



Dossier doctrinario



Autores de Chubut

Dr. Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Compilado por T.S.B. Natalia Rodríguez y Bib. María del Carmen Roldán
Una producción de la **Biblioteca de Tribunales Esquel**
Editado por la Dirección de Bibliotecas - Superior Tribunal de Justicia
Provincia del CHUBUT

Dossier doctrinario. Autores de Chubut

Este nuevo servicio de la Red de Bibliotecas del Poder Judicial del Chubut, busca recopilar, en un solo sitio, toda la doctrina publicada por autores locales con trayectoria en el derecho y la función jurídica.

El presente dossier reúne todos los trabajos doctrinarios realizados a la fecha por el Dr. Ricardo Tomás Gerosa Lewis.

Dirección de Bibliotecas
Superior Tribunal de Justicia del Chubut

© **Dirección de Bibliotecas** – Superior Tribunal de Justicia del Chubut
Roberto Jones y Rivadavia – Rawson – Chubut
bibliotw@juschubut.gov.ar
Teléfonos: (0280) 4482331 - 4482332

Biblioteca Tribunales de Esquel
Av. Alvear 509 – Esquel – Chubut
biblioeg@juschubut.gov.ar
Teléfonos: (02945) 450022 – 451417

Horario de atención: de Lunes a Viernes de 7.00 a 13.00 hs

Tabla de contenido

Sobre el autor.....	9
Un caso de aplicación de la ley de libre acceso a las fuentes de información y publicidad de los actos de gobierno	13
Prueba de las horas extraordinarias. Silencio del trabajador	27
El derecho a la igualdad de derechos (Las protecciones especiales y las medidas de acción positiva en la constitución de la provincia de Chubut)	33
Autonomía y régimen municipal en la provincia del Chubut.....	71
La participación ciudadana en materia ambiental	96
El estado como litigante (Análisis del art. 98 de la Constitución de la Provincia del Chubut)	116
El amparo en la provincia del Chubut	135
Tutela judicial efectiva, acceso a la jurisdicción y tasa de justicia	172
El Consejo de la Magistratura de la provincia del Chubut. Un modelo nuevo y distinto.....	180
Historia de las constituciones provinciales: Historia constitucional de Chubut.....	222
Juicio político y "jury de enjuiciamiento" en la provincia del Chubut	264
Los decretos de necesidad y urgencia en la constitución de la provincia del Chubut.....	313

Derechos individuales y derechos de incidencia colectiva (Una clasificación de derechos en base a la legitimación procesal)	329
La huelga como causal de despido (Una aproximación desde el Derecho Constitucional)	344
La prescripción de la acción en el procedimiento de enjuiciamiento de magistrados y funcionarios en la provincia del Chubut	351
Recursos contra las decisiones de los Consejos de la Magistratura	375
La evaluación del desempeño de los magistrados ingresantes al Poder Judicial en la Constitución de la Provincia del Chubut y la garantía de inamovilidad	407
La figura del juez de refuerzo en la provincia del Chubut	420
La antigüedad en el ejercicio de la abogacía o de un cargo judicial como requisito para ser juez en la provincia del Chubut	454
El proyecto de ley de protección de los glaciares y del ambiente Periglacial.....	476
Inconstitucionalidad sobreviniente por falta de movilidad de los montos mínimos de los honorarios profesionales de los abogados.....	494
El traslado de jueces en la Provincia del Chubut.....	505
Vía recursiva extraordinaria contra las resoluciones dictadas por el tribunal electoral de la provincia del Chubut.....	520
La posibilidad de alegar en el proceso de amparo (con especial referencia a la provincia del Chubut).....	537
La legitimación activa en la acción de amparo de la provincia del Chubut. El reconocimiento de una acción popular	543
La competencia en el proceso de amparo	568

La apelación en el amparo del Chubut	587
La ley de publicidad de los actos de gobierno, acceso a las fuentes de información pública y la acción de amparo.....	615
Las medidas cautelares en el proceso de amparo	652
Los miembros de los Consejos de la Magistratura, ¿mandato representativo o mandato imperativo?	674
El consejo de la magistratura en la provincia de Chubut.....	685
Tutela judicial del ambiente	713
Nuevamente acerca de la acción popular en la provincia del Chubut	734
Los jueces y el impuesto a las ganancias ¿Pueden existir ciudadanos tax free en un sistema republicano de gobierno?	768
La disposición transitoria primera de la Constitución Nacional sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes	809
La cláusula de defensa de la democracia y del orden constitucional (art. 36 de la Constitución Nacional).....	839

Sobre el autor



RICARDO TOMÁS GEROSA LEWIS

Abogado egresado de la Universidad de Belgrano con orientación administrativa privada.

Distinguido como “Joven Notable” del año 1994 por la Fundación Bolsa de Comercio de Buenos Aires.

Cursante del postgrado en Derecho Penal y Ciencias Penales organizado por la Universidad Nacional de la Patagonia “San Juan Bosco”, sede Esquel.

Desempeño laboral y profesional

Vicepresidente Primero (Primer Subrogante de Presidencia) del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut.

Presidente del Colegio Público de Abogados de la ciudad de Esquel (períodos 2012/2015 y agosto 2016/junio 2018).

Conjuez de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia. Subrogando al Juzgado Federal de Esquel en distintas oportunidades.

Miembro titular del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut (período 2009/2012).

Miembro del Tribunal de Enjuiciamiento para Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia del Chubut (año 2009).

Presidente del Tribunal de Ética del Colegio Público de Abogados de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut (período 2008/2012).

Presidente de la Convención Constituyente redactora de la primera Carta Orgánica Municipal de la ciudad de Esquel (noviembre 2004/julio 2005)

Miembro titular del Consejo Directivo de la Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional de la Patagonia, en representación del claustro docente (año 2000).

Ex-vicepresidente del Colegio de Abogados de Esquel.

Conjuez de los Juzgados Letrados de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut.

Pasante universitario (por concurso) en la Comisión de Asuntos Administrativos y Municipales del Honorable Senado de la Nación.

Asistente y participante en diversos congresos, seminarios, cursos y jornadas jurídicas. Conferencista.

Ejercicio de la docencia universitaria

Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de la Patagonia “San Juan Bosco”, sede Esquel.

Docente secundario en las materias “Derecho Civil” e “Instrucción Cívica”.

Obras publicadas

Gerosa Lewis, Ricardo Tomás. *Análisis de la constitución de la provincia del Chubut*. Tomos I y II. Esquel: el autor, 2002.

-Disponible en: Biblioteca de Tribunales de Esquel, Rawson, Puerto Madryn, Comodoro Rivadavia y Trelew.

Gerosa Lewis, Ricardo Tomás. *La protección jurídica del medio ambiente en la provincia del Chubut*. Esquel: el autor, 2003.

-Disponible en: Biblioteca de Tribunales de Esquel, Rawson, Puerto Madryn y Trelew.

Gerosa Lewis, Ricardo Tomás. *Autonomía y régimen municipal en la provincia del Chubut*. Esquel: el autor, 2006.

-Disponible en: Biblioteca de Tribunales de Esquel, Rawson, Puerto Madryn, Comodoro Rivadavia y Trelew.

Gerosa Lewis, Ricardo Tomás. *Temas de derecho constitucional*. 2a. ed. Esquel: el autor, 2009.

-Disponible en: Biblioteca de Tribunales de Esquel, Rawson, Puerto Madryn, Comodoro Rivadavia y Trelew.

Gerosa Lewis, Ricardo Tomás. *El Consejo de la Magistratura y el Tribunal de Enjuiciamiento en la provincia del Chubut*. Esquel: el autor, 2011.

-Disponible en: Biblioteca de Tribunales de Esquel, Rawson, Puerto Madryn, Comodoro Rivadavia y Trelew.

Gerosa Lewis, Ricardo Tomás. *El amparo en la Provincia del Chubut*. Esquel: el autor, 2012.

-Disponible en: Biblioteca de Tribunales de Esquel, Rawson, Puerto Madryn, Comodoro Rivadavia y Trelew.

En co-autoría, colaboración y/o en obras colectivas.

Gerosa Lewis, Ricardo Tomás. *La primera carta orgánica municipal de la ciudad de Esquel*. En: "Esquel. 100 años. Crónicas del primer centenario en el bicentenario de la Nación Argentina" / Comisión Pro Museo Histórico Esquel, Subsecretaría de Cultura y Educación. Esquel: Municipalidad, 2009. Págs. 368 a 373.

Un caso de aplicación de la ley de libre acceso a las fuentes de información y publicidad de los actos de gobierno

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <https://bit.ly/2zy0hG4>

Publicado en 1996

Boletín Judicial del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, Año III, N° 16, julio/octubre 1996, págs. 19 a 28

[Consultado el: 05/02/2020]

En virtud de una acción de amparo presentada por el suscripto, el Juzgado Correccional de la Ciudad de Esquel tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la posibilidad que tienen los abogados y los habitantes en general de solicitar información y fotocopias de antecedentes existentes en reparticiones administrativas.

El fallo, mediante un pormenorizado análisis de la cuestión, sienta un precedente de vital importancia para el ejercicio de nuestra profesión.

Dicha circunstancia, pues, es la que me lleva a escribir estas líneas.

1.- Los hechos.

Como consecuencia de un asunto profesional que me fue encomendado, tuve necesidad de solicitar a la Municipalidad de Esquel fotocopias de todas las actuaciones administrativas que se habían realizado en esa repartición para otorgar, transferir y cancelar la habilitación de un comercio de esa ciudad.

Se trataba de una tarea de investigación tendiente a conocer los pormenorizados detalles de la cuestión que eran imprescindibles para iniciar las pertinentes acciones legales en defensa de los intereses de mi mandante.

A los pocos días de haber presentado la nota correspondiente, la Dirección de Asesoría Legal de la Municipalidad de Esquel me notificó que, "no estando acreditada la representación del letrado" en el expediente administrativo, previamente debía cumplir ese requisito.

Como esa resolución era contraria a la normativa legal vigente y no me permitía ejercer correctamente mis funciones de abogado, en defensa de mis derechos y de los derechos de mi mandante pedí revocatoria de dicha resolución.

Manifesté en dicha presentación que, en virtud del art. 1 de la ley provincial N° 3.764 (de "libre acceso a las fuentes de información y publicidad de los actos de gobierno") y como habitante de la Provincia del Chubut tenía derecho de acceder libremente a las fuentes de información de los actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales emanados del estado provincial y de las corporaciones municipales, como así también de requerir copia de dicha documentación y de sus antecedentes (arts. 1 y 4 de la ley citada).

Dije también que dicha resolución vulneraba el principio republicano de gobierno y el art. 13 de la Constitución Provincial.

Finalmente intimé al Director de Asesoría Legal para que en el plazo de 8 hs. me hiciera entrega de las fotocopias solicitadas, bajo apercibimiento de interponer el amparo judicial que autorizaba el art. 7 de la ley provincial N° 3.764.

Pocos días después se me notificó que se denegaba la petición de revocatoria y que como había hecho reserva de acciones legales quedaba agotada la vía administrativa y expedita la judicial.

2.- La procedencia del amparo judicial

Las circunstancias narradas, pues, me llevaron a pedir el amparo judicial que autoriza el art. 7 de la ley provincial N° 3.764, que dice textualmente: "Ante la denegación expresa o tácita por parte del funcionario responsable de facilitar el acceso a las fuentes de información conforme a las disposiciones de la presente ley..., el afectado podrá recurrir en amparo de su derecho vulnerado ante los jueces de conformidad con el procedimiento establecido en el decreto 583/63".

Como puede apreciarse, este amparo especial no exige más requisitos que la denegación expresa o tácita de la información solicitada.

Y esta circunstancia, destaco, fue la señalada por el magistrado para admitir el amparo interpuesto: "La acción procede formalmente por cuanto cumple con las exigencias del art. 7 del decreto N° 583/63 y conforme a lo dispuesto por el art. 7 de la ley provincial N° 3.764, pues "...basta la denegación expresa o tácita por parte del funcionario responsable de facilitar el acceso a las fuentes de información..." para la viabilidad de la misma.

3.- Derecho que le asiste a todo habitante de solicitar fotocopias de actuaciones administrativas.

El derecho que tiene todo habitante de esta provincia a que se le expidan fotocopias debidamente certificadas de las actuaciones realizadas en sede administrativas surge de la ley provincial N° 3.764, que reglamenta el libre acceso a las fuentes oficiales de información de los actos de gobierno... en el ámbito de los Poderes del Estado provincial... y en el de las Corporaciones Municipales.

Ello es así, porque el artículo 2 de la citada ley dice que "TODO HABITANTE DE LA PROVINCIA tiene el derecho de libre acceso a las fuentes de información de los actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales emanados del Estado provincial y de las Corporacio-

nes Municipales. ELLO SIN QUE SEA NECESARIO INDICAR LAS RAZONES QUE MOTIVARON EL REQUERIMIENTO.

Por su parte, el art. 4 de la ley citada señala expresamente que "en los casos en que el solicitante requiera copias y/o reproducción por cualquier medio de la documentación y ANTECEDENTES sobre los que solicitara acceso, las mismas serán a su exclusiva costa".

Estas normas, pues, fueron el fundamento básico de la acción interpuesta, pues según mi humilde interpretación, el hecho de ser un simple habitante de esta Provincia era condición suficiente y me autorizaba para requerir fotocopias de los trámites realizados en la Municipalidad de Esquel para otorgar una habilitación comercial, ya que esa fue la forma elegida por la ley para que la ciudadanía pudiera controlar los actos realizados por sus representantes.

Además, considero que los poderes públicos deben brindar a los abogados toda la documentación que soliciten y que no sea considerada secreta por norma o resolución fundada, ya que de lo contrario nos veríamos impedidos de ejercer la noble misión que la sociedad nos ha encomendado, es decir, la de defender los intereses de todas las personas que habitan en el territorio argentino y que sean víctimas de móviles injustos.

4.- Fundamentos esgrimidos por la Dirección de Asesoría Legal de la Municipalidad de Esquel para denegar la solicitud.

Según la Disposición de la Asesoría Legal de la Municipalidad de Esquel mi solicitud fue denegada porque no acredité representación alguna para tomar intervención en las actuaciones administrativas requeridas.

Como ya lo manifesté anteriormente de acuerdo con la ley N° 3.764, no era necesario acreditar representación alguna para tener acceso a dichas actuaciones, por cuanto el hecho de ser -repito- un simple habitante de la provincia del Chubut me facultaba a solicitar

fotocopias de las resoluciones adoptadas en el ámbito de un municipio y de los antecedentes que sirvieron de base para dictar tales resoluciones.

Por otra parte, la Disposición de la Asesoría Legal de la Municipalidad de Esquel que denegaba mi pedido decía que "la tramitación de habilitaciones comerciales implica aportar datos e informaciones de carácter confidencial, sólo atinente a los interesados".

Ello era totalmente falso. En primer lugar, porque la calificación de secreto, reserva o confidencialidad de las actuaciones debe ser realizada por ley (es decir, por ordenanza municipal) o por resolución administrativa (argumento art. 5. inc. b de la ley N° 3.764 y art. 13 de la Constitución Provincial.

Además, es precisamente a través de la tramitación de dichas habilitaciones comerciales como las autoridades públicas y la comunidad en general pueden tener conocimiento acerca del estado del inmueble, de las condiciones de higiene (pues para otorgar la misma se exige libreta sanitaria), de la propiedad del mismo, etc.

Por otra parte, y aún a riesgo de pecar por exceso, expresaba en mi escrito que la tramitación de una habilitación comercial fue también pensada para proteger los derechos e intereses patrimoniales de una persona, pues otorgan claridad y permiten determinar con exactitud quién es el titular de un comercio a fin de que los acreedores puedan eventualmente ejercer acciones legales contra el mismo.

Finalmente, para denegar mi solicitud, la Dirección de Asesoría Legal de la Municipalidad de Esquel aludía a los arts. 22 y 23 de la ley provincial N° 920 de Procedimiento Administrativo, diciendo que la normativa citada dejaba sentado expresamente que "los interesados o representantes de éstos eran quienes podían obtener este tipo de información, y que para ello debían ser parte en el expediente."

Esta posición también era incorrecta, por cuanto dicha ley no podía aplicarse en virtud de dos principios básicos del Derecho, como lo son: 1.) Que la ley posterior (en este caso, la 3.764) deroga a la ley anterior en todo lo que ésta sea incompatible, y 2.) Que la ley especial prevalece sobre la ley general.

Sin embargo, en el informe practicado al Juzgado contestando el amparo, la Municipalidad de Esquel centró su defensa en el carácter confidencial de la información, argumentando que ella se encontraba protegida por el Código Tributario Municipal, que en su parte pertinente decía que "las declaraciones juradas, comunicaciones, informes y escritos que los contribuyentes, responsables o terceros presenten ante dependencias municipales son secretos en cuanto consignen informaciones referentes a situaciones u operaciones económicas de aquéllos o a las de sus familias ...", aunque no dejó de hacer notar "la falta de derecho o interés legítimo del amparista".

5.- La sentencia.

En su pormenorizado fallo, el Dr. Jorge Eyo entendió que efectivamente la materia estaba regida por la ley provincial N° 3.764, y que si bien la Municipalidad de Esquel no había reglamentado dicha ley, tal circunstancia no podía perjudicar el derecho de los particulares de acceder al conocimiento de los actos de gobierno, por cuanto a partir de una interpretación jurisdiccional sistemática del ordenamiento jurídico dicha laguna podía llenarse con adecuada fundamentación lógica y legal.

Analizando el tema principal, el magistrado manifestó que del análisis de las resoluciones no se advertía que se tratara de la documentación mencionada en el art. 26 de la Constitución Provincial ni que hagan al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por lo cual no se daba la excepción establecida en el art. 5 a) de la ley antes citada.

Además, sostuvo que tampoco se daba la excepción establecida en el art. 5 b.), ya que en los supuestos mencionados en esta norma el secreto o reserva únicamente podía ser fundado en razones de seguridad o salubridad pública.

Finalmente, el juez consignó que en las actuaciones administrativas requeridas no existían datos vinculados al secreto fiscal, toda vez que la única mención de tipo económico que había era la referida al capital afectado a la explotación comercial pero que tal información no tenía carácter reservado por cuanto dicho dato aparecía también en la copia de habilitación comercial que obligatoriamente (por las leyes vigentes) debe ser exhibida al público.

Implícitamente también consideró que la ley especial (es decir, la N° 3.764) prevalecía sobre la general (N° 920 de Procedimiento Administrativo), al decir que una vez "realizado un acto administrativo el mismo y los antecedentes en que se funda quedan sujetos al contralor de cualquier habitante de la provincia", con las únicas restricciones que se derivan del art. 5 de la ley provincial N° 3.764, que no se daban en el caso en cuestión.

Finalmente, y con respecto al argumento del apoderado de la Municipalidad de Esquel de que el suscripto no tenía derecho o interés legítimo que lo legitimara para solicitar fotocopias de actuaciones administrativas en las cuales no fuese parte, el magistrado sostuvo que dicha circunstancia era por sí sola insuficiente ya que la ley provincial N° 3.764 establecía el derecho de cualquier habitante a acceder a las fuentes de información sin que ni siquiera sea necesario indicar las razones que motivan el requerimiento.

En virtud de las consideraciones expuestas, el Dr. Eyo concedió el amparo interpuesto, mandando al Sr. Intendente Municipal de la ciudad de Esquel a que otorgara las fotocopias requeridas en el plazo de dos días hábiles.

Esta sentencia no fue apelada por la Municipalidad de Esquel.

Para finalizar este trabajo, hago mías las palabras expresadas por el Dr. Juan Mario PAIS en su recientísimo trabajo publicado en la Revista del Colegio de Abogados de Comodoro Rivadavia titulado "El Principio republicano de la publicidad de los actas de gobierno y el acceso a las fuentes de información pública en la Provincia del Chubut": "El abogado que por esencia es un profesional que procura derechos de terceros tanto en la actividad privada administrativa como también recurriendo al Servicio de Justicia, tiene en la ley 3.764 una herramienta insustituible y oportuna para que tempestivamente pueda operar el pleno conocimiento de los elementos que hacen al derecho de su representado ... La misma necesita ser invocada y ejercitada tantas veces se advierta la reticencia o negativa a exhibir documentos públicos y que se encuentran en la órbita del Estado, y que por una lamentable deformación cultural se los interpreta como vedados al conocimiento de quien no resulta interesado directo... "

Esquel, julio 25 de 1996.

VISTOS:

Para dictar sentencia en los autos caratulados: "**GEROSA LEWIS. Ricardo Tomás c/MUNICIPALIDAD DE ESQUEL s/amparo ley 3.764**" (Expte. N°68 F° 110 Año 1996), del Juzgado en lo Correccional de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut.

RESULTA:

1° Que a fs. 10/13v. se presenta el Dr. Ricardo Tomás GEROSA LEWIS abogado, por derecho propio, interponiendo el amparo que prevé el art. 7° de la L.P. N° 3764 contra la Municipalidad de Esquel.

Refiere que mediante nota presentada el 26 de junio de 1996 en la Mesa de Entradas de la Municipalidad de Esquel bajo el N° 103.422/894, solicitó se le extienda un juego de fotocopias certificadas de todas las actuaciones administrativas que se hicieron en la Municipalidad para: 1. Otorgar, transferir y/o cancelar la habilitación

comercial de la confitería denominada "El Refugio" ubicada en las calles Rivadavia Y 25 de Mayo. 2. Otorgar la habilitación comercial de la "Confitería María Castaña" sita en las calles Rivadavia y 25 de Mayo.

Que el día 5 de julio de 1996 se lo notificó que la Dirección de Asesoría Legal de la Municipalidad, a cargo del Dr. Jorge Alberto CRIADO, había dispuesto que atento la petición de los dos expedientes, se lo notificara que previamente debía cumplir dicho requisito a fin de acceder a lo solicitado.

Que mediante escrito ingresado a Mesa de Entradas de la Municipalidad el 11 de julio de 1996 interpuso revocatoria, señalando que de conformidad con los arts. 1º y 4º de la L.P. N° 3764 tenía derecho a acceder a las fuentes de información de los actos administrativos emanados de las Corporaciones Municipales y a requerir copia de dicha documentación e intimando al Director de Asesoría Legal, que fue el "encargado" de negarle la documentación, a que en el perentorio plazo de 48 hs. le hiciera entrega de las fotocopias solicitadas, bajo apercibimiento de interponer amparo judicial.

Que el 15 de julio de 1996 se le notificó la disposición de la Asesoría Legal de la Municipalidad, que le denegaba la petición de revocatoria interpuesta por las razones de hecho y de derecho expuestas en los considerandos de la misma.

Funda su derecho en los arts. 13 Y 18 inc.11 de la Constitución Provincial y 2, 4 y 5 inc. b) de la L.P. N° 3764. Niega que sea de aplicación al caso la normativa de la L.P. N° 920 en función de lo establecido en el art.1 de la misma y de la inexistencia de una Ordenanza de la Municipalidad de Esquel que haya adoptado o adherido a esa ley.

Solicita que se haga lugar al amparo, ordenando a la Municipalidad de Esquel que le otorgue las fotocopias que le fueron denegadas, con imposición de costas a la misma.

2º Que a fs. 20/23 se presenta el Dr. Jorge Alberto CRIADO, abogado, en su carácter de apoderado de la Municipalidad de la Ciudad de Esquel, solicitando el rechazo del amparo interpuesto.

Funda su petición: 1) En el carácter confidencial de la información conforme lo dispuesto en el art. 23 del Código Tributario Municipal (Ordenanza n°13/76 y modificatorias). 2) En la falta de acreditación de derecho o interés legítimo por parte del Dr. GEROSA

LEWIS en los trámites administrativos solicitados. 3) En que por el art. 5° inc.b) de la L.P. N° 3764 se exceptúa del principio general del libre acceso a las fuentes de información pública a toda documentación y antecedentes relacionados con información declarada secreta o reservada por ley o por resolución administrativa.

Oportunamente, en la Disposición D.A.L. del 12 de julio de 1996 obrante en fotocopia a fs. 7, el Dr. CRIADO había fundado en que no acreditó ser parte en los términos de los arts. 22, 23 Y49 1) de la L.P. N°920 de Procedimiento Administrativo en las actuaciones administrativas cuyas copias solicitaba. Reitera la cita de esta normativa en su escrito de fs.24.

3°. Además de las pruebas presentadas por las partes, obran como elementos de juicio requeridos por mí los dos expedientes administrativos municipales referidos a las confiterías "El Refugio" y "María Castaña".

Y CONSIDERANDO:

1. El art. 13 de la Constitución Provincial establece que los actos de los municipios son públicos y que la ley determinará el acceso de los particulares a su conocimiento.

2. La L.P. N° 3764 de LIBRE ACCESO A LAS FUENTES DE INFORMACION y PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DE GOBIERNO, promulgada por el D.P. N° 1860 del 27 de octubre de 1992, continúa regulando la materia por cuanto se dan las condiciones establecidas en las cláusulas 1ª y 2ª de las Disposiciones Finales de la Constitución Provincial.

3. La Municipalidad de Esquel no ha dado cumplimiento todavía a la obligación establecidas en el art.17 de la L.P. N° 3764. Esta omisión no puede perjudicar el derecho de los particulares a acceder al conocimiento de los actos de gobierno municipales por los siguientes fundamentos: a) El art.21 de la Constitución Provincial establece que los derechos personales y garantías reconocidos y establecidos por la Constitución se consideran operativos salvo cuando resulte imprescindible reglamentación legal a los efectos de su aplicación. Esta cláusula constitucional por si sola daría lugar a la aplicación del art. 13 de la Constitución Provincial por cuanto es una materia en que por deci-

sión jurisdiccional a partir de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, puede hacerse efectivo con adecuada fundamentación lógica y legal el derecho reconocido a los particulares en el artículo citado. b) A la circunstancia antes referida se agrega que existe la ley que reglamenta el art. 13 de la Constitución Provincial, por lo que el nivel normativo de operatividad faltante es todavía menor que en el supuesto anterior, por lo que no advierto obstáculo para resolver este proceso a partir de los términos de la L.P. N°3764.

4. El art. 2° de la L.P. N°3764 establece el derecho a todo habitante de la Provincia de libre acceso a las fuentes de información de los actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales emanados del Estado Provincial y de las Corporaciones Municipales, sin que sea necesario indicar las razones que motivaron el requerimiento.

5. En este proceso el requerimiento del Dr. GEROSA LEWIS está referido a dos resoluciones administrativas dictadas por el Sr. Secretario de Gobierno de la Muruelpalldad de Esquel vinculadas a la habilitación comercial de las confiterías "El Refugio" y "María Castaña" constituyendo actos que encuadran en el concepto de actos administrativos (conforme: Agustín A. GORDILLO. "El acto administrativo", 2ª. Edición Abeledo Perrot Pág.91) emanados de una Corporación Municipal, por lo que en principio son actos que encuadran en el art. 2° de la L.P. N° 3764 y por consiguiente de libre acceso por cualquier habitante de la Provincia sin necesidad de indicar las razones que motivaron el requerimiento.

6. Corresponde ahora determinar si se da alguno de los supuestos contemplados en el art. 5° de la L.P. N° 3764, que constituyen una excepción al principio general del art. 2°.

6.1. Habiendo analizado las resoluciones en sí y la documentación y antecedentes de las mismas no advierto que se trate de la documentación mencionada en el art. 26 de la Constitución Provincial (art. 53 de la Constitución vigente) ni que hagan al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (derechos derivados del art. 19 de la Constitución Nacional y enunciados en el art. 18 inc. 1 y 3 de la Constitución Provincial), por lo que no se da la excepción establecida en el art. 5 a).

6.2. El inc. b) del art. 5° exceptúa del principio general de libre acceso a las fuentes de información a: toda documentación y antecedentes relacionado con información declarada secreta por ley por resolución administrativa: fundada en razones de seguridad o salubridad pública.

Con relación a este inciso se plantean dos problemas:

1° Por la redacción del mismo no queda claro si la información declarada secreta o reservada debe serlo por ley o por resolución administrativa, ya que no figura la palabra "o" entre "por ley" y "por resolución administrativa", por lo que una interpretación posible es que la ley debe enumerar la información, actos o documentos declarados reservados o secretos y mediante resolución administrativa declarar que en el caso concreto la información, acto o documento encuadra entre los enumerados en la ley y la segunda interpretación posible es que esa declaración pueda "estar formulada por ley o efectuarse mediante resolución administrativa. Pero en cualquiera de los dos casos el secreto o reserva puede ser fundado únicamente en razones de seguridad o salubridad pública.

Por lo tanto, la normativa que establezca restricciones al principio general de la publicidad debe fundarse en uno de estos dos supuestos.

2° Que al haber incumplido hasta la fecha la Municipalidad de Esquel con la obligación establecida en el art.17 de la L.P. N° 3764 falta la enumeración de la información, actos o documentos declarados reservados o secretos, de conformidad con lo establecido en el art. 5° de la presente ley. No obstante ello las restricciones a la publicidad de los actos de la Municipalidad pueden y deben ser analizados a partir de las restricciones establecidas en los dos incisos referidos, ya que los enunciados en los incisos c) y d) no tienen relación con el caso.

6.3. El apoderado de la Municipalidad dice que fundó su denegatoria teniendo en cuenta el art. 23 de la Ordenanza 13/76 y modificatorias (Código Tributario Municipal), pero es de señalar que en ninguno de los dos expedientes administrativos en cuestión obran datos de la naturaleza de los consignados en el referi-

do artículo, toda vez que la única mención que hay a un dato de tipo económico en ambos expedientes es la referida al capital afectado a la actividad que obra en el formulario de solicitud de habilitación comercial cuya copia es obligatorio ponerla a la vista del público, por lo que no es aplicable la normativa invocada para denegar el acceso a los expedientes.

También fundó su denegatoria en los arts. 22, 23 y 49 de la L.P. N° 920. Dichos artículos deben ser analizados a partir del principio genérico de la publicidad establecido por la L.P. N° 3764, lo que implica que realizado un acto administrativo el mismo y los antecedentes en que se funda quedan sujetos al contralor de cualquier habitante de la provincia, con las únicas restricciones que se derivan del art. 5° a) de la L.P. N°3764, que como he fundado precedentemente no se dan y tampoco con relación al inciso b) porque la normativa citada no se funda en razones de seguridad o salubridad pública.

Con relación al argumento del apoderado de la Municipalidad en cuanto al rechazo de lo solicitado por la falta de derecho o interés legítimo, este argumento por si solo es insuficiente, toda vez que el art. 2° de la L.P. N° 3764 establece el derecho de cualquier habitante a acceder a las fuentes de información sin que ni siquiera sea necesario indicar las razones que motivan el requerimiento.

7. Por lo expuesto corresponde hacer lugar al amparo interpuesto y en función de lo establecido en el art.4° de la L.P. N°3764 que se le expidan al Dr. GEROSA LEWIS fotocopias certificadas de los antecedentes sobre los que solicitara acceso, a su exclusiva costa.

8. Atento a la omisión incurrida por la Municipalidad en dictar la reglamentación que establece el art.17 de la L.P. n°3864 no se encuentra determinado cuál es la autoridad u organismo de aplicación de la ley, así como los responsables de efectuar las comunicaciones y facilitar el acceso a las fuentes de información, pero siendo la naturaleza de los actos en cuestión administrativas, emanados en el ámbito de la esfera del Ejecutivo Municipal, corresponde dirigir el mandamiento de ejecución al Señor Intendente Municipalidad de Esquel en su carácter de cabeza del ejecutivo.

