Laboral".-

Inmediatamente la demandada, encontrándose el actor con licencia por enfermedad, comenzó un acoso laboral mediante comunicación epistolar que se extendería por dos meses hasta la finalización del contrato laboral del que el actor hizo opción colocándose en situación de autodespido.

En ese ínterin la empresa demandada lo responsabilizó de actuaciones pendientes con relación a cuestiones comerciales llevadas a cabo por el actor; poniendo en duda su tratamiento psiquiátrico y su padecimiento. Esta situación le provocó al actor un shock psicológico que fue determinado por su médico psiquiátrico tratante, acrecentándose sus síntomas de angustia, tristeza, ideación en torno a la muerte, insomnio y anorexia, recomendando que el paciente (el actor) se encontraba con licencia laboral por tratamiento psiquiátrico, por lo cual estas actuaciones por parte de la empresa atentaban contra la recuperación de su salud. -

Por último con fecha 24/10/06 el actor, con una gran carga emocional y siguiendo las prescripciones médicas advirtió que la relación laboral con la demandada se había resquebrajado totalmente y que por cuestiones de salud, le iba resultar imposible recomponer la armonía laboral, y la alternativa de mantenerla no solo le prolongaría su agonía sino que terminaría con su vida comprometida y afectada significativamente por culpa de la demandada. Es así que se vio obligado a rechazar la misiva enviada por la empresa y se colocó en

situación de auto despido poniendo fin a la extensa relación de trabajo..

### La Sentencia

El sentenciante en sus considerandos sostuvo: "Que planteadas de esta manera las posturas de las partes, corresponde determinar si el despido indirecto en el que se colocó Subiela resultó ajustado a derecho. Entiendo que sí. Probado está que a partir de agosto de 2.006 Subiela se encontraba de licencia por estrés laboral, tal como dan cuenta los certificados médicos de fs. 23/27 e informe de fs.115 (documental reservada), cuya autenticidad fuera corroborada por los profesionales tratantes a fs. 119, 134 y 135, producto de la tensa relación que tenía con sus superiores, concretamente con el Sr. Carvelli quien fuera designado como nuevo Gerente Regional mientras él se desempeñaba como Gerente de la Sucursal Trelew. En el informe de fs. 115/116 la médica psiquiátrica de Subiela, Dra. Bainotti, manifiesta que a la época del informe (4/12/06) el mismo presenta un cuadro de angustia, sudoración y miedo, episodio que "se produce frente al maltrato de un superior y ante las tensiones laborales consecutivas"; que "aparece ante el relato un cuadro de tristeza, abatimiento ... ideas de ruina, pensamientos en torno a la muerte (ideación suicida), insomnio, anorexia y pérdida de peso, disminución de la memoria y la concentración"; que este cuadro "comenzó frente al maltrato laboral, la desvalorización de su trabajo, las presiones injustificadas que nunca satisfacían las exigencias de sus superiores a pesar de haber alcanzado el logro de los objetivos"; que el cuadro descripto corresponde a lo que en medicina laboral se conoce como "Reacción vivencial neurótica con manifestación depresiva de grado III", cuyo motivo desencadenante es el maltrato laboral por parte de sus superiores y el consecutivo stress laboral".

"Estas conclusiones a las que arribara su médica tratante, fueron confirmadas por la Dra. Suárez Boedo (pericia psiquiátrica agregada a fs. 233/2345 que no fue observada por las partes), quien diagnostica "Trastorno de Ansiedad Generalizada; Mobbing"; y que el cuadro es consecuencia de los sucesos vividos por él (mobbing), lo cual provoca malestar clínicamente significativo con deterioro social, laboral o de otras áreas de actividad del mismo, siendo

el diagnóstico de "Trastorno de Ansiedad Generalizada con Componente Depresivo".

"De esta situación descripta dan también cuenta algunos de los testimonios vertidos en la causa. A fs. 113 declara el contador Atilio Alberto PANIZZI, quien a la época de la relación laboral habida entre las partes era responsable del área administrativa del Banco del Chubut. Relata que tenía centralizados los problemas que se daban con los clientes, de todas las sucursales del Banco del Chubut, que le elevaban los reclamos y consultas y que él las trasladaba a la empresa a través del actor, que Subiela era su referente. Que Subiela estaba a disposición cada vez que lo necesitaban. Que Carvelli era una persona ególatra, que cuando murió Yabrán le llegó a decir "que después de Yabrán venía Colela y después venía él. Él hablaba de la empresa como si fuera de él, propia. Él decía "mi hombre", "mi gerente". El banco no era mío, pero la empresa era de él". Que veía que a Subiela le hacía marcar bien quien era el superior. Que en la sucursal de Madryn había alguien asignado y que cuando se fue quedó todo a cargo de Subiela".

"Por su parte, a fs. 166/167 vta. declara Javier Angel María SABATTO, quien trabajó para OCA desde abril de 2005 a octubre de 2006 en la ciudad de Puerto Madryn, que jerárquicamente dependía de Subiela, que a él le reportaba todo; que les daba libertad de trabajo y de acción, pautas claras, que había mucho ida y vuelta y que se trabajaba cómodo en la empresa. Que Carvelli no era una de las personas con las cuales se podía tratar amablemente, por su actitud, su forma de dirigirse, "un tipo que hacía saber que éramos subalternos, pero no con buenos términos". Que su forma de dirigirse a la gente era de modo ordinario y agresivo, que respecto de Subiela sabe que lo presionaba mucho, que ha estado con Subiela cuando lo llamaba por teléfono, que lo ha exigido, que era bastante mal educado, que "las cosas positivas eran productos de su gestión y las cosas negativas eran culpa nuestra o de Subiela, cuando eso no era así". Que luego de que el actor tuviera el pre infarto lo fue a ver, que lo vio mal, que estaba arruinado, pálido y blanco. Que Carvelli se hizo cargo de la gerencia regional aproximadamente un mes antes de que Subiela cayera enfermo, que además de quitarle los fondos fijos le prohibió que se

reportara a Jorge Subiela, y que nada de lo que haga o dejara de hacer tenía que comentárselo a Subiela sino a él mismo (Carvelli); y que luego los mandó a Rawson a investigar los contactos de Subiela, a Salud, al Banco del Chubut, porque Carvelli no era bienvenido en el banco precisamente por su forma de ser, pateaba escritorios y hacía esas cosas. Que "Subiela seguía haciendo su trabajo, pero creo que el objetivo de él fue minimizarlo en sus funciones". Que cuando iba a visitarlo porque estaba con parte de enfermo Carvelli lo seguía llamando por teléfono, porque la cara le cambiaba automáticamente, que supone que lo llamaba para presionarlo para que vuelva a trabajar; que todo eso llevó a que Subiela se considerara despedido. Que mientras estaba de licencia por enfermedad nunca le dejó de sonar el teléfono porque Subiela era el que manejaba OCA, que las relaciones con todos los clientes importantes las generaba Subiela, no Carvelli".

"A fs. 203/204 luce la declaración de Stella Maris MALATTO producida en la Ciudad de Buenos Aires. Manifiesta la testigo que trabajó en la misma empresa con el actor, que éste era gerente de las Sucursales de Trelew y Puerto Madryn y que estaba asignado comercialmente a las sucursales de Esquel y Comodoro Rivadavia, y que además atendía las grandes cuentas de gobierno de la provincia de Chubut. Que el actor era una persona muy capaz, que no sólo tenía asignada la parte comercial y operativa, que iba a Buenos Aires para atender ciertos negocios, que tenía poder administrativo amplio para que se pueda presentar en licitación, que eso no es muy común entre los gerentes. Que a ella le consta porque manejaba el tema de licitación, que el actor tenía buen trato con el Sr. Carvelli, no así a la inversa. Que Carvelli con sus inferiores era pésimo, que maltrataba a la gente y que siempre hacía que se le reconozca su cargo de gerente. Que Carvelli no lo trataba bien a Subiela. Que sabe que Carvelli fue desafectado de las cuentas de gobierno y del banco provincial por el mal trato a los superiores; que cuando vuelven a darles las cuentas, e iba a Buenos Aires, desestimaba la gestión del actor, pero que no era cierto, dado que todos los que conocían a Subiela y a Carvelli estaban al tanto de lo ocurrido. Que sabe que el actor se encontraba muy desgastado por el trato que recibía

del Sr. Carvelli.”