9. Costas a cargo de la Municipalidad de Esquel (art. 20 de. 583/63).

10. Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto Dres. Ricardo Tomás GEROSA LEWIS y Jorge A. CRIADO, cumplan con lo dispuesto con el art. 2º de la ley 17.250 y el último de los nombrados deberá acompañar comprobante del depósito del aporte al Colegio de Abogados.

Por lo expuesto,

RESUELVO:

1. Conceder el amparo interpuesto, MANDADO al Señor Intendente de la Municipalidad de la Ciudad de Esquel, que por intermedio de quien determine se expidan fotocopias certificadas de los expedientes administrativos referidos a la habilitación comercial de las confiterías denominadas “El Refugio” y “María Castaña” de Rivadavia y 25 de Mayo de esta ciudad, y les sean entregadas al Dr. GEROSA LEWIS en el plazo de dos días hábiles, bajo apercibimiento de ley. El costo de las fotocopias es a cargo del requirente.

2. Disponer de la devolución de los expedientes administrativos referidos en el punto anterior a la Municipalidad de Esquel.

3. Advertir a la Municipalidad de Esquel que no ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el art. 17 de la L.P. n° 3764.

4. Costas a cargo de la Municipalidad de Esquel. Se difiere la regulación de los profesionales intervinientes conforme el considerando pertinente.

5. Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Dr. Jorge Eyo
Juzgado Correccional Esquel.

Prueba de las horas extraordinarias. Silencio del trabajador

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis
Martín E. Iturburu Moneff

Disponible en: <https://bit.ly/3bqi9Q6>

Publicado en: Doctrina Laboral N° 165, mayo de 1999, Ed. Errepar, sección práctica, pág. 430 a 433.
[Consultado el 05/02/2020]

1.- Prueba de las horas extras.

Teniendo en cuenta el carácter extraordinario del trabajo prestado fuera de la jornada legal, siempre le ha sido impuesta al trabajador la carga procesal de acreditar exhaustiva y fehacientemente el hecho base de su pretensión de cobro del plus salarial, devengado con motivo de la ejecución de tareas en las condiciones del artículo 201 de la ley de contrato de trabajo.

De allí, entonces, que cuando el trabajador alegue la prestación del servicio extraordinario como fundamento de su reclamación por horas extras trabajadas, deberá acreditar tanto lo que se refiere al servicio cumplido como el tiempo o la extensión en que el mismo fue ejecutado.

2.- Presuncion desfavorable derivada del silencio o pasividad del trabajador.

En el marco de los parámetros precisados por los tribunales, se ha considerado, casi unánimemente, que "constituye una presunción grave y desfavorable al trabajador el hecho de corresponder el reclamo al trabajo que venia realizando desde varios años atrás, pero que

sólo cuestiona al rescindir el vínculo" (conforme ED - T. 54 - pág. 425: JA - T. 1983-1 - pág. 382: JA - T. 1983-1 - pág. 381: DT - T. 1989-B - pág. 1787 y DT - T. 1988-B - pág. 1270).

Y ello porque parecería ser que no resulta fácticamente lógico, y en consecuencia admisible, que quien realiza actos, ejecuta obras o presta servicios (art. 22, LCT) en una jornada laboral que excede las limitaciones legales y en las condiciones extraordinarias que hemos señalado no reclame a su empleador el pago de los recargos salariales contemporáneamente cuando los presta, es decir, vigente la relación laboral, manteniéndose en total hermetismo hasta que recién intima el pago del plus cuando las perspectivas o posibilidades de continuidad laboral en la empresa son precarias o luego de extinguido el vínculo de empleo.

La presunción señalada, nos da la impresión, parecería también partir de un presupuesto fáctico que no puede cuestionarse. Y es el siguiente: que los trabajadores que prestan servicios en horas extras, pero cuyo trabajo no es correspondido con el pago del recargo remuneratorio devengado, normalmente reclaman y exigen a su incumplidor dador de empleo el pago contemporáneo de las horas extras laboradas.

Es decir: como lo que sucede (o debería acaecer), según el curso normal de los acontecimientos, es la protesta y la exigencia temporánea de pago por parte del obrero, su silencio ante el incumplimiento patronal en las circunstancias señaladas debe interpretarse como inverosimilitud de la tarea realizada en exceso de la jornada legal. Ergo, estos trabajadores deben sufrir las consecuencias de su pasividad, imponiéndoles la carga de desvirtuar la presunción desfavorable que, con relación a la posterior reclamación, su silencio les acarreó.

Pero el privilegiado posicionamiento social que implica nuestro sagrado ministerio nos permite observar cómo lo que debería ser la realidad jurídica es desfigurada por lo que la realidad socioeconómica impone.

Porque los profesionales liberales del derecho advertimos, a partir de la observación en cada caso en que el trabajador requiere nuestro servicio de asesoría y consulta, otra circunstancia real, objetiva y también incuestionable que no requiere mayor comprobación científica: la experiencia nos ha ido demostrando que la mayoría de las veces los trabajadores que prestan servicios en jornada extraordinaria, que genera el derecho al cobro del plus salarial pero que no son abonados por el empleador contemporáneamente, no se atreven a exigir ni siquiera verbalmente su pago ante el cierto y fundado temor de ser despedido sin más o sufrir presiones de distinta índole que al final terminan por producir la denuncia del contrato de trabajo de uno u otro lado. Muchas veces la experiencia ajena anterior y próxima de un compañero de trabajo que fue despedido, o se le tornó más que dificultosa su relación con el empleador a partir del reclamo del pago de las horas extras, opaca la inquietud del obrero, quien prefiere mantenerse en silencio.

Y es así que el trabajador admite el incumplimiento de la normativa protectoria frente a las previsibles consecuencias de su eventual reclamo y al fantasma de un fenómeno socioeconómico tan desagradable y tortuoso como es el "desempleo", so pena de pasar a formar las largas filas de "parados".

La mayoría de las veces el trabajador no tiene más que dos opciones: "o lo toma o lo deja". Y el "tomarlo" implicará aceptar las condiciones, incluso el silencio no consentido, la inactividad y/o la pasividad frente a la inobservancia de las exigencias normativas impuestas al empleador.

Todo ello tiene por objeto explicar al lector que resulta también lógico y razonable considerar y admitir que el trabajador quien laboró horas extraordinarias que no le fueron abonadas, recién reclame la totalidad del plus salarial devengado a su favor una vez denunciado el contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador (o del propio obrero), ya que entonces habrá desaparecido la razón que lo obligaba a resignar el cumplimiento de la normativa laboral.

En dos novedosas oportunidades (nos referimos a los pronunciamientos dictados en autos "Pardo, Vilma c/Expreso Angélica SA s/laboral" y "Alarcón, Ramón c/Expreso Angélica SA s/laboral"), la Excelentísima Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut tuvo la posibilidad de tratar los agravios deducidos por la parte demandada respecto de la condena al pago de horas extraordinarias que en la instancia anterior le había sido impuesta.

En ambos pronunciamientos, el voto del doctor Edgardo Darío Gómez, primer presidente del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, y que fuera compartido por los demás miembros del Cuerpo, se refirió concretamente al tema que motiva el presente comenario, señalando que: "Cabe acotar que dicho criterio, sostenido durante prolongado lapso por diversos Tribunales, merece ser revisado o, por lo menos, aplicado restrictivamente en atención a la evolución o transformación que ha experimentado la situación socioeconómica del país y las consecuencias que la misma ha tenido sobre el mal llamado mercado laboral. La problemática del desempleo que no es necesario precisar en este acto por ser de dominio público, se caracteriza por un desfase total entre la excesiva oferta de mano de obra y la escasa demanda de la misma, lo que tiene como necesario efecto el de que, en muchos supuestos, aquel que se encuentra en la situación ya casi privilegiada de revestir la calidad de 'ocupado', soporte o tolere el incumplimiento regular de la normativa que lo protege a los fines de no perder dicha condición o calidad ... Resulta razonable para quien se encontrara en tal situación que, producido el distracto como consecuencia de la voluntad unilateral del empleador, desaparezca la causa que lo forzaba a someterse al incumplimiento y reclame la totalidad de aquellos rubros que, por derecho, le correspondía percibir durante la vigencia de la relación de que se trata. Ante tales y ciertas posibilidades, no resulta conducente mantener criterios interpretativos estrictos que fueron producto de la realidad existente en épocas pasadas y que no se adecuan a la que nos corresponde juzgar en la actualidad".

Relevándonos la cita efectuada de cualquier otro comentario adicional, por nuestra parte proponemos reforzar los fundamentos expuestos por el Tribunal, sosteniendo la inaplicabilidad de la grave y desfavorable presunción que acarrea la omisión del reclamo mientras se encuentra vigente la relación laboral, y que recién se efectiviza, una vez producida la extinción del vínculo laboral, destacando que:

1) El silencio del trabajador no puede ser utilizado en su perjuicio, salvo que una norma expresa así lo establezca.

En este sentido, la inequívoca directriz impuesta por el artículo 58 de la ley de contrato de trabajo, al establecer la inadmisibilidad de presunciones en contra del trabajador que conduzcan a sostener la renuncia a cualquier derecho, obsta a que se valore como presunción desfavorable de los actuales reclamos judiciales la ausencia, o la posibilidad, de todo reclamo oportuno durante la vigencia de la relación laboral.

2) La ley de contrato de trabajo establece expresa y taxativamente cuáles son los supuestos que con relación al trabajador acarrea su inactividad y/o silencio y/o pasividad.

Y, en este sentido, han sido previstos los siguientes supuestos: la confirmación tácita de la sanción disciplinaria impuesta por su no impugnación (art.67, segundo párrafo); la pérdida del derecho a gozar de las vacaciones ante la omisión de otorgamiento y el no uso del derecho (art. 157); la rescisión del contrato y la opción por la compensación prevista en el artículo 183, inciso b), en caso de no reintegrarse a las labores y no decidir por el estado de excedencia luego de finalizada la licencia por maternidad: la pérdida del derecho al descanso compensatorio y el recargo salarial en el supuesto de no ejercer oportunamente la facultad que le otorga el artículo 207 y la pérdida por el transcurso del pazo de seis meses, del derecho de obtener el embargo de los bienes retirados de la explotación.

Queremos significar que, fuera de los casos descriptos, ninguna disposición de la ley de contrato de trabajo prevé sanción, caducidad o pre-

sunción desfavorable que se derive del silencio y/o inactividad del trabajador.

Ergo, allí donde la ley no ha previsto ninguna presunción derivada del silencio y/o inactividad del obrero, mal puede el juzgador por vía pretoriana determinar los alcances, efectos y presunciones que se derivarían de falta de reclamos de horas extras, vigente la relación laboral y que en cambio se efectiviza recién al momento de su extinción.

3) El silencio del trabajador y el transcurso del tiempo sólo influirá en el plazo de prescripción (art. 256. LCT).

4) El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales (art. 12. LCT) impide que pueda considerarse como consentimiento o aceptación tácita al silencio del trabajador o la ausencia de su reclamo contemporáneo con la falta de pago de las horas extras trabajadas.

5) El principio protectorio, aunque no se lo enuncie expresamente, constituye una fuente marcadamente inspiradora y orientadora del derecho laboral que, a nuestro criterio, resulta lesionado por la grave y desfavorable presunción.

El derecho a la igualdad de derechos. (Las protecciones especiales y las medidas de acción positiva en la constitución de la provincia de Chubut)¹

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <https://bit.ly/2zsdMXC>

Publicado en: La Ley Patagonia 2004 (abril), 143

Cita Online: AR/DOC/967/2004

[Consultado el: 06/02/2020]

Sumario

I. Introducción. - II. La igualdad en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Provincia del Chubut. - III. La prohibición de la esclavitud. - IV. El principio de no discriminación. - V. De la igualdad formal a la igualdad real. La "nueva era" de la igualdad. - VI. Las medidas de acción positiva. - VII. La mujer. - VIII. Los niños. - IX. La juventud. - X. Los ancianos. - XI. Los discapacitados. - XII. Personas con capacidad o talentos de notorio nivel. - XIII. Indígenas. - XIV. Veteranos de guerra. - XV. Los pobres.

¹ El título no es original sino que –por el contrario- reconoce su génesis en el nombre del libro de Daniel HERRENDORF que se denomina “El derecho a tener derechos”. Las ideas aquí expuestas fueron desarrolladas por el autor en la conferencia dictada sobre este tema en el Aula Magna de la Universidad Nacional de la Patagonia “San Juan Bosco”, Sede Esquel, el día 10 de noviembre de 2001 y se encuentran expresadas en su libro “Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut” (Esquel (Chubut), setiembre de 2002).de Daniel HERRENDORF que se denomina “El derecho a tener derechos”. Las ideas aquí expuestas fueron desarrolladas por el autor en la conferencia dictada sobre este tema en el Aula Magna de la Universidad Nacional de la Patagonia “San Juan Bosco”, Sede Esquel, el día 10 de noviembre de 2001 y se encuentran expresadas en su libro “Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut” (Esquel (Chubut), setiembre de 2002).

1.- Introducción.

La igualdad constituye un presupuesto esencial y uno de los pilares fundamentales en los que se asienta el sistema republicano de gobierno.

Sin embargo, su enfoque desde el punto de vista constitucional es mucho más amplio. Es, también, un “principio general” (por ser un enunciado normativo que tiene mayor grado de generalidad que el conjunto de normas que abarcan una materia)² y, fundamentalmente, “un derecho personalísimo básico”³ de los individuos toda vez que en ella está comprometida “la dignidad humana”.⁴

Asimismo, en toda escala axiológica la igualdad está presente como un valor fundamental que necesariamente debe ser tenido en cuenta.

Y, además, podemos decir –parafraseando a SAGÜES cuando se refiere a la dignidad- que la igualdad constituye un mandato jurídico que se presenta de modo exigente y que tiene una importancia relevante en la normativa constitucional toda vez que –como veremos seguidamente- rechaza ciertos comportamientos (la esclavitud y la discriminación) y demanda otros (la adopción de medidas de acción positiva respecto de determinadas personas o grupos).⁵

Es que, como bien lo señala BIDART CAMPOS, “una sociedad desigualitaria atrofia en quienes la forman dentro de sus niveles de marginalidad y de hiposuficiencia toda posible actitud comprensiva de

² LEONARDI DE HERBON, Hebe Mabel: “El principio de igualdad. Igualdad “ante la ley” y teoría de la constitución de la justicia formal”, en E.D. 149-775.

³ GOLDENBERG, Isidoro: Ponencia en las XV Jornadas de Derecho Civil, Comisión 9, “El Derecho frente a la discriminación”, J.A. 1995-IV-833.-

⁴ Conf. FERNANDEZ SEGADO, Francisco: “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico”, en E.D., 166-907 y KIPER, Claudio Marcelo: “Derechos de las minorías ante la discriminación”, Ed. Hammurabi, 1998, pág. 117.- En igual sentido se expiden Rodolfo BARRA y Jorge MURATORIO (“La Reforma Constitucional de 1994 y su contenido tuitivo de la igual dignidad humana. Protección contra la segregación”, en L.L. 1996-E-942), quienes señalan que “es la igual dignidad de todos los hombres lo que determina que no pueda tolerarse la discriminación de derechos fundamentales de las personas por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión o condición social”.-

⁵ SAGÜES, Néstor P.: “Dignidad de la persona e ideología constitucional”, en J.A. 1994-IV-904.-

los derechos, porque si no disponen de acceso a su disfrute (lo que daría a pensar que esa misma privación se los haría desear vehementemente), ni siquiera están en condición de conocerlos, de valorarlos, de apetercerlos, y menos de reivindicarlos. La postración desigualitaria es uno de los peores enemigos para el sistema de derechos; a la disfuncionalidad que para éste origina concurren, aparte de lo dicho, la mala predisposición cultural en los grupos desiguales hacia abajo, y el reduccionismo en su posible acceso al ejercicio y goce de sus derechos. Y, desde otro punto de vista, si en un momento dado esos sectores se aperciben de su situación injustamente desigualitaria, hay propensión a que reaccionen con resentimiento y echen mano a la violencia, lo que –por supuesto- es no sólo disvalioso sino perjudicial para cualquier sistema de derechos humanos, aún si la represión a esa violencia transita por cauces legales y legítimos”.⁶

2.- La igualdad en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Provincia del Chubut.

Como todos sabemos, la Constitución Nacional establece el principio de “igualdad ante la ley” en su artículo 16, proclamando que “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

Esta disposición se completa con el art. 15 que proscribe la esclavitud, y con el art. 20 que establece la igualdad de derechos civiles entre los ciudadanos y los extranjeros.

La Constitución de la Provincia del Chubut, por su parte, dedica dos disposiciones a la igualdad. Así, su artículo 6° proclama que “El estado asegura la libertad y la igualdad de todas las personas, sin diferencias ni privilegios por razón de sexo, raza, religión, ideología o

⁶ BIDART CAMPOS, Germán: “Teoría general de los derechos humanos”, Ed. Astra, Bs. As. 1991, pág. 292.

grupo social”, mientras que el artículo 7º establece el principio de no discriminación al afirmar que “las diferencias de sexo, edad o capacidad no constituyen factores discriminatorios”.

3.- La prohibición de la esclavitud.

Como lo señaláramos anteriormente, el principio de igualdad tiene –ante todo- un contenido negativo, es decir, la proscripción de ciertas conductas que atentan contra ella.

El primer comportamiento prohibido es la esclavitud, y a ella se refiere en forma terminante el art. 15 de la Constitución Nacional cuando expresamente dispone que “En la Nación Argentina no hay esclavos...” y que “los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República”.

Se trata de una cláusula que, con impecable redacción, se pronuncia enfáticamente en contra de una de las situaciones más denigrantes y moralmente inaceptables que puede padecer el ser humano: carecer de libertad y estar sometido al dominio de otra persona.

Como puede apreciarse, la prohibición rige para todo el país. Por consiguiente, teniendo en cuenta tal circunstancia y que la Constitución Nacional es la “ley suprema” a la cual deben subordinarse los ordenamientos provinciales (arg. art. 31 de la Const. Nac.), es obvio que la esclavitud queda también proscripta en todas las provincias.

4.- El principio de no discriminación.-

El segundo comportamiento prohibido por las normas constitucionales por ser contrario a la igualdad es la discriminación.⁷

⁷ Sobre este punto, ver KIPER, Claudio Marcelo: “La discriminación”, en L.L. del 11 de abril de 1995, pág. 1; BELGRADO, Cristián Ezequiel: “Discriminación. Análisis crítico de la legislación y de la jurisprudencia. Propuestas”, en Cuaderno de Doctrina n° 21, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, 2001 y ALBANESE, Susana: “La eliminación de la discriminación en el ámbito internacional”, en E.D. 144-782-

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la garantía de la igualdad supone que todos los habitantes de la Nación están sujetos a los mismos deberes, gozan de los mismos derechos y están tutelados por las mismas garantías⁸, concretándose tal principio en la obligatoriedad de dar igual tratamiento a todos los que se encuentren en idénticas circunstancias, condiciones y/o situaciones.

Se trata, pues, de una igualdad formal o de una “igualdad entre iguales”.

Ahora bien: como correctamente lo señalan SABSAY y ONAINDIA, “la igualdad no supone igualitarismo, es decir, una igualdad absoluta y rígida de los hombres, que desconozca las diferencias naturales que existen en la constitución física, el sexo, el sentido de esfuerzo, las aptitudes...”⁹, etc.

Por lo tanto, tanto el Poder Legislativo como los otros dos Poderes del Estado pueden establecer distinciones fundadas en razones objetivas, siempre y cuando – claro está- las mismas no sean arbitrarias, no respondan a propósitos de hostilidad contra determinados grupos o personas ni tengan por objeto otorgar indebidos privilegios.

Así lo ha expresado nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en distintos fallos: “El principio constitucional de la igualdad sólo requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, pero no impide que la legislación contemple de modo diferente situaciones que considera distintas, cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clase de personas o de grupos”¹⁰

Existe, entonces, la posibilidad de que puedan efectuarse válidamente distinciones en cada caso en particular. Pero para ello deben

⁸ Conf. L.L., 100-769.-

⁹ ZARINI, Helio Juan: “Análisis de la Constitución Nacional”, 3ª Edición ampliada y actualizada, 1ª reimpresión, Ed. Astrea, pág. 95

¹⁰ Ver, por ejemplo, E.D. 6-857.-

darse ciertos requisitos: las mismas deben ser justas, razonables y responder a una circunstancia objetiva.

Si no se dan esos recaudos, los distingos son arbitrarios y, por ende, discriminatorios.

Y eso es, precisamente, lo que resulta prohibido.¹¹

Según el Diccionario de la Real Academia Española, “discriminar” es –en su primera acepción– “separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra”. Sin embargo, en sentido jurídico significa “dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.” (2ª. Acepción).

Así lo entienden también –entre otros– BARRA y MURATORIO: “Si bien el término discriminación no es peyorativo en sí mismo, pues significa separar o distinguir, y ello en sí no encierra descalificación o perjuicio, lo cierto es que en la práctica se ha entendido unido a esto último, de tal modo que en el lenguaje jurídico no se adiciona al vocablo discriminación el calificativo arbitrario, sino que se interpreta directamente con ese sentido”.¹²

La discriminación, pues, consiste en efectuar una distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, religión, nacionalidad, color, ideología, origen étnico, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas,

¹¹ Por eso, precisamente, LORENZETTI entiende que la regla de la igualdad puede ser formulada en términos negativos: es la prohibición contra un trato arbitrario. Y, por consiguiente, cualquier distingo que se establezca debe demostrar que hay una razón suficiente para establecerlo y que no importa un trato discriminatorio (conf. LORENZETTI, Ricardo: “Igualdad, Antijuridicidad, Diferencia: Derecho a ser diferente, a no ser discriminado. Interpretación y protección”, Ponencia en las XV Jornadas de Derecho Civil, Comisión 9, “El Derecho frente a la discriminación”, en J.A. 1995-IV-834.-

¹² Conf. BARRA, Rodolfo Carlos y MURATORIO, Jorge: “La Reforma Constitucional de 1994 y su contenido tuitivo de la igual dignidad humana. Protección contra la segregación”, en L.L. 1996-E-942, nota 1.

económica, social, cultural o en cualquiera otra esfera de la vida pública.¹³

Sin embargo, hay que aclarar que no sólo se discrimina cuando se realiza alguno de los actos enunciados anteriormente. También hay segregación cuando a un individuo no se le permite “ser como es” (es decir, cuando se lo hace renunciar a sus características esenciales) o como decidió ser. Es lo que sucede, por ejemplo, con los indígenas o con las minorías sexuales.

Y es por eso, precisamente, que la Constitución de la Provincia del Chubut, en el último párrafo de su artículo 7º expresa que el Estado garantiza el respeto a las características emergentes de las diferencias y establece condiciones acordes con las mismas tendientes a la realización personal de todos sus habitantes.

Hay, pues, una vinculación importante entre el principio de igualdad y el derecho a la identidad personal que determina o da nacimiento a lo que se denomina el “derecho a ser diferente”.¹⁴

Es que, como lo afirma Alain TOURAINE, “en este mundo el individuo busca ser el sujeto de su propia existencia, hacer de su propia vida una historia singular. En sus vidas concretas, los seres humanos, con sus intereses sociales, su patrimonio cultural, su personalidad individual, buscan ser diferentes los unos de los otros, intentando no dejarse manipular por los mensajes y por las presiones de una sociedad de masas, autoritaria o no, y delinear un recorrido individual en el tiempo y en el espacio”.¹⁵

¹³ Esta definición se basa en los conceptos dados por la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de la Ley antidiscriminaria (nº 23.592) y por otros tratados internacionales.

¹⁴ Sobre el tema, ver LORENZETTI, Ricardo: “Igualdad, Antijuridicidad, Diferencia: Derecho a ser diferente, a no ser discriminado. Interpretación y protección”, Ponencia en las XV Jornadas de Derecho Civil, Comisión 9, “El Derecho frente a la discriminación”, en J.A. 1995-IV-834

¹⁵ TOURAINE, Alain: “Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia”, Ed. Fondo de Cultura Económica, Bs.As., 1998, pág. 61.-

4.- De la igualdad formal a la igualdad real. “La nueva era de la igualdad”.¹⁶

Ahora bien: como bien lo afirma un autor, “frente al espíritu igualitario consagrado... en las constituciones, se alzan las desigualdades de hecho, notorias e incontrovertibles, algunas aceptables, y otras irritantes e inicuas. Las igualdades nominales contrastan con estas desigualdades efectivas”.¹⁷

En efecto: por diversas razones muchas personas o grupos de la sociedad no se encuentran en la realidad en un mismo pie de igualdad con sus semejantes.

Ante esta situación, el Estado no puede permanecer inmutable. Debe, necesariamente, encarar este problema de una manera satisfactoria. Su función, en este caso, es la de promover a estos individuos, removiendo los obstáculos de cualquier índole que le impiden el pleno goce y ejercicio de sus derechos como así también el correcto desarrollo como personas (conf. art. 80 de la Constitución de la Provincia del Chubut).¹⁸

Ya lo decía Jean Jacques ROUSSEAU: “Precisamente porque la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad, la fuerza de la legislación debe siempre tender a mantenerla”.¹⁹

El postulado de la igualdad, pues, es una “avenida de dos vías” o un “puente de doble enlace”, ya que —como lo repetimos incesantemente— no sólo tiene un contenido negativo que prohíbe cualquier trato discriminatorio sino que también exige ciertos

¹⁶ FITOUSSI, Jean-Paul y ROSANVALLON, Pierre: “La nueva era de las desigualdades”, Ed. Manantial, 1997, pág. 102.-

¹⁷ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde: “Resarcimiento de daños. Daños a las personas. Integridad espiritual y social”, T. 2c, Ed. Hammurabi, pág. 89.- Ver también MOSSET ITURRASPE, Jorge: “Aspectos civiles de la ley antidiscriminatoria n° 23.592”, en E.D. 132-863.-

¹⁸ Sobre este tema, ver el excelente libro de Germán J. BIDART CAMPOS: “La re-creación del liberalismo”, Ed. Ediar, Bs.As., 1982.-

¹⁹ ROUSSEAU, Jean Jacques: “Del contrato social. Sobre las ciencias y las artes. Sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres”, Ed. Alianza Madrid (España), 1992

comportamientos positivos tendientes a lograr su efectiva concreción en la realidad.

Es que, como lo remarcó en forma extraordinaria una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, “las normas jurídicas existentes sobre igualdad de trato, que tienen por objeto conceder derechos a los individuos, son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad de hecho si, paralelamente, no se emprenden acciones, por parte de los Gobiernos y de los interlocutores sociales y de otros organismos competentes, tendientes a compensar los efectos perjudiciales que resultan...de actitudes, comportamientos y de estructuras de la sociedad”.²⁰

Los poderes públicos, pues, deben crear las condiciones necesarias para que la “igualdad formal” se transforme en una “igualdad real de oportunidades y de trato” (art. 75, inc. 23 de la Const. Nac.). Deben, en una palabra, “promover” a los individuos removiendo los obstáculos pertinentes.

Es obligación del Estado no desatenderse de la situación y adoptar las medidas necesarias para que haya —como lo señala BOBBIO— “igualdad en el punto de partida”²¹, o para que no existan —en palabras de ORWELL— “personas más iguales que otras”.²²

La remoción de esos obstáculos se realiza a través de las denominadas “medidas de acción positivas”.

5.- Las medidas de acción positiva.

Se denomina de esta manera a las medidas de índole legislativa, administrativa, educativas y de otro carácter que adopta el estado tendientes a dejar de lado las constricciones o impedimentos injustos

²⁰ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95.-

²¹ BOBBIO, Norberto: “Igualdad y libertad”, Ed. Paidós, 1ª edición, 1983, Barcelona (España), pág. 77.-

²² Citado por ROMERO, César Enrique: “Introducción al Derecho Constitucional”, Ed. Zavalía, Bs.As., 1976, pág. 164

que padecen ciertas personas o grupos (principalmente las llamadas “minorías”) derivados de actitudes, comportamientos o prejuicios de ciertos sectores de la sociedad, a fin de lograr una igualdad real de oportunidades y de trato que le permitan el acceso efectivo al pleno goce y ejercicio de sus derechos.

Se trata, pues, de “desigualar para igualar”, es decir, de establecer diferencias y de brindarle un trato más favorable a distintos individuos o grupos que se encuentran en una posición menos beneficiosa que el resto de las personas para elevarlas al mismo nivel que éstas.

Por eso, precisamente, se habla también de “discriminación inversa” o de “justas discriminaciones”. Sin embargo, considero que tales denominaciones son incorrectas, porque la discriminación – como lo señalara anteriormente- consiste en un tratamiento arbitrario, o sea, irrazonable, mientras que las medidas de acción positiva no tienen por objeto efectuar distingos injustos sino que pretenden corregir ciertas deficiencias que se presentan en la vida real.

Las acciones positivas son, básicamente, de dos tipos: legislativas y administrativas.

“La primera protección es legislar... Se trata, en consecuencia, de ejercer la competencia específica del Poder Legislativo o virtualmente, del poder de policía para reglamentar derechos a propósito de la protección de determinados ciudadanos. Luego se hace referencia a la necesidad de promover, es decir, estimular y generar medidas de beneficio, de protección; medidas que tutelen los derechos de determinados ciudadanos por encontrarse éstos en situaciones particulares. Por último, si no alcanza con la legislación, la reglamentación, la regulación, se impone la intervención directa de la autoridad para efectivizar la protección. Es decir, las acciones positivas presuponen una intervención directiva (legislativa) y directa (administrativa) de ejecución, materialización y realización de la igualdad declarada. Resumiendo: lo que (se) está procurando es que los poderes constituidos

intervengan por vía directiva, dictando leyes o medidas de promoción, o por vía directa por medidas concretas de acción de gobierno”.²³

Ahora bien: con la adopción de estas medidas también se corre el riesgo de que se le otorguen a ciertos grupos o personas derechos o prerrogativas especiales que, en definitiva, las conviertan en discriminatorias.

Por ello, los tratados internacionales y la doctrina han establecido ciertos recaudos para la validez de las mismas. Ellos son:

1.) Deben ser “paliativos temporales”, es decir, no deben mantenerse en vigencia después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron (garantizarle a ciertos grupos o personas el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en un mismo pie de igualdad que el resto de la comunidad”).²⁴

2.) Deben ser justas²⁵, o sea, responder a una circunstancia objetiva. En este sentido, se ha manifestado que “la regla de justicia es que debe tratarse a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual. Ningún principio ni garantía es absoluto, y el legislador puede establecer categorías, grupos o clasificaciones que supongan un trato diferente a las personas. Se adecuan a esta regla todas aquellas normas generales que adjudican las mismas consecuencias jurídicas a quienes cumplen con los mismos requisitos”.²⁶

3.) Deben ser razonables (no arbitrarias), es decir que “no deben responder a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clase de personas o de grupos” (Corte Suprema de Justicia de la Nación).

²³ DROMI, Roberto y MENEM, Eduardo: “La Constitución Reformada. Comentada, interpretada y anotada”, Ed. Ciudad Argentina, 1994, pág. 261.

²⁴ Conf. VEGA, Juan Carlos y GRAHAM, Marisa Adriana (Directores): “Jerarquía constitucional de los tratados internacionales”, Ed. Astrea, Bs.As., 1996, pág. 77 y ss. (Capítulo IV, “Acciones positivas”).-

²⁵ BOBBIO, Norberto, op.cit. pág. 64.-

²⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis: “Las normas fundamentales del Derecho Privado”, Ed. RubinzalCulzoni, Santa Fé, 1995, pág. 451.-

4.) Sólo puede acudirse a ellas como ultima ratio, cuando no sea posible remediar la desigualdad de hecho en un tiempo razonable mediante otras medidas menos extremas.²⁷

La Constitución de la Provincia del Chubut, en este sentido, establece medidas de acción positiva o protecciones especiales a favor de distintos grupos que, por una razón u otra, son merecedores de una consideración particular. Así, el texto constitucional se ocupa de la mujer (art. 26), de los niños (art. 27), de la juventud (art. 28), de los ancianos (art. 29), de los discapacitados (art. 30), de las personas con capacidades o talentos de notorio nivel (art. 31), de los indígenas (art. 34), de los veteranos de guerra (art. 36) y de los pobres (arg. art. 80).

6.- La mujer.²⁸

Como todos sabemos, durante mucho tiempo y como consecuencia de diversos prejuicios, costumbres y patrones firmemente arraigados en nuestra sociedad, la mujer se encontró en una situación de desigualdad jurídica con respecto al hombre.

Así, la discriminación basada en el sexo se observó en los distintos ámbitos de la vida.

En materia civil, la incapacidad de la mujer fue, por muchos años, la regla absoluta, ya que se consideraba que ella debía estar totalmente subordinada al hombre.

En lo político, su derecho a elegir y ser elegida fue también sistemáticamente retaceado. Se entendía, en este sentido, que la mujer no estaba en condiciones de expresar su voluntad y que su actividad debía quedar reducida al ámbito doméstico.

²⁷ HIRSCHMANN, Pablo Gustavo: "La igualdad y la reforma constitucional de 1994", en BADENI, Gregorio (Director): "Nuevas perspectivas en el Derecho Constitucional", Ed. Ad-Hoc, Bs.As., 2001, pág. 123.-

²⁸ Sobre este tema, ver especialmente KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "Régimen jurídico de la mujer", en L.L., 1993-E-1044; CONSEJO NACIONAL DE LA MUJER: "Las mujeres en la reforma constitucional" y DI SILVESTRE, Andrea y MEDINA, Graciela: "La situación jurídica de la mujer a tres años del fin del siglo. Secundarización en el trabajo. Los derechos civiles y políticos. La posición de la mujer en la familia", en E.D. 170-1107.

En lo que respecta a su posición en el terreno familiar, la situación de la mujer tampoco fue mejor, ya que las decisiones en ese sentido quedaban libradas exclusivamente al arbitrio del marido.

El hombre, en este aspecto, era dueño y señor en el manejo de los intereses familiares y la mujer quedaba sometida a esas potestades.

Por otra parte, las costumbres sociales no aceptaban su presencia en el desempeño de actividades fuera del hogar o del contralor familiar.

En el campo laboral, finalmente, la mujer también fue víctima de importantes discriminaciones. No sólo le era prácticamente imposible conseguir trabajo, sino que cuando lo hacía percibía una remuneración mucho menor a la del hombre.

Sin embargo, esa discriminación histórica sufrida por la mujer durante mucho tiempo comenzó lentamente a ser materia de revisión en todos los ámbitos jurídicos.

Así, en nuestro país, la ley 11.357 (denominada “de los derechos civiles de la mujer”) empezó a trazar el rumbo de esa tendencia.

La ley 13.010, por su parte, dispuso que la mujer tenía los mismos derechos políticos y estaba sujeta a las mismas obligaciones que las leyes le acordaban o imponían a los hombres.

La legislación laboral también incluyó normas importantes para la protección de la mujer, disponiendo una jornada máxima de trabajo, indemnizaciones agravadas para despidos por causa de embarazo o de matrimonio, ventajas para los empleadores que contratasen mujeres, etc.

Además, en oportunidad de reformarse la Constitución Nacional en 1957 se incorporó en el art. 14 bis. la cláusula “igual remu-

neración por igual tarea”, intentando de este modo terminar con la diferencias de salarios entre hombres y mujeres.

La ley 23.179, por su parte, aprobó la Convención de Naciones Unidas sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Por otra parte, la ley 23.264 estableció la patria potestad compartida.

Y, en materia política, la ley 24.012 (llamada “ley de cupo”) dispuso como medida de acción positiva que las listas electorales deben tener mujeres en un mínimo del 30% de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electa.²⁹

Finalmente, la reforma de la Constitución Nacional de 1994 le otorgó jerarquía constitucional a la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer”, circunstancia que sin dudas tiene una incidencia muy importante en distintos ámbitos de nuestro derecho positivo.³⁰

Siguiendo la tendencia mundial en este sentido e intentando que se logre una verdadera igualdad entre las personas, la Constitución de la Provincia del Chubut dispone en su artículo 26° que “la mujer y el varón tienen los mismos derechos en lo cultural, laboral, económico, político, social y familiar, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, respetando sus respectivas características sociobiológicas”.

Tal como surge de la última parte, ello de ninguna manera significa que no puedan existir, en determinadas circunstancias, diferencias de trato entre el hombre y la mujer. La igualdad no significa igualitarismo. Hay diferencias que tienen que tenerse presente.

²⁹ Sobre este punto, ver ALBANESE, Susana: “Ley de cupos femeninos para los cargos electivos: resarcimiento histórico”, en E.D. 146-997.-

³⁰ Ver, al respecto, BELLUSCIO, Augusto César: “Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia”, en L.L., 155-A-937.-

Lo que se pretende, a través de este artículo, es erradicar la discriminación en razón del sexo. Y existe esa discriminación cuando se da un tratamiento distinto en forma arbitraria, es decir, sin que exista una justa causa que lo autorice.

Ahora bien: sin perjuicio de lo expuesto anteriormente y de la notable evolución que tuvieron los derechos de la mujer en todos los ámbitos de la vida, es una verdad innegable que todavía falta un largo camino por recorrer sobre este punto.

Entre las “desigualdades persistentes” (para denominarlas con el título de un libro de Charles TILLY), la del género femenino es, por desgracia, una de las más notorias. Su participación todavía es escasa, y muchas veces, en razón de barreras tanto estructurales como ideológicas que conforman el tipo de cultura predominante en la sociedad, la mujer no puede ejercer sus derechos en un mismo pie de igualdad con los hombres.

Se hace necesario, entonces, buscar el mejoramiento de su condición política, social, económica y sanitaria. Por lo tanto, el Estado debe —en este sentido— no sólo eliminar los obstáculos jurídicos existentes sino también adoptar medidas de acción positiva, efectivizar políticas que mejoren la situación de la mujer y, fundamentalmente, elaborar programas de educación y de difusión que despierten la conciencia social sobre este tema.

Debe, en síntesis, promover la igualdad de los sexos en todas las esferas de la vida.

Además, la Constitución de la Provincia del Chubut dice que debe brindarse una tutela adecuada a la mujer embarazada.

Esta disposición —que sin lugar a dudas tiene una íntima vinculación con el artículo 14 bis. de la Constitución Nacional que establece la “protección integral de la familia”— adquiere una mayor relevancia, por razones lógicas, en materia laboral.

Es que, como bien se ha señalado, “lo que se quiere proteger es a la mujer, en sentido integral, base de la familia, y destinada a cumplir la sagrada misión de madre. Necesidades muy atendibles han impulsado a muchas mujeres a salir de sus hogares para internarse en el proceso productivo, ofreciendo su trabajo”. Tal circunstancia, empero, “no debe provocar el efecto secundario consistente en considerar a la mujer como mera generadora de trabajo”.³¹

De esta manera, tanto el legislador como los jueces deben actuar ante los peligros que se ciernen sobre la mujer que se halla embarazada o ha dado a luz, de manera de garantizar no sólo su empleo, sino también de rodear tanto al proceso de gestación como al de alumbramiento –fases fundamentales de su trascendental función maternal-, de los presupuestos básicos de tranquilidad que requieren y que en definitiva se materializan en mejores condiciones fisiológicas y psicológicas.³²

Finalmente, la Constitución Provincial exige que las condiciones laborales no le impidan a la mujer el cumplimiento de su esencial función familiar.

Las leyes, pues, deben armonizar el trabajo con la vida familiar, para evitar que niños y adolescentes se críen solos, sin un contorno afectivo que los apoye y los contenga.

7.- Los niños.³³

Los niños, por su propia naturaleza, son los seres más vulnerables y desprotegidos de la especie humana. Se trata de individuos que se encuentran en su estado primario y que, por consiguiente, no están en igualdad de condiciones respecto de sus semejantes. Falta en

³¹ ERRAMUSPE, Enrique J.M.: “Derecho laboral para el abogado y la empresa”, Ed. Pensamiento Jurídico, Bs.As., 1981, pág. 391.-

³² Ver, en este sentido, el excelente voto del Dr. Haro en el fallo publicado en E.D. 106-380, con nota de Germán BIDART CAMPOS

³³ Sobre este tema, ver especialmente CORDOBA, Eduardo: “Universo jurídico del menor”, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1994; AA.VV.: “Derecho de menores”, Ed. Juris, 1992; GROSMAN, Cecilia P. y otros: “Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad”, Ed. Universidad, Bs.As., 1998 y FELDMAN, Gustavo: “Los derechos del niño”, Ed. Ciudad Argentina, Bs.As., 1998.-

ellos no sólo la capacidad y el discernimiento suficiente para elegir entre las diversas posibilidades que se les pueden presentar, sino también la aptitud para desenvolverse con total soltura en todos los ámbitos de la vida y para ejercer correctamente sus derechos.

Es por eso, precisamente, que los niños se encuentran en un estado total de dependencia que determina, a su vez, la necesidad de protegerlos adecuadamente frente a las distintas situaciones que le pueden acontecer a lo largo de su desarrollo.³⁴

La Constitución de la Provincia del Chubut, en este sentido, determina que esa protección le corresponde en primer lugar a la familia.

Se trata de un principio básico en la materia que no sólo está dado por el orden natural sino que también surge del derecho de los padres a ejercer la patria potestad.

Sin embargo, es preciso destacar que lo expuesto anteriormente no significa de manera alguna que el Estado no tenga ninguna responsabilidad en este sentido. Muy por el contrario, cuando la familia no cumple con esa función esencial, éste necesariamente debe intervenir para tutelar los derechos de los menores. No obstante, es preciso advertir que, en todos los casos, esa intervención tiene carácter supletorio y bajo ninguna circunstancia puede servir para anular o sustituir a los padres en la forma en que educan y vigilan a sus hijos menores.

Sólo la desidia, el desinterés, el abuso o la necesidad, justifica que el Estado suplante al núcleo familiar en lo que respecta a la protección de los niños. Si no se dan estas circunstancias, toda injerencia por parte de aquél en decisiones referidas a menores de edad sujetos a

³⁴ Quizás esta idea pueda resumirse en el tercer considerando de la Declaración de los Derechos del Niño (1959): "...que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

la patria potestad se convierte en arbitraria y atenta contra principios jurídicos básicos de nuestro ordenamiento.

La protección que la familia prioritariamente y las autoridades públicas en forma supletoria deben brindarle a los niños tiene que ser integral, es decir, debe comprender todos los aspectos posibles de la vida (física, moral, espiritual, mental y social).

El Estado, por su parte, tiene una obligación subsidiaria que comprende –al decir de Eduardo CORDOBA- dos vertientes posibles:

a.) “Una de carácter asistencial, proporcionando a la familia lo necesario para la vida que no puede darse a sí misma (escuela pública, salud pública, planes de vivienda, etc.)”.

b.) “Otra de carácter tutelar, dando a los menores que carecen de familia, o que se hallan desprotegidos por ella, o que han encaminado sus vidas por senderos equivocados, apartados de las exigencias sociales, un ámbito educativo –y aún reeducativo- adecuado para su guardia y formación integral”.

Sin embargo, el deber del Estado no termina aquí. Debe, asimismo, “promover e instrumentar políticas tendientes al pleno goce de sus derechos” (art. 27 de la Constitución Provincial).

Y, además, tiene también la obligación constitucional de desarrollar acciones específicas frente a lo que se denomina “situación irregular”, es decir, una niñez sometida a discriminación, abandono, promiscuidad, ejercicio abusivo de la autoridad familiar, segregación de la familia o del medio social inmediato, etc.

A los fines de tales políticas y acciones, el Estado “debe coordinar la participación de organizaciones no gubernamentales, privilegiar el rol de los municipios y asegurar los recursos presupuestarios adecuados”.

8.- La juventud.

La juventud aparece también como un segmento importante de la población que se ve imposibilitada de ejercer plenamente sus derechos y de ingresar en el espectro social en igualdad de condiciones con las demás personas.

En efecto: por diversas circunstancias (falta de formación y de experiencia laboral, ausencia de vinculación con los círculos de poder, inercia por parte de otros grupos generacionales, etc.), los jóvenes muchas veces se convierten en víctimas de la exclusión social, económica y política que no sólo agrava las condiciones de inequidad existentes en nuestra sociedad sino que también genera –en este sector– otros problemas importantes (consumo de drogas, desórdenes sociales, comisión de delitos, etc.).

Es que, como todos sabemos, la crisis generalizada de empleo que reina en el país repercute aún más en aquellos individuos que, por su escasa edad, quieren ingresar al mercado laboral. El desempleo y sus secuelas de privaciones, los grandes flagelos de hoy en día, se manifiestan con mayor horror en los grupos juveniles.

De igual manera, los jóvenes también son quienes tienen menores posibilidades de participar en las decisiones públicas y de ingresar en el ambiente político.

Todo ello hace que estas personas queden afuera del sistema y, por ende, que la democratización plena se convierta en una quimera.

Es decir que otra vez aquí se observa que la sola enunciación del principio de igualdad no alcanza para solucionar el problema que se presenta en la realidad. El Estado, ante este panorama, nuevamente está llamado a cumplir un rol activo. Debe, en este sentido, articular políticas y programas encaminadas a asegurar la participación efectiva de la juventud en las actividades comunitarias y a desarrollar oportu-

nidades laborales que permitan el arraigo en su medio. Y así lo exige la Constitución Provincial en su artículo 28.

Su función principal en este sentido no es sólo la de diseñar, financiar y supervisar las acciones que se emprendan en ese aspecto, sino que también debe conformar un sistema de educación, formación y capacitación que le permita a este sector salir de esa situación de exclusión en la cual se encuentran inmersos por circunstancias ajenas a su voluntad.

La única solución posible en lo que respecta a este tema es la de revalorizar las políticas sociales –función que puede hacerse posible a través de medidas de acción positiva- de tal manera que los jóvenes puedan no sólo conseguir empleos sino también insertarse plenamente en la sociedad.

9.- Los ancianos.³⁵

Más allá del tratamiento diferencial que se le pueda dar a la ancianidad como consecuencia de la educación o de los distintos sistemas, tradiciones y culturas, no puede negarse que la “tercera edad” se ha transformado en un verdadero sector sensible de la sociedad, ya que muchas veces sus miembros son marginados por las molestias y cargas que ocasionan en virtud de su debilidad física y mental y por las necesidades propias de la edad.

Ante esta circunstancia, es obvio que el Derecho debe acentuar el marco de protección de estas personas.

Se debe, en este sentido, prever una acción tutelar y asistencial a fin de que sus integrantes puedan disfrutar sus últimos años de vida con la dignidad que todo ser humano merece.

³⁵ Sobre este tema, ver el excelente trabajo de TRAVIESO, Juan Antonio: “La protección de los derechos de los ancianos (Aspectos nacionales e internacionales)”, en *La Ley Actualidad* del día 6 de julio de 1995, pág. 1/3. Ver también Decreto n° 32.138 del 15 de octubre de 1948: “Decálogo de la ancianidad” (En *Boletín Oficial* de la República Argentina, Buenos Aires, 20 de octubre de 1948).-

Es que en esa tutela particular “no subyace un imperativo exclusivamente ético o de caridad; se trata, además, de una exigencia jurídica, derivada del respeto a la dignidad de toda persona y de la proscripción de discriminaciones injustas”.³⁶ “Los ancianos no son iguales: requieren una especial protección como los otros sectores de excluidos y discriminados de la sociedad”.³⁷

Siguiendo esta postura, la Constitución Provincial trata específicamente esta cuestión, dando pautas expresas para evitar la marginación social y cultural de los ancianos como así también su desamparo.³⁸

De esta manera, se obliga a la familia –prioritariamente-, a la sociedad y al Estado a promover el desarrollo de tareas creativas y de servicio a la sociedad a los fines de la realización personal de los mismos³⁹, como así también a que en caso de desamparo el Estado provea a su protección “sin perjuicio de la obligación de subrogarse en el ejercicio de las acciones para demandar los aportes correspondientes a los familiares obligados” (art. 29 de la Constitución de la Provincia del Chubut).

³⁶ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde: “Resarcimiento de daños”, T. 2c, “Daños a las personas”, Ed. Hammurabi, pág. 189.-

³⁷ TRAVIESO, Juan Antonio, op.cit., pág. 3.-

³⁸ Cabe señalar, al respecto, que en este sentido nuestra Constitución sigue la tendencia actual, ya que como bien lo explica María Josefa MENDEZ COSTA, “la consideración del anciano, como sujeto cuyos derechos revisten características singulares, es una novedad de la legislación del presente siglo, novedad que se insinúa en las normas que regulan las relaciones de los particulares entre sí..., pero que ha alcanzado a cubrir un amplio espectro, que se extiende y afianza, en el campo de lo asistencial con o sin intervención del Estado. Al presentarse como sujeto digno de especial deferencia, se sitúa, al finalizar el ciclo que se abre...con la concepción en el seno materno y se cierra con la muerte, a modo de figura paralela a la del menor...”. (MENDEZ COSTA, María Josefa: “Los ancianos en la legislación civil”, en L.L., 1983-A-312).-

³⁹ Sobre este punto, se ha dicho que “un concepto, sumamente desarrollado en la época actual, expone la necesidad imperiosa de recurrir a las organizaciones que voluntariamente están dispuestas a operar en favor del bien común. El Estado moderno, cada vez más limitado en el momento de sostener las necesidades de la gente, encuentra en estas actividades una alternativa especial, que le permite ampliar sus acciones o llevarlas hasta terrenos que demandarían complejas estructuras o enormes presupuestos” (“Proyecto para la tercera edad”, editorial del Diario La Nación del día 18 de enero de 2000, pág. 12).-

10.- Los discapacitados.⁴⁰

Como bien lo destacan Roberto DROMI y Eduardo MENEM, “la disminución en la aptitud física o psíquica de las personas no hace mengua de su dignidad humana. Mas esa situación de desventaja debe ser compensada por la sociedad con una actitud solidaria, que las autoridades deben fomentar facilitando su integración en la sociedad”.⁴¹

La Constitución del Chubut se enrola en esta concepción, dedicando un extenso artículo a los discapacitados, es decir, a “toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad o medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.⁴²

Se establece, en este sentido, que la familia, la sociedad y el Estado tienen a su cargo la protección integral de las personas discapacitadas.

Es decir que se proclama al hombre como primer responsable frente a sus necesidades, al grupo familiar y a la comunidad de afectos como los suplentes inmediatos ante la insuficiencia individual y finalmente se llama a la sociedad a concurrir a la asistencia del necesitado.

De esta manera, se pone en cabeza de todos la responsabilidad de proteger, promover y ayudar a los que no cuentan con la capacidad suficiente para bastarse a sí mismos.

Con ello, ante todo, se pretende lograr una justa y real igualdad de oportunidades, ya que es bien sabido que quien presenta una discapacidad tiene serios problemas de integración y se encuentra en

⁴⁰ Sobre este tema ver, especialmente, KRAUT, Alfredo J.: “Derechos tuitivos de la discapacidad y la minusvalía”, en J.A. 1997-III-778, quien analiza en forma pormenorizada los documentos internacionales y el marco regulatorio actual existente en sobre materia.-

⁴¹ DROMI, Roberto y MENEM, Eduardo: “La Constitución Reformada...”, op.cit., pág. 181.-

⁴² Art. 1º de la ley n° 22.431 (Sistema de protección integral de los discapacitados).

una situación desventajosa respecto de sus semejantes, siendo muchas veces una víctima más de la discriminación.

De ahí, entonces, que sean “plenamente exigibles conductas efectivas hacia el discapacitado, que no lo marginen, que le permitan ocupar el lugar al que tiene derecho, y que le brinden posibilidades concretas de participar en la vida en relación. El discapacitado no quiere ni necesita compasión, merece y exige respeto; no debe ser colocado en situación de pedir, sino mantenido en la de reclamar, acorde con su jerarquía de persona, los derechos básicos de que gozan todos los seres humanos”.⁴³

La Constitución de la Provincia del Chubut, en este sentido, hace una enunciación meramente ejemplificativa respecto de lo que debe abarcar tal protección.

Se menciona, en primer lugar, a la prevención. Es que, como todos sabemos, muchas veces puede evitarse la incapacidad o su agravamiento a través de distintos medios y sobre todo si tenemos en cuenta los grandes avances tecnológicos, médicos y/o científicos que se han producido en las últimas décadas.

Ahora bien: “una vez satisfecho ese primer objetivo (la prevención), el segundo aspecto se centra en la inserción del impedido en la sociedad en condiciones igualitarias, así como una participación equitativa en el mejoramiento de las condiciones de vida resultante del desarrollo social y económico”.⁴⁴

Un Estado sensibilizado ante la situación de las personas que padecen alguna disminución en sus capacidades, pues, por principios elementales de justicia y de solidaridad debe brindar oportunidades concretas de integración social y generar normas que sitúen a los gru-

⁴³ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde: “Resarcimiento de daños”, T. 2b, Ed. Hammurabi, Bs.As., pág. 183/4.-

⁴⁴ KIPER, Claudio Marcelo: “Derechos de las minorías...”, op.cit., pág. 332.-

pos humanos más desprotegidos en condiciones de convivir con el resto de la comunidad en condiciones dignas.

Asistir y tratar de lograr la rehabilitación de quienes sufren impedimentos físicos o mentales constituye otro de los aspectos de esa protección, al igual que la capacitación y educación, que por sus características peculiares debe hacerse en establecimientos comunes con los apoyos necesarios o bien en establecimientos especiales cuando el grado de discapacidad no permita lo enunciado precedentemente.

Por otra parte, y de acuerdo al texto constitucional, deben adoptarse medidas tendientes a facilitar la inserción de estas personas en la vida social y laboral, como así también promoverse políticas tendientes a la toma de conciencia de la sociedad respecto de los deberes de solidaridad evitando toda discriminación.

Al igual de lo que sucede respecto de los ancianos, se impone el deber al Estado de subrogarse, en su caso, en el ejercicio de las acciones que correspondan contra los obligados.

Finalmente, se establece la obligación de dictar en todo el ámbito de la Provincia normas que favorezcan el desplazamiento, acceso y desenvolvimiento de los discapacitados.

Esta previsión es, quizás, uno de los puntos más importantes en esta materia. Porque, como nadie lo ignora, las ciudades han sido concebidas sin reparar en los impedidos físicos, lo que hace que muchas veces “no puedan movilizarse, estudiar, trabajar y divertirse como el común de la población... Las aceras, los medios de transporte, los accesos y el interior de los edificios públicos y privados carecen de los requisitos hasta si se quiere elementales para que los minusválidos tengan la posibilidad de salir del enquistamiento al que han sido condenados por obra y gracia de la indiferencia ajena”.⁴⁵ De ahí, entonces, que sea necesaria una legislación de ese tipo. Porque la

⁴⁵ “Barreras para los discapacitados”, editorial del diario La Nación del día 22 de mayo de 1997, pág. 20.-

adecuación urbanística no sólo ayuda a neutralizar las ya citadas desventajas sino que también facilita la integración social y permite que los discapacitados puedan salir de la injusta condición de existencia pasiva a la que muchas veces son relegados.

11.- Personas con capacidades o talentos de notorio nivel. ⁴⁶

Con el título “De la excepcionalidad”, la Constitución de la Provincia del Chubut incorporó una disposición novedosa al señalar en su artículo 31 que “el Estado debe posibilitar activamente el desarrollo pleno de las personas con capacidades o talentos de notorio nivel, como así también facilitar la educación correspondiente”.

Quizás la situación imperante y un pensamiento apresurado nos harían coincidir con críticas que se le han formulado a este tipo de normas, que señalan que las mismas tienen connotaciones elitistas y que es “poco sensato” o “políticamente incorrecto” darle tratamiento a un tema como éste cuando nuestro país tiene necesidades crecientes y la miseria excluye a una parte importante de la población de una educación que debería ser para todos.⁴⁷

Sin embargo, comparto en este sentido lo expresado por HEREDIA cuando se refirió a este artículo: "la disposición está muy lejos de prohijar el retorno a concepciones sobre superioridad de etnias o grupos, pero intenta impedir que se desperdicie alguna especial sensibilidad o predisposición en cualquier campo que ella exista...por falta de una conducta imaginativa y promotora por parte de educadores y responsables de la educación y cuidado de los niños y jóvenes. El Estado debe estar alerta y disponer los medios tendientes a potenciar esas habilidades en lugar de desalentarlas, ignorarlas o simplemente no advertirlas".⁴⁸

⁴⁶ GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás: “La obligación del Estado de proteger a las personas con capacidades o talentos de notorio nivel”, en el Semanario “Páginas del Sur” de la ciudad de Esquel, Año 1, n° 14, 19 de noviembre de 2000, pág. 6.-

⁴⁷ Conf. BATTRO, Antonio M.: “La educación del talento”, en el Diario La Nación del día 25 de julio de 1999, pág. 13.-

⁴⁸ HEREDIA, José Raúl: “La Reforma en la Provincia del Chubut”, Ed. CEIPA, 1995, pág. 140.-

En rigor de verdad, la cláusula comentada esconde todo un problema de fondo e intenta de alguna manera corregir una situación deplorable que ha reinado por mucho tiempo en nuestro país: el desinterés que los poderes públicos han manifestado respecto de la educación y promoción de los talentosos y que de alguna manera no sólo provocó un masivo “éxodo de cerebros” sino también –y fundamentalmente- pérdidas inconmensurables en diversos ámbitos.⁴⁹

Es que todos sabemos que el estado nunca se preocupó – como debía hacerlo de formar y aprovechar los recursos humanos calificados que tenía nuestro país, frustrándose con ello muchas esperanzas y grandes posibilidades de cambios y de mejoras.

Como bien lo señaló un editorial del Diario LA NACION, “el talento es un término que se ha de usar con sentido en la medida. Esto supone, en principio, no prodigarlo con facilidad; ahora bien, cuando se lo descubre, genera el compromiso de ayudar a desarrollarlo, cultivarlo, aplicarlo. Lo primero implica la necesidad de establecer patrones fundados para juzgar su presencia en un sujeto, especialmente en las edades de evolución (infancia y adolescencia). Lo segundo convoca la habilidad pedagógica para promover el talento, darle ocasión y cauce para que se manifieste, madure y se torne fecundo”.⁵⁰

El párrafo transcripto destaca con total exactitud dos funciones esenciales que el Estado debe cumplir en este aspecto: detectar y estimular a las personas con capacidades extraordinarias, “facilitándoles la educación correspondiente”.

Y esa educación, como se realiza en los países del primer mundo, debe ser efectuada respetándose ciertas pautas tendientes a evitar dificultades de convivencia. Lo correcto, pues, es que se practique “dentro de la misma escuela”, en forma integrada y de un modo que combine la educación especial sin abandonar la interacción co-

⁴⁹ Ver, en este sentido, PAVON, Héctor: “Cerebros en fuga”, en el Diario Clarín del día 6 de agosto de 2000.

⁵⁰ “La educación de los talentosos”, editorial del diario La Nación del día 16 de octubre de 1996.-

mún con los demás alumnos, ya que de lo contrario se produciría una segregación inaceptable.

Pero eso sólo no alcanza: es también necesario que, con posterioridad a la etapa de formación, el Estado siga asistiendo y apoyando a los talentosos.

Debe, como lo pregona nuestra Constitución Provincial, “posibilitar activamente el desarrollo pleno” de estas personas, otorgando a tal fin becas, préstamos de honor, premios de estímulo o cualquier otra recompensa semejante, o brindarle posibilidades laborales adecuadas.

Hay, entonces, “una doble cuestión...en la educación de los talentosos: una, el compromiso de conducirlos, también con talento (responsabilidad de padres y maestros); otra, brindarles las oportunidades que se merecen cuando se cumplen los pasos de su formación (responsabilidad social)”.⁵¹

De otra manera, las pérdidas de capital humano serán irrecuperables y nuestro país –lamentablemente- continuará siendo uno de los primeros “exportadores de materia gris” para los países del primer mundo.

Recuerdo, en este sentido, que una vez el presidente de una de las compañías mineras más importantes del mundo dijo que la Argentina tenía uno de los minerales más importantes que podía existir en la faz de la Tierra: la inteligencia notable de un grupo importante de personas. Sin embargo –señalaba este funcionario- increíblemente esos talentos fueron desperdiciados y tuvieron que irse del país ante la falta de ayuda por parte del Estado.

Es hora de revertir la situación: así como otros países han formulado políticas específicas para captar a las personas con capaci-

⁵¹ Idem.

dades extraordinarias, nosotros debemos asumir una posición similar en la materia.

Tenemos que intentar terminar, de una vez y para siempre, con la “fuga o éxodo de cerebros” que ha caracterizado a nuestro país y que hoy en día no estamos en condiciones de seguir aceptando.

Las obligaciones que la Constitución Provincial le impone al Estado, en este sentido, marcan el comienzo de un camino muy importante.

12.- Indígenas.

Respecto de los indígenas, la Constitución de la Provincia del Chubut expresa: *“La Provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a su identidad. Promueve medidas adecuadas para preservar y facilitar el desarrollo y la práctica de sus lenguas, asegurando el derecho a una educación bilingüe e intercultural. Se reconoce a las comunidades indígenas existentes en la Provincia: 1.) La posesión y propiedad comunitaria sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. El Estado puede regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas es enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. 2.) La propiedad intelectual y el producido económico sobre los conocimientos teóricos y prácticos provenientes de sus tradiciones cuando son utilizados con fines de lucro. 3.) Su personería jurídica y 4.) Conforme a la ley, su participación en la gestión referida a los recursos naturales que se encuentren dentro de las tierras que ocupan y a los demás intereses que los afectan”.*

Como puede observarse, el primer derecho que se le reconoce a los indígenas es el respeto a su identidad.

“La identidad personal no se agota en la de los individuos aislados, en relación con la fisonomía existencial peculiar de cada sujeto. Debe además reconocerse la identidad de los seres humanos en cuanto integrantes de variadas comunidades... La identidad grupal trasunta una aspiración esencial del ser humano, vinculada con un sentimiento

de pertenencia y de ubicación dentro del mundo, que confiere seguridad y una base desde la cual proyectarse”.⁵²

Este derecho tiene dos connotaciones posibles y hasta podría decirse que implica una verdadera paradoja, ya que:

a.) Por un lado significa que los indígenas no deben ser discriminados por ser diferentes a los demás (derecho a la igualdad). Ello, claro está, no quiere decir que tales sujetos no puedan ser objeto de medidas de acción positiva que los beneficien. Lo que pretende señalar es que el indígena no sea segregado, excluido o relegado por su condición racial.

b.) Y, por el otro, intenta advertir que deben preservarse las diferencias existentes, o sea, que debe respetarse al indígena tal como es, en cuanto a su cultura, idioma, costumbres, idiosincrasia y convicciones religiosas (derecho a la diferencia).

El respeto a su identidad, en suma, significa reconocer la particular forma de vida que tienen estas personas. Importa, asimismo, admitir la diversidad cultural, circunstancia que origina importantes consecuencias tanto a nivel institucional como a nivel jurídico (básicamente en materia penal).