“Estos testimonios precisos, detallados y concordantes sumados a los dictámenes médicos constituyen prueba fundamental respecto al punto, y hacen a mi pleno convencimiento acerca de los motivos que desencadenaron en el cuadro de estrés laboral del actor o “moobing”, pues ha quedado acreditado el mal clima laboral vivido en el tiempo previo al pre infarto y cuadro depresivo que sufriera Subiela, motivado principalmente por la actitud persecutoria e intimidatoria de su superior jerárquico, Sr. Carvelli”.

“En este cuadro de situación, y estando de licencia médica por el estrés laboral ya probado en autos, advierto que las contestaciones cursadas por la empresa en sus misivas resultan, cuanto menos, irritativas y provocativas. Tras examinar el cuadro clínico del actor en uso de sus facultades contralor (art. 214 L.C.T.) la empresa le remite telegrama de fecha 6/10/06 por el cual le notifica que “hace reserva de derecho al existir actuaciones pendientes a su respecto y con relación a cuestiones comerciales llevadas a cabo por ud.”; del cual y ante la vaguedad de los términos, siquiera puede inferirse cuáles son los alcances de la acusación. Así, le contesta el actor mediante telegrama de fecha 9/10/06 en el cual niega tener actuaciones pendientes e intima a que cesen con las actitudes intimidatorias y de hostigamiento lo que le provoca una grave afección psíquica en razón de encontrarse con licencia médica desde el 21/08/06, con especial tratamiento psiquiátrico por estrés laboral y cuadro depresivo. A esta misiva contesta la empresa negando actitudes intimidatorias y que éstas le provoquen daño psíquico alguno, rechazan la veracidad de sus dichos y por no constarles los síntomas que atribuye, firmados por “quien dice que es una médica psiquiátrica y para el hipotético caso de ser ciertas las afirmaciones de la supuesta médica la misma deberá dar razón de lo expuesto atento afirmaciones falaces...”.

“Si tenemos en cuenta que el actor estaba ya hace más de un mes y

medio con licencia por enfermedad - estrés laboral-, la que venía siendo acreditada con certificados médicos, el telegrama de fecha 12/10/06 en el que le niegan los síntomas e incluso dudan del carácter de médica de la psiquiatra que lo trataba, al aludir a una “supuesta médica” o a “quien dice que es una médica psiquiátrica”, resulta lo suficientemente injurioso como para habilitarlo a considerarse legítimamente en situación de despido indirecto por culpa de la empleadora, constituyéndose así en acreedor de las indemnizaciones que derivan del despido intempestivo”.

“Lo dicho fundamenta sobradamente el acogimiento de la acción, pues el despido estuvo motivado por la injuriosa misiva a la que acabo de aludir y a la situación de hostigamiento que venía padeciendo...”.

“Tratados todos los puntos sometidos a consideración del suscripto, paso a verificar los cálculos practicados a fs. 13 vta., los que encuentro ajustados a derecho conforme las pautas dadas en la sentencia; por lo que la acción progresa por la suma de ... con mas los intereses que determina el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales, a computarse desde que cada suma es adeudada y hasta su total y efectivo pago. Por todo lo expuesto, en definitiva: FALLO: I.- HACIENDO LUGAR en todas sus partes a la demanda entablada por JORGE OMAR SUBIELA en contra de ORGANIZACIÓN COORDINADORA ARGENTINA S.R.L., condenando a ésta a que en el término de DIEZ (10) DIAS abone al actor la suma de ..., con más los intereses fijados en el respectivo considerando. II.- Costas a cargo de la demandada vencida... III.- REGISTRESE Y NOTIFIQUESE.

### El Mobbing o Acoso Laboral

Esta actitud injuriosa descripta y exhibida por la empresa demandada fue realizada con la sola intención de denigrar y menoscabar al actor a efectos de provocar su renuncia o un despido satisfactorio para la empresa, constituyendo, sin lugar a dudas, una

injuria de tal magnitud que dio lugar a la rescisión unilateral del contrato de trabajo por parte del trabajador.

La conducta demostrada por la empresa demandada constituyó básicamente el *mobbing* (palabra de origen inglés para denominar el acoso laboral), que consiste en una conducta hostil hacia un trabajador desde una posición jerárquica superior o desde un grupo de iguales.

Algunos autores han definido a esta conducta como: “el fenómeno en que una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo”<sup>2</sup>.

Otros han sostenido que el *mobbing* es: “El conjunto de comportamientos, acciones o conductas ejercidas por una o diversas personas de forma sistemática y a lo largo del tiempo, destinadas a dañar la integridad física y psicológica de una o más personas, con un desequilibrio de fuerzas, con el objetivo de destruir su reputación y sus redes de comunicación y perturbar el ejercicio de sus funciones aprovechando las deficiencias en el sistema organizativo”<sup>3</sup>.

El *mobbing* o acoso laboral, es un acoso moral, desde una óptica social, tanto en su perspectiva individual como colectiva, siendo un factor que ha empezado no hace poco años a estudiarse en el Derecho Laboral como un problema en el ámbito jurídico, que se gesta de manera perversa en las relaciones laborales.

La doctrina tiene dicho que “*El mobbing o acoso moral en el ámbito laboral es la situación en la que una persona o grupo de personas ejerce violencia psicológica extrema sobre un tercero en el lugar de trabajo, en forma sistemática y reiterada, durante un tiempo prolongado.*”

“Tiene por finalidad anular las

redes de comunicación de la víctima, destruir su reputación y perturbar el ejercicio de sus labores, con la motivación última de lograr que la persona termine abandonando su trabajo”<sup>4</sup>.

Asimismo el autor Julio Grisolia cita algunos ejemplos como “*la deliberada falta de comunicación con el trabajador, su aislamiento físico, el hostigamiento, la propagación de conceptos peyorativos hacia su persona el insulto y la ridiculización directa*”, entre otras.

“*Se trata de una práctica que invade la esfera jurídica del trabajador, con la violación del principio neminem laedere, contemplado en el art. 19 de nuestra CN, al lesionar la integridad psicofísica y la dignidad del afectado, ya que, como consecuencia del mismo, no es extraño que aparezcan síntomas de compromiso físico o psíquico*”<sup>5</sup>.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) garantiza el derecho de las personas a no ser sometidas a tratos crueles, indignos o degradantes, y que debe completarse con la potestad a ser oído, “*permitiéndosele denunciarlos ante su superior para su esclarecimiento*”.-

Esta perversa conducta de acoso moral al trabajador que tiene un carácter lesivo por la presencia de un daño, que no necesariamente tiene que ser físico como el ocurrido en los autos mencionados – pre infarto –, constituye una injuria por la inobservancia de los deberes de prestación laboral por parte del empleador, y da derecho al trabajador a colocarse en la situación de despido en los términos del arts. 242 y 246 de la LCT.

Para la procedencia de esta causal de despido resulta necesario la previa comunicación fehaciente a la contraparte de la lesión que está padeciendo el trabajador en el ámbito laboral. En tal sentido la jurisprudencia ha sostenido que: “*La injuria debe ser comunicada de manera clara y concreta; es irrelevante la calificación o el juicio que pueda realizar el empleador quien, por el con-*

<sup>2</sup> Abajo Olivares, Francisco Javier, “*Mobbing. Acoso Psicológico en el Ámbito Laboral*”, Ed. Lexis Nexis Depalma, pag. 18.-

<sup>3</sup> Departamento de Trabajo e Industria de la Generalitat de Catalunya- Primera Jornada de Análisis Integral del

“*Mobbing*” promovida por S.E.D.I.S.E.M. Servicio Europeo de Información sobre Mobbing, el CS CONC de las Comarcas de Girona, el Gabinete Técnico Jurídico de la CONC de Girona, y el Ilustre Colegio de Abogados de Girona, en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad

de Girona, el Departamento de Trabajo e Industria de la Generalidad de Catalunya y la página Web [www.acosomoral.org](http://www.acosomoral.org). Girona 25 Noviembre 2005 II.lustre Col.legi d’Advocats de Girona.

<sup>4</sup> Grisolia, Julio Armando, Régimen indemnizatorio en el contrato de trabajo,

p. 140.-

<sup>5</sup> Grisolia, Julio Armando, Ob. Cit., p. 141.-

<sup>6</sup> Ackerman, Mario E. Op. Cit, T° IV, “*Terminación de la Relación de Trabajo*”, por Armando Roccha, Mario E. Ackerman, Diego M. Tosca y Liliana Rodríguez Fernández, pp. 194 y 195, Año 2005.

trario, debe describir con precisión las conductas que invoca como causal de la extinción... ”<sup>6</sup>.

En otro orden de cosas, en el ámbito laboral rige para las partes el principio de la buena fe, ajustando su conducta, como nos refiere el artículo 63 de la LCT, a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador. Así la doctrina se ha expresado diciendo que: “*Tan vinculados aparecen..., el deber de fidelidad con el poder de dirección del empleador, que el primero puede decirse que deriva del segundo y es una manifestación del principio de buena fe y del deber de colaboración que en el contrato individual de trabajo se impone por las normas legales a las partes contratantes. En el contrato de trabajo la buena fe y la confianza entre las partes constituyen condiciones sine qua non para que las relaciones puedan desarrollarse en forma armónica permitiendo a cada una de ellas cumplir acabadamente con sus obligaciones para llevar el contrato hacia el fin previsto; por ello es que si en el curso de la vida laboral sobre algún hecho que por su naturaleza y gravedad impide continuar las relaciones en ese plano, sería lícito poner fin.*”<sup>7</sup>.

Con el acoso laboral o *mobbing*, también se transgrede este principio rector en las relaciones laborales.

Si bien el *mobbing* no se encuentra tipificado en nuestro orden jurídico, no es menos cierto que existe y que se practica de manera cotidiana con la intención que el trabajador que abandone su puesto de trabajo sin “responsabilidad” para el empleador, es por ello que es muy importante que los jueces y la jurisprudencia hayan empezado a incluirlos como causal de despido indirecto dentro de las pautas establecidas por la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20.744), a partir del caso “Dufey”<sup>8</sup> del Superior Tribunal de Río Negro.

### Conclusiones Generales

Como se expresara anteriormente ha sido muy valioso el aporte jurisprudencial referenciado, al introducir un instituto “*mobbing*” poco conocido como tal y nuevo en nuestra doctrina y jurisprudencia nacional, empero ha sido de las prácticas más habituales que se han llevado a cabo en nuestro ámbito laboral.

El reconocimiento como injuria laboral constituye un hito jurisprudencial muy importante que pondrá al resguardo de estas maliciosas prácticas a los trabajadores, que si bien no las erradicará, es posible que genere una consciencia de solidaridad y cooperación entre los pares como

defensa a este oprobio laboral.

En la actual actividad laboral es frecuente la utilización de esta práctica de acoso moral a los trabajadores ante la precariedad de las ofertas de trabajo con el nivel de competitividad laboral necesarios en el día a día, y siempre que exista una relación laboral, sea privada o pública será susceptible la presencia de esta conducta arbitraria.

Es por ello que estas conductas persecutorias, no solo se exhiben cuando el empleador es una persona física o una empresa privada, sino también cuando el empleador es el propio Estado, situación ignominiosa más grave aún, que debe ser observada y tipificada por una legislación específica, sea en el orden nacional, provincial o municipal para los agentes de la administración pública.

Si bien el Estatuto del empleado público expresamente es ajeno a la Ley de Contrato de Trabajo, no es menos cierto que los agentes públicos también son trabajadores que cumplen una prestación laboral con un empleador que es el Estado, y que también padecen el acoso laboral como una práctica frecuente.

Finalmente el *mobbing* es una modalidad de acoso laboral que se produce sobre una o más personas, con fines intimidatorios, a través de una agresión sistemática y sostenida

en el tiempo, orientada a provocar la exclusión social o el abandono del puesto de trabajo y/o de las expectativas personales o profesionales. Esta conducta de afrenta no solo puede llegar a causar la destrucción psicológica del trabajador, sino que en algunas veces puede provocar serios daños en la salud del dependiente, como lo ha sido en el caso de las actuaciones judiciales descriptas.

Por otra parte, atenta directamente contra el principio protectorio que emana del Artículo 14 bis de nuestra Carta Magna, entendiéndolo a éste como el principio que protege en la dignidad, mínimamente exigibles, la calidad y condición del trabajo a desarrollar por el trabajador en su condición de ser humano.

Para evitar estas conductas en desmedro no solo de la relación laboral sino de la dignidad del trabajador, se requieren leyes de protección laboral, en consonancia con el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional, que acompañen a la jurisprudencia laboral y admitan al acoso del trabajador como injuria suficiente para provocar la extinción del contrato de trabajo, sin olvidar las sabias reflexiones de Capón Filas “*El derecho del trabajo no analiza el trabajo como un objeto sino atiende al hombre en situación de trabajo*”<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> SC Bs. As. – 13/5/1975, “Taroncher, Enrique c/Casa Antamarina SRL y otro” – Fallo 25240 – JA – 1976 – TII – p. 297.-

<sup>8</sup> STJRN, Sent. 044/2005 de fecha 06/04/2005.-

<sup>9</sup> *Ibidem*.



## LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY. Evolución en la Jurisprudencia Norteamericana.

POR FERNANDO SHINA:

ABOGADO (U.B.A). PUBLICÓ, EN COLABORACIÓN CON OTROS AUTORES, “LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA: EL ARTÍCULO 1113 DEL CÓDIGO CIVIL”, EDICIONES DE CUYO. DURANTE EL 2009 PUBLICÓ “LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OTROS DERECHOS PERSONALÍSIMOS”, EDITORIAL UNIVERSIDAD. FUE PROFESOR UNIVERSITARIO DE DERECHO CIVIL, PARTE GENERAL, ELEMENTOS DE LAS OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL, (UBA). EJERCIÓ LA DOCENCIA EN LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL PROVIDENCE SCHOOL DEPARTMENT (2002/2004). ACTUALMENTE ES ASESOR LEGAL EN LA DIRECCIÓN GENERAL DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR DEL CHUBUT.

### 1. Introducción.

Quería compartir con los lectores de **EL REPORTE** lo que fue mi

exposición en el seminario “*Aspectos prácticos y relevantes del Derecho Civil y Procesal Civil*”, que tuvo lugar en la ciudad de Trelew los días

15 y 16 de octubre de este año. Tuve la suerte de disertar sobre un tema tan apasionante como trascendental para los hombres de derecho: la

interpretación de la ley. Esa tarea tan difícil como necesaria que realizan los magistrados de todo el mundo. Elegí, con la reprochable arbitrariedad que

siempre rige mi gusto personal, la evolución jurisprudencial registrada en algunos fallos de alzada, y de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los últimos 50 años. La elección, a pesar de la reconvención que pueda caberme, no es caprichosa porque la Corte Suprema de aquél país, junto a otros tribunales de su misma jerarquía, marcan una línea interpretativa sólida, duradera, pero también lo suficientemente flexible para ser útil a la sociedad, siempre sensible a los cambios que cada época lleva y trae, como una marejada de los tiempos.

Espero, eso sí, que estas notas sean de interés del lector y de alguna utilidad para su actividad profesional.

1) En primer lugar quiero decir que debo el honor de participar en este Seminario de Derecho Civil a la gentileza del Dr. López Mesa, quien no solamente me invitó a integrar el panel de expositores, sino que también me benefició con la elección de un temario que me agrada: el derecho comparado. Particularmente el derecho visto a la luz de diversos fallos dictados por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos a partir de la década del 60 y hasta nuestros días. Probablemente mi interés sobre el derecho americano se deba a que viví y trabajé en aquél país durante dos años, circunstancia que me permitió tener un acercamiento más profundo al sistema legal que ellos utilizan. Sin embargo, a modo de anticipada conclusión de esta disertación, adelanto: los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos son muy parecidos a los que dictan a diario nuestros tribunales. De hecho, la Corte Suprema de Justicia americana ejerce un liderazgo jurídico que se propaga al resto del mundo occidental. Ejemplo de esto son los míticos "*leading cases*" como **New York Times vs. Sullivan** que creó o, mejor dicho, patentó la doctrina de la *real malicia* (*actual malice*) que hoy se aplica en todos los tribunales del mundo cuando toca resolver cuestiones relacionada a la libertad de expresión y medios masivos de comunicación. También la aplican los Tribunales Internacionales como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el año 2008 en el marco del caso **Kimel vs. Argentina** se expidió repitiendo casi textualmente la doctrina *Sullivan*. "*...la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social... implica también,*

*por el otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno*" Por caso, muy recientemente, el Superior Tribunal de la nuestra provincia, en los autos **Novoa c/ Diario de Madryn**, también se expidió sobre el tema. Cito parte de ese fallo: - *También, tras la cita de jurisprudencia local, se concluyó en la definitiva que el hecho referido en la página 5 de la edición del día 25 de Mayo de 2004 del "Diario de Madryn" no era sustancialmente falso, siendo las inexactitudes que alega el demandante insustanciales como para generar un resarcimiento por daño moral y teniendo en cuenta que encuadrado el caso dentro de la doctrina de la real malicia sería absolutamente inviable la procedencia de la demanda.* Repito: la aplicación de esta doctrina, creada por la Corte Americana en el año 1964, es obligada en todos los tribunales del mundo. Pero aclaro, su interpretación ha ido variando con el correr de los tiempos. En algunos casos se ha extendido; en otros, se ha estrechado siendo su interpretación más restrictiva. Y de eso se trata interpretar una ley. Y es necesario hacerlo.