Porque como bien lo señala Nicolás BECERRA, ante este panorama “el pluriculturalismo debe ingresar como un valor a la administración de justicia”, lo que determina que “el derecho penal ...debe incorporar el presupuesto fundamental que no se sancionará la diversidad cultural; que –bajo ciertos límites- será tenido en cuenta el derecho consuetudinario, que serán respetadas las distintas valoraciones sobre las conductas que provengan de parámetros culturales diversos y “preexistentes” a la cultura oficial, y que los jueces abandonarán el paradigma del funcionario judicial sólo sometido a la ley y descomprometido con otros datos esenciales del contexto social

⁵² ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde y GONZALEZ ZAVALA, Rodolfo M.: “Identidad grupal o colectiva”, en L.L. 1998-B-1122.-

en el que se desenvuelve el caso y su propia tarea... Si la justicia penal no respeta la diversidad cultural termina siendo una justicia discriminatoria...”⁵³

Por otra parte, la Constitución provincial también le impone al Estado que promueva medidas adecuadas para preservar y facilitar el desarrollo y la práctica de las lenguas aborígenes, como así también asegurarles a los indígenas el derecho a una educación bilingüe e intercultural.

El idioma es fundamental para mantener la cultura de estos pueblos, ya que sirve no sólo como principio de identificación de sus miembros o como fuente de vinculación con el pasado, sino que también resulta necesario para la subsistencia de la propia identidad.

El fomento de la educación intercultural y bilingüe, pues, intenta evitar la pérdida de la propia lengua como así también la extinción de la rica herencia cultural que pueden brindarnos estos grupos minoritarios.

Otro derecho que se asegura es el de la posesión y propiedad comunitaria sobre las tierras ocupadas tradicionalmente. Es que, como todos sabemos, la tierra representa para los indígenas un elemento sustancial de su vida. Se ha dicho, en este sentido, que los pueblos aborígenes “han tenido siempre con su tierra una relación especial, que está unida a una misma identidad, a sus tradiciones tribales, culturales y religiosas. Cuando las poblaciones indígenas se ven privadas de

⁵³ BECERRA, Nicolás: “Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena”, Ed. Ciudad Argentina, Bs.As., 1997, págs. 18/20.- Ver, también, BINDER, Alberto M.: “Proceso penal y diversidad cultural. El caso de las comunidades indígenas”, en Revista Justicia Penal y Sociedad, Guatemala, 1993, págs. 23/31. Es que, como nos explica este erudito jurista en otros de sus trabajos, “el juez natural debe ser, también, un mecanismo que permita lo que podríamos llamar un “juzgamiento integral” del caso. Es decir, debe asegurar que el juez esté en condiciones de comprender el significado histórico, cultural y social del hecho que debe juzgar” (BINDER, Alberto: “Introducción al Derecho Procesal Penal”. Ed. Ad-Hoc, Bs.As., 1993, pág. 143.-

sus tierras pierden un elemento vital de su existencia y corren el riesgo de desaparecer como pueblos”.⁵⁴

De ahí, entonces, que se le reconozca a los integrantes de estos pueblos autóctonos y a las comunidades respectivas esos derechos.

Además, a fin de evitar abusos o engaños que puedan hacerle perder al indígena el derecho sobre sus tierras, se establece el principio de inalienabilidad de la propiedad o posesión comunal. De esta manera, se consagran ciertas limitaciones y/o restricciones muy importantes que afectan la facultad de disposición. Así, se dispone que ninguna de esas tierras es enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.

Además, y de manera similar a lo que establece la Constitución Nacional, nuestra Constitución Provincial expresa que “el Estado puede regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano”.

Cabe destacar, empero, que este tipo de cláusulas protectoras de los indígenas ha recibido ciertos reparos por parte de algunos autores.

Así, Miguel A. PADILLA ha dicho que la disposición constitucional referente a los aborígenes es: a.) Innecesaria: porque los preceptos constitucionales declarando derechos subjetivos se refieren “a todos los habitantes del territorio nacional, sin excepción alguna”. b.) Riesgosa y 3.) Inconstitucional “por contrariar a la garantía de la igualdad, piedra basal del sistema democrático”.⁵⁵

⁵⁴ Documento Papal por la Jornada Mundial por la Paz (“Para construir la paz, respeta las minorías”, en E.D. 131-995

⁵⁵ PADILLA, Miguel M.: “Un peligroso precedente”, en el Diario La Prensa del día 31 de julio de 1994, secc. 1ª, pág. 11.-

Alberto NATALE, por su parte, expresa que el trato privilegiado que se les brinda a los indígenas es “discriminatorio respecto de los demás”.⁵⁶

Enrolándose en esta misma postura, Gonzalo SEGOVIA y Juan Fernando SEGOVIA han opinado, respecto del artículo 75, inc. 17 de la Constitución Nacional, que el mismo es violatorio del artículo 16 de la Constitución Nacional al consagrar prerrogativas de sangre y de nacimiento, que hace pasar por derechos lo que son privilegios y que maquilla con el nombre de igualdad lo que es una desigualdad acabada y flagrante.⁵⁷

Estas críticas, empero, han recibido la respuesta de Germán BIDART CAMPOS, quien afirma que no estamos en presencia de una discriminación y que las mismas no vulneran el principio de igualdad ante la ley, ya que ellas en realidad contienen medidas de acción positiva que lo único que intentan es solucionar el problema que presenta una minoría de nuestro país que se encuentra en una situación de desventaja con respecto a los demás habitantes.

Además —dice este autor— aún cuando “fuera verdad que en realidad el inc. 17 (del art. 75 de la C.N.) consagra privilegios de sangre y de nacimiento, en contradicción con el viejo art. 16..., optaríamos por esta conclusión: el art. 16 contiene un principio general que la misma Constitución excepciona en la norma del inc. 17, con lo que lejos de toda inconstitucionalidad ...lo que acontecería sería, sencillamente, que dos normas del mismo nivel contienen, una —el art. 16- un principio general, y otra —el inc. 17- un principio específico de excepción”.⁵⁸

⁵⁶ NATALE, Alberto: “Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994”, Ed. Depalma, Bs.As., 1995, pág. 95.-

⁵⁷ SEGOVIA, Gonzalo y SEGOVIA, Juan Fernando: “La protección de los indígenas”, en A.A.V.V.: “Derecho constitucional de la reforma de 1994”, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, T.I, Ed. Depalma, Bs.As., 1995, pág. 317/43.-

⁵⁸ BIDART CAMPOS, Germán J.: “Los derechos de los “pueblos indígenas argentinos”, en L.L. 1996- B-1205.- Por su parte, el Dr. Gustavo MACAYO, abogado especialista en temas aborígenes, señaló en la conferencia “Pueblos indígenas y territorio” celebrada el día 10 de noviembre de 2001 en el Aula Magna de la Universidad Nacional de la Patagonia “San Juan Bosco”, Sede Esquel, que “es a partir de la preexistencia de estos pueblos que debe entenderse que los indígenas tengan prerrogativas o derechos especiales”.-

En rigor de verdad, pienso que si bien normalmente se le debe otorgar prioridad a ese principio de especialidad de la situación indígena, “ante el conflicto habrá que buscar la preservación de esos valores, pero nunca en desmedro de los derechos fundamentales de la persona ni de la unidad de la Nación Argentina, pues la integridad de cada cultura menor se apoya y sostiene en la general y común al país y en el orden jurídico que la enmarca, mantiene y ampara”.⁵⁹

Los derechos de los indígenas (como todos los derechos), pues, deben ser conciliados con las prerrogativas de las demás personas y con los principios básicos del Estado.

Por otra parte, y como consecuencia de su existencia anterior al Estado, la Constitución Provincial también les reconoce a las comunidades indígenas su personería jurídica, lo que determina que puedan adquirir derechos y contraer obligaciones.

Finalmente, también se les reconoce a estos grupos el derecho a la debida participación respecto de cualquier emprendimiento o acción que se desarrolle dentro de sus territorios, más aún si ello es susceptible de afectar o comprometer sus intereses.

Sin embargo, ese derecho queda sujeto a lo que disponga la ley reglamentaria (la cual, obviamente, deberá respetar los “contenidos esenciales” del mismo), ya que la propia Constitución Provincial efectúa una delegación en este sentido.

De esta forma, las propuestas de desarrollo que se realicen respecto de lugares ocupados por indígenas deberán ahora tener en cuenta, necesariamente, a estas comunidades y evitar, por sobre todas las cosas, la degradación del ambiente en el cual estos grupos se encuentran asentados.

⁵⁹ PUNTE, Roberto Antonio: “Los indígenas argentinos en la reforma constitucional. (Art. 75, inc. 17)”, en E.D. del 16 de febrero de 1995, pág. 12.-

El Estado, pues, además de tener que otorgarle la debida participación, también tendrá que adoptar las medidas necesarias en este aspecto para lograr que las actividades productivas causen el menor impacto posible.

Es que, como bien lo remarcó la Corte Constitucional de Colombia, “la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su derecho sostenible, y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que los ocupan”.⁶⁰

13.- Veteranos de guerra.⁶¹

Nuestra Constitución Provincial, en una posición elogiada, también le brinda un reconocimiento expreso a los combatientes de Malvinas (art. 36 de la Const. Prov.).

Con ello se trata de proteger y ayudar, de alguna manera, a aquellas personas que arriesgaron su vida en defensa de la Patria.

Tal protección, empero, queda limitada a los veteranos de guerra que habitaron o habitan la Provincia del Chubut, ya que la norma se refiere únicamente a "sus veteranos".

Ahora bien: a los efectos de una correcta hermenéutica y a fin de evitar que ciertos individuos puedan obtener beneficios indebidos derivados de esta norma⁶², se impone la obligación de establecer con precisión quiénes deben ser considerados “veteranos de guerra”.

⁶⁰ Corte Constitucional de Colombia, 3/2/1997, “Córdoba Triviño, Jaime en: Grupo Etnico Indígena U'wa c/. Ministerio del Medio Ambiente y la empresa occidental de Colombia”, L.L. 1999-B-225/30.-

⁶¹ GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás: “La protección de los veteranos de guerra en la nueva Constitución de la provincia del Chubut”, en el Diario “El Oeste” de Esquel (Chubut), del día 2 de abril de 1997, pág. 2.-

⁶² Debe señalarse, en este sentido, que a nivel nacional el tema de la corrupción en materia de pensiones de guerra ya ha sido materia de polémicas. En un artículo titulado “Botín de Guerra”, la Revista Gente destacó que “según datos oficiales, 9986 conscriptos participaron de la guerra de Malvinas. Casi 18 años después, el Ministerio de Defensa reconoce como veteranos a 22.1194 hombres, que tienen derechos a exenciones impositivas, créditos y a una probable indemnización histórica...” y que “el incremento de veteranos no parece tener fin”. Por eso, es de-

Con respecto a este punto, debe destacarse que el mismo fue también motivo de debate en el Congreso Nacional en oportunidad de sancionarse distintas leyes protectoras de los combatientes de Malvinas, pudiendo ser interpretado de distintas maneras.

Según la posición más restringida, únicamente estarían comprendidos los exsoldados conscriptos. Quedarían exceptuados, pues, los miembros pertenecientes al personal de cuadros de las fuerzas armadas o de seguridad, ya que —según los partidarios de esta postura— éstos sólo actuaron en cumplimiento del deber.

Desde otra perspectiva, algunos sostienen que esta norma sólo es aplicable a aquellos que no se hubiesen insertado perfectamente en la vida civil.

Otra posición argumenta que la definición precisa de "veteranos de guerra" se refiere exclusivamente a las personas que entraron en combate.

Según mi interpretación, la norma debe entenderse en el sentido más amplio, comprendiendo a todos los civiles (v.gr. radiooperadores, camilleros, etc.), ex-soldados conscriptos y oficiales y suboficiales de las fuerzas armadas y de seguridad que se hubiesen desempeñado en el teatro de operaciones, aunque no hubiesen entrado efectivamente en acción. Los riesgos sufridos y el deber de solidaridad para con ellos amerita esta postura.

En cuanto a las obligaciones a cargo del Estado, la norma en comentario intenta dar una solución a la especial problemática que aqueja a los veteranos de guerra.

De esta manera, se pretende en primer lugar lograr la reinsertión de los mismos en la sociedad como así también superar las secue-

cir, a fin de evitar fraudes en este tema, es necesario desentrañar correctamente el sentido del vocablo "veteranos de guerra" y, por consiguiente, quiénes deben ser considerados como tales.

las que pudieran quedarle a esas personas por su participación en el conflicto.

El legislador, pues, deberá instrumentar medidas tendientes a facilitar "el acceso a la salud, al trabajo y a una vivienda digna".

Con respecto a la salud, la obligación del Estado será la de brindar una plena, eficaz y gratuita atención médica y psicológica, como así también la de proveer sin cargo los elementos ortopédicos adecuados que sean necesarios para lograr reparar, en la medida que puedan ser reparados, los daños sufridos por aquellas personas que han soportado las más duras consecuencias en la lucha por la defensa de los intereses de la Nación.

En lo relativo al trabajo, cabe señalar que los prejuicios son tantos que muchas veces se desecha a los ex-combatientes por considerar que las secuelas de la guerra afectaron sus facultades mentales.

El Estado, pues, deberá formular políticas orientadas a borrar esos prejuicios y a beneficiar a aquellos empleadores que decidan tener en sus empresas a veteranos de guerra.

Finalmente, y en lo que hace a la vivienda, las medidas adecuadas consistirán en otorgarle prioridad en los distintos planes habitacionales que implemente el Estado.

14.- Los pobres. ⁶³

Una cuestión de justicia social determina que el Estado no pueda permanecer inmutable y no brindar ninguna solución al problema de la pobreza. Como ya lo expresáramos anteriormente, allí donde hay una desigualdad se debe intervenir enérgicamente para intentar desterrarla.

⁶³ GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás: "La era de la igualdad", en el Semanario "Páginas del Sur" de Esquel, Chubut, Año 1, n° 10, Domingo 22 al 28 de octubre de 2000, pág. 6.-

En lo que respecta a este punto, la función principal del Estado consiste – como en todos los casos- en promover a estos individuos o grupos, removiendo los obstáculos de cualquier índole que le impiden el pleno goce y ejercicio de sus derechos como así también su correcto desarrollo como personas.

Ante este escenario, los poderes públicos no tienen ni pueden que quedarse de “brazos cruzados” sino que, por el contrario, deben crear las condiciones necesarias para que todos los habitantes puedan gozar de sus derechos en un mismo pié de igualdad.

La función principal de los “detentadores del poder” y de los “operadores del sistema”, en este sentido, es la de adoptar distintas medidas de índole legislativa, administrativa, educativas o de otro carácter tendientes a dejar de lado las constricciones o impedimentos injustos –principalmente de orden económico y social- que padecen ciertas personas o grupos.

El Estado, entonces, debe promover a los analfabetos, a los explotados y a todos aquellos que se encuentren en situaciones desventajosas, lo que hace que no deba olvidarse de los pobres, a quienes SABATO -con su elocuencia inigualable- los llamó “verdaderos excluidos”, toda vez que “ya no son los de abajo sino los de afuera”.⁶⁴

Porque lo cierto es que, en la actualidad, las personas humildes sólo tienen – al decir de BIDART CAMPOS- “derechos imposibles”.

“Se les dice que tienen derecho a la salud y a la educación, pero los hospitales públicos no son suficientes o no se encuentran en condiciones dignas. Y los niños pobres tienen que trabajar para subsistir, lo que hace que no puedan instruirse”.⁶⁵

⁶⁴ SABATO, Ernesto: “Antes del fin”, Ed. Seix Barral, Bs.As., 1998, pág., 123.-

⁶⁵ BIDART CAMPOS, Germán: “La recreación del liberalismo”, Ed. Ediar, Bs.As., 1982, pág. 61.-

La Constitución, por otra parte, les asegura el acceso “a una vivienda digna”, pero los planes habitacionales imponen requisitos muy exigentes que no todos pueden cumplir.

Se afirma, también, que toda persona debe gozar del derecho a un “ambiente sano”, pero “los daños ambientales –como muchos otros- son padecidos, mayoritariamente, por la parte más miserable de la población. Son ellos los que lo padecen en mayor medida y más duramente, tal vez, como lo señala un autor, porque no tienen una “cobertura razonable”, porque están en la primera línea de fuego, viviendo en barrios industriales o en lugares que no cuentan con los servicios públicos indispensables”.⁶⁶

Y estos ejemplos pueden multiplicarse.

Ante esta situación, es indudable que debe existir una respuesta importante por parte de las autoridades. “El Estado, en este sentido, debe hacer posibles en la realidad los derechos consagrados en el texto constitucional. Debe intervenir enérgicamente para que su goce no quede excluido, o perdido, o destruido”.⁶⁷

Su obligación, en síntesis, es promover a estas personas mediante la remoción de los obstáculos respectivos, tal como lo indica, con total claridad, la letra y el espíritu del artículo 80 de la Constitución Provincial.⁶⁸

⁶⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge: “Responsabilidad por daños”, T. III, “El acto ilícito”, Ed. RubinzalCulzoni, pág. 107.-

⁶⁷ BIDART CAMPOS, Germán: “La recreación del liberalismo”, op.cit., pág. 62.-

⁶⁸ Sin perjuicio de lo expuesto, entiendo que más allá de las medidas administrativas, educativas y legislativas que puedan adoptarse en la materia, “no sólo el Estado debe intervenir enérgicamente para superar este desafío. También existe una responsabilidad de las empresas, que hoy en día se han convertido en los actores sociales más poderosos del sistema. Esa responsabilidad social va más allá de las acciones filantrópicas o de la circunstancia de pagar impuestos. Se refiere, entre otras cosas, al hecho de no explotar la mano de obra, de no destruir el ambiente, de evitar lograr beneficios a cualquier precio. Y, finalmente, queda la acción del ciudadano, quien –en grupos o aisladamente puede contribuir a la creación de un mundo mejor. La suma de esos tres factores –la participación comunitaria, el accionar del estado y la responsabilidad social de las empresas- puede hacer que todo sea de otra manera, que no existan más “individuos sufrientes” y que pueda comenzar a pensarse en una sociedad más justa y armoniosa. Esa es la materia pendiente.” (GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás: “El tiempo del desprecio (una materia pendiente)”, en el Diario El Oeste de Esquel, Chubut, del día 20 de junio de 2000, pág. 2.-

Autonomía y régimen municipal en la provincia del Chubut

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: LLPatagonia 2004 (junio), 299

Cita Online: AR/DOC/1372/2004

[Consultado el 06/02/2020]

Sumario

I. Introducción.- II. La naturaleza sociológica del municipio.- III. La autonomía municipal.- IV. La cuestión en el Derecho Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.- V. La autonomía municipal antes y después de la reforma Constitucional Nacional de 1994.- VI. La autonomía municipal en la nueva Constitución provincial de 1994.- VII. Clasificación de los núcleos poblacionales en Chubut.- VIII. Las comunas rurales.- IX. La "ley orgánica municipal" y las "cartas orgánicas municipales".- X. Condiciones impuestas por la Constitución Provincial que deben cumplir la ley orgánica municipal y las cartas orgánicas municipales.- XI. Procedimiento para el dictado de una carta orgánica municipal.- XII. La aprobación de la Carta Orgánica por parte de la Legislatura Provincial.

I.- Introducción.

La Constitución de la Provincia del Chubut, en su art. 224, "reconoce la existencia del Municipio como una comunidad sociopolítica fundada en relaciones estables de vecindad y como una entidad autónoma".

Esta cláusula, como se verá seguidamente, presenta una singular importancia en la temática que nos ocupa. Porque, más allá que sea

cierto aquello que expresaba Vélez Sarsfield en el sentido que "las definiciones son impropias de un cuerpo normativo"⁽¹⁾, ella contiene los dos grandes principios que hoy en día rigen la materia: la base sociológica del municipio (que lo conceptúa como una institución natural y necesaria), y el carácter autonómico del mismo.

II.- La naturaleza sociológica del municipio.

La determinación de la naturaleza de los municipios -como bien se explicó en la Convención Constituyente provincial de 1994 ⁽²⁾- dio origen a dos grandes lineamientos doctrinarios: el natu-rista o sociológico, y el legalista.

"El centro de la controversia reside en el esclarecimiento de si la institución municipal es previa a la legislación, y entonces el derecho positivo se limita a reconocer su existencia, o si, al contrario, el municipio es creado por la ley... Las escuelas sociológicas son todas aquellas que convienen en afirmar al municipio como entidad anterior a toda legislación positiva. A su turno, las escuelas legalistas o jurídicas consideran que es la ley la creadora de la institución municipal"⁽³⁾.

La discusión, como se ve, no es menor. Si aceptamos la primera tesis, entendemos que el municipio es una creación natural y espontánea y, por lo tanto, una entidad que la legislación no puede desconocer y que sólo se limita a reconocer. Si, en cambio, admitimos la postura legalista, consideramos que el municipio sólo puede ser una institución del Estado, subordinada a él y reglamentada por él, de tal manera que es el Estado provincial el que lo crea a través de una ley que por delegación determina a su vez las facultades respectivas.

La Constitución de la Provincia del Chubut, como vimos, sigue en este punto la doctrina mayoritaria y adhiere a la consideración sociológica.

Se ha adoptado, en este sentido, la postura correcta. Es que, en definitiva, el municipio es un requerimiento impuesto por la propia

naturaleza social del hombre. Como bien decía Alexis de Tocqueville, "es la única asociación tan identificada con la naturaleza, que allí donde hay hombres reunidos se forma espontáneamente un municipio. La sociedad municipal existe, pues, en todos los pueblos, cualquiera que sean sus costumbres y leyes"(4).

O sea que el municipio es una institución de orden natural que "nace en forma espontánea y por razones de vecindad, generada, esta última, en el espíritu gregario del hombre"(5). Su existencia, por lo tanto, es también necesaria (ya que es fundamental para satisfacer exigencias del bien común) y anterior a toda ley (razón por la cual el derecho positivo sólo se limita a reconocerlo), circunstancia que "termina por ser la más válida refutación de quienes pretenden ver en el municipio una entidad autárquica" , toda vez que "si admitimos que un ente autárquico es creado por una ley..., debemos convenir que el municipio nunca puede ser calificado de autárquico, dado que la legislación no lo crea, sino que se limita, simplemente, a reconocerlo en su existencia real anterior"(6).

Con palabras de Bauza, podemos decir entonces que "el municipio no es sólo una creación de la ley y puede ser considerado desde distintos ángulos. En primer término, el municipio es una sociedad natural; nace naturalmente de la convivencia de los hombres que crean las relaciones de vecindad, que constituyen el grado superior de las relaciones familiares. Se crea así un grupo sociológico denominado "municipio", y el legislador lo reconoce y le da personería jurídica para actuar. Entonces tenemos el municipio legal, que de esta manera viene a tener su personería a través de la ley, pero cuya existencia no nace de la ley; la ley reconoce su existencia natural. El municipio, desde este punto de vista, tiene su propia personalidad, tiene su entidad sociológica, que se transforma, por imperio de la ley, en una persona jurídica, en una persona de derecho público"(7).

III.- La autonomía municipal.

Otra discusión que también se planteó durante mucho tiempo en el campo doctrinario y jurisprudencial fue la referente a si los municipios eran unidades autárquicas o autónomas.

La primera tesis, sustentada por los cultores del Derecho Administrativo, se basaba en la idea de considerar a las municipalidades como meras delegaciones administrativas del poder provincial. Es decir que, para los partidarios de esta postura, dichos entes sólo tenían la facultad de autoadministrarse de acuerdo con normas dictadas por otra entidad (las legislaturas provinciales), que conservaba sobre ellas potestades de contralor y vigilancia [\(8\)](#).

Otros autores, en cambio, partían de una posición diametralmente opuesta y se manifestaban a favor del carácter autonómico de los municipios.

La diferencia, como se sabe, es notable, ya que la autonomía le otorga a las municipalidades un poder mucho más amplio. Ello surge de la propia etimología de la palabra (auto-nomos), que significa la posibilidad de un ente de darse sus propias reglas y de regirse por ellas, siempre que tales normas no colisionen con las establecidas por el ente soberano o superior.

Por consiguiente, para esta tendencia los municipios son independientes de cualquier otro poder y, por lo tanto, tienen la facultad de organizarse y de darse sus propias normas de gobierno y de administración dentro de ciertos límites (es decir, subordinados al orden constitucional nacional y provincial), sin posibilidad de control por parte de otra entidad (en este caso, del gobierno provincial) [\(9\)](#).

IV.- La cuestión en el Derecho Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La falta de una referencia explícita sobre este aspecto por parte de la Constitución Nacional determinó que fuese la Corte Suprema de Justicia de la Nación la encargada de determinar el carácter que tenían o debían asumir los municipios.

Los primeros pronunciamientos del máximo Tribunal, en este sentido, se inclinaron por la posición autárquica. Así, varios de sus fallos indicaron que las municipalidades no eran más que meras "delegaciones de los poderes provinciales, circunscriptas a fines y límites administrativos, que la Constitución ha previsto como entidades del régimen provincial y sujetas a su propia legislación"[\(10\)](#).

Sin embargo, en el año 1989 la Corte Suprema de Justicia cambió radicalmente su postura (dio "un giro de ciento ochenta grados", para utilizar las palabras de Germán Bidart Campos) y en el célebre caso "Rivademar" indicó que los municipios debían ser considerados como entidades autónomas.

"Mal se avienen con el concepto de autarquía -dijo en tal oportunidad el Alto Tribunal- diversos caracteres de los municipios, tales como su origen constitucional frente al meramente legal de las entidades autárquicas; la existencia de una base sociológica constituida por la población de la comuna, ausente en tales entidades; la imposibilidad de su supresión o desaparición, dado que la Constitución asegura su existencia, lo que tampoco ocurre con los entes autárquicos; el carácter de legislación local de las ordenanzas municipales frente al de resoluciones administrativas de las emanadas de las autoridades de las entidades autárquicas; el carácter de personas jurídicas de derecho público y de carácter necesario de los municipios (art. 33 del Código Civil y especialmente la distinción hecha en el texto originario de Vélez Sarsfield), frente al carácter posible o contingente de los entes autárquicos; el alcance de sus resoluciones, que comprende a todos los habitantes de su circunscripción territorial, y no sólo a las personas

vinculadas, como en las entidades autárquicas; la posibilidad de creación de entidades autárquicas en los municipios, ya que no parece posible que una entidad autárquica cree a otra entidad autárquica dependiente de ella; la elección popular de sus autoridades, inconcebible en las entidades autárquicas..."(11).

V.- La autonomía municipal antes y después de la reforma Constitucional Nacional de 1994.

La Constitución de 1853, como vimos, no consagró expresamente la autonomía municipal; sólo se limitó a imponerle a las provincias el requisito de "asegurar el régimen municipal" en las respectivas constituciones provinciales (art. 5° de la CN) (12).

La reforma de 1994 llenó esta laguna constitucional y terminó con la constante discusión que se planteaba sobre el tema. El art. 123 de la Constitución Nacional reformada dice ahora que "cada provincia dicta su propia Constitución... asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero".

Es decir que en la actualidad se les impone a las provincias el deber de contar en sus respectivas constituciones con disposiciones que aseguren y regulen la autonomía municipal en sus cuatro aspectos: institucional (posibilidad de sancionar su carta orgánica municipal), político (la elección popular de sus autoridades), económico-financiero (la libre recaudación e inversión de las rentas) y administrativo (la prestación de servicios públicos y demás funciones de ese carácter sin la dependencia de otro orden gubernamental) (13).

VI.- La autonomía municipal en la nueva Constitución provincial de 1994. (14)

Cumpliendo el mandato impuesto por la "ley fundamental nacional", la nueva Constitución Provincial (1994) establece que los municipios son unidades autónomas e "independientes de todo otro

poder en el ejercicio de sus funciones" (art. 225), regulando, a su vez, el alcance y contenido de esa autonomía.

En este sentido, realiza una clasificación en base al factor poblacional. Así, la primera categoría está constituida por los municipios que tienen en su ejido urbano más de dos mil inscriptos en el padrón municipal de electores, mientras que en la segunda categoría quedan comprendidas las instituciones municipales con núcleos menores a los dos mil electores inscriptos en el mismo padrón.

Los primeros son los denominados "municipios de carta o de convención", y gozan de una autonomía plena. Es decir, tienen este atributo en el plano institucional y, por consiguiente, pueden dictar su propia carta orgánica (art. 226) [\(15\)](#).

Los segundos, en cambio, son municipios de autonomía relativa o restringida. O sea, dicha cualidad sólo se concreta en tres de los cuatro aspectos antes explicados, a saber: 1) político; 2) económico-financiero y 3) administrativo.

No pueden, por lo tanto, dictar su propia carta orgánica y se rigen -como veremos- por una ley provincial.

Es decir que, como se señaló acertadamente en la Convención Constituyente de 1957 (palabras que siguen vigentes en la actualidad), "dentro de las municipalidades habrían dos categorías: aquellas autónomas en la máxima extensión del término y las otras, autónomas, pero que tienen cierta dependencia del Poder Legislativo. Las municipalidades absolutamente autónomas serían aquellas que tienen un determinado número de habitantes y que gozan de la prerrogativa de dictar su propia carta orgánica mediante una convención municipal reunida al efecto. Las municipalidades de menos de un determinado número de habitantes tienen plena autonomía, pero no absoluta, digamos, porque se rigen por la ley orgánica de corporaciones municipales, que es común a todas las municipalidades de la Provincia. De modo que habrían dos clases de autonomía: la autonomía absoluta,

por así decirlo, y la autonomía relativa de todas las municipalidades que se dan sus propias instituciones y se rigen por ella, pero que están constreñidas a la ley orgánica de corporaciones municipales que dicta la legislatura. Las plenamente autónomas se dan incluso su propia carta orgánica" (16).

VII.- Clasificación de los núcleos poblacionales en Chubut.

En forma similar a lo que establecía la carta fundacional de 1957, la nueva Constitución de la Provincia del Chubut de 1994 dispone que "en las ciudades, pueblos y demás núcleos urbanos de la Provincia, el gobierno y la administración de los intereses y servicios locales están a cargo de municipalidades o comisiones de fomento. Tienen municipalidades las poblaciones en cuyo ejido urbano hay más de quinientos inscriptos en el padrón municipal de electores. Tienen comisiones de fomento las poblaciones en cuyo ejido hay más de doscientos inscriptos en el mismo padrón" (art. 227 de la Const. Provincial).

Por su parte, el art. 228 introduce otro ente diferenciado: la comuna rural.

Finalmente, el art. 225 "in fine" establece que "la categoría y delimitación territorial de las municipalidades, comisiones de fomento y comunas rurales son determinadas por ley, la que requiere para su aprobación el voto de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura y tiene en cuenta especialmente la zona en que se presten total o parcialmente los servicios municipales y el inmediato crecimiento poblacional".

Es decir que, de acuerdo con las cláusulas constitucionales citadas y con lo expuesto en los puntos anteriores, puede señalarse que los grupos poblacionales existentes en la Provincia del Chubut quedan clasificados en cuatro categorías:

1.) Municipios con autonomía institucional o de carta o convención (también denominados "con autonomía plena"), que son - como vimos- aquellas poblaciones de más de dos mil personas inscriptas y que tienen, por consiguiente, la facultad de dictar su propia carta orgánica municipal (art. 226 de la Const. Provincial).

2.) Municipios sin autonomía institucional (o con "autonomía restringida"), que son los centros poblados que tienen entre quinientos (art. 227) y dos mil electores (art. 226).

3.) Comisiones de fomento, que tienen más de doscientos y menos de quinientos inscriptos en el padrón municipal de electores (arg. art. 227).

4.) Comunas rurales, que son aquellos núcleos poblacionales que cuentan con menos de doscientos habitantes inscriptos en el padrón electoral (art. 1° de la ley 5085) y que, por lo tanto, no alcanzan a formar una corporación municipal.

VIII.- Las comunas rurales.

Las comunas rurales, como vimos, son la cuarta y última categoría en que se dividen los núcleos poblacionales en Chubut.

La Constitución provincial (art. 230) delega en una ley la determinación de la competencia material, la asignación de recursos (normalmente se hace a través de la coparticipación con la provincia del impuesto inmobiliario rural) y la forma de gobierno de las comunas rurales, aunque en este caso dispone textualmente que debe asegurarse "un sistema representativo con elección directa de sus autoridades".

En la actualidad, la ley provincial que regula este tema es la 5085, la cual, entre otras cosas, expresa lo siguiente:

1.) Las comunas rurales están a cargo de una junta vecinal compuesta de cinco miembros elegidos directamente por el cuerpo

electoral de las comunas rurales y villas. Estos duran cuatro años en sus funciones y pueden ser reelectos (art. 2°).

2.) La elección puede realizarse conjuntamente con las elecciones para la renovación de las autoridades provinciales y municipales (art. 3°).

3.) La junta vecinal designa sus propias autoridades (presidente, secretario y tesorero), aunque se aclara que "la presidencia corresponderá al candidato que figure en primer lugar en la lista que hubiera obtenido la mayor cantidad de votos" (art. 4°).

IX.- La "ley orgánica municipal" y las "cartas orgánicas municipales".

Tanto los municipios con autonomía restringida como aquellos que gozando de esta cualidad en el aspecto institucional no hayan todavía dictado su carta orgánica se rigen por una ley provincial que en la Provincia del Chubut actualmente se denomina "Ley de Corporaciones Municipales" (3098).

Esta "ley orgánica municipal" (así la define la Constitución Provincial en su art. 232), como vimos, es dictada por la Legislatura provincial, y tiene por objeto, precisamente, reglamentar no sólo la organización institucional sino también "el funcionamiento, los derechos y atribuciones de los municipios".

Los municipios con autonomía plena o institucional, en cambio, pueden darse sus propias normas a través de un estatuto que se denomina "carta orgánica".

Una carta orgánica municipal, entonces, es una especie de "constitución comunal". En ella el municipio autónomo -sus habitantes- establece las bases y principios que lo habrán de regir, define la forma de gobierno, regula los órganos estatales y la integración de éstos, reconoce ciertas prerrogativas de los ciudadanos, consagra la forma de elección de las autoridades y regula otras cuestiones no menos

trascendentes como lo pueden ser, por ejemplo, la representación general o distrital, los mecanismos de participación y de control o las políticas especiales que se seguirán en determinadas materias (salud, educación, seguridad, medio ambiente, etc) (17).

Como puede observarse, las diferencias son más que importantes: la Ley Orgánica de Municipios es elaborada y sancionada por la Legislatura Provincial y sus disposiciones rigen en los municipios que, por no tener en su ejido urbano más de dos mil inscriptos en el padrón municipal de electores, no pueden dictar su propia carta orgánica municipal, o bien en aquellos que, teniendo dicha facultad, todavía no la han ejercitado, mientras que las cartas orgánicas municipales, por el contrario, son dictadas por los municipios que gozan de autonomía en el plano institucional en ejercicio de un poder constituyente de tercer grado y de acuerdo a las pautas establecidas en la Constitución Provincial (18).

Las cartas orgánicas, por lo tanto, son estatutos elaborados por los propios vecinos del municipio que sustituyen a la ley provincial de corporaciones municipales y que entran a regir en el ámbito comunal donde ellas son sancionadas (19).

X.- Condiciones impuestas por la Constitución Provincial que deben cumplir la ley orgánica municipal y las cartas orgánicas municipales.

Tanto la ley orgánica municipal que sancione la Legislatura Provincial como las cartas orgánicas municipales que dicten cada uno de los municipios habilitados para ello deben cumplir con una serie de condiciones que tienen por objeto darle unidad al sistema. Ellas son:

1.) Asegurar los principios del régimen democrático, representativo y republicano (art. 229, 1er. párrafo de la Const. Prov.).

2.) Establecer el régimen electoral que ha de regir (art. 229, 1er. párrafo de la Const. Prov.).

3.) Si se trata de una municipalidad (es decir, de un núcleo poblacional de más de quinientos inscriptos en el padrón electoral), que haya un cuerpo deliberativo y un departamento ejecutivo que se elijan por voto directo del cuerpo electoral municipal. Estos cargos deben ser renovables por períodos no superiores a cuatro años, pudiendo sus miembros ser reelectos en los casos que se determine (art. 229, 2º párrafo de la Const. Prov.).

4.) En los organismos colegiados los extranjeros no pueden exceder del tercio de la totalidad de sus miembros (art. 229, 3er. párrafo de la Const. Prov.).

5.) Debe consagrarse en ellas los derechos de iniciativa popular (para "acordar a un número de electores cuyo porcentaje se fije, la facultad de proponer ordenanzas sobre cualquier asunto de competencia municipal); de referéndum ("que se aplica para contraer empréstitos cuyos servicios sean superiores al porcentaje que se establezca de los recursos ordinarios afectados, para acordar concesiones de servicios públicos por un plazo superior a diez años y para los demás casos que se determinen), y de revocatoria (para remover a los funcionarios electivos de las municipalidades en los casos y bajo las condiciones que se establecen) (art. 232, incs. 1º, 2º y 3º de la Const. Prov.).

6.) Debe establecer el procedimiento para las reformas ulteriores (art. 231 "in fine" de la Const. Prov.).

XI.- Procedimiento para el dictado de una carta orgánica municipal.

El art. 230 de la Constitución de la Provincia del Chubut prescribe que "las cartas orgánicas municipales son sancionadas por convenciones convocadas por la autoridad ejecutiva en virtud de ordenanza sancionada al efecto".

Es decir que, de acuerdo con el texto de esta norma, tres son las etapas que necesariamente deben cumplirse a tales efectos:

1.) Sanción de una ordenanza: Como bien lo explica Marcellino, "lo primero que se da en la secuencia temporal de este proceso, es una decisión por parte de los concejales. Decisión que se materializará con la sanción de una ordenanza, que declarará la necesidad del dictado de la Carta Orgánica"[\(20\)](#).

Es decir que lo que se pretende es que sea el órgano político por excelencia (aquel en el cual está representado todo el espectro político del municipio) el encargado de establecer cuándo es el momento oportuno o se está en condiciones para que la ciudad a la que representan pueda darse un estatuto de este tipo.

Ahora bien: la Constitución de la Provincia del Chubut nada dice respecto de quién tiene la iniciativa para proponer esta ordenanza. Por lo tanto, entiendo que pueden hacerlo todos los órganos habilitados al efecto (generalmente intendente y concejos deliberantes) y aun los ciudadanos en virtud del mecanismo de iniciativa popular (conf. art. 134 y sigtes. de la Ley provincial 3098 de Corporaciones Municipales).

¿Puede ser vetada esta ordenanza por el intendente? Sobre este aspecto, la Constitución Provincial también guarda un silencio absoluto, razón por la cual algunos autores entienden que "la cuestión habrá de zanjarse según el respectivo ordenamiento (para el caso, la Ley Orgánica Municipal...)" [\(21\)](#).

Sin embargo y a semejanza de lo que ocurre en el procedimiento de reforma constitucional nacional o provincial, considero que tal acto no es una "ordenanza" común sino más bien una declaración formal que asume tal carácter y que, por tal circunstancia, no puede ser vetado por el Poder Ejecutivo [\(22\)](#).

2.) Convocatoria por parte de la autoridad ejecutiva: Luego de sancionada la ordenanza respectiva, se requiere una segunda decisión política: la convocatoria a una convención constituyente.

Este llamado debe ser realizado por el titular del órgano ejecutivo, es decir, por el intendente municipal.

Si la ordenanza respectiva fija el plazo dentro del cual debe procederse a tal convocatoria, el intendente está obligado a respetar el mismo. En caso contrario, la oportunidad de hacerse efectiva tal convocatoria queda librada a la sana discreción de la autoridad ejecutiva (aunque ésta no puede diferirlo "sine die", ya que en este supuesto se produciría una especie de "inconstitucionalidad por omisión" que autorizaría a ejercer los resortes respectivos, sin perjuicio de las sanciones que pueden derivarse de tal conducta).

En el decreto respectivo se debe establecer concretamente todo lo relativo al acto constituyente, es decir, la fecha tope para la presentación y oficialización de listas, la fecha de elección de los convencionales, el número de bancas a cubrir, el procedimiento electoral aplicable, el padrón a utilizar, etc.

3.) Convención Constituyente: El órgano especial de composición plural encargado de redactar y sancionar la Carta Orgánica de una ciudad recibe el nombre de "Convención Constituyente".

Las convenciones están integradas por un número igual al de los miembros de su cuerpo deliberativo (art. 230, 2º párrafo de la Const. Prov.). Por ende, si se trata de la primera carta orgánica municipal, ella estará compuesta por 10 ó 7 convencionales (con sus respectivos suplentes), según se trate de núcleos urbanos que cuenten con más o menos de 4000 inscriptos en el padrón electoral (Conf. art. 5º de la ley provincial 3098 de Corporaciones Municipales).

Los convencionales, según la Constitución del Chubut, son elegidos "por voto directo y sistema de representación proporcional" (art. 230, 2do. párrafo de la Const. Prov.).

Es decir que, en primer lugar, se respeta el principio de soberanía popular al establecerse que la elección se efectúe a través del sufragio. Y, a su vez, se consagra una modificación sustancial en cuanto al sistema electoral. Concretamente, la Constitución Provincial se aleja del sistema de lista incompleta (23) que se utiliza para la elección de los diputados provinciales (art. 124, 2do. párrafo de la Constitución Provincial) o de los concejales (art. 11 de la ley provincial 3098 de Corporaciones Municipales) y exige que la elección se realice por un sistema que asegure la distribución de los escaños en forma proporcional a los votos obtenidos. Con ello, sin dudas, se mejora el principio de legitimidad (24).

Son electores todos los ciudadanos y extranjeros que estén inscriptos en el padrón o registro municipal (art. 242 de la Const. Prov.) (25).

La organización y dirección del comicio, el escrutinio y juicio del comicio, así como también la proclamación de los convencionales electos, corresponde al Tribunal Electoral Municipal.

Con relación al momento en que debe realizarse la elección, comparto plenamente el criterio de que ella "no debe hacerse dentro del politizado marco de unas elecciones generales" y que "debe ser un acto cívico en donde prime la responsabilidad de los vecinos" (26). Como lo señalé en un artículo anterior: "Una carta Orgánica no es una ley u ordenanza cualquiera. Es, ni más ni menos, un estatuto que contiene el modelo de ciudad que pretenden sus habitantes. Por ello, es obvio que su dictado debe realizarse dentro del marco más transparente y representativo posible". Se trata, en definitiva, de un "acto trascendental para nuestras vidas que no puede quedar equiparado a una elección cualquiera y menos aún, sometida a mezquinos intereses políticos." (27).

En cuanto a los requisitos para ser convencional, lo único que la Constitución Provincial exige es que se trate de ciudadanos mayores de edad que sepan leer y escribir en idioma nacional; que sean vecinos del Municipio con dos años de residencia inmediata en él y que paguen impuestos o ejerzan alguna actividad lícita (conf. art. 230, 3er. párrafo y art. 242, 2do. párrafo de la Const. Prov.) [\(28\)](#).

Sin embargo, si se trata de extranjeros también se requiere que estén inscriptos en el registro especial y que tengan, por lo menos, una residencia inmediata de cinco años (art. 242, 3er. párrafo de la Const. Prov.).

Igualmente, hay que recordar que éstos no pueden exceder del tercio de la totalidad de sus miembros (art. 229 "in fine" de la Const. Prov.).

Es muy importante, asimismo, tener en cuenta que el art. 230 "in fine" de la ley fundamental provincial señala expresamente que "a todos los efectos son de aplicación las normas pertinentes previstas para la reforma de la Constitución Provincial", ya que esta disposición deja sin efecto -en caso de conflicto- cualquier otra normativa de inferior jerarquía relacionada con el tema (en especial los preceptos específicos de la Ley de Corporaciones Municipales).

En virtud de la cláusula constitucional citada, "el cargo de convencional es incompatible con los cargos de Gobernador, Vicegobernador, ministros, secretarios y subsecretarios, titulares de entes autárquicos y sociedades o empresas del Estado, personal jerárquico en actividad de la Policía Provincial, Fiscal de Estado, Contador General de la Provincia, integrantes de los tribunales de cuentas, magistrados y funcionarios del Poder Judicial, diputados y con cualquier otro cargo electivo nacional, provincial y municipal" (art. 268, 2do. párrafo de la Const. Prov.) [\(29\)](#).

Además, "los convencionales gozan de las mismas inmunidades y privilegios que los diputados, desde la fecha de su proclamación hasta su cese" (art. 268, 2do. párrafo de la Const. Prov.).

En cuanto al término del mandato de las convenciones municipales, por la misma circunstancia apuntada anteriormente es de aplicación el art. 269 de la Constitución Provincial, según el cual "la Convención se reúne dentro de los treinta días de la fecha en que el Tribunal Electoral ha proclamado a los electos y se expide dentro de los ciento veinte días de su instalación, pudiendo prorrogar sus sesiones otros ciento veinte días como máximo".

Por otra parte, dado que no existe contradicción alguna con la Constitución Provincial y como ésta guarda un silencio absoluto sobre estos temas, creo que son válidas las disposiciones de la Ley provincial de Corporaciones Municipales (Nº 3098) que establecen lo siguiente:

1.) Que la primera reunión (de carácter informal) sea presidida por el convencional de más edad.

2.) Que una vez aprobados los diplomas los convencionales electos deben prestar el juramento de práctica.

3.) Que en la primera reunión subsiguiente deben elegirse las autoridades definitivas de la Convención.

4.) Que la Convención dicte su propio reglamento, salvo que adopte el de la Legislatura de la Provincia del Chubut.

5.) Que la función de convencional sea considerada carga pública y que el desempeño del cargo sea de carácter gratuito.

6.) Que el mandato de los convencionales termina el mismo día de la promulgación de la Carta Orgánica.

Finalmente, debe señalarse que la Convención Constituyente tiene facultades implícitas para asegurar su normal y libre funcionamiento y, fundamentalmente, para poder cumplir acabadamente con sus objetivos. Esas facultades son, entre otras, la de adoptar resoluciones internas, la de fijar un plan de labor, la de determinar los días de reunión, la de nombrar su personal y la de confeccionar su propio presupuesto.

XII.- La aprobación de la Carta Orgánica por parte de la Legislatura Provincial.

La Constitución de la Provincia del Chubut establece que la Convención Constituyente debe someter la primera carta Orgánica del municipio a la aprobación o rechazo de la Legislatura Provincial (art. 231 de la Const. Prov.).

Esta imposición -que está dada con carácter de obligatoria- constituye, como bien lo señala Heredia, una "condición de vigencia" para la misma [\(30\)](#).

Debe destacarse que tal obligatoriedad sólo rige con relación a la primera Carta Orgánica municipal. Por consiguiente, no quedan sujetas a este procedimiento las posteriores reformas, aún cuando se trate de una enmienda total.

La referida condición estaba también establecida en la Constitución Provincial de 1957, y la misma tiene por finalidad posibilitar a los legisladores enmendar los errores en que pudiesen incurrir los convencionales municipales en razón de su escasa experiencia en la materia, como así también lograr la compatibilización de las Cartas Orgánicas con la legislación provincial [\(31\)](#).

"El control de la legislatura -explica Heredia-, si se hace, ceñido necesariamente, en el caso del Chubut, a la verificación de las condiciones impuestas por la Constitución según mi juicio, permite evitar un desvío innecesario y el exceso en los límites propios de un poder

constituyente de tercer grado... Preserva también la unidad, que es un valor superior en la Provincia" [\(32\)](#).

Ahora bien: teniendo en cuenta que la autonomía municipal consiste, básicamente, en la facultad de un municipio de dictar sus propias normas organizativas sin el control de otro poder: ¿No constituye esta disposición un avasallamiento a tal autonomía? ¿No hay aquí una incongruencia?

Creo que sí. Según mi opinión, la incorporación de dicha cláusula significa -lisa y llanamente- un ataque encubierto a las autonomías municipales, aun cuando se trate de justificar la misma expresando que ella constituye un mecanismo defensivo contra posibles extralimitaciones.

A mi entender, debe ser el Poder Judicial -y no la Legislatura- el encargado de decidir si una Carta Orgánica viola la Constitución Provincial o Nacional, ya que en nuestro país el control de constitucionalidad es jurisdiccional.

Estamos, pues, en presencia de una norma desafortunada que puede llegar a originar graves tensiones entre la Legislatura y el municipio en cuestión, más aún teniendo en cuenta que ellas pueden darse en mayor grado por razones políticas y no por motivos estrictamente jurídicos.

Finalmente, la disposición que estamos tratando establece que la Legislatura sólo tiene derecho a aprobar o rechazar la Carta Orgánica sometida a su contralor, careciendo de la facultad para enmendarla.

Se trata, sin dudas, de una sabia previsión (dentro de esta infortunada norma) que intenta evitar, fundamentalmente, que la Legislatura se arrogue facultades propias de la Convención municipal.

El procedimiento a seguir es el establecido por la ley provincial 3098 de Corporaciones Municipales: "Dictada la carta orgánica, se

dará curso de ella a la Legislatura, la que deberá expedirse en término no mayor de noventa (90) días desde la fecha de recepción y en caso de ser aprobada, será promulgada de inmediata. Si la Carta Orgánica fuera rechazada por la Legislatura, la misma Convención redactará las reformas del caso o correcciones pertinentes...". Una vez aprobada por aquella, debe remitirse nuevamente a la Legislatura para que se expida al respecto (art. 162).

"La carta orgánica municipal podrá ser rechazada únicamente con el voto de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura" (art. 163).

Es decir que, para que ocurra tal circunstancia, es necesaria una mayoría calificada.

(1) Ver nota al art. 495 del Código Civil.

(2) Ver intervención del Convencional Daniel García en el Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente de 1994, Plenario N° 14, 10 de octubre de 1994 (disponible en http://www.juschubut.gov.ar/normativa/constitucion/constituyente/plenario_14_2.htm).

(3) ZUCCHERINO, Ricardo M., "Teoría y práctica del Derecho Municipal", p. 6, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.

(4) TOCQUEVILLE, Alexis de, "La Democracia en América", t. I, p. 58, Ed. Alianza, Madrid, 1993.

(5) ZUCCHERINO, Ricardo M., "Teoría y práctica del Derecho municipal", ps. 11 y 12, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.

(6) Idem.

(7) BAUZA, Salvador Eduardo, "Autonomía municipal" (tesis doctoral), 1960.

(8) Ver, entre otros, BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", t. I, p. 236; "Derecho Constitucional", p. 835, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1959 y "Principios de régimen municipal", p. 33, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962; DIEZ, Manuel M., "Derecho Administra-

tivo", t. II, p. 180, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1976; MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. I, p. 382, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975; FIORINI, Bartolomé: "Derecho Administrativo", p. 209, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976 y VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, "Derecho Administrativo", t. II, p. 405, Ed. Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1950.

(9) La autonomía, en síntesis, "consiste en el derecho de la ciudad a su gobierno propio, a ejercerlo con independencia de cualquier otro poder, a elegir sus autoridades y a dictar, de conformidad con las leyes fundamentales del Estado, una Carta Orgánica que establezca su organización política administrativa y determine el límite del ejercicio de sus facultades propias debidamente garantizados por la Constitución Nacional en los aspectos políticos, administrativos y económicos" (BAUZA, Salvador Eduardo, "Autonomía municipal" (tesis doctoral), 1960). También resulta interesante la siguiente definición dada por ITURREZ, "Autonomía en sentido lato, significa la facultad de gobernarse a sí mismo, dar sus propias leyes y elegir sus gobernantes; incluye dentro de esa facultad de autogobierno la de fijar sus fuentes de recursos, recaudarlos e invertirlos sin injerencia de otro poder o esfera de gobierno. Pero autonomía no significa independencia absoluta, sino que, tanto la facultad de darse sus propias leyes, como la capacidad de actuar, debe estar subordinada a un ordenamiento superior; sus instituciones deben regirse y moverse con libertad, pero conforme a principios que están contenidos en la ley suprema" (citado por BRUGGE, Juan Fernando y MOONEY, Alfredo, "Derecho municipal argentino. Aspectos teóricos-prácticos", p. 93, Ed. García, Córdoba, 1994).

(10) Fallos: 14:282 y 523:313, entre otros. En igual sentido, el Alto Tribunal también indicó que "para la Constitución no hay sino dos entidades con poderes originarios: la Nación y las Provincias" y que "las Municipalidades no tienen sino facultades delegadas por aquellas" (Fallos: 176:355).

(11) "Rivademar, Angela D. B. Martínez Galván de c. Municipalidad de Rosario s/ recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción", en ED, 133-540, con nota de Daniel HERRENDORF ("Los municipios en la vida administrativa y política") y de BIDART CAM-

POS, Germán ("Semántica y onticidad: normas y realidad en torno de los municipios provinciales"); JA, 1989-II-616, con nota de VERGARA, Omar Alejandro ("El retorno de la Corte a la autonomía municipal) y LA LEY, 1989-C, 47, con una excelente nota de BIANCHI, Alberto ("La Corte Suprema ha extendido carta de autonomía a las municipalidades"). Ver, también, VERGARA, Omar Alejandro "Las prerrogativas de las municipalidades oponibles a las provincias", en LA LEY, 1989-C, 920 y BULIT GONI, Enrique G., "Autonomía o autarquía de los municipios (Sobre las implicancias tributarias de un reciente fallo de la Corte Suprema Nacional), en LA LEY, 1989-C, 1053. Una crítica a este fallo puede verse en MARIENHOFF, Miguel S., "La supuesta autonomía municipal", en LA LEY, 1990-B, 1012. Cabe destacar que, desde entonces, la Corte siguió manteniendo en forma invariable el criterio sustentado en el fallo "Rivademar", señalando además que "las municipalidades son organismos de gobierno de carácter esencial" y que "si tales entes se encontrasen sujetos en determinados aspectos a las decisiones de una autoridad extraña -aunque se tratara de la provincial- ésta podría llegar a impedirles desarrollar su acción específica, mediante diversas restricciones o imposiciones, capaces de desarticular las bases de su organización funcional" (conf. "Municipalidad de la Ciudad de Rosario c. Provincia de Santa Fe s/ inconstitucionalidad y cobro de australes", en ED, 144-293).

(12) Algunos autores, en cambio, sostuvieron que en tal art. residía el fundamento jurídico-político de la autonomía municipal ya que los constituyentes habían manifestado el origen natural y necesario del municipio y, por lo tanto, sólo se le podía dar ese régimen jurídico: conf. por ejemplo, HERNANDEZ, Antonio María (h.): "Derecho Municipal", vol. I, p. 141 y sigtes., Teoría General, 2ª. ed. actualizada y aumentada, Ed. Depalma, Buenos Aires.

(13) Se ha dicho, en este sentido, que "la autonomía institucional otorga a la ciudadanía la capacidad de ejercer el poder constituyente de tercer grado o poder constituyente municipal para dictar su propia carta orgánica o constitución municipal... La autonomía política es el derecho que el pueblo del municipio tiene de darse sus propias autoridades y de regirse por ellas, estableciendo su forma, composición, duración y atribuciones. Significa asimismo establecer el sistema elec-

toral que mejor se ajuste a una real democracia... Pero para que el municipio sea verdaderamente autónomo en lo político e institucional debe tener autonomía económica y financiera. La autonomía económica es la posibilidad de establecer tributos y de percibirlos por parte del municipio; la financiera es la posibilidad de aplicarlos en las básicas instituciones que el municipio tiene: el poder de policía y los servicios públicos municipales, que son la base y la columna vertebral del hacer del Estado municipal..." (conf. "La autonomía municipal en Santa Fe", editorial del diario La Nación del día 30 de marzo de 2004, p. 14).

(14) GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás, "La Autonomía Municipal", en el Diario "El Oeste" de Esquel (Chubut) del 7 de febrero de 1995, p. 2.

(15) Art. 226 de la Const. Prov.: "Cuando una municipalidad tiene en su ejido urbano más de dos mil inscriptos en el padrón municipal de electores, puede dictar su propia carta orgánica para cuya redacción goza de plena autonomía".

(16) Intervención del Convencional Diego Zamit en la 5ª Reunión del día 25 de octubre de 1957 (ver Diario de Sesiones de la Comisión Redactora de la Honorable Convención Constituyente, p. 117).

(17) Como se ve, "se trata de un trabajo de "alto vuelo", que incluye desde la estructura gubernativa, hasta la prospectiva urbanística; desde las declaraciones o enunciaciones políticas, hasta los derechos, deberes y garantías." (conf. LOBOS, Juan Carlos, "La carta orgánica de la ciudad", julio de 1993, p. 18).

(18) Conf. BRUGGE, Juan Fernando y MOONEY, Alfredo, "Derecho municipal argentino. Aspectos teóricos-prácticos", op. cit., p. 190.

(19) Aquí, entonces, reside la importancia práctica de estos instrumentos. Es que si un municipio no cuenta con una carta orgánica, el mismo queda regido por una ley provincial general que de ninguna manera contempla las situaciones específicas de cada ciudad y que puede, inclusive, no adaptarse a sus particulares necesidades. En cambio, con el dictado de una carta orgánica, son los propios vecinos (que son quienes mejor conocen las características de su ciudad y quienes mayor interés tienen en lograr su bienestar) los que establecen las "re-

glas del juego" y los que diseñan el modelo de poder más adecuado a sus necesidades.

(20) MARCELLINO, Víctor Rubén, "Cartas Orgánicas Municipales", p. 23, Córdoba, 1994.

(21) CARRANZA LATRUBESSE, Gustavo, "Carta orgánica para mi pueblo", p. 19, 1996.

(22) Hay que recordar, en este sentido, que el art. 266 "in fine" de la Constitución Provincial expresamente dispone que "La ley que declare la necesidad de la reforma no puede ser vetada".

(23) Según el cual la mayoría de las bancas le pertenecen al partido más votado y las restantes se reparten entre los partidos de la minoría.

(24) HEREDIA, José Raúl, "La reforma en la Provincia del Chubut. Prolongación del Ciclo Constituyente", p. 358, Centro de Estudio e Investigaciones Patagónico, 1995.

(25) Es preciso destacar, empero, que los extranjeros deben cumplir ciertos requisitos para poder inscribirse en el padrón o registro electoral pertinente (conf. art. 242 de la Const. Prov.).

(26) CARRANZA LATRUBESSE, Gustavo, "Carta orgánica para mi pueblo", op. cit., p. 23.

(27) GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás, "La elección de convencionales constituyentes. ¿Debe ser simultánea?", p. 2, en el Diario El Oeste de Esquel, Chubut, del día 19 de julio de 2003.

(28) Destaco, al respecto, que si bien la ley provincial 3098 de Corporaciones Municipales también tiene una disposición expresa sobre este punto (concretamente exige para ser convencional los mismos requisitos que se establecen para ser concejal -ver art. 155-), entiendo que al existir ahora (luego de la reforma constitucional provincial de 1994) una cláusula en la Constitución del Chubut que regula en forma específica este tema, aquélla ha perdido vigencia y además deviene inaplicable por ser incompatible con el texto de la ley suprema provincial.

(29) Aquí también la ley provincial 3098 de Corporaciones Municipales señala que debe tenerse presente el régimen de incompatibilidades previsto por ella. Sin embargo, nuevamente considero que, como el tema está tratado en la Constitución Provincial, debe pres-

cindirse de toda otra normativa de grado inferior y, por consiguiente, sólo basarse en lo que establece el texto constitucional.

(30) HEREDIA, José Raúl, "Autonomía municipal y cartas orgánicas. Régimen municipal en el Chubut", p. 45, Centro de Estudio e Investigaciones Patagónico, 1994. Cabe señalar que la circunstancia apuntada hace que ROSATTI hable de "autonomía condicionada" : conf. ROSATTI, Horacio, "Tratado de Derecho Municipal", t. I, p. 100, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1987.

(31) Para conocer los antecedentes y fines de este artículo, véase la exposición del convencional constituyente Diego Zamit en la Convención Constituyente de 1957, en el Diario de Sesiones de la Comisión Redactora de la Honorable Convención Constituyente, 5ta. reunión, 25 de octubre de 1957, p. 117. "Se estableció por la Legislatura -dijo este convencional- no por un paternalismo hacia las municipalidades, sino por entender que el cuerpo legislativo, autoridad en la que está representado el pueblo de la Provincia, con su mayor experiencia y jerarquía institucional, estará en condiciones de rectificar si hubiera algún error tremendo, o impedir la sanción de una carta orgánica que no respondiera a los principios de las instituciones fundamentales de la municipalidad. De ahí que esta revisión que no es para limitar las facultades municipales, sino para garantizar que la primera carta que se dicte la municipalidad que recién nace a la vida constitucional, está adecuada a los principios jurídicos, institucionales, etc. Y que concuerda con el principio de las instituciones de la Provincia".

(32) HEREDIA, José Raúl, "Autonomía municipal y cartas orgánicas...", op. cit., p. 47.

La participación ciudadana en materia ambiental

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <https://bit.ly/3fHIGNy>

Publicado en: Revista de Derecho Ambiental, julio/septiembre 2005, Lexis-Nexis, Bs.As., 2005, págs. 37/48 [Consultado el 06/02/2020]

1.- Introducción.

La participación es un principio esencial de nuestro régimen de gobierno que –por su propio valor intrínseco- debe estar presente en la mayor cantidad de ámbitos posibles. (2)

Por su intermedio, precisamente, se profundiza el valor de la democracia en cuanto al procedimiento de discusión organizada, como así también se genera un valor instrumental toda vez que se logra que el ciudadano se sienta parte del sistema, convirtiéndose en su decidido defensor al incorporar normas y decisiones que de él resulten.

La participación limitada, por el contrario, “produce la llamada ‘alienación del poder’, es decir, el hecho de considerar al gobierno como algo ajeno, muchas veces hostil, de manera tal que se diluye enormemente la relación entre las decisiones colectivas y la voluntad de los afectados. Esto dificulta la internalización, muy necesaria, de las normas y prescripciones, lo que provoca que ellas aparezcan como imposiciones y no como resultado de un proceso en el que los afectados tomaron parte”. (3)

Además, hay que destacar que la participación, como mecanismo de incidencia colectiva, no sólo sirve para mejorar el modelo democrático sino que también permite defender los derechos y hacer-

los realidad, traducir valores compartidos en políticas públicas que los reflejen y generar canales de comunicación y de expresión más allá del voto. Asimismo, constituye un medio formidable para hacer llegar nuestras propuestas a los “tomadores de decisiones”. (4)

Dicho en otras palabras: “la participación transforma al sistema democrático, le da otro dinamismo. Le concede un canal de relación permanente entre los gobernantes y los gobernados. La actuación conjunta permite que las decisiones sean más razonadas, que sean el producto de un mayor consenso, que se conozcan mejor los problemas que aquejan a una sociedad y que se busquen de manera mancomunada las posibles soluciones. La participación permite que se transparente la actuación del gobierno, evitándose de manera efectiva gran parte de los comportamientos corruptos. Asimismo, ante la aparición de conductas reprochables se facilita la asunción de responsabilidades y eventualmente la aplicación de sanciones”. (5)

2.- Evolución del concepto de participación.

Ahora bien: ¿Qué es y qué no es ‘participar’ hoy?