2) Durante el año pasado estuve investigando diversos fallos que la Corte Suprema de los Estados Unidos dio a partir del año 1960, siguiendo el análisis hasta nuestros días. Tuve la suerte de escribir esas investigaciones, tan esforzadas como parciales y defectuosas, y hoy aquellos apuntes constituyen el cuerpo de un libro que fue publicado a principios de este año. En él trato de analizar distintos fallos que fueron dictados por el Máximo Tribunal de ese país a partir de la llegada de la conocida *Corte Warren*, que debe su nombre a quien fuera su Presidente, **Earl Warren**. La composición de aquél Tribunal Superior, propuesta por el presidente **Eisenhower** en 1953, duró hasta 1970 y produjo uno de los cambios más importantes en la historia del Poder Judicial de Norteamérica. Sus magistrados, entre los que destacan el propio **Earl Warren**, pero también **Hugo Black** y **William Douglas**, dieron las sentencias más liberarles en materia de derechos individuales, de protección de las minorías étnicas, y a favor de la lucha contra la discriminación racial. La impronta que estos hombres de derecho le dieron a sus laudos trascendió las enormes

galerías de los tribunales y el eco de sus dictámenes llegó hasta los escritorios donde políticos y legisladores hacen su tarea. En otras palabras: la Corte Warren debe su fama a un hecho inusual en nuestros días: actuó como un verdadero límite a la primacía que el Poder Ejecutivo tiene en los sistemas de tradición presidencialista, como el nuestro por caso.

3) No obstante, esta Corte y sus criterios, que fueron revolucionarios cuando aparecieron, tampoco se mantuvieron inalterables frente al paso del tiempo. Y es inevitable que esto ocurra porque el devenir de la historia oscila por el peso de las nuevas costumbres, las nuevas tecnologías, los nuevos derechos, y las nuevas obligaciones. El Magistrado, afortunadamente, no está eximido de percibir las vaivenes de su época. Pero, del mismo modo que debe tener pulso fino para acompañar el paso lento de los cambios sociales, debe tener pulso firme para no tropezar con los bruscos cambios que la moda del político de moda siempre le trata de imponer. Y la regla de la mirada inoportuna del Poder Ejecutivo sobre el Poder Judicial es universal. Se repite en todos los países, aún en aquellos que se proponen como líderes de las democracias del mundo.

4) Y hablando de esa difícil convivencia entre el Poder Político y la judicatura, hay un caso emblemático que describe como pocos esta situación. Se trata del famoso *leading case* conocido con el seudónimo de **Roe vs. Wade** dictado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el año 1973. En *Roe* se debatió judicialmente, ni más ni menos, que la legalización del aborto. Este fallo histórico dividió como ninguno a toda la sociedad americana. Enfrentó posiciones filosóficas, científicas, religiosas y políticas. A partir de su dictado todo candidato a presidente debe, necesariamente, referirse públicamente a su posición frente al aborto. Así lo han hecho los presidentes **Gerald Ford**, **Ronald Reagan**, **George Bush** padre y **George Bush** hijo, que por el lado del partido republicano se mostraron en contra de la legalización del aborto. Por su parte, los Presidentes **Jimmy Carter** y **Bill Clinton** y **Barack Obama**, todos pertenecientes al partido demócrata, se mostraron a favor de la legalización del aborto.

extender el derecho de la privacidad.

Entre los republicanos, el Presidente Reagan, quizás haya sido quien llevó su acción política al punto más alto que la sociedad americana puede tolerar. Y debo señalar que es aquella una sociedad mucho menos tolerante que la nuestra con los funcionarios que eligen. Lo cierto es que el Presidente Reagan, durante un discurso retó públicamente a los Jueces de la Corte que invalidaban leyes antiaborto que él mismo remitía al congreso para su aprobación. El enojado mandatario les dijo a los magistrados que el país requería que sus jueces interpreten las leyes, y no que las escriban en cada sentencia, porque esa tarea le había sido encomendada por la Constitución al Poder Político y no al Poder Judicial de la República. Los jueces, en innumerables fallos silenciosos pero efectivos le dieron respuesta al irascible Reagan. No se trata de escribir leyes sino de interpretarlas con criterios evolutivos, lo que también favorece a la salud de la República. Pero evolución social no quiere decir obediencia al gobierno de turno. No obstante, en esa pelea feroz entre ambos poderes de la República, Reagan llegó a proponer con éxito a la Jueza **Sandra Day O'Connor** para que integre el Tribunal ni bien se produzca una codiciada vacante. La Jueza O'Connor en todos los veredictos aportaba su fallo negativo dejando la votación decisiva en un inquietante vaivén.

5) La crónica de la época dice que si en el año 1987 la propuesta de Reagan de llevar al Juez **Robert Bork** a la Corte Suprema prosperaba, los días del aborto en los Estados Unidos estaban contados. Y cito a este jurista porque él representa el pensamiento más extremo en materia de interpretación del texto constitucional. Su pensamiento jurídico se conoce con el nombre de **Originalismo** y, básicamente, consiste en respetar a rajatabla los principios constitucionales establecidos por el constituyente originario al redactar el texto constitucional. En los hechos, esa teoría se manifiesta diciendo que los jueces deben concentrar todo su pensamiento en bucear la intención que tuvieron los Fundadores de la Patria evitando las interpretaciones evolutivas. La tarea fundamental del Juez, sostiene esta doctrina, es interpretar el pensamiento de los constituyentes originarios. Por caso,

en materia de libertad de expresión, el Juez debería ceñirse al pensamiento que el constituyente tenía en el año 1791 en que la Primera Enmienda Constitucional fue dictada.

6) La teoría que se enfrenta al *originalismo borkinano* es aquella que alienta una suerte de interpretación evolutiva del texto constitucional. Entre los cultores de esta teoría destaca otro prestigioso jurista: **Ronald Dworkin**. Sus seguidores sostienen que hay que interpretar la ley en el caso concreto, y de manera integral e integradora, sin prescindir de la costumbre nueva que se va agregando. La ley bien interpretada siempre va a dar una solución apropiada al caso concreto que llega a tribunales. Es decir que ambas teorías se oponen desde sus raíces. Porque mientras el **originalismo** lleva el caso concreto al fundamento primario que tenían los constituyentes de origen, el **evolucionismo** procura adaptar ese pensamiento para resolver con justicia situaciones que ocurren muchos años después que la norma constitucional fuera dictada. Para la tesis de la interpretación evolutiva, el juez puede y debe extender el mandato constitucional a situaciones no contempladas por el constituyente originario. Por ejemplo, esa evolución permite interpretar al magistrado que el derecho de libertad de expresión contempla a los artículos publicados en blogs o diarios *online* que, ciertamente, no existían al finalizar el Siglo XVIII.

Sin que esto tenga mayor relevancia, quiero decir que suscribo a esta última corriente en materia de interpretación de la ley. Porque sostengo que una vez que los textos legales ingresaron a la sociedad tienen vida propia y una utilidad que trasciende el pensamiento circunstancial de sus autores. La vida útil de una ley es más larga que la del legislador y debe evolucionar de manera autónoma, dejando atrás las estrechas circunstancias de su creador.