Durante mucho tiempo se entendió que participar era elegir a los candidatos a través del sufragio. Sin embargo, hoy en día esa interpretación ha quedado totalmente desactualizada, ya que la sociedad moderna no se conforma con la posibilidad de emitir su voto de tiempo en tiempo.

En la actualidad, la idea que impera en esta materia es que la participación no debe limitarse únicamente al voto o a que el electorado designe gobernantes sino que –por el contrario- lo que se busca es que éste intervenga igualmente en la adopción de ciertas decisiones políticas o de interés general para la comunidad. (6)

Participar, pues, “no se reduce más a emitir el voto para elegir a nuestras autoridades. (7) Significa, también, poder cooperar activamente en la adopción de las decisiones políticas”, lo que hace que “el

ciudadano deje de ser un mero espectador para convertirse en un verdadero protagonista, en alguien que debe estar atento, que debe proponer, aceptar, discutir, vigilar y controlar las medidas adoptadas por los detentadores del poder...”.(8)

Como puede observarse, se trata de una tarea que exige un actuar positivo y, por sobre todas las cosas, responsabilidad, seriedad y compromiso.

Ahora bien: si la participación requiere de los comportamientos expresados anteriormente, es obvio que ella tampoco puede quedar limitada a la crítica o a la protesta.

Aquí, entonces, tenemos un segundo aspecto que debe analizarse.

Es que, como dice Marcos AGUINIS, “la protesta es casi siempre un hecho pasivo. Expresa el malestar, el dolor o la angustia... La propuesta, en cambio, se formula desde la actividad. Es la mente adulta que examina el problema, que busca, encuentra y formula la solución más conveniente. Equivale a una actitud creativa. Refleja interdependencia y madurez”. (9)

La queja no aporta soluciones y en muchos casos –como lo ha señalado un autor con total exactitud-, “al grito violento no lo anima el deseo de demostrar sino el de someter”. (10)

Por lo tanto, la intervención directa de la ciudadanía, cuando ocurre, no debe limitarse a servir de oposición, sino que su meta principal debe ser la de bregar por la consecución de un objetivo concreto que intente mejorar el estado de cosas existentes y, con ello, beneficiar de alguna manera a la sociedad.

Finalmente, con relación a este tema, debe señalarse que la participación en la actualidad ya no sólo es vista como un derecho personal sino que también constituye un deber ciudadano.

Es que mantener el régimen democrático requiere del esfuerzo permanente y de la participación de todos.

Como también lo señalara un autor, “un país diferente no se puede construir con ciudadanos indiferentes”. (11)

No puede haber democracia sin sujetos democráticos. Y no hay sujetos democráticos distraídos frente a lo que ocurre en la realidad.

3.- El principio de participación en materia ambiental.

El principio de participación pública también llegó a las cuestiones ambientales.

Y esto es así porque, como enseña BESSA ANTUNES, “el derecho ambiental es un derecho que tiene una de sus vertientes de origen en los movimientos reivindicatorios de los ciudadanos y, como tal, es esencialmente democrático” (12)

Además, las soluciones en esta temática por lo general requieren de amplios consensos, atento la índole de los conflictos y los valores en juego.

Consecuentemente, la gestión del ambiente y de los recursos naturales también exige necesariamente de oportunidades y espacios para la participación de la comunidad en el proceso de toma de decisiones.

En este sentido, cabe recordar que la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) señaló textualmente que “el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda”. Y la Agenda 21, en su párrafo 23.2, expresa que “uno de los requisitos fundamentales para alcanzar el desarrollo sostenible es la amplia participación de la opinión pública en la adopción de decisio-

nes. Además, en el contexto más concreto del medio ambiente y el desarrollo se ha hecho evidente la necesidad de emplear nuevas formas de participación. Se trata de la necesidad de que las personas, los grupos y las organizaciones participen en procedimientos de evaluación de impacto ambiental, conozcan el mecanismo de adopción de decisiones y participen en él, sobre todo cuando exista la posibilidad de que esas decisiones afecten a las comunidades donde viven y trabajan...”.

Como puede apreciarse, la idea que rige en esta materia es que las decisiones en materia ambiental no deben ser adoptadas “en solitario” por quienes ejercen el poder, sino que también tienen que participar de ellas los sujetos o grupos que pueden verse afectados por la resolución que se tome al respecto.

El fundamento de esto no sólo reside en la necesidad de una solidaridad para la efectiva protección del entorno, sino también en tratar de lograr una mayor proximidad entre la norma como instrumento orientador de conductas y la realidad a la cual el modelo pretende aplicarse, a fin de procurar una mayor efectividad de las disposiciones.(13) Además, el conocimiento y la participación efectiva de la población respecto de un emprendimiento susceptible de afectar el medio ambiente permite –en muchos casos- evitar el acaecimiento de graves conflictos ulteriores.

4.- Los mecanismos de participación ciudadana.

En la práctica, la ansiada participación se logra a través de determinados mecanismos (denominados de “democracia semidirecta” o de “participación ciudadana”), que tienen por finalidad, precisamente, rescatar las pautas éticas de la democracia directa y devolverle al ciudadano, aunque sea parcialmente, su derecho de opinar sobre los actos de gobierno. (14)

Se trata, concretamente, de instrumentos por los cuales se le devuelve al pueblo (o, mejor dicho, éste recupera) el derecho de opi-

nar, de aprobar, de rechazar, de proponer y de decidir. O sea, de pronunciarse sobre cuestiones políticas de índole diversa.

Su función principal es la de ampliar los cauces de participación popular en el proceso de elaboración y toma de decisiones. Sin embargo, bajo ningún concepto pretenden desnaturalizar el sistema representativo plasmado en nuestra Constitución Nacional.

Las instituciones de participación ciudadana, por el contrario, son “una combinación armónica de la democracia pura con la intervención directa del pueblo, y de la democracia indirecta con la subsistencia de los poderes, órganos y titulares de la representación”. (15)

Es que la democracia participativa no sucede a la democracia representativa sino que tiende a mejorarla y perfeccionarla.(16) Por el contrario, “resultan conceptos que no se contraponen sino que se complementan. Representación y participación pueden y deben ir de la mano” (17)

5.- Iniciativa popular.

La iniciativa popular es el primer mecanismo de democracia semidirecta previsto en los diversos textos legales y constitucionales.

Puede definirse como el derecho que tienen los ciudadanos de presentar proyectos de ley ante el Poder Legislativo, sobre algún tema que a su criterio es de trascendental importancia para la comunidad (en el caso que nos ocupa, sobre algún tema en el cual esté comprometido el medio ambiente), para su posterior tratamiento por dicho cuerpo.

Se trata, pues, de una forma concreta, particularizada y reforzada del derecho a peticionar a las autoridades (18), ya que la presentación efectuada no sólo “incita” al órgano legislativo sino que también lo obliga a su examen, debate y votación.

La presentación, por lo general, “es formulada y orgánica”, es decir, debe ser efectuada bajo la forma de un proyecto de ley y con una breve exposición de motivos que ilustre al legislador.

6.- Plebiscito.

El plebiscito es el mecanismo de participación ciudadana mediante el cual se consulta al pueblo sobre un asunto de interés general o, como lo expresa la legislación española, “sobre una decisión política de especial trascendencia”.

Su finalidad principal es volver excepcionalmente a la fuente para escrutar la voluntad soberana. Es decir que, por su intermedio, se pone a consideración del electorado una cuestión pública de relevancia antes de adoptar una medida política determinada, a fin de conocer con la mayor exactitud posible el pensamiento que, sobre la misma, tiene la sociedad en su conjunto, que es en definitiva la última receptora de las acciones de quienes ejercen su representación.

De esta manera, este instrumento de carácter consultivo “mide en forma directa el apoyo o disconformidad de los ciudadanos en una determinada acción de sus representantes, pero también investiga y clarifica sobre las preferencias de la ciudadanía, para la continuidad o no de las políticas implementadas”. (19)

Las notables semejanzas que tienen los plebiscitos con los referéndums determinaron que muchos autores utilizaran indistintamente ambos términos. Sin embargo, lo cierto es que cada uno de estos institutos presentan características particulares que hacen que no puedan ser equiparados. Y es más: hasta debe señalarse que en la doctrina se han elaborado distintas teorías o criterios para tratar de diferenciar unos de otros.

Así, por ejemplo, algunos autores indican que mientras el plebiscito recae sobre un acto de naturaleza eminentemente política, el

referéndum se refiere a un pronunciamiento popular sobre un acto de naturaleza normativa, para ratificarlo o desaprobarlo. (20)

Maurice DUVERGER, por su parte, dice que “en Francia se llama plebiscito al voto sobre un hombre; referéndum, al voto sobre un problema”. (21)

Particularmente, creo que la diferencia tajante entre ambos institutos está dada por el momento en el cual se efectúa la consulta: así, mientras que en el plebiscito el gobierno consulta al pueblo sobre un tema determinado y de gran interés social antes de tomar una decisión al respecto, el referéndum es posterior a un acto de naturaleza constitucional, legislativo o administrativo, y sirve —precisamente— para ratificarlo o desaprobarlo. (22)

Los plebiscitos, como los demás mecanismos de participación ciudadana, presentan sus riesgos y beneficios.

Entre sus ventajas más evidentes deben mencionarse, entre otras, las siguientes: por su intermedio se democratizan las decisiones y se tiene un mayor conocimiento de la voluntad popular; vinculan el conflicto social con el sistema político por vías legales, permitiendo asimismo que ese conflicto tenga también respuesta a través del sistema institucional; “proveen de válvulas de escape frente al descontento popular”; posibilitan “un mejor control de los funcionarios” y permiten “que voces que no son normalmente tomadas en cuenta sean escuchadas”. (23)

Con respecto a sus inconvenientes, se ha señalado que a través de este tipo de mecanismos consultivos pueden llegar a avalarse situaciones autoritarias o posturas hegemónicas ya que el gobernante de turno siempre ha contado con grandes recursos para influir y dirigir la opinión pública (24); que “los ciudadanos comunes no están suficientemente bien informados e intelectualmente preparados para comprender los temas complejos que algunas veces se ven involucrados en estas decisiones; que sus opiniones son a menudo manipuladas

por grupos que tienen acceso a los medios y con dinero suficiente como para solventar campañas de propaganda política; que estos mecanismos pueden dañar la confianza en la clase política, viéndose afectada en forma negativa su continuidad; que estas consultas a la ciudadanía frecuentemente resultan en violaciones a los derechos de las minorías y ponen de manifiesto prejuicios profundamente enraizados”(25), que los gobiernos lo pueden utilizar como una forma de coacción hacia la sociedad y de presión a los partidos políticos de la oposición cuando éstos no están dispuestos a concederle las autorizaciones que tengan que ver con sus iniciativas para resolver cuestiones políticas, partidarias o de poder, etc.

Los plebiscitos pueden ser vinculantes o no vinculantes. Son “vinculantes” cuando los gobernantes estarán obligados a acatar la decisión que emane del pueblo. Es decir, cuando no pueden apartarse del resultado electoral. Por el contrario, son “no vinculantes” cuando no presentan tal característica y, por lo tanto, la consulta sólo vale como una “encuesta de opinión”. (26)

En materia ambiental, este instituto ha dado frutos importantes, ya que por su intermedio se ha impedido la realización de obras o mega-emprendimientos susceptibles de incidir significativamente en el entorno.

Así, por ejemplo, en virtud de la presión social, en el año 2003 las autoridades de la ciudad de Esquel (Provincia del Chubut) decidieron convocar a una consulta popular para que la ciudadanía expresara su voluntad, por el SI o por el NO, sobre la concreción del Emprendimiento Minero Cordón Esquel. (27)

Se trataba, concretamente, de un proyecto de explotación “a cielo abierto” de un depósito de oro y plata, ubicado en el Noreste de la ciudad de Esquel, provincia del Chubut, Patagonia Argentina, a la altura del km. 1520 de la Ruta Nacional n° 40, perteneciente a la empresa Minera El Desquite S.A.

En él iban a producirse aproximadamente 12 millones de toneladas de mineral a lo largo de 9 años de vida, a un ritmo de 3.000 toneladas de mineral por día. Para ello se utilizarían en promedio 180 toneladas al mes de cianuro de sodio y otras sustancias químicas como por ejemplo 12 toneladas de ácido clorhídrico, 12 toneladas de soda cáustica, 1.400 kilogramos de litargirio, etc.

Sin embargo, conforme investigaciones realizadas, el referido emprendimiento iba a originar una afectación en el ecosistema acuático, como así también un gran impacto social en el lugar y una incidencia negativa en una de las principales actividades de la zona como lo es el turismo. Además, transformaría grandes extensiones de tierra y desfiguraría el paisaje, cambiando la topografía de la zona al dejar un tajo de gran magnitud. Asimismo, afectaría la morfología del terreno y del entorno en general, lo que a su vez haría perder la atracción escénica del lugar.

La consulta se celebró en forma tranquila y sin inconvenientes, aunque hubo un gran despliegue de fuerzas policiales que incluyó la presencia de grupos especiales.

El resultado final fue contundente: 11.065 votos a favor del “NO” (81,16%) y 2.567 a favor del “SI” (18,83%), con muy pocos votos en blanco o anulados.

Inmediatamente de conocido el mismo, las autoridades públicas señalaron que respetarían la voluntad del pueblo de Esquel (es decir, cambiaron radicalmente su postura) y las empresas mineras involucradas, por su parte, decidieron hacer una “pausa” para intentar entender la decisión de la ciudadanía.

Además, el resultado del plebiscito y la notable actividad desplegada por los vecinos de Esquel en contra de este emprendimiento tuvo otras repercusiones políticas de gran trascendencia, como por ejemplo obligó a postergar en varias oportunidades y finalmente “por tiempo indefinido” la audiencia pública que iba a realizarse con rela-

ción al mismo; hizo que se sancionara una ordenanza declarando “municipio no tóxico y ambientalmente sustentable” a la ciudad de Esquel y a otras localidades aledañas; permitió que se prohibiera por este mismo medio el “uso de sustancias tóxicas y explosivos con destino a la actividad minera”; determinó que la Legislatura del Chubut prohibiera las explotaciones mineras “a cielo abierto” y el uso de cianuro en todo el territorio de la provincia con excepción de aquellos lugares que establezca el Consejo Provincial de Medio Ambiente, etc.-

Como se ve, la ciudadanía pudo, a través de este instrumento de participación, no sólo doblegar la voluntad de las autoridades (que era totalmente contraria a la de la mayoría del pueblo de Esquel) sino también, y fundamentalmente, defender su derecho a un ambiente sano y equilibrado y mantener su calidad de vida.

7.- Audiencia pública.

Toda sociedad que se precie de ser democrática –como no nos cansamos de repetirlo- debe oír a los interesados antes de tomar una decisión que pueda afectar sus derechos o intereses.

En la temática que nos ocupa, este principio por lo general se materializa mediante la incorporación de audiencias públicas en los procesos de evaluación del impacto ambiental. (28)

La audiencia pública ha sido definida como “el instituto creado para generar un ámbito adecuado para conocer la opinión simultánea y en pie de igualdad de todos los interesados con respecto al tema objeto de la convocatoria y brindar información con respecto al mismo”. (29)

Se trata, pues, de “una instancia del proceso de toma de decisiones administrativas o legislativas en la cual personas e instituciones pueden expresar su opinión sobre el tema tratado ante el responsable de definirlo. De esta manera, éste accede a distintas perspectivas sobre la cuestión a decidir a través del contacto directo con los interesados,

lo que garantiza el derecho de éstos a ser escuchados antes de una resolución que afecte sus derechos o intereses”. (30)

Es decir que, en virtud de ello, en este tipo de audiencias el tema propuesto queda sometido al debate público y a la consideración del pueblo, generándose así un espacio de discusión donde la ciudadanía (y sobre todo los posibles afectados) puede expresar su punto de vista antes de que se tome la decisión gubernamental.

Las ventajas que ofrece este novedoso mecanismo de participación son más que evidentes, ya que –por ejemplo- permite incorporar al procedimiento información que puede ser sumamente importante y elementos que enriquecerán la evaluación técnica; sirve para mejorar la calidad de las decisiones públicas (toda vez que permite lograr una mayor adecuación entre éstas y las aspiraciones de los ciudadanos); otorga a las personas un protagonismo importante; determina que el proceso sea lo más transparente posible(31); permite recoger los conocimientos que la comunidad tiene de su entorno (mejorando así la calidad de los proyectos); sirve para tomar en cuenta las características locales (circunstancia indispensable para lograr un mayor apoyo social); promueve las relaciones de cooperación, entendimiento y confianza entre proponentes, comunidades y autoridades; identifica lo más anticipadamente posible eventuales focos de controversia, favorece el ejercicio cotidiano del derecho a la opinión y a la objeción y -como si esto fuese poco-, constituye una medida fundamental para asegurar los principios democráticos y de libre autodeterminación de los pueblos”.(32)

“Dicho de otra manera, el fundamento práctico del requisito de la audiencia pública... es doble: sirve por un lado al interés público de que no se produzcan actos ilegítimos y al interés de los particulares de poder influir con sus argumentos y pruebas antes de la toma de una decisión determinada, y sirve también empíricamente a las autoridades públicas para disminuir el riesgo de posibles errores de hecho o de derecho en sus decisiones, con el consiguiente beneficio en la eficacia

de sus acciones y el consenso que ellas pueden acarrear en la comunidad”.(33)

Sin embargo, debe tenerse presente que “la audiencia pública no es un lugar de debate; no es para que la gente empiece a intercambiar, debatir y pelearse. Es un lugar de transmisión de conocimientos, criterios, puntos de vista, deseos, aspiraciones, etc.”.(34)

La audiencia pública generalmente es convocada por la autoridad competente, que también designa un representante para que presida la misma y ordene el debate.

Ahora bien: para que este instituto de participación ciudadana pueda cumplir con los objetivos que persigue, es absolutamente imprescindible que se pongan a disposición de la sociedad todos los antecedentes del tema o proyecto cuya implantación se encuentra sujeto a la autorización de la autoridad de aplicación, ya que –como todos sabemos- la desinformación, o la información parcial o equívoca, son óbice para el ejercicio de cualquier derecho.

Por ello, precisamente, las distintas legislaciones indican que los particulares pueden consultar los antecedentes con que cuenta la autoridad de aplicación, a partir de la convocatoria.

Por lo general pueden participar de dichas audiencias –asistiendo y emitiendo sus opiniones- no sólo los ciudadanos directamente afectados, sino también otros individuos que tengan o no intereses implicados en la acción proyectada, como así también los representantes de organizaciones no gubernamentales, funcionarios, asociaciones intermedias, etc.

Las ponencias y observaciones de los participantes no son sometidas a votación, pero frecuentemente se labra un acta que sirve para su evaluación final por parte de la autoridad de aplicación.

Las audiencias públicas no tienen “carácter vinculante” (jamás podrían tenerlo, porque en ellas no participa todo el pueblo), es decir, no obligan al órgano gubernamental. Sin embargo, tal circunstancia no desdibuja la importancia que tiene este instituto, ya que igualmente “contribuye a la calidad de las decisiones públicas, al posibilitar el aporte de perspectivas y conocimientos provenientes de un amplio y diverso espectro de actores de la sociedad”. (35)

Además, el hecho de que no sea vinculante no quiere decir que no exista obligación del decisor de fundamentar el apartamiento a las opiniones vertidas en el proceso. Muy por el contrario, éste deberá, en la oportunidad pertinente, pronunciarse respecto de cada una de las objeciones, críticas y sugerencias dadas por la población en dicha audiencia, bajo pena de nulidad.

Destaco, como ya lo expresara anteriormente, que se le ha negado carácter vinculante a esta instancia por las propias reglas de la democracia participativa, que exige condiciones muy puntuales cuando se intenta reemplazar la voluntad de los representantes por la de los ciudadanos (como por ejemplo la participación obligatoria, lo que no se verifica en este caso ya que la concurrencia a la audiencia pública es voluntaria y por ende en ella no está todo el pueblo).

Además, con ello también se quiere evitar tener que convalidar motivaciones ajenas a la protección ambiental, es decir, aceptar forzosamente consideraciones que representen intereses sectoriales o personales que nada tienen que ver con los perjuicios que puede causar la obra, sino más bien con intereses económicos o de competencia.(36)

8.- Final.

Los mecanismos enunciados anteriormente tienen como objetivo fundamental lograr la democratización de las decisiones y la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos. Buscan, de alguna manera, la “socialización del poder”. (37)

“Frente a otros modos de gestión, en especial en nuestros días, el de tipo burocrático o tecnoburocrático puro, el modelo participativo implica una apertura del proceso decisorio a una pluralidad de sujetos portadores de intereses diversos que actúan, que “toman parte” en el mismo o intentan influir en su resultado desde posiciones autónomas, es decir, no integradas apriorísticamente en el aparato institucional”. (38)

Este modelo, precisamente, ha tenido una aceptación notable en materia ambiental, a tal punto que el profesor FRANZA ha definido el “derecho al ambiente” como un verdadero “derecho de participación”. (39)

De lo que se trata, en definitiva, es que las personas “jueguen un rol protagónico en la democracia adulta, la de los ciudadanos, no sólo de los electores” (40).

(2) En este sentido, se ha dicho con buen criterio que “la participación como ejercicio de un derecho personal, perteneciente a todo integrante de la sociedad política, es consustancial a la democracia como régimen de gobierno, toda vez que el ideal democrático se traduce, en esencia, en la vigencia de un poder político ejercido y compartido por toda la comunidad. En consecuencia, el desarrollo de la democracia se encuentra comprometido con el mayor grado de participación política, tanto en sentido horizontal (participación del mayor número), como vertical (participación en todos los niveles de gobierno” (conf. CALDERON, Raúl Enoc: “La participación en el municipio argentino”, en VANOSSI, Jorge R. y otros: “El Municipio”, Ed. Astrea, pág. 204).-

(3) “Antecedentes parlamentarios. Ley 25.432. Consulta popular”, Agosto 2001, n° 7, Ed. La Ley, Bs.As., 2001, págs. 1890/2.-

(4) ASOCIACION JAIME DE NEVARES Y OTROS: “Manual de participación e incidencia para organizaciones de la sociedad civil”, Ed. Foro del Sector Social, Bs.As., 2004, págs. 59 y 60.-

(5) WALSH, Juan Rodrigo; DI PAOLA, María Eugenia; GONZALEZ ACOSTA, Gustavo; LOPEZ, Hernán; ROVERE, Marta Brunilda, RYAN, Daniel Eduardo y SABSAY, Daniel Alberto: “Ambiente, derecho y sustentabilidad”, Ed. La Ley, Bs.As., 2000, pág. 79.-2.-

(6) Conf. SAGUES, Néstor Pedro.: “Democracia y participación política en el pensamiento cristiano”, en E.D. 103-1015.-

(7) Es más: como dice Roberto GARGARELLA, “el sufragio sólo constituye una parte ínfima de una vida democrática...” (“Piedras de papel y silencio: la crisis política argentina leída desde su sistema institucional”, en CELS, Derechos Humanos en Argentina, Informe 2002, Bs.As., 2002, págs. 487- 498).-

(8) GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás: “Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut”, Ed. FB, Esquel (Chubut), 2002, pág. 160.-

(9) AGUINIS, Marcos: “El atroz encanto de ser argentinos”, Ed. Planeta, Bs.As., 2001, pág. 227.-

(10) HERRERO PONS, Jorge: “Manual Práctico de Gobierno Municipal”, Ediciones Jurídicas, Bs.As., 2003, pág. 11.-

(11) TINNIRELLO, Alberto José Luis, en KORN, Enrique Alejandro: “El Chubut posible”, Trelew, Chubut, 2004, pág. 13.-

(12) BESSA ANTUNES, Paulo de: “Directo Ambiental”, 6ª edicao revista, ampliada e atualizada, Lumen Juris, Río de Janeiro (Brasil), 2002, págs. 31 y 32.-

(13) Conf. VALLS, Mariana: “Derecho Ambiental. Los grandes problemas ambientales que enfrenta la Argentina a fin de siglo”, Ed. Ciudad Argentina, Bs.As., 1999, pág. 183.-

(14) Ver, al respecto, “Antecedentes parlamentarios. Ley 25.432. Consulta popular”, Agosto 2001, n° 7, Ed. La Ley, Bs.As., 2001.-

(15) ORLANDI, Héctor Rodolfo: “Formas semidirectas de democracia”, en L.L. 88-935.-

(16) “Lo característico de las ‘formas semidirectas’ –dice Mario Justo LOPEZ- es que suponen o requieren la existencia de una base

representativa a la que se le agregan o adicionan, de tal manera que modifican la naturaleza propia del 'régimen representativo'. En esencia, pues, las 'formas semidirectas' configuran en realidad un 'régimen representativo modificado' o, si se quiere, un 'régimen representativo no puro'" (LOPEZ, Mario Justo: "Manual de Derecho Político", 2ª edición, Ed. Depalma, Bs.As., 2001, pág. 469). Por su parte, CULLEN señala que "estas formas de participación no enervan nuestro sistema representativo. La representatividad no se pierde ni se diezma; no se oculta, porque el mandante, el titular del bien, el que otorga el mandato lo repone para tener una participación más directa... No podemos olvidar que el mandante, el soberano es el que lo retoma, pero lo hace sin revocar el mandato, única y exclusivamente para hacer uso de un estadio más moderno de la sociedad, cual es – justamente- el de la participación" (Convencional Cullen, en "Antecedentes parlamentarios. Ley 25.432. Consulta popular", Agosto 2001, n° 7, Ed. La Ley, Bs.As., 2001, pág. 1866). Y, en el mismo sentido, FAYT agrega que estos mecanismos "combinan la democracia directa con la idea de la democracia representativa, y sin llegar a sustituir por entero a ésta, satisfacen el requerimiento de participación directa que caracteriza a la vida política contemporánea".-

(17) WORMAN, Guillermo: "Legitimación y Carta Orgánica Municipal", en el Semanario "Páginas del Sur" de Esquel, Chubut, del domingo 24 de octubre de 2004, pág. 14.-

(18) QUIROGA LAVIE, Humberto y otros: "Derecho Constitucional Argentino", T.I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2001, págs. 200/2.-

(19) ALASINO, Augusto, en "Antecedentes parlamentarios. Ley 25.432. Consulta popular", Agosto 2001, n° 7, Ed. La Ley, Bs.As., 2001, pág. 1749.-

(20) Ver, por ejemplo, VANOSI, Jorge Reinaldo: "Teoría constitucional", T.I, Bs.As., 1974, pág. 307.-

(21) DUVERGER, Maurice: "Derecho constitucional e instituciones políticas", Barcelona, España, 1971, pág. 240.-

(22) GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás: "Plebiscito y referéndum", en el Semanario "Páginas del Sur", Año 3, n° 130, domingo 9 de febrero de 2003, pág. 14. En igual sentido ver ZUCCHERINO,

Ricardo Miguel: “Tratado de Derecho Federal, Estadual y Municipal (Argentino y comparado)”, T.I, Ed. Desalma, Bs.As., 1991, pág. 22.-

(23) NINO, Carlos Santiago: “La constitución de la democracia deliberativa”, Ed. Gedisa, Madrid (España), 1997, pág. 209.-

(24) En este sentido, se ha afirmado que “la técnica plebiscitaria, en especial, ha servido para apuntalar tiranías, pero no democracias” y que estos institutos “favorecen nada más que los intereses del gobierno, el dueño de los recursos económicos necesarios para esclarecer ante la sociedad por los medios de comunicación qué es lo que finalmente está en debate... Tengamos en cuenta que un plebiscito es siempre establecido por el gobierno para ganar; se juega todas sus herramientas a matar o morir, y generalmente no pierde...” (conf. “Antecedentes parlamentarios. Ley 25.432. Consulta popular”, Agosto 2001, n° 7, Ed. La Ley, Bs.As., 2001, págs. 1764, 1837 y 1838).-

(25) NINO, Carlos Santiago: “La constitución de la democracia deliberativa”, op.cit., págs. 206 y 207.-

(26) GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás: “El efecto vinculante o no vinculante de la consulta popular”, en el Semanario “Páginas del Sur”, Año 3, n° 133, domingo 2 de marzo de 2003, pág. 7.-

(27) Un análisis detallado de la historia y características de este proyecto como así también del proceso que vivió la ciudad de Esquel con motivo del mismo puede verse en mi libro “La protección jurídica del medio ambiente en la Provincia del Chubut”, Ed. FB, Esquel (Chubut), 2003, págs. 251/272.-

28

Se entiende como “evaluación del impacto ambiental” (E.I.A.) al análisis realizado por la autoridad de aplicación a partir del conjunto de la documentación presentada por el titular del emprendimiento (estudio de impacto ambiental), la información y estudios recabados por la misma y las ponencias presentadas en audiencia pública, que conducen al dictamen final. Se trata, como dice la doctrina, de un “instrumento de conocimiento al servicio de la decisión” (Arq. Nancy Mac Kay) o de un “procedimiento previo para la toma de decisiones” (Coenen Jorissen; Mosset Iturraspe; etc.) que debe realizarse en forma obligatoria y como condición necesaria para la obtención de la autorización administrativa correspondiente cuando se trata de un proyecto,

actividad u obra capaz de degradar el ambiente. Su finalidad no es otra que la de identificar y predecir el impacto de las acciones a desarrollar, y proponer las medidas de atenuación y/o mitigación pertinentes.-

(29) Art. 2º de la Ordenanza Municipal nº 2582 de Ushuaia, que reglamenta del artículo 248 de la Carta Orgánica Municipal de esa ciudad.-

(30) Conf. DI PAOLA, María Eugenia; GARCIA, María del Carmen y ALONSO, María Esperanza: “Participación pública y autonomía municipal, Provincia de Buenos Aires. Estrategias para la construcción de una democracia participativa y la descentralización política de la provincia de Buenos Aires”, FARN, 2001 y ASOCIACION JAIME DE NEVARES Y OTROS: “Manual de participación e incidencia para organizaciones de la sociedad civil”, Ed. Foro del Sector Social, Bs.As., 2004, págs. 59 y 60.-

(31) Esta es una de las mayores cualidades que presenta este instituto: la audiencia pública permite transparentar el lobby y las posiciones de los grupos que generalmente “trabajan desde la sombra”. También previene actos de corrupción, ya que frente al cuestionamiento de la población es muy difícil –cuando no imposible- explicar y justificar una decisión que no parece razonable, o cuyos argumentos son débiles, o que induce a pensar que existen determinados “intereses creados”.

(32) Ver, sobre este punto, “Participación ciudadana temprana en el marco del sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”, en “Economía Regional”, Suplemento Especial preparado por la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia, Año 10, Número 476, pág. 1.-

(33) GORDILLO, Agustín: “Tratado de Derecho Administrativo”, T.2, 2ª edición, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs.As., 1998, pág. X-9.-

(34) SABSAY, Daniel, en el “Primer Foro sobre Carta Orgánica” organizado por la Asociación de Trabajadores de Medios de Comunicación de Esquel, celebrado en la ciudad de Esquel los días 18 y 19 de julio de 2003.-

(35) FUNDACIÓN PATAGONIA NATURAL Y FUNDACIÓN AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES: “Audiencias públicas en los Municipios patagónicos”, 1999.-

(36) Ver, al respecto, VALLS, Claudia: “Impacto ambiental”, op.cit., pág. 42.-

(37) ARAMOUNI, Alberto: “Derecho municipal”, Ed Némesis, Bs.As., 1999, pág. 319.-

(38) SANCHEZ MORON: “La participación del ciudadano en la protección y gestión del medio ambiente”, en “Derecho y Medio Ambiente”, Ed. MOPU, Madrid (España), 1981, pág. 172.-

(39) FRANZA, Jorge A.: “El derecho humano al ambiente como derecho de participación”, en J.A., Número Especial de Derecho Ambiental (Primera Parte), n° 6173, diciembre de 1999, pág. 45.-

(40) MORELLO, Augusto M. y CAFFERATTA, Néstor A.: “Visión procesal de cuestiones ambientales”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2004, pág. 9.-

El estado como litigante (Análisis del art. 98 de la Constitución de la Provincia del Chubut)

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: La Ley Patagonia, Año 2, no. 1, febrero de 2005, págs. 755/762)

Cita Online: AR/DOC/206/2005

[Consultado el 10/02/2020]

Sumario

I. Introducción. - II. La demandabilidad del Estado en la Constitución provincial. - III. Ambito de aplicación de la norma. - IV. Innecesariedad de la "venia legislativa previa". - V. Eliminación de "privilegios" a favor del Estado. El "reclamo administrativo previo". - VI. La postura del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut con relación a la constitucionalidad del "reclamo administrativo previo". - VII. Embargo preventivo. - VIII. Ejecutoriedad de las sentencias dictadas contra el Estado. - IX. Conclusiones.

I.- Introducción.

El tema de la responsabilidad y consecuente demandabilidad del Estado debe ser analizado por etapas, ya que las reglas que rigen estas materias en la actualidad no son más que el fruto de una lenta evolución producida tanto en el campo jurisprudencial como normativo (1).

En los primeros tiempos, el principio general fue el de la irresponsabilidad e indemandabilidad del Estado. Tal posición aparecía como corolario de la idea de soberanía (2), aunque debe destacarse

que también se esgrimieron otros motivos para llegar a la misma solución (3).

A nivel nacional, cabe señalar que en el año 1900 la ley 3954 (Adla, 1889-1919, 493) -que regló las demandas contra la Nación- exigió como condición indispensable para llevar a juicio al Estado la "venia legislativa previa", es decir, una autorización especial y específica por parte del Poder Legislativo.

La ley nacional 11.634 (Adla, 1920-1940, 268), por su parte, si bien suprimió tal exigencia estableció la "reclamación administrativa previa" como requisito necesario para habilitar la instancia judicial contra un ente estatal.

En la actualidad, empero, el principio general en lo que respecta tanto a la Nación como a las provincias es el de la demandabilidad del Estado. Ello, claro está, sin perjuicio de que existan en la materia ciertas reglas y recaudos especiales.

II.- La demandabilidad del Estado en la Constitución provincial.

Siguiendo la tendencia moderna y superando todas las dudas planteadas en el pasado, la Constitución de la Provincia del Chubut de 1994 dispone en su art. 98 que "La provincia y los municipios como personas jurídicas pueden ser demandados ante la justicia ordinaria, sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes federales, sin necesidad de autorización previa y sin privilegio alguno...".

Como puede observarse, la demandabilidad de tales entes es consecuencia de la personalidad jurídica (4): el Estado es un centro de imputación normativa, o sea una persona jurídica tal como lo reputa el Cód. Civil argentino. Por ende, "está sujeto a la regulación que de ellas efectúe el derecho de fondo (arts. 42, 43, 1112 y 1113 del ordenamiento antes citado)"(5).

Cabe señalar, al respecto, que como el Estado constituye un solo y único sujeto de derecho, debe responder -y por consiguiente puede ser demandado- tanto cuando actúa como persona privada como cuando lo hace como persona de derecho público.

Descartamos, por consiguiente, la teoría de la doble personalidad del Estado, según la cual "cuando el Estado actúa como poder público soberano, no está sometido al orden jurídico y por lo tanto sus actos nunca pueden ser considerados antijurídicos ni pueden originarle responsabilidad; cuando, en cambio, el Estado actúa en el plano común, sus actos son antijurídicos si contravienen las normas preexistentes, y pueden acarrearle responsabilidad"(6).

Es que, como bien lo señala Díez, "las personas jurídicas públicas y por ello el Estado, pueden actuar en un doble campo, derecho público y derecho privado, pero su personalidad es única y sólo el ámbito en que se mueven es plurimo"(7).

El sometimiento a distintas órbitas jurídicas, pues, no significa multiplicidad de personalidades.

Por lo tanto, y en virtud de lo expuesto, la Provincia del Chubut, en su carácter de persona jurídica, puede ser demandada y ejecutada en sus bienes por las obligaciones que contraigan, de acuerdo con el art. 42 y sigtes. del Cód. Civil (8).

Esta es la posición que fija nuestra Constitución provincial.

III.- Ámbito de aplicación de la norma.

Como podemos observar, la regla establecida en el art. 98 de la Constitución provincial se aplica tanto a la Provincia del Chubut como a sus municipios.

Si bien puede pensarse que la inclusión que se hace de estos últimos puede menoscabar su autonomía, hay que recordar que la Corte

Suprema de Justicia de la Nación ha considerado legítima cierta regulación por parte de las provincias, siempre que "no se comprometa efectivamente la existencia misma del Municipio"(9).

IV.- Innecesariedad de la "venia legislativa previa".

Queda bien en claro -ya que surge expresamente del artículo en comentario- que no es necesario, para poder demandar a la provincia o a los municipios, que la Legislatura o los Concejos Deliberantes autoricen al interesado.

Este, pues, puede accionar contra tales entes sin que sea menester obtener un permiso o venia previa por parte del Poder Legislativo.

V.- Eliminación de "privilegios" a favor del Estado. El "reclamo administrativo previo".

También se consagra que la provincia y las municipalidades no gozan de privilegio alguno si son demandadas por los particulares.

Se trata de una sabia decisión que intenta borrar resabios de épocas anteriores y colocar al Estado en un mismo pie de igualdad que cualquier litigante.

Ello implica que éste no puede hacer valer a su favor prerrogativas especiales que lo coloquen en una posición superior al pretensor o que obliguen a quien demanda a realizar actos o cumplir ciertos requisitos que no le sean exigidos en otros supuestos.

El Estado, pues, debe litigar sin ventajas, como lo harían los demás sujetos de derecho.

Con respecto a este tema, se ha discutido -inclusive en los tribunales de nuestra provincia- si el "reclamo administrativo previo" que establece la ley provincial 920 -Adla, XXXII-B, 2869- de Procedimiento Administrativo como requisito anterior a la interposición de

una demanda judicial constituye o no un "privilegio" a favor del Estado y, por consiguiente, si dicha ley -en lo que se refiere a este punto- respeta la Constitución provincial.

La Cámara en lo Criminal de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut, en el caso "Rolla, Oscar Ernesto s/homicidio en grado de tentativa" se pronunció a favor de la constitucionalidad del art. 138 de la ley 920 que exige la reclamación administrativa previa como condición necesaria para demandar al Estado provincial, sosteniendo que "atento... la terminología usada por el constituyente en nuestra Carta Magna provincial no parece que la voluntad del mismo haya sido (la de extender) la liberalidad al instituto que hoy nos ocupa, es decir, a la reclamación administrativa previa estatuida por la ley 920) (10).

En sentido opuesto, la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut, en las causas "Castillo Rodríguez c. Provincia del Chubut", "Cabrera c. Provincia del Chubut", "Olivo c. Provincia del Chubut" entendió que el art. 138 de la ley 920 era inconstitucional por transgredir el art. 98 de la Constitución provincial.

"Este Cuerpo -dijo la Cámara de Apelaciones en los fallos citados anteriormente- considera que la reclamación contemplada por el art. 138 de la ley 920 se opone a las disposiciones de nuestra Constitución provincial... Es que el reclamo administrativo previo es un privilegio a favor de la Administración. Así lo ha entendido tradicionalmente la Corte Suprema y buena parte de nuestra doctrina, por lo que ésta puede ser considerada la tendencia predominante... Consecuentemente, si el art. 98 de la Constitución de nuestra provincia expresa: "La Provincia y las corporaciones Municipales como personas civiles pueden ser demandadas ante la justicia ordinaria, sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes federales, sin necesidad de autorización previa y sin privilegio alguno", se concluye que en nuestro concreto ámbito provincial -al margen de lo que corresponde concluir en otras jurisdicciones en las que no rigen textos constitucionales semejantes al del

Chubut-, el privilegio contemplado en el art. 138 se opone evidentemente a la norma constitucional transcrita, que expresamente prohíbe todo privilegio de la Administración. Como lo indicara la sentenciante a quo, en virtud del texto del art. 10 de la Constitución provincial, el art. 138 de la ley 920 resulta de imposible aplicación".

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, por su parte, si bien en la causa "Cooperativa Falucho de Vivienda Ltda. c. Municipalidad de Rada Tilly s/ordinario" expresó que "cuando se trata de acciones civiles... ha de acatarse el decreto ley 920, todo lo cual indica que más allá de que este ministro pudiese adherir a una u otra posición sobre la utilidad de la vía administrativa previa, ésta es indefectible ...por ministerio de ley (voto del doctor Martín al cual adhirieron con términos similares los demás ministros), nunca se pronunció - por no haber sido materia del recurso deducido en esa causa y porque tampoco fue aducido en otros casos- acerca de la constitucionalidad o no del reclamo administrativo previo que exige la ley de procedimiento administrativo provincial, razón por la cual dicho fallo carece de importancia respecto de la cuestión que estamos tratando.

Cabe destacar, en este sentido, que diversos han sido los fundamentos brindados para explicar la exigencia del agotamiento de la vía administrativa como paso previo para demandar al Estado.

Así, por ejemplo, se ha dicho que se trata de producir una etapa conciliatoria entre el Estado y el particular para evitar litigios (11). También se ha justificado esta medida en el interés de brindar a la Administración la oportunidad de revisar el caso y evitar el error (12), en el poder del Estado para juzgar sus propios actos (13) y en la circunstancia de permitir una mejor defensa del interés público al conocer los argumentos del particular. Y, finalmente, se ha sostenido que este requisito previo facilita la tarea tribunalicia al llevar ante los jueces una situación contenciosa ya planteada.

Sin embargo, y no obstante los argumentos expuestos, entiendo que exigirle a los particulares que efectúen en sede administrativa un

reclamo previo como condición indispensable para acceder a la vía judicial es un "privilegio" del Estado que choca con el art. 98 de la Constitución provincial.

Y es un privilegio desde el mismo momento que el mismo es renunciabile (expresa o tácitamente) por la Administración ya que no se trata de un instituto de orden público (14).

Además, tal circunstancia surge del propio significado de la palabra, que alude precisamente a toda prerrogativa que exceptúa o libera de una carga o concede una exención de la que otros no gozan.

El reclamo administrativo previo, pues, constituye un "privilegio a favor de la Administración, resabio del ya abandonado principio de inmunidad soberana del Estado"(15) que resulta incompatible con la norma constitucional ya citada y que resulta violatorio del principio de igualdad ante la ley (16).

VI.- La postura del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut con relación a la constitucionalidad del "reclamo administrativo previo".

No obstante lo expuesto en el punto anterior, en el fallo "Garnica, Norma D. c. Provincia del Chubut"(17), el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut -en un fallo que no comparto y cuyos argumentos no logran convencerme- se expidió por la constitucionalidad del reclamo administrativo previo que prevé el art. 138 de la ley 920 de Procedimiento Administrativo.

En esa oportunidad, el Máximo Tribunal provincial dijo: "... Ni en la Constitución de 1957 -art. 75- y menos aún en la de 1994 -art. 98- el significado de la expresión "privilegio", debe encontrarse en su acepción literal".

"Así considero por cuanto simplemente, la reclamación administrativa previa -en el marco de cualquier acción de las previstas por el

ordenamiento legal- es un requisito, un recaudo más, que se establece para habilitar la jurisdicción, y admitir un pronunciamiento sobre el fondo de las cuestiones debatidas -o a debatir- por las partes en un proceso...".

"La mera circunstancia de exigir un procedimiento administrativo previo a la demanda judicial, no es "per se" inconstitucional, en tanto y en cuanto no sea irrazonable y no importe una privación de la justicia... parece y resulta coherente con la finalidad de evitar el conflicto a través de medios alternativos, fáciles y prácticos para buscar una solución -de común acuerdo- a la controversia. Cerrar esta posibilidad no implica cercenar un derecho sino abrir una nueva alternativa, ampliar el "menú de oportunidades" frente a la única variable de la contienda judicial...".

"Con estos conceptos concuerdo, y estimo que no es óbice a la constitucionalidad del art. 138 del decreto ley 920, la prescripción del art. 98 de la Carta provincial, que debe analizarse e interpretarse en su justo sentido... Pues de sostenerse la expresión en su significación literal estricta, numerosas serían las inconstitucionalidades derivadas: no sólo en el inicio, sino en el desarrollo y hasta en la terminación del proceso o sus efectos: la exención de la misma tasa de justicia, de contracautelas, el otorgamiento de plazos especiales para la contestación de la demanda, para oponer excepciones, la posibilidad dada a los funcionarios de absolver posiciones y hasta testimoniar por oficio, la consecuencia de retardos en emitir la prueba de informes, las limitaciones de sus representantes procesales para allanarse, desistir, transar o conciliar, y qué no decir de las ejecuciones de sentencia, sometidas ahora a normas de emergencia o bien a la reglamentación por ley del mismo art. 98. Todo lo cual configura una "posición especial" de la Administración en el proceso ordinario, así caracterizada también por García de Enterría. Esta expresión "posición especial", es más acertada y ajustada a la verdad que "privilegio o prerrogativa"... Cuando el art. 98 hace referencia a "privilegio", lo que está impidiendo o prohibiendo, es que, en juicio ordinario, los Poderes Públicos del Estado gocen de situaciones que importen un desequilibrio real en el proceso

en detrimento de las contrapartes, en particular administrados actores o demandados. Como podría serlo una inversión de la carga probatoria, una exclusión total o parcial de control judicial, la posibilidad de adoptar medidas de acción directa sin acudir a los tribunales como desalojos o ejecuciones, embargos, inhibiciones... y por sobre todo, la desigualdad que implicaría la innecesariedad de demandar para ejercer medidas de acción directa en relaciones regidas por el derecho privado, que no fue otro el objetivo de la norma en sus inicios. Por el contrario, esta "posición especial", que deriva de distintas motivaciones, en la medida en que no excedan el marco de razonabilidad y su propia finalidad, estimo que no están comprendidas en el "privilegio" aludido por la norma. Eventualmente una mediación, conciliación o reclamación previa, que puede conducir a evitar el pleito en beneficio del particular que podría ver satisfechos sus intereses o pretensiones en menor tiempo y con menor costo, y del mismo Estado, que podría reconocerlas sin carga de gastos para los contribuyentes en beneficio del interés general (el mismo costo del servicio de justicia recae sobre el contribuyente, al margen de la tasa de justicia) no pueden -a mi juicio- estimarse llanamente prohibidas por violencia aparente con el artículo de marras..." (voto del doctor Pasutti).

"... El significado de las palabras es esencial, pero no en su simple gramaticalidad, sino en su sentido jurídico".

"... Inteligir que esta norma fundamental (art. 98) -por la palabra utilizada en orden a su acepción literal- fulmina con la inconstitucionalidad un simple requisito para acceder a la jurisdicción, es geométricamente desproporcionado al fin de justicia, atendiendo a las razones de interés general -que no se trajeron a discusión- que sustentan o justifican la imposición del recaudo..." (voto del doctor Torrejón).

"... Así, pues (la reclamación administrativa previa), no importa en puridad un "privilegio" pese a que ésa es la letra de la manda. Es un requisito más que se impone al litigante... (y) su mantenimiento se justifica por razones de interés público, y no lesiona el derecho de defensa, pues su regulación es simple y permite su desarrollo en poco

tiempo... Concuero en que la literalidad no puede ser la única regla de interpretación de ninguna norma jurídica -fundamental inclusive- ..."

"Consecuentemente insisto. La exigencia de previa reclamación no vulnera el derecho a la jurisdicción. Es un requisito más impuesto por las normas adjetivas en razón del sujeto, tiene un fin específico que atiende al interés público sin dejar de considerar el privado, así como otras ventajas sobre la que en el juicio no se ha discurrido..." (voto del doctor Royer).

VII.- Embargo preventivo.

Si bien el art. 98 de la Constitución de la Provincia del Chubut establece que la provincia y los municipios pueden ser demandados "sin privilegio alguno", en el segundo párrafo de dicho artículo se establece la primera excepción a dicho principio, por cuanto se señala que "no puede trabarse embargo preventivo sobre sus bienes o rentas".

Para negar la procedencia de esa medida cautelar en contra de la Administración Pública se han brindado diversos argumentos (18), aunque el más importante y sin duda el de mayor peso es el que sostiene que la presunción de solvencia que ampara a una provincia o a un municipio es precisamente lo que obsta a la procedencia de un embargo tendiente a asegurar el crédito del acreedor (19).

Sin perjuicio de la finalidad que puede inspirar este tipo de normas, lo primero que debe estudiarse en este sentido es si las provincias tienen competencia para excluir ciertos bienes de la acción de los acreedores. Es decir, si tal atribución queda comprendida dentro de las facultades no delegadas al Gobierno Nacional (art. 121, CN), ya que de lo contrario esta parte del artículo en comentario sería inconstitucional por atentar contra el principio de supremacía que establece los arts. 31 y 126 de la Constitución Nacional.

En rigor de verdad, "los casos de inembargabilidad son excepciones a la regla general según la cual el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores (arts. 505, 955, 961, 1196, 3474, 3797, 3922 y concs., Cód. Civil). Por consiguiente, "la facultad para determinar cuáles bienes son inembargables pertenece al Congreso de la Nación y no a las legislaturas provinciales porque es materia de fondo substancial y, consecuentemente, reservada en forma exclusiva al Poder Legislativo de acuerdo con lo previsto por el art. 67, inc. 11 (hoy 75, inc. 12) de la Carta Magna (20).

Por lo tanto, la prohibición que formula la Constitución provincial en este sentido es manifiestamente inconstitucional, ya que las relaciones existentes entre acreedor y deudor son materia delegada al Gobierno Federal y de resorte exclusivo del Cód. Civil.

Esta posición, destaco, fue la seguida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterados fallos.

Refiriéndose a este tema, el Máximo Tribunal dijo: "Cualquiera que sean las disposiciones de las leyes locales tendientes a substraer de la acción de los acreedores los bienes y recursos y rentas de las provincias o municipalidades contrariando los preceptos de la ley civil, no pueden ser válidamente invocadas, pues las relaciones entre el acreedor y deudor son de la exclusiva legislación del Congreso Nacional. El art. 149 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, según el cual en ningún caso se puede trabar ejecución o embargo sobre las rentas municipales, es violatorio del art. 67, inc. 11 (hoy 75, inc. 12) y art. 31 de la Constitución Nacional"(21).

Esta interpretación, según alguna doctrina, también sería aplicable aun en situaciones de emergencia (22).

Sin embargo, y en razón de ser personas jurídicas de carácter necesario, la Corte Suprema de Justicia excepcionalmente ha admitido la procedencia de dicha inembargabilidad cuando la misma priva a la

provincia o a los municipios de las rentas o recursos indispensables para su vida y desarrollo normal (23).

Sin embargo, en estos supuestos son las provincias y/o municipalidades las que deben acreditar fehacientemente tal circunstancia (24), correspondiendo en última instancia a los jueces determinar si la misma es aplicable o no en cada caso en concreto.

Por otra parte, cabe destacar que alguna vez también se admitió que si el embargo era trabado en un porcentaje excesivo de las rentas provinciales o municipales al punto de imposibilitar la prestación de los servicios públicos esenciales, podía tenerse en cuenta tal circunstancia al solo efecto de limitar prudencialmente la cuota del embargo. Es decir, no para negar la procedencia de la medida cautelar en su totalidad (25).

VIII.- Ejecutoriedad de las sentencias dictadas contra el Estado.

La segunda excepción al principio general según el cual el Estado puede ser demandado y ejecutado "sin privilegio alguno" está dada por el tercer párrafo del art. 98 de la Constitución provincial, que establece precisamente que la provincia y sus municipios únicamente pueden ser ejecutados en la forma ordinaria y embargadas sus rentas "si transcurrido un año desde que el fallo condenatorio quedó firme, no arbitran los recursos para efectuar el pago".

El privilegio, en este caso, está dado por un plazo de espera que se le otorga al Estado para cancelar la deuda que una sentencia judicial le ha ordenado abonar. Y el mismo es otorgado para que la Administración pueda adoptar los recaudos de orden contable o presupuestario (es decir, para permitirle asignar una partida específica en el próximo ejercicio) y evitar así ser sorprendida por un mandato judicial perentorio que la coloque en una situación difícil por carecer de una asignación presupuestaria para afrontar la suma que ordena pagar el

juez, circunstancia que podría llegar a perturbar el funcionamiento de algún servicio esencial que deba brindar el Estado (26).

Entiendo que aquí nuevamente el constituyente provincial se ha extralimitado, ya que "por latos que sean los poderes inherentes al régimen político y administrativo de la provincia, con arreglo a los arts. 5º, 104, 105 y 106 de la Constitución, éstos no llegan a autorizar la sanción de constituciones y leyes locales que entren en pugna con las nacionales (arts. 31 y 126, Constitución Nacional) (27).

Es que, como se dijo anteriormente, la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedor y deudor corresponde a la legislación nacional, y por lo tanto las provincias no pueden dictar normas incompatibles con lo establecido al respecto en los códigos de fondo.

Por lo tanto, siendo la cuestión analizada materia de reglamentación exclusiva del Cód. Civil, la limitación impuesta por el art. 98 de la Constitución Provincial es manifiestamente inconstitucional al avanzar sobre facultades delegadas al gobierno federal.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "es inconstitucional el art. 20 de la Constitución de Corrientes en cuanto dispone la exención de ejecución y embargo a favor de la provincia, por ser contraria a los principios de los arts. 31, 67, inc. 11 (hoy 75, inc. 12) y 108 (hoy 126) de la Constitución federal, ya que la calidad de personas jurídicas que invisten las provincias las somete al régimen del Cód. Civil e impide que ellas mismas se concedan privilegios al margen de la legislación general, sin que las previsiones de los arts. 104 y 106 (hoy 121 y 123) de la Constitución federal alcancen a autorizar normas locales que pugnen con la legislación de fondo dictada por el Congreso"(28).

Además, y sin perjuicio de lo expuesto, coincido con Bidart Campos en el sentido de que "no es atendible el argumento que, a favor de la "no ejecutoriedad" alega que para la procedencia y efectivi-

dad del pago condenatorio de una suma de dinero por el Estado debe existir una previsión presupuestaria; desde que se promueve un juicio contra el Estado, éste está en condiciones aptas para prever y adoptar anticipadamente las medidas de eventual pago ulterior, como asimismo para conocer cuáles son los juicios en su contra"(29).

Es que, como lo explica Heredia, "es posible contablemente hacer una provisión o una previsión, según haya o no certeza del resultado al momento de efectuarla, mientras el litigio se desarrolla o culmina"(30).

Por otra parte, creo que la subordinación que establece la norma mencionada viola también los derechos de igualdad ante la ley (al otorgarle al Estado provincial y a los municipios un beneficio que no se le otorga a los particulares), de propiedad (en tanto y en cuanto ese crédito reconocido por una sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada ha quedado incorporado al patrimonio del acreedor y por lo tanto el mismo se ve conculcado si es modificado, corregido o alterado por el propio deudor) y el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el Pacto de San José de Costa Rica -Adla, XLIV-B, 1250- con jerarquía constitucional en virtud del art. 75, inc. 22, de la Constitución provincial (toda vez que éste supone no solamente el reconocimiento del crédito sino también la posibilidad de ejecutar la sentencia dictada por el juez para lograr que se efectivice su derecho y de tal manera se haga justicia y no jurisprudencia) (31).

IX.- Conclusiones.

Un análisis de los fallos dictados por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación nos permite extraer las siguientes conclusiones respecto del tema que nos ocupa:

1. Las provincias y sus municipios en su carácter de personas jurídicas pueden ser demandadas y ejecutadas en sus bienes por las obligaciones que contraigan, de acuerdo con los arts. 42 del Cód. Civil y 98 de la Constitución provincial.

2. Las relaciones entre acreedor y deudor son de exclusiva competencia del Congreso Nacional (art. 75, inc. 12). Por ende, las provincias y sus municipios no pueden dictar normas que modifiquen, sustituyan y/o deroguen expresas disposiciones del Cód. Civil.

3. En virtud de lo expuesto, las provincias no pueden disponer para sí mismas o para las municipalidades de su jurisdicción la inembargabilidad de sus bienes y/o someter a plazo la ejecución de las sentencias dictadas en su contra.

4. Cualquiera que sean las disposiciones que contengan las leyes locales tendientes a substraer de la acción de los acreedores los bienes, recursos y rentas del Estado contrariando los derechos y garantías que acuerda la ley civil, no pueden ser válidamente invocadas por ser las mismas inconstitucionales (arg. arts. 31 y 126, CN).

5. Por lo tanto, las excepciones al principio de libre demandabilidad y ejecutabilidad al Estado provincial y a sus municipios contempladas en el segundo y tercer párrafo del art. 98 de la Constitución provincial carecen de validez y no pueden ser aplicadas por los jueces (art. 10, Constitución provincial).

6. Sin embargo, siendo las provincias y municipalidades personas de existencia necesaria, no pueden por vía de embargo ser privadas de las rentas o recursos indispensables para su vida y desarrollo normal. Por consiguiente, no hay inconstitucionalidad si el otorgamiento del embargo atenta contra su existencia y/o perjudica notablemente la debida atención de los servicios públicos.

7. Tal circunstancia, empero, debe ser debidamente acreditada por el ente estatal y cuidadosamente estudiada por los jueces.

8. En tal caso, sin embargo, sólo podría limitarse prudencialmente la cuota de embargabilidad pero de ninguna manera negarse la procedencia de la medida cautelar en su totalidad y/o detener completamente la ejecución.

(1) FIORINI Bartolomé. Empero, entendió desde un principio que la demandabilidad de la Nación, en nuestro país, estuvo resuelta "ab initio" con la sanción de la Constitución Nacional, que resolvió el problema indubitable al disponer que la justicia federal interviene cuando "la Nación sea parte". "La Constitución reconoce personalidad a la Nación, disponiendo su situación de ser juzgada excluyendo cualquier prerrogativa ilegal para el Estado argentino. Una vez que reconoce la demandabilidad del Estado como sujeto, será consecuencia lógica responsabilizarlo por los daños ocasionados por contratos y será imposible considerar que deba eximírseles de los ocasionados extracontractuales... El principio de la demandabilidad se reproduce también en todas las constituciones provinciales por mandato del art. 31 de la Constitución Nacional y que caracteriza al ordenamiento jurídico argentino". (Derecho Administrativo. 2ª ed. actualizada, Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1976. t. II, ps. 718/9).

(2) La primera teoría que intentó justificar esta idea señalaba que como Dios delegaba en el rey la soberanía, éste tenía poder sobre los súbditos pero era imposible que ocurriese lo contrario, toda vez que el rey sólo respondía ante Dios. Por consiguiente, no existía ninguna posibilidad de responsabilizarlo por sus actos.

La segunda teoría basó también la irresponsabilidad en el origen divino del poder: si Dios es el fruto del poder, no se concibe que pueda causar daño.

(3) Así, por ejemplo, en la antigüedad también se consideró que no podía haber responsabilidad del Estado -y por consiguiente éste no podía ser demandado- porque no era concebible la idea del Estado como unidad jurídico-política.

ESCOLA, por su parte, recuerda que la Corte Suprema en la causa "Sestre" (Fallos, t. I, p. 317) declaró que el Poder Ejecutivo no podía ser llevado ante los tribunales como demandado, ya que ello "daría al Poder Judicial una superioridad inconciliable" con la supremacía que establecía el art. 86, inc. 1º, de la Constitución Nacional, al Jefe de la Nación (cfr. ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado General de Procedimiento Administrativo. 2ª ed. actualizada Buenos Aires: 1981. p. 404.

(4) GIANNACCARI, Liliana Cristina. "La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos en las Constituciones provincia-

les", en PEREZ GUILHOU y otros. Derecho Público Provincial. Mendoza: Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, 1991. t. II, p. 412.

(5) Cfr. HEREDIA, José Raúl. La Reforma en la Provincia del Chubut. Centro de Estudio e Investigaciones Patagónico, 1995. p. 244.

(6) GORDILLO, Agustín A. Tratado de Derecho Administrativo. t. I, p III-13. Destaco, al respecto, que con excepción de Rafael BIELSA. (Derecho Administrativo. 5ª ed. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1955. t. I), la mayoría de la doctrina en nuestro país se ha expresado en contra de esta teoría.

(7) DIEZ, Manuel María. Manual de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ed. Plus Ultra, 1980. t. I, p. 15.

(8) CS, 15/12/1998, "Provincia del Neuquén v. Estado Nacional", en JA del 29/12/1999, N° 6152, ps. 19/21.

(9) CS, "Municipalidad de Rosario c. Provincia de Santa Fe", JA, 1991-III-56.

(10) CCrim. Esquel, auto interlocutorio N° 31/95 del 24 de mayo de 1995.

(11) GUENECHEA. Derecho Administrativo. t. II, p. 847.

(12) Cfr. MAIRAL. Control Judicial. t. I, p. 321.

(13) GRAU. Habilitación de instancia.

(14) Cfr. GORDILLO, Agustín. "El reclamo administrativo previo", en ED, 89-777. Esta circunstancia refuta claramente la postura que afirma que el reclamo administrativo ha sido instituido en beneficio de ambas partes, es decir, del Estado y de los particulares, ya que si aquél renuncia al mismo éste no tiene ninguna posibilidad de oponerse a tal renuncia.

(15) BIANCHI, Alberto B. "¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa", en LA LEY del 10 de marzo de 1995, p. 1.

(16) Sin embargo, un fallo -cuyos fundamentos no comparto- ha señalado que "razones de interés público fundamentan las limitaciones con que la nación soberana autoriza su enjuiciamiento ante sus propios tribunales por los habitantes, por lo que corresponde descartar la exigencia de una equiparación rigurosa con los particulares, lo cual no

afecta la igualdad fundamental que debe reconocerse al Estado, en carácter de litigante, conclusión que vale respecto de la pretendida violación de garantías constitucionales ante la exigencia de tramitar un juicio ordinario previa reclamación administrativa" (CNFed., sala III contencioso administrativo, 8/4/80, "Banco Avellaneda c. Gobierno Nacional").

(17) STJCh., 25/10/2000, "Garnica, Norma D. c. Provincia del Chubut y otro", en LA LEY del 19 de abril de 2002, Suplemento de Derecho Constitucional, p. 52.

(18) Sobre este tema, ver SNOPEK, Guillermo. Medidas cautelares en contra de la Administración Pública. Buenos Aires: Librería Platense Editora, 1985. Dicho autor brinda una completa síntesis de los fundamentos expuestos para negar o cuestionar la procedencia de las medidas cautelares en contra del Estado (ya sea nacional, provincial o municipal), entre los cuales enumera: 1) La omnisapientia y omnipotencia del Estado, que impide que éste se equivoque. 2) El principio de autoridad, según el cual disponer medidas cautelares contra la Administración Pública podría fomentar el "alzamiento de los particulares". 3) La presunción de legitimidad de los actos administrativos. 4) La presunción de legitimidad que ampara al Estado ("fiscus semper solvens") y 5) El interés público que persigue el Estado, que impide trabar medidas cautelares ante el riesgo de no poder aquél continuar prestando los servicios públicos esenciales.

(19) ED, 141-421, con nota de PAYA Fernando H. Presunción de solvencia en los Estados Federales.