7) Interpretar la ley es una cuestión inevitable. No creo exagerar al decir que sin interpretación de la ley, directamente no hay ley. No existe la norma que pueda ser eximida de la interpretación del Magistrado que va a aplicarla. El texto legal, cuya finalidad última es regular conductas humanas a fin de mantener la paz social, es siempre defectuoso, incapaz

de llevar adelante sin ayuda semejante tarea. El obrar humano despliega en cada conducta que se analiza infinitos matices que nunca podrían ser comprendidos por una norma, por más amplia que ésta fuera. Más aún, si el texto normativo es demasiado ancho, se corre peligro de caer en otro defecto que usualmente contienen las leyes: la vaguedad.

En mi opinión, todo texto legal nace con tres defectos que hacen obligada su exégesis. Ellos son:

#### (i) La ambigüedad del lenguaje.

Las palabras, en todos los idiomas, son ambiguas. Además, su significado cambia con el paso del tiempo, y también de acuerdo al contexto específico en el cual fueron pronunciadas. Por regla, las palabras son insuficientes para definir con precisión un grupo grande de acciones, o de cosas, o de personas. Por ejemplo, un banco puede significar el siempre incómodo asiento de una plaza en donde amantes entusiastas y optimistas se cuentan secretos inconfesables. Pero aquella palabra también puede describir el lujoso salón donde dos personas, también entusiastas y optimistas, depositan los réditos de operaciones económicas que, probablemente, también sean inconfesables. Y como éste hay miles de ejemplos que demuestran que la palabra, *per se*, es insuficiente para precisar un número indeterminado de situaciones.

#### (ii) La aparición de situaciones imprevisibles al momento en que una ley se redactó.

Esta cuestión está directamente relacionada con el desarrollo tecnológico, y no puede dejar de mencionarse que lo ocurrido en la última mitad del pasado siglo, sobre todo en materia de telecomunicaciones, es asombroso. La Primera Enmienda constitucional fue dictada en el año 1791. Su finalidad fue garantizar a los justiciables la libertad de expresión. Sin mucho esfuerzo puede decirse que también quiso el legislador originario liberar a la prensa escrita de la mordaza que la censura siempre le impone. Sin embargo, es absolutamente improbable que el constituyente originario haya, siquiera imaginado, que hacia fines del siglo XX la aparición de Internet cambiaría dramáticamente conceptos tan tradicionales como *prensa escrita, periódico, medio*

*masivo de comunicación*, y también el de *periodista*. Y entonces yo me pregunto, a la luz de estas evoluciones de la alta tecnología, ¿la regla universal de la *real malicia*, se aplica también para los diarios online o, para los cada vez más difundidos y populares *blogs*? Esta misma pregunta, que en sí misma obliga a la interpretación de la Primera Enmienda, que en la actualidad tiene 218 años, es la que hoy se formulan en todas las oficinas judiciales del mundo, y en las aulas de las escuelas de derecho más prestigiosas. Porque ya nadie discute que un blog, es un medio masivo de transmitir información, pero pocos se animan a examinar qué diferencia hay, si es que existe alguna, entre la tarea que realiza el periodista contratado por un medio tradicional, y la que diariamente emprende un escritor aficionado que decide abrir un blog. En suma: ¿el *blogero*, es un periodista al cual le corresponden los amparos asignados al reportero tradicional? Por caso, ¿puede protegerse de una investigación judicial invocando la confidencialidad de las fuentes informativas? Evidentemente, el texto originario del Primera Enmienda no contiene una respuesta para este magnífico grado de evolución tecnológica. Por tanto, se requiere interpretar aquél texto para que sus días de merecida gloria continúen. Los jueces, con su tarea interpretativa ayudan a mantener con vida textos legales indispensables para la salud de la República.

#### (iii) La angustiada incertidumbre que provocan todas las normas legales.

Es imposible, sin la oportuna intervención del intérprete experto, que una ley no genere inseguridad acerca de su extensión. Por ejemplo, es usual que luego de leer un artículo determinado de una nueva ley, uno se pregunte, ¿a qué grupo de personas involucra esta ley? ¿quiénes son los beneficiarios? ¿quiénes son los deudores, quiénes los acreedores? Hace poco tiempo se reformó la ley 24.240 de defensa de los consumidores. La ley 26.361 le incorporó muchos cambios al estatuto de Defensa del Consumidor. Es seguro que algunas de esas modificaciones van a generar polémica, enojo, discusión y, probablemente, varios pronunciamientos de las instancias judiciales de alzada que tendrán que interpretar ese texto normativo tan

reciente. Para citar tan solo un ejemplo que ilustre esta circunstancia cito el artículo 1° de dicha ley, que en su apartado final dice textualmente: “*Se considera asimismo consumidor... a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.*” Intuyo que ni bien se leyó este párrafo del artículo, un temblor habrá sacudido los cimientos, no siempre seguros, de las compañías de seguros. Porque, según este nuevo texto legal, se abre un gran interrogante que afecta a los terceros no contratantes directos de una póliza de seguros: el dilema que obliga a la interpretación podría formularse así ¿el tercero no contratante, puede ser considerado como un consumidor expuesto a una relación de consumo en los términos del artículo 1° de la Ley 24.240? En su caso, ¿tendrá acción directa contra la compañía de seguros con la cual no firmó ningún contrato? Más: ¿quién tiene competencia administrativa para juzgar casos en los que están involucrados una aseguradora y un tercero? Ninguna de estas preguntas puede resolverse con la simple lectura del artículo 1° de la ley de defensa al consumidor. Porque no define, y creo que no podría hacerlo, quiénes son las personas *expuestas* a una *relación de consumo*. Es decir que sin una interpretación jurisprudencial y doctrinaria, esta norma es un texto muerto.

7) El debate sobre la interpretación de la ley sigue, y es de esperarse que nunca se agote. Porque, además del pensamiento creador u originario de la norma legal, y además de la evolución de las costumbres sociales, existe el pensamiento y las valoraciones del magistrado que en concreto va a aplicar esa ley. El juez, que en su sentencia aplica una norma legal necesariamente hará una interpretación valorativa del texto. Por lo tanto, la persona del juez adquiere una notable relevancia en materia de interpretación legal. En Mayo de 2009 ocurrió en Estados Unidos algo impensable unos pocos años atrás: el actual Presidente **Barack Obama**, también un presidente impensable en los años de lucha que emprendió **Martin Luther King** y otros valientes con él, propuso a la Jueza **Sonia Sotomayor**, de padres Puertorriqueños y nacida y crecida en el popular barrio neoyorquino del Bronx, (barrio negro por excelencia) como integrante de la Corte Suprema

de la Nación. El Senado aprobó su candidatura y, finalmente, Sonia es miembro del Máximo Tribunal desde el 6 de Agosto de 2009. Se trata de la tercera Jueza mujer que integra ese tribunal, pero el dato más importante es que es la primera descendiente de hispanos que ocupa uno de los tronos del Tribunal Superior del país más poderoso del mundo. Dado que se su nombramiento es tan reciente, habrá que esperar uno poco antes de que sus fallos salgan a la calle. Sin embargo, el paso de Sonia por los tribunales de instancia ya ha dejado su huella, de manera que todos los operadores políticos y jurídicos, porque también los hay de estos últimos, conocen los criterios de la flamante magistrada. No obstante, conviene hacer un repaso de ellos:

(i) En materia de aborto, en el año 2002, se pronunció a favor de decretar la constitucionalidad de una ley que impulsaba el gobierno del Presidente Bush. La norma determinaba la interrupción de un programa de subsidios gubernamentales a favor de una ONG que promovía el aborto como una de las técnicas aceptables dentro de la planificación familiar. La Sotomayor, dijo que el gobierno electo por el pueblo norteamericano no está obligado a subsidiar, con fondos públicos de los contribuyentes, organizaciones *pro- abortistas*. Al contrario, sostuvo que un gobierno electo es libre de elegir y sostener posiciones antiabortistas.

(ii) También en 2002 dictaminó que la libertad de expresión contenida en la Primera Enmienda no autoriza a un oficial de la policía a enviar correos electrónicos con contenidos racistas utilizando las computadoras de su público despacho.

(iii) En 2008 estableció que la libertad de expresión no alcanzaba para proteger a una alumna que, utilizando un blog afuera de la escuela, se refería a las autoridades escolares con términos inapropiados, y promoviendo que el resto de los estudiantes tomaran medidas de indisciplina. En aquella oportunidad la jueza dijo que los dichos de la joven estudiante ponían en peligro el normal desarrollo de la actividad escolar y, por tanto, no tenían la protección constitucional emanada de la Primera Enmienda.

bunal Superior de los Estados Unidos sostiene una interpretación bastante restrictiva de la Primera Enmienda constitucional, al menos en lo que constituye el núcleo de las relaciones laborales y disciplina escolar. Tampoco parece una entusiasta del aborto. Pero, más allá del gusto o preferencia que cada uno pueda tener por sus veredictos, es importante destacar que su aporte, como representante de una cultura minoritaria es inestimable para la consolidación de aquellas Democracias que aspiren a ser genuinas y no solamente formales. Prefiero evitar los ejemplos de unas y otras.

Para terminar este prólogo, quiero señalar que pienso que el tema de la interpretación de la ley esta atravesado por dos pasiones humanas. La del exceso, porque toda exageración en la facultad de declarar leyes inconstitucionales termina afectando la división de los poderes, y la de la indiferencia, porque sin una interpretación evolutiva de los textos legales se perjudica al individuo al privarlo de nuevos o remozados derechos que directamente influyen en su felicidad diaria. Como puede verse, en el vértice de esta discusión apasionante está el juez que deberá encontrar un difícil pero necesario equilibrio en su actividad diaria. Porque, precisamente, su quehacer diario es ese: interpretar las leyes.

## 2. La evolución jurisprudencial de la Corte Suprema. (1969 – 2007)

En la introducción me referí a la interpretación de la ley en sentido abstracto o genérico. Me gustaría ahora ejemplificar cómo se manifiesta esa evolución a través del tiempo y de los asuntos reales que llegan a los tribunales. Para eso voy a desarrollar tres casos, dos de los cuales han sido dictados por la Corte Suprema de Estados Unidos. La selección de estos asuntos permite ver la evolución del pensamiento jurídico entre los años 1969 y 2007. Entre uno y otro año la composición del Máximo Tribunal fue cambiando. Las cuestiones resueltas versan sobre la misma –o muy similar- colisión de derechos. En dilema siempre aspira a determinar si en caso de intereses contrapuestos, debe prevalecer el derecho de los estudiantes o las facultades disciplinarias de los establecimientos escolares. Es muy interesante ver

cómo ese conflicto de derechos constitucionales evolucionó en los últimos cincuenta años.

### 1) Caso Tinker vs. Des Moines, (1969).

En el marco de una protesta en contra de la guerra de Vietnam, dos alumnos de una escuela pública secundaria deciden ingresar al establecimiento con un brazalete negro en el brazo. Ese distintivo en la vestimenta escolar procuraba hacer pública la manifestación adversa que los jóvenes estudiantes tenían respecto de la participación de los Estados Unidos en la guerra de Vietnam. Los estudiantes, de quince y trece años respectivamente se llamaban John y Mary Tinker.

2. Por su parte, las autoridades del colegio tenían conocimiento previo de que entre los alumnos se estaba gestando una forma de protesta –pacífica pero *pacifista*- que podía crear inconvenientes disciplinarios. Para prevenir posibles incidentes, unos días antes de que ocurrieran los sucesos, las autoridades emiten un comunicado escrito en el que se advertía a los estudiantes que estaba terminante prohibido ingresar a la escuela con brazaletes o insignias que de cualquier modo manifestaran una opinión crítica o adversa a la intervención militar de los Estados Unidos en la guerra de Vietnam. El comunicado contenía expresamente el detalle preciso de la sanción que la conducta descripta traería con sí: la inmediata suspensión del alumno infractor.

3. Los hermanos John y Mary Tinker, a pesar de tener conocimiento de la resolución de las autoridades escolares, deciden ingresar al colegio luciendo los brazaletes negros que expresaban su opinión adversa a la guerra de Vietnam. Como era previsible, ambos alumnos fueron sancionados y consiguientemente suspendidos de la escuela.

4. Al poco tiempo de que esto ocurriera, la **Iowa Civil Liberties Union**, una de las tantas asociaciones americanas dedicada a la protección integral de los derechos individuales, se pone en contacto con la familia Tinker y les ofrece sus servicios legales para llevar la cuestión a los tribunales. La idea era torcer la sanción disciplinaria impuesta por las autoridades escolares por

considerarla violatoria de derechos constitucionales de los jóvenes. Tanto los padres como los chicos Tinker aceptan la propuesta y deciden comenzar la batalla judicial. Los Tinker pierden su reclamo en la primera y segunda instancia judicial, pero apelan ambos decisorios adversos y logran llegar con su reclamo hasta la Corte Suprema de Justicia.

5. La Corte, en un fallo histórico que aún sigue siendo materia de estudio en las escuelas de derecho de todo el mundo, y cita obligada en cualquier asunto que involucre cuestiones entre alumnos y autoridades escolares, falla a favor de los estudiantes sancionados. El conflicto de derechos que el tribunal se propuso resolver era si prevalecía el derecho de libre expresión de los alumnos en queja o las facultades disciplinarias de las autoridades escolares.

6. Los argumentos centrales utilizados por el Máximo Tribunal pueden agruparse de la siguiente manera:

(i) La Primera Enmienda Constitucional protege a todos los individuos al permitirle que expresen sus ideas con la más absoluta libertad. Los alumnos que asisten a establecimientos escolares, sean éstos públicos o privados están igualmente amparados por este derecho de rango constitucional.

(ii) El necesario ejercicio de autoridad que los directores de los colegios deben ejercer sobre los alumnos que asisten a sus establecimientos no puede constituir una excepción a los principios constitucionales.

(iii) La protesta pacífica realizada por los estudiantes Tinker, en la que hacían pública su opinión adversa acerca de la intervención militar de los Estados Unidos en la guerra de Vietnam, no vulneraba derechos de los otros alumnos, ni ponía en peligro la seguridad de ninguna de las personas que se encontraban en el colegio, ni impedía el normal desempeño de la actividad escolar.

(iv) En este fallo la Corte fue muy precisa para limitar los derechos y las facultades de ambos actores de este pleito. Así, dispuso que para que una sanción disciplinaria ordenada por las

autoridades escolares pueda prevalecer sobre el derecho constitucional que los alumnos tienen de expresarse libremente se deben dar alguno de estos requisitos: a) que la manifestación del alumno, por el motivo que fuera, llevara implícita la probabilidad de poner en peligro a otras personas b) que la manifestación del alumno, por el motivo que fuera, impidiera el normal desarrollo de la actividad escolar que debe desarrollarse en un colegio.

(v) Es a cargo de la escuela probar la existencia del peligro para los terceros o la grave interrupción del servicio escolar para que el tribunal pueda sostener la medida disciplinaria dispuesta.

(vi) No habiendo probado esos extremos, la sanción fue revocada. En resumen: hacia fines de la década del 60 la colisión entre los derechos del alumnado y el ejercicio de las facultades disciplinarias de las autoridades escolares fue resuelta a favor de la estudiantina.

7. Para terminar con el análisis de este caso, tan solo quiero agregar que el veredicto dado fue dividido, con una victoria parcial de la mayoría de 7 votos contra 2 del bando provisoriamente opuesto. No obstante, la minoría no se privó de dar su opinión y sostener su disenso con muchos y buenos argumentos. Tampoco evitó echar al aire una profecía tan inquietante entonces, como vigente ahora: se avecina la llegada de una era de permisividad excesiva en el ámbito de las escuelas, los desafíos de los alumnos a las autoridades serán cada vez más frecuentes y más graves. Fallos como este favorecen esas indeseables consecuencias, decían los jueces que guiaban la opinión minoritaria.

## 2) Caso *Bethel School vs. Mathew Fraser*, (1986).

Se trata éste de otro caso que enfrenta libertades estudiantiles contra facultades disciplinarias. Sin embargo, a menos de veinte años de *Tinker*, la Corte Suprema cambia su interpretación legal del texto de la Primera Enmienda constitucional. Es interesante ver previamente el sumario de los hechos.

2. El joven Mathew Fraser era muy popular entre sus compañeros de escuela, tanto que ese año había sido

elegido como candidato a presidir el Centro de Estudiantes de su colegio. En el marco de esa carrera pro-señalista, Mathew pronuncia ante sus 600 compañeros de escuela un discurso con el cual pretendía sumar apoyos. Probablemente haya sido su excesivo entusiasmo por jugar en las ligas mayores de la política lo que le hizo perder el único talento que necesita un verdadero político: la prudencia. Lo cierto es que la pieza oratoria de Fraser contenía palabras tanto explícitas, como inapropiadas referidas a la sexualidad de uno de sus compañeros de clase.

3. A raíz de este discurso, ciertamente escandaloso para ser pronunciado en un acto oficial escolar, y delante de cientos de alumnos de muy corta edad, las autoridades escolares decidieron castigar al estudiante con un escarmiento ejemplar: una suspensión por dos días de clases y, como castigo accesorio, la inhabilitación para ser el orador principal en el acto de fin de año. La última parte de la pena fue la que indignó al joven político que no quería resignar esa ocasión de protagonismo.

4. Cuando tuvo lugar la investigación judicial, se supo que antes de que diera el discurso el estudiante le presentó el borrador a dos de sus profesores, quienes le aconsejaron que no lo dijera. Ambos docentes le advirtieron acerca de las posibles sanciones disciplinarias que podrían corresponderle si leía ese discurso sin hacerle las correcciones necesarias. Sin eufemismos: tenía que eliminar de la pieza todas las alusiones sexuales que contenía. En suma: Fraser sabía desde antes de agarrar el micrófono que sus palabras de burla no iban a resultar chistosas para las autoridades del colegio. Pero, como buen político, sucumbió a la tentación del éxito rápido de las palabras ligeras.

5. Luego de ser sancionado, sus compañeros intentaron que las autoridades revean la medida. Realizaron marchas, peticiones, ofrecieron disculpas, solicitaron audiencias y agotaron todas las vías conciliatorias existentes. El resultado fue nulo: el colegio mantuvo el castigo. Fraser sería suspendido de la escuela, y privado de dar el discurso de fin de año.

6. Cuando Mathew pensaba que no le quedaba otra alternativa que

la resignación y el olvido de sus aspiraciones políticas, la poderosa **AMERICAN LIBERTIES CIVIL UNION (ALCU)** se pone en contacto con el joven y sus padres y les ofrece asesoramiento y representación legal. La estrategia consistía en iniciar acciones legales contra la escuela. El objetivo revocar la sanción, argumentando que la sanción impuesta por la escuela era violatoria de la libertad de expresión amparada por la Primera Enmienda Constitucional. Los leguleyos, como cita obligada y profecía de éxito, les recuerdan a los flamantes clientes el fallo *Tinker*.

7. Me adelanto a decir que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el año 1986, en un fallo dividido, mantiene la sanción impuesta por el colegio y rechaza el argumento de los actores. No obstante, a modo de anécdota, quiero señalar que hay una serie de coincidencias invertidas entre el caso *Tinker* y el caso *Fraser*. Por ejemplo, ambos expedientes llegaron a la máxima instancia judicial. En *Tinker*, las autoridades escolares salieron airoas de las dos instancias de grado, mientras que en *Fraser* salieron derrotadas de su paso por la primera y la segunda instancia de apelación. Finalmente, en ambos casos la Corte Suprema dio vuelta el fallo de la Cámara de Apelaciones. En un expediente votó a favor de los alumnos, en el otro a favor de las autoridades escolares. La interpretación del texto constitucional había cambiado, pese a que el fallo comienza diciendo lo contrario. Con el caso *Fraser* termina la hegemonía de la doctrina *Tinker* tras veinte años de liderazgo. Sin embargo, en materia de interpretación de la ley afortunadamente no hay victorias decisivas ni derrotas permanentes, porque únicamente lo que es provisorio tiene la capacidad de evolucionar. Por cierto, la experiencia humana es eso: conciencia de interinato y sentido de evolución.

8. Los argumentos expuestos por el tribunal son muchos. Se trata de un veredicto muy extenso. Pero me interesa resaltar sólo algunos para poder demostrar cómo en tan poco tiempo mutó tan drásticamente el criterio interpretativo del Máximo Tribunal. Paradójicamente, lo primero que dice el veredicto en análisis, es que no cambia la doctrina sentada en *Tinker*, a pesar de llegar a la

conclusión contraria. Sin embargo, pocas o ninguna dudas caben que el caso *Bethel* cambia el paradigma establecido por la Corte Suprema en *Tinker*. Alcanza con recordar que en *Tinker* el estándar favorable a la libertad de expresión fue fijado en un punto altísimo. El tribunal estableció que solamente dos cuestiones podían tener entidad suficiente para que una facultad disciplinaria prevalezca sobre un derecho individual. **Primero:** que la expresión que motivó la sanción pudiera, por el motivo que fuera, poner en peligro la seguridad de las otras personas presentes en el establecimiento escolar, particularmente la de los alumnos. **Segundo:** que la expresión sancionada, por el motivo que fuera, pudiera poner en crisis el normal funcionamiento escolar. Veamos entonces cómo en este caso más reciente aplicó esas categorías abstractas para resolver una situación concreta.

9. En *Bethel* se sancionó al alumno porque pronunció un discurso que fue considerado inapropiado para un ámbito escolar. Pero lo cierto es que el discurso en sí mismo, ni ponía en peligro la seguridad de terceros, ni tenía la potencialidad de interrumpir el normal funcionamiento de todo un colegio. Es decir, que si esta cuestión hubiera sido ventilada veinte años atrás seguramente el resultado del pleito hubiera sido el opuesto. Porque, siguiendo la lógica del fallo *Tinker*, el discurso de Mathew Fraser era un discurso de mal gusto, soez incluso, pero de todos modos protegido por la Primera Enmienda.

10. Una parte del fallo *Bethel* dice: "*Resulta atinado y aún deseable que una escuela pública prohíba a sus alumnos el uso de un lenguaje ofensivo es un discurso dirigido a la comunidad estudiantil. Ninguna norma constitucional prohíbe que las autoridades escolares enseñen que determinado uso del lenguaje es inaceptable y, como tal, susceptible de ser castigado. Es decir que el Sr. Fraser no tiene garantizado un derecho constitucional para usar un lenguaje que sus autoridades escolares consideran vulgar.*" Lisa y llanamente esto quiere decir que el estándar de protección de la libre expresión cambió. Porque el límite en *Tinker* estaba puesto en la seguridad de las personas y el normal desenvolvimiento del colegio. En *Bethel* en la calidad del lenguaje.

11. Este fallo, igual que el otro que habíamos visto fue dividido. La opinión de la minoría fue guiada por el **Juez Stevens** quien todavía continuaba fiel al criterio sentado en *Tinker*. Este magistrado argumentó que la escuela no había probado que el discurso fuera intrínsecamente dañino o potencialmente peligroso para la comunidad escolar, ni que tuviera capacidad de interrumpir el normal desarrollo de la actividad de la escuela, más allá de los criterios y el mínimo desorden que siempre provocan las groserías son dichas en público. Es decir, para la minoría el discurso del vehemente y jocosos joven estaba protegido por la Primera Enmienda Constitucional.

### 3. Caso Deborah Meyer vs. Monroe Community School (2007).

Vamos a ver ahora otro caso en el que colisionan el derecho a la libertad de expresión y el derecho laboral. Al igual que en *Tinker*, lo que motivó la batalla legal fue una expresión contraria a la intervención de los Estados Unidos en un conflicto bélico. A casi cuarenta años de aquél fallo que hoy recordamos, es razonable pensar que John y Mary Tinker continuaron sus vidas normalmente; por su parte, los Estados Unidos también continuaron sus guerras normalmente.

El caso *Meyer* tuvo lugar durante la ofensiva armada dispuesta por el Presidente Bush contra Irak. Pero a diferencia de aquella guerra y de aquella protesta, en este asunto la disidencia pacifista no partió de un alumno sino de un docente. **Deborah Meyer**, profesora de ciencias sociales de la Escuela Bethel fue quien, durante una de sus clases de historia se refirió al controvertido tema. Quizás para ahuyentar el sopor que por regla invade a los alumnos durante el dictado de clases de historia, la docente eligió un método áulico efectivo pero algo riesgoso: emprendió la clase lanzando duras críticas contra gobierno del Presidente Bush, particularmente contra la invasión norteamericana en Irak. No hay certeza acerca de si los

muchachos que asistieron a la clase se quedaron o no dormidos, pero sí se sabe que la disertación terminó siendo una pesadilla para la docente.

2. Luego de la clase magistral impartida por Deborah Meyer, algunos padres de los alumnos se quejaron ante las autoridades escolares. Esta queja motivó que se celebrara una entrevista poco cordial entre la Directora de la escuela, la maestra disidente y uno grupo de papás preocupados. Durante la reunión se le ordenó a Deborah Meyer que en lo sucesivo no volviera a dar su opinión sobre temas que no fueran los estrictamente referidos al contenido de su currícula docente. En concreto, se le solicitó a la docente que se abstuviera de dar su opinión sobre la guerra en Irak en el transcurso de sus clases.

3. Unos meses después de estos sucesos, y al terminar el contrato laboral que vinculaba a la maestra Meyer con el establecimiento escolar, el contrato no fue renovado. En otras palabras: la maestra fue despedida. Durante la investigación judicial que se llevó adelante luego de la ruptura contractual, se supo que la Directora del Colegio, Victoria Rogers, le había sugerido a la Comisión directiva del colegio que no renovaran el contrato de la docente.

4. Ni bien supo que su contrato sería cancelado, Deborah inició acciones legales. Su argumento legal se apoyaba sobre tres pilares. **Primero**: que su expulsión del plantel docente estaba relacionada con sus opiniones políticas. **Segundo**: que la extinción del contrato violaba su libertad de expresión. **Último**: que la ruptura intempestiva de su contrato laboral violaba otras leyes y estatutos laborales vigentes. Para continuar la trama de esta charla me interesa analizar los dos primeros aspectos de la queja. Es interesante ver cómo resolvió el tribunal de apelaciones las cuestiones referidas a la libertad de expresión y a la rescisión del contrato laboral. No obstante, anticipo que en ambos aspectos tomó la dirección contraria al criterio sentado en el veredicto *Tinker*. Veamos los

pormenores de la sentencia:

(i) El fallo arranca diciendo que la cuestión bélica de Irak es de tal trascendencia social que la maestra tiene derecho a expresar libremente su opinión al respecto.

(ii) Sin embargo, este derecho no debe ser ejercido hasta límites que pongan en peligro el normal desenvolvimiento del colegio. Es decir, si el contenido de la clase dada por Deborah es de tal intensidad que resulta disruptivo para la clase entera, debe evitarse. Porque la tarea esencial del docente es desarrollar la currícula específica de su materia. (Es muy interesante ver la construcción intelectual del Magistrado que le permite desprenderse del precedente *Tinker*, sin dejarlo de lado. Es ésta una característica muy utilizada por el Juez americano)

(iii) Los docentes contratados por las escuelas – en particular por las escuelas públicas - no pueden dictar sus clases con absoluta independencia de criterios, sino que deben ceñirse a una agenda curricular impuesta por las autoridades. El docente transmite un conocimiento, pero no define los contenidos de un programa oficial que debe respetar a rajatabla.

(iv) En la cuestión que se refiere estrictamente al derecho laboral, le tribunal de apelaciones describe cuales son los derechos y las obligaciones de este particular contrato laboral. El docente recibe su paga para transmitir los contenidos de un programa oficial que le es dado. Un docente no tiene derecho a cambiar esos contenidos. Cita un ejemplo: si un programa oficial de historia se refiere a un personaje como un héroe, un docente no podría tratar a ese mismo personaje como un traidor. El ejemplo es claro, pero por sí mismo carece de todo rigor porque deja de lado importantísimas cuestiones que podrían encontrarse en el anecdotario del héroe y del traidor.

(v) Finalmente, el tribunal de

apelaciones da otro argumento que sirve para limitar la libertad de expresión de los maestros durante el dictado de sus clases. Debo admitir que aún a desgana, lo considero un argumento de peso. Se trata de un concepto extrajurídico que se refiere a la audiencia *cautiva*. Con esta palabra compuesta se describe con mucha precisión el rol que los alumnos de nivel primario y secundario tienen en la escuela. Ellos, dice el fallo, están obligados a asistir a clases y no pueden elegir a sus maestros. Por lo tanto, las autoridades escolares deben proteger que los alumnos se conviertan en la *audiencia cautiva* de la idiosincrasia de un docente.

(vi) La maestra Meyer podía dar su opinión acerca del tema Irak, siempre y cuando presente al alumnado, además de su punto de vista todos los otros que rodean al tema. Lo que hace que el alumno tenga un rol de audiencia cautiva es que esté obligado a escuchar un solo punto de vista, precisamente el de la persona a que está obligado a escuchar.

(vii) Para terminar el debate el veredicto establece que la Primera Enmienda constitucional no protege las expresiones personales de los docentes expresadas ante audiencias cautivas. En síntesis: Deborah Meyer no tenía derecho a expresar ante sus alumnos de historia del colegio que la contrató como docente, su opinión personal acerca de la intervención bélica del gobierno de los Estados Unidos en Irak.

Definitivamente el criterio utilizado en el caso *Tinker* cambió, como también habrá de cambiar el que vino en su reemplazo. Estoy convencido, y me consuela pensar de esta forma, que las modificaciones interpretativas que hacen los jueces tienen algún correlato con las oscilaciones sociales. Porque, se sabe, la política y sus protagonistas siguen el ritmo de pasiones anómicas y, por lo tanto, la interpretación del acto político, tanto como sus resultados, es tarea de exégetas más sofisticados que quien redacta estas líneas.



## NO TE DETENGAS

No dejes que termine el día sin haber crecido un poco,  
 sin haber sido feliz, sin haber aumentado tus sueños.  
 No te dejes vencer por el desaliento.  
 No permitas que nadie te quite el derecho a expresarte,  
 que es casi un deber.  
 No abandones las ansias de hacer de tu vida algo extraordinario.  
 No dejes de creer que las palabras y las poesías  
 sí pueden cambiar el mundo.  
 Pase lo que pase nuestra esencia está intacta.  
 Somos seres llenos de pasión.  
 La vida es desierto y oasis.  
 Nos derriba, nos lastima,  
 nos enseña,  
 nos convierte en protagonistas  
 de nuestra propia historia.  
 Aunque el viento sople en contra,  
 la poderosa obra continúa:  
 Tu puedes aportar una estrofa.  
 No dejes nunca de soñar,  
 porque en sueños es libre el hombre.  
 No caigas en el peor de los errores:  
 el silencio.  
 La mayoría vive en un silencio espantoso.  
 No te resignes.  
 Huye.  
 “Emito mis alaridos por los techos de este mundo”,  
 dice el poeta.  
 Valora la belleza de las cosas simples.  
 Se puede hacer bella poesía sobre pequeñas cosas,  
 pero no podemos remar en contra de nosotros mismos.  
 Eso transforma la vida en un infierno.  
 Disfruta del pánico que te provoca  
 tener la vida por delante.  
 Vívela intensamente,  
 sin mediocridad.  
 Piensa que en ti está el futuro  
 y encara la tarea con orgullo y sin miedo.  
 Aprende de quienes puedan enseñarte.  
 Las experiencias de quienes nos precedieron  
 de nuestros “poetas muertos”,  
 te ayudan a caminar por la vida  
 La sociedad de hoy somos nosotros:  
 Los “poetas vivos”.  
 No permitas que la vida te pase a ti sin que la vivas ...

Versión de Leandro Wolfson

**Walt Whitman (1819-1892)**, Nacido en Long Island (EEUU), trabajó como periodista, profesor, empleado de gobierno, enfermero voluntario durante la guerra civil estadounidense, imprentero y constructor. Es considerado uno de los mayores poetas estadounidense. Su obra lírica, concentrada en las sucesivas ediciones de “Hojas de hierba” (alabada en todos los medios literarios), ejerce su magisterio sobre gran parte de la poesía moderna, incluidos sobre Ezra Pound, Pablo Neruda, Jorge Luis Borges, Federico García Lorca o T.S. Eliot. Su estilo épico, de versos libres y amplios recuerda los salmos bíblicos, pero sus temas son mucho más originales. Walt Whitman canta con optimismo a la libertad, la sexualidad, una espiritualidad libre de dogmas, la comunión con todos los seres, la democracia, la vida agreste, el trabajo duro y a su patria, como lugar donde todo lo anterior se vuelve posible. Al terminar la guerra civil continuó añadiendo poemas para las nuevas ediciones de su obra y escribiendo ensayos de contenido político. Aquejado por varias enfermedades, se estableció en New Jersey donde falleció en marzo de 1892.