(20) NOVELLINO, Norberto José. Embargo y desembargo y demás medidas cautelares. 3ª ed. Actualizada. Ed. Abeledo Perrot, ps. 236 y 237.

(21) Fallos: 188-382. Ver también ED, 48-402; LA LEY, 37-415; 41-417 y 105-603; JA, 48-681; 1951-II-285 y Fallos: 103-373; 119-372; 121-250 y 330; 161-112; 171-431; 172-11; 175;305 y 332; 174-322; 176-230; 182-337 y 183-229, entre muchos otros. Cfr., además, CARRILLO, P. "Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre bienes inembargables", en LA LEY, 20-87.

(22) MARAFUSCHI, Miguel Angel; MASI, Raúl Alfredo. "Las leyes provinciales y la legislación de emergencia", en LA LEY del lunes 21 de octubre de 1996, p. 1.

(23) Fallos: 198-458; 199-456 y sus citas. Ver, también, CS, 15/12/1998, "Provincia del Neuquén v. Estado Nacional", en JA del 29/12/1999, N° 6152, ps. 19/21.

(24) Cfr., entre otros, ED, 113-146 y 152-335, consid. 10.

(25) Fallos: 183-229. Resulta relevante, en este sentido, destacar lo señalado por el doctor Belluscio en su voto en el fallo publicado en ED, 141-421: "... los perjuicios que el embargo preventivo pueda ocasionar a una provincia no son fundamento suficiente para disponer su levantamiento pues, en todo caso, autorizarían a solicitar la sustitución de acuerdo con lo dispuesto por las leyes procesales".

(26) El problema que aquí se plantea, en realidad, es complejo, ya que si bien es cierto por un lado que el Estado no puede quedar en situación de falencia, por el otro también es evidente que no puede colocarse fuera del ordenamiento jurídico. Resulta interesante, sobre este aspecto, leer la opinión que dio Mariano Grondona en oportunidad de discutirse este tema a nivel nacional (GRONDONA, Mariano. "Barra-Cavallo, ¿El derecho o el bien?", en el Diario La Nación, 23 de junio de 1996, p. 9.

(27) Doctrina sustentada por la CS en Fallos: 103-373; 113,158; 119,117, entre otros.

(28) ED, 97-712, con nota de Germán BIDART CAMPOS.

(29) BIDART CAMPOS, Germán. Tratado de Derecho Constitucional. Ed. Ediar, p. 397.

(30) HEREDIA, José Raúl. La reforma en la Provincia del Chubut, cit., p. 246/7.

(31) Cfr. HUTCHINSON, Tomás, en MOSSET ITURRASPE, Jorge y otros. Daño Ambiental. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999. t. II, p. 204.

El amparo en la provincia del Chubut

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: LLPatagonia 2006, 381

Cita Online: AR/DOC/810/2006

[Consultado el 10/02/2020]

Sumario

I. Concepto. - II. Los textos constitucionales y legales que consagran la acción de amparo. - III. La excepcionalidad del amparo. - IV. Otras características del amparo. - V. La naturaleza federal del amparo. - VI. Actos u omisiones contra los cuales procede el amparo. - VII. Arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. - VIII. Objeto del amparo ambiental. - IX. Legitimación activa. - X. Legitimación pasiva. - XI. Competencia. - XII. Plazo de interposición de la acción. - XIII. Requisitos de la demanda. - XIV. Procedimiento hasta la sentencia definitiva. - XV. Recursos. - XVI. Otros aspectos procesales. - XVII. Ejercicio de otras acciones.

I.- Concepto (1)

El amparo es una acción sencilla y rápida que tiene por objeto lograr el restablecimiento del pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, en la Constitución Provincial, en los tratados o en las leyes, ante un acto u omisión de una autoridad pública o de un particular que en forma actual o inminente, los lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. (2)

Se trata, como lo señaló con total exactitud nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, de "un proceso excepcional utilizable

en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías legales aptas peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita". (3)

Cuando esta acción se entabla a fin de solicitar la adopción de medidas preventivas o reparatorias para la protección y defensa del ambiente y del equilibrio ecológico con relación a hechos producidos o previsibles que impliquen su deterioro (conf. art. 111 Constitución de la Provincia del Chubut y art. 22 de la ley provincial 4572), recibe el nombre de "amparo ambiental".

II.- Los textos constitucionales y legales que consagran la acción de amparo.

El art. 43 de la Constitución Nacional consagra en su primera parte el "amparo individual", al señalar que: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".

A renglón seguido y respecto de ciertos bienes jurídicos, también reconoce el "amparo colectivo". Lo hace de la siguiente manera: "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

Por su parte, el art. 54 de la Constitución de la Provincia del Chubut expresa que: "Siempre que en forma actual o inminente se restrinjan, alteren, amenacen o lesionen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, derechos o garantías reconocidos por la Constitución Nacional o por la presente y no exista otra vía pronta y eficaz para evitar un grave daño, la persona afectada puede pedir el amparo a los jueces en la forma sumarísima que determine la ley. La elección de esta vía no impide el ejercicio de otras acciones legales que pudieren corresponder. En su caso el juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".

Y su art. 111 instituye específicamente el "amparo ambiental", señalando expresamente: "Todo habitante puede interponer acción de amparo para obtener de la autoridad judicial la adopción de medidas preventivas o correctivas, respecto de hechos producidos o previsibles que impliquen el deterioro del medio ambiente".

Finalmente, y ya entrando en el campo de las normas infraconstitucionales, la ley provincial 4572 (que es la que reglamenta la acción de amparo en la Provincia del Chubut) repite en su art. 3° que: "Toda persona puede interponer acción de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra cualquier decisión, acto, hecho u omisión de una autoridad pública o de particulares que en forma actual o inminente restrinja, altera, amenace o lesione con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos o garantías reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, un Tratado o una ley, con la excepción de la libertad corporal en la que corresponde la interposición del Hábeas Corpus".

III.- La excepcionalidad del amparo.

Tanto la Constitución Nacional (cuando en su art. 43 dice "*siempre que no exista otro medio judicial más idóneo*") como la Constitución Provincial (cuando señala en su art. 54 que la acción es procedente cuando "*no exista otra vía pronta y eficaz para evitar un grave daño*") han ca-

racterizado al amparo como una vía "excepcional", "residual" y "heroica".

Ello es así por cuanto para su admisión se requiere que se haya causado o pueda causarse al derecho en peligro (en el caso que nos ocupa, al medio ambiente) un daño grave e irreparable que no pueda ser evitado a través de otro remedio procesal.

De esta manera, esta garantía se caracteriza como un recurso a utilizar en último término, en situaciones extremas en las que la carencia de otras vías legales aptas haga imposible la protección de un derecho en tiempo y forma, ya que "existiendo vías hábiles para la restauración de los derechos violados, el amparo no es posible". (4)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, refiriéndose a este tema, señaló que "la acción de amparo es una vía excepcional sólo empleable en ausencia de otro medio adecuado o cuando la inminencia del daño haría ilusoria su reparación". (5)

Por lo tanto, ante la aparición en el mundo jurídico de un acto que amenace, restrinja, limite o lesione algún derecho tutelado por la Constitución, los tratados o las leyes, habrá que determinar si existe alguna vía legal (ya sea un juicio, proceso, interdicto, recurso, querrela, demanda, etc.) (6) útil para enfrentar al evento dañoso. Si ese remedio existiera, el amparo —en principio— no sería procedente.

Antes de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, las vías legales idóneas para desplazar al amparo podían ser de dos tipos: administrativas (denominadas "vías previas") o "judiciales" (llamadas vías "paralelas" o "concurrentes").

Sin embargo, con posterioridad a tal reforma sólo la existencia de vías judiciales aptas pueden cerrarle el camino a la garantía que estamos tratando.

Ahora bien: la sola circunstancia de que exista en el ordenamiento jurídico una vía legal no significa que deba desecharse sin más el amparo.

El procedimiento judicial debe ser, a esos efectos, *apto* para tutelar el derecho que se dice afectado. Debe deparar adecuadamente la protección solicitada.

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que "si bien la existencia de medio legal para la tutela de los derechos que se reputan violados impide utilizar la vía excepcional del amparo, ello es a condición de que aquel medio sea adecuado en las circunstancias de la causa para dar satisfacción total a la pretensión". (7) En igual sentido se pronunció la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut: "Lo cierto es que tales vías (paralelas), para ser tenidas por válidas, han de reunir condiciones de idoneidad, suficiencia, aptitud y eficacia; de no ser ello así, el juez ha de entrar a considerar la seria posibilidad de abrir el camino al recurso excepcional del amparo, ya que un proceso de pleno conocimiento bien puede, en algunas circunstancias, tornar ilusoria la concreta tutela de derechos substanciales amenazados de lesión. Todo ello hace que sea difícil formular lineamientos generales sobre cuándo el procedimiento ordinario es idóneo para resolver una cuestión y cuándo debe ser desechado". (8)

Por lo tanto, si la remisión de la cuestión a los procesos ordinarios impide reparar las consecuencias del acto lesivo en forma oportuna y ello puede causarle al interesado un perjuicio irreparable, el amparo es procedente.

"La irreparabilidad, entonces, viene a ser condición suficiente para la procedencia de la acción de amparo, y es tanto como la inexistencia de otra vía hábil o la imposibilidad de recurrir a otra vía, o la insuficiencia de ésta. Aun cuando haya otras vías paralelas, se daría el caso de irreparabilidad no obstante si ellas no fueran suficientemente reparadoras, en la medida en que lo es el juicio de amparo". (9)

Resumiendo: no sólo la falta de un procedimiento establecido por la ley abre la posibilidad del amparo, sino también la circunstancia de que las vías legales existentes no sean aptas para repararle al derecho en peligro la protección que requiere.

No debe, en síntesis, existir una vía judicial apta para la protección del derecho lesionado. Los procedimientos ordinarios establecidos por la legislación procesal, pues, deben ser insuficientes para brindar una respuesta adecuada a la pretensión deducida.

De esta manera, la garantía que estamos tratando "queda reservada como trámite adecuado para custodiar los valores que el proceso ordinario no esté en condiciones de tutelar, o, si lo hace, no lo priorice en los términos de rapidez y expeditividad que la norma constitucional consagra". (10)

Por lo tanto, si el juicio ordinario tiene igual o similar aptitud para resolver la crisis constitucional, el amparo sería procedente, toda vez que el art. 43 de la Constitución Nacional dice que esta garantía constitucional sólo puede ser desplazada por un medio judicial *más* idóneo, con lo que quedan descartados los procesos que tengan igual o menor idoneidad. (11)

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que en virtud del texto dado por la reforma de 1994 al art. 43 de la Constitución Nacional (del cual surge, como vimos, que los procedimientos necesarios para desplazar al amparo no sólo tienen que tener aptitud suficiente sino que también deben tener *mayor* idoneidad), algunos autores — como Morello (12), Palacio (13), Rivas (14), Dromi y Menem (15)— han sostenido que, a partir de la mentada reforma, el amparo ha dejado de ser una vía "excepcional", "residual" o "subsidiaria" para convertirse en una alternativa "directa" y "principal".

Tal reforma —afirman los citados doctrinarios— ha marcado la crisis de la idea del amparo como "último recurso", ya que esta garantía "ha pegado un brinco espectacular en su singular órbita, para

hoy ser sin duda el primero de los mecanismos tuteladores de los derechos y garantías fundamentales". (16)

Según esta posición, el amparo siempre sustituye a los procedimientos ordinarios, porque "para la tutela de los derechos constitucionales fundamentales no hay nada más idóneo, en principio, que el amparo"(17), en virtud de la celeridad que caracteriza a este tipo de proceso.

De esta manera, para esta corriente el uso del amparo únicamente no estaría habilitado en los siguientes supuestos: (18)

- a) "Si el derecho constitucional no se presenta como líquido, cierto, pleno, no controvertible, es decir que tenga que ser previamente reconocido como tal".
- b) "Si la agresión o amenaza proviene de conductas u omisiones que no son *manifiestamente* arbitrarias o ilegítimas".
- c) "Si el objeto de lo que es reclamado es complejo y la situación litigiosa demanda un esclarecimiento y la práctica de prueba que desorbita los límites de la vía acelerada del amparo. Que requiera de un conocimiento y debate mayor que los que son propios de este instituto". (19)

De no darse estas circunstancias, pues, el amparo sería procedente como vía directa para proteger el derecho lesionado o amenazado.

Otros autores como Barra (20), Quiroga Lavié (21), Natale (22) y Badeni (23), en cambio, mantienen el criterio de que el amparo continua siendo un procedimiento subsidiario o de excepción.

Sin embargo, quien a mi entender mejor desarrolla el tema y brinda la conclusión acertada (a la cual me adhiero sin restricciones) es el doctor Sagüés, que también se enrola en esta segunda postura.

Según este calificado constitucionalista, "los procesos ordinarios son generalmente más idóneos que el amparo para custodiar un derecho constitucional vulnerado, desde el momento que en ellos se estudia cualquier tipo de lesión (independientemente de su carácter manifiestamente o no manifiestamente arbitrario o ilegítimo), y con un aparato probatorio más amplio que el del amparo (en éste hay restricciones derivadas de su tipo comprimido, como por ejemplo en cuanto al número de testigos y restricciones en la absolución de posiciones)".

"En resumen: el art. 43 de la Constitución debe entenderse así: ante un hecho lesivo proveniente del Estado o de particulares, el afectado debe, en principio, recurrir al proceso "más idóneo", que habitualmente será el ordinario. Sin embargo, por excepción (vgr. en función del factor tiempo, de la inexistencia de medidas cautelares en el procedimiento común o de su producción improbable, etc.), el amparo puede presentarse como el proceso "más idóneo" (o "tan idóneo") que el regular, en cuyo caso sí será admisible. Pero ello tendrá que ser alegado y demostrado prima facie por el promotor del amparo, ya que es un hecho notorio que los trámites ordinarios son más generosos, en plazos, radio de conocimiento y material probatorio, que la acción de amparo". (24)

Además, y como también lo recuerda este autor en otro de sus trabajos, la voluntad del constituyente fue la de mantener el carácter excepcional del amparo.

"Hubo dos propuestas distintas. Una, de la minoría, muy bien fundada por el convencional Barcesat, sostuvo que "nosotros no consideramos a la acción de amparo como una vía residual, sino como una vía regia para la tutela de los derechos humanos. El mismo convencional insistió: "esta acción de tutela... no es residual", y en eso estriba —dijo— una diferencia con el informe de mayoría".

"El despacho mayoritario, sostenido por el convencional Díaz y triunfante a la postre, explicó precisamente que 'considera a la acción de amparo como una vía excepcional... residual o heroica"', y

reiteró la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto que "el remedio singular del amparo está reservado sólo a las delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías legales, peligra la salvaguardia de los derechos fundamentales requiriendo para su apertura, circunstancias de muy definida excepción". (25)

Es que, en rigor de verdad, "de plasmarse la generalización y ordinarización que se alienta respecto del amparo, el propósito inspirador —vale decir, la protección sumaria, rápida y útil (eficaz), es decir, expedita—, terminaría a la manera de un boomerang, por denigrar el instituto en lugar de privilegiarlo. Porque, en efecto, si todo derecho constitucionalmente protegido y presuntamente vulnerado pudiera encontrar tutela en el amparo, vendría a ocurrir que, por la acumulación indiscriminada de causas, éste perdería rápidamente las características que la Constitución Nacional le asigna: 'vía expedita y rápida'. Y, entonces, ahí sí, acontecerá que aquellas pretensiones que exigen urgente tutela jurisdiccional quedarían inmersas, en pié de igualdad, con aquellas otra que, aún legítimas, pueden soportar airosas alguna demora para su satisfacción". (26)

IV.- Otras características del amparo.

Otras características básicas del instituto que estamos estudiando son las siguientes:

1) Rapidez: la pretensión de amparo debe canalizarse a través de una vía "rápida". Así lo determina la primera parte del art. 43 de la Constitución Nacional.

La Constitución de la Provincia del Chubut, por su parte, indica en su art. 54 que "... la persona afectada puede pedir el amparo a los jueces en la forma *sumarísima* que determina la ley".

Esta exigencia de celeridad que contemplan ambas Constituciones tiene su razón de ser en la propia finalidad del instituto: si lo

que se intenta lograr es proteger un derecho (en este caso, el de vivir en un ambiente sano) que los procedimientos ordinarios no pueden tutelar por la lentitud que caracteriza a los mismos, es obvio que la tramitación del amparo debe realizarse con la mayor rapidez posible. No debe olvidarse, en este sentido, que es precisamente esa tardanza la que abre el camino a esta garantía.

Es así, entonces, como "se impone un tratamiento especial en que la demora naturalmente vinculada con el juicio, se haga sentir lo menos posible en detrimento del particular y se establezcan medios que posibiliten el restablecimiento inmediato del derecho afectado". (27)

En virtud de ello, toda reglamentación que se haga del amparo debe necesariamente tener en cuenta esta particular característica de rapidez.

Y, en este aspecto, debemos señalar que la normativa vigente cumple con este principio, ya que:

a) Se le otorga a todos los jueces de primera instancia con jurisdicción territorial la potestad de conocer y juzgar una demanda de amparo (a fin de evitar cuestiones de competencia que podrían dilatar el trámite del mismo) (art. 4° ley 4572).

b) No procede la recusación sin causa (art. 15 ley 4572).

c) Los plazos procesales, amén de ser improrrogables y "perentorios" (art. 14 ley 4572), son también más breves que los establecidos en los procesos ordinarios.

d) La persona o autoridad demandada debe contestar el traslado de la demanda en el plazo que fije el juez, que nunca puede exceder el término de cinco días (art. 8° ley 4572).

e) No es admisible la reconvencción.

f) Se establece que la prueba debe ser ofrecida en el mismo escrito de demanda (art. 6° ley 4572).

g) Se abrevia también el plazo para la producción de la prueba.

h) Por aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial, se limita la cantidad de testigos que puede proponer cada parte, y se dispone que el pliego de interrogatorios debe acompañarse con el escrito de demanda (art. 6° ley 4572).

i) Se autoriza al juez a dictar de inmediato una orden de no innovar o cualquier otra medida cautelar (art. 7° "in fine" ley 4572), pudiendo notificar la misma por el medio más expeditivo y rápido a la autoridad o a quien dispuso la ejecución del acto impugnado.

j) El juez debe dictar sentencia en un plazo muy inferior al que establece el Código Procesal Civil y Comercial para los procesos ordinarios, sumarios o sumarísimos (conf. art. 10 ley 4572).

k) Las vías recursivas son limitadas.

l) La apelación, si el amparo procede, es concedida al sólo efecto devolutivo (art. 11 ley 4572).

m) No se admiten cuestiones prejudiciales y toda excepción previa debe resolverse en la resolución definitiva.

Sin embargo, y como lo expresáramos anteriormente, la celeridad también resulta condición obligatoria para los magistrados. Por eso entendemos que los jueces deben otorgarle prioridad a las acciones de amparo (es decir, tramitarlas con "preferente despacho", ya que la índole de la cuestión debatida hace que sea necesario desplazar o posponer a las demás causas), como así también habilitar los días y horas inhábiles para cumplir las medidas urgentes y reducir los plazos a fin de lograr una decisión lo más rápida posible.

b) *Expeditividad*: El amparo también es calificado por la Constitución Nacional como una acción "expedita". Esto significa que debe obrar sin condicionamientos de ningún tipo, circunstancia que tiene una trascendencia muy importante en esta materia ya que impide que pueda exigirse como recaudo formal previo a su interposición el agotamiento de la vía administrativa. (28)

V.- La naturaleza federal del amparo.

La Constitución Nacional, al incorporar expresamente el amparo —a partir de la reforma de 1994— en su art. 43, ha *federalizado* esta garantía, por cuanto esta acción procesal "se encuentra jurídicamente colocada en la misma condición que el capítulo dogmático de la Constitución histórica". (29)

De esta manera, surge la obligación de las Provincias de respetar los postulados de dicho artículo, de atenerse a ellos y de darle efectividad.

La legislación existente o que se dicte en el futuro en los estados provinciales, pues, debe subordinarse y adaptarse al "piso mínimo" que fija la Constitución Nacional.

Es así, entonces, como las provincias no pueden "imponer reglamentaciones locales o normativas propias que limiten o condicionen de cualquier manera que sea, la vigencia efectiva e inmediata de las acciones constitucionales procesales, que nacen del relacionado art. 43". (30)

Como consecuencia de ello, debe cotejarse en primer lugar si las normas provinciales (entre ellas, la propia Constitución Provincial y las disposiciones de la ley 4572) son compatibles o no con el mentado art. 43 de la Constitución Nacional, ya que de lo contrario los jueces deberán dejar de lado aquellas y adoptar las medidas necesarias para que el amparo —garantía federal e imperante para todos los ha-

bitantes del país— tenga vigencia total y efectiva y pueda aplicarse en la forma establecida por la ley suprema nacional.

Lo expresado anteriormente, empero, de ninguna manera significa que los estados provinciales no puedan desarrollar mayores o mejores posibilidades de aplicación para el amparo en la jurisdicción local.

Las Provincias pueden darle más amplitud a la garantía establecida en el art. 43 de la Constitución Nacional. Lo único que les está vedado es legislar bajo el "piso mínimo" que ella dispone, es decir, restringir, limitar u omitir los contenidos esenciales que surgen de esa disposición.

Como bien lo señala Bidart Campos, "la declaración de derechos es un mínimo que las provincias tienen que acatar, respetar y cumplir, pero que pueden superar con un plus de mejoras que suscita competencia provincial". (31)

En síntesis: tal como se señaló en las conclusiones a las que llegó la Comisión N° 5 del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en la ciudad de Santa Fe en el mes de junio de 1995, "el amparo es una garantía federal; la norma del art. 43 contiene las condiciones mínimas del instituto sin que la legislación ordinaria del Congreso o leyes locales puedan contraponerse". (32)

VI.- Actos u omisiones contra los cuales procede el amparo.

La acción de amparo es viable tanto contra los actos u omisiones ejecutados por la autoridad pública como así también contra los realizados por los particulares.

El concepto de "autoridad pública" debe ser entendido en su sentido más amplio, abarcando a cualquier clase de órgano o persona que integre —también de cualquier manera— el aparato estatal.

En este sentido, la ley provincial 4572 dispone que "son funcionarios o autoridad pública, los agentes de la administración pública, órganos o entes públicos administrativos centralizados o descentrali-

zados, del Estado Provincial, cualquiera fuera el Poder y de los Municipios o comunas, y cualquier otro órgano o persona de derecho público estatal o no estatal, dotado de potestad pública por imperio de la Constitución Provincial, leyes, ordenanzas y demás normas reglamentarias".

VII.- Arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

Otro recaudo que se exige para la procedencia formal de la acción de amparo es que medie "arbitrariedad" o "ilegalidad" manifiesta.

Aunque algunos autores entienden que ambos conceptos son sinónimos, estimo que se trata de una equiparación errónea que conspira contra la claridad de los conceptos.

Por ello, debe hacerse la siguiente distinción: mientras la ilegalidad se configura "cuando el acto u omisión se hallan desprovistos de todo sustento normativo, es decir, cuando entrañan la prescindencia lisa y llana de la ley"(33), la arbitrariedad se refiere a actos irrazonables, inequitativos o injustos, aunque éstos no fuesen ilegales. (34)

Además, es preciso que esa ilegalidad o arbitrariedad sea "manifiesta". Esto significa que debe ser clara, patente, notoria, indudable, evidente, sin ningún tipo de incertidumbre. Los vicios, pues, deben aparecer visibles al examen jurídico más superficial.

VIII.- Objeto del amparo ambiental.

El amparo ambiental tiene por objeto que el juez adopte medidas de tipo preventivas o correctivas en defensa del medio ambiente. Por lo tanto, por su intermedio puede lograrse que hechos inminentes y previsibles que puedan causar un daño al ambiente no lo hagan, o bien poner fin a situaciones o hechos ya comenzados que perjudiquen al sistema ecológico.

Es decir que en primer lugar se trata de lograr una anticipación, o sea, de evitar el daño antes que repararlo. (35)

Es que en esta materia, como lo hemos repetido incesantemente, "preocupa el antes, la tarea de impedir o evitar que las consecuencias se desencadenen. En particular cuando ese 'desencadenamiento es previsible o anticipable', por la índole de las tareas cumplidas, por su peligrosidad. Se trata, prioritariamente, de impedir o interdicar una actividad peligrosa o ilícita que constituye una amenaza seria al ambiente". (36)

Sobre este aspecto, la ley 4572 establece en su art. 23 que las acciones de prevención en esta materia procederán con el fin de paralizar los procesos de volcado, emanación o dispersión de elementos contaminantes del ambiente o cualesquiera otras consecuencias de un hecho u omisión que vulneren el equilibrio ecológico, lesionen, perturben o amenacen bienes y valores de la sociedad.

La segunda finalidad que persigue esta acción de amparo es la de detener o hacer cesar el hecho generador del deterioro o daño ambiental. Ello ocurre, por ejemplo, cuando la contaminación aparece en forma súbita o inesperada o cuando, pese a haberse adoptado todas las medidas preventivas, no se pudo evitar ese perjuicio al ambiente.

IX.- Legitimación activa.

Cuando hablamos de legitimación activa nos estamos refiriendo a quién o quiénes pueden interponer esta acción para recabar del Poder Judicial la protección del ambiente (ver Capítulo XIII, punto 3).

El tema no es fácil atento que, como se verá, hay diferencias notables entre las diversas normas que regulan esta cuestión.

En efecto: el art. 43 de la Constitución Nacional (con vigencia para toda la República y que, por ostentar la máxima jerarquía, obliga

a las provincias a acatar sus postulados —conf. punto 5—), señala que en este tipo de amparo colectivo tienen legitimación:

a) El Defensor del Pueblo, que es un órgano independiente instituido en el ámbito del Poder Legislativo de la Nación, que tiene dos funciones específicas: a) La defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados por la Constitución Nacional y por las leyes (ante hechos, actos u omisiones de la Administración) y b) El control de la Administración Pública y de los entes que desempeñan funciones administrativas (conf. art. 86 Constitución Nacional). (37)

b) Las asociaciones que tengan por objeto la defensa y protección del medio ambiente, las cuales -además- deben estar registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

c) El "afectado", que —de acuerdo con el criterio amplio que propugna la doctrina mayoritaria— no es cualquier persona sino aquella que "no habiendo sido aún dañada, se encuentra en el ámbito posible o potencial de ser dañada". (38)

Por su parte, la Constitución de la Provincia del Chubut amplía sustancialmente la esfera de legitimación para interponer una acción de amparo ambiental, señalando que puede hacerlo "toda persona" (art. 57) u "habitante" (art. 111). (39)

La Ley General del Ambiente nacional (25.675 —Adla, 2003-A, 4—), de igual manera, señala que "toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo" (art. 30).

Y la ley provincial 4572, refiriéndose a este tema, indica que están legitimados para ejercer e impulsar la acción de amparo ambiental "el Estado Provincial, los Municipios y Comunas, el Ministerio Público Pupilar, el Defensor del Pueblo, las entidades legalmente

constituidas para la defensa de los intereses difusos o colectivos y cualquier persona jurídica o de existencia visible que accione en nombre de un interés colectivo" (art. 21).

Lo expuesto, pues, nos obliga a realizar un profundo análisis para compatibilizar todos los textos antes citados.

Para ello no debemos olvidar que la normativa provincial (incluida la propia Constitución) está autorizada para ampliar el nivel de protección o para desarrollar en mayor medida los contornos y alcances de los derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional o por otras normas nacionales.

Por lo tanto, teniendo en cuenta tal circunstancia, surge sin hesitación alguna que la apertura y ensanchamiento de la legitimación activa que realizan las diversas disposiciones provinciales son perfectamente válidas y aplicables.

En consecuencia, la conclusión que puede brindarse al respecto es que están habilitados para interponer una acción de amparo a fin de hacer cesar las actividades generadoras del daño ambiental colectivo o para solicitar la adopción de medidas preventivas para la protección y defensa del ambiente y del equilibrio ecológico con relación a hechos producidos o previsibles que impliquen su deterioro:

1) Toda persona física o jurídica (arts. 57 y 111 Constitución Provincial y art. 21 de la ley 4572), sin que sea necesario que exista una proximidad geográfica ni un interés específico de ella para poder hacerlo. (40) Se instituye, así, una verdadera "acción popular" en materia ambiental (ver el desarrollo "in extenso" de este tema en el Capítulo XIII, punto 3).

2) El Defensor del Pueblo de la Nación (art. 43 y 86 Constitución Nacional).

3) El Defensor del Pueblo de la Provincia del Chubut (art. 21 ley 4572 y ley 4518) (41).

4) Las asociaciones legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa y protección del medio ambiente (art. 43 Constitución Nacional y art. 21 ley 4572).

5) El Estado Provincial (art. 57 Constitución Provincial y 21 ley 4572).

6) Los municipios y las comunas (art. 21 ley 4572).

7) El Ministerio Público Fiscal (art. 21 ley 4572).

X.- Legitimación pasiva.

La acción de amparo ambiental debe ser dirigida contra aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que en forma directa o a través de terceros sean las responsables de los hechos, actos u omisiones que generen perturbación, privación, daño, amenaza o menoscabo del medio ambiente o del patrimonio cultural, histórico, urbanístico, arquitectónico, artístico, paisajístico y/o arqueológico (art. 24 ley 4572).

XI.- Competencia.

El art. 4° de la ley 4572 dispone que la acción de amparo puede interponerse "... ante cualquier juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que la lesión o restricción tuviere o debiere tener efecto, el que será plenamente competente para conocer la acción. Cuando un mismo hecho, acto u omisión afectare el derecho de varias personas, entenderá en todas las acciones el Juez o Tribunal que hubiere prevenido".

Es decir que, de cierta manera, se recepta el principio excepcional de competencia indiscriminada o universal, ya que se les concede a todos los jueces de la Provincia el derecho-deber de conocer en las acciones de amparo con la única limitación de que debe tratarse de un magistrado de primera instancia con jurisdicción en el territorio donde se produce el hecho lesivo.

Creo que la postura adoptada es la correcta, ya que de esta forma se elimina la posibilidad de plantear cuestiones de competencia que "son siempre dilatorias y que, en lo que al asunto interesa, podrían determinar, por la demora que acarrearán, la irreparable consumación del perjuicio que el amparo tiende a evitar". (42)

Es que, en definitiva, esta garantía versa sobre una sola y genérica materia, que es el aseguramiento de la plena vigencia de la Constitución y la protección de los derechos humanos (en este caso, del derecho a un ambiente sano y equilibrado), lo que —como todos sabemos— constituye una obligación de todos los jueces.

De esta manera y en razón de la materia, todo magistrado —sin distinción de fueros— es competente para entender una acción de amparo.

Y, en lo que atañe al grado, la ley 4572 claramente determina que únicamente son competentes los jueces de primera instancia.

No pueden, por ende, conocer originariamente este tipo de acciones las Cámaras de Apelaciones, las Cámaras en lo Criminal, ni el Superior Tribunal de Justicia.

Cabe recordar, en este sentido, que la Excelentísima Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut expresó con acierto que "si bien dicha norma (el antiguo art. 1° dec.-ley 583/64, similar al art. 4° de la ley 4572 en lo referido a este tema), no limita la competencia en razón de la materia, sí lo hace en razón del grado, otorgándoles, exclusivamente, la facultad de ser juzgado de origen a los de la instancia que menciona. Que —amén de ello— y atento la naturaleza de los derechos que tiende a proteger la vía escogida, resulta, por lo demás, adecuado, asegurar al peticionante la doble instancia". (43)

De esta manera, tanto los Juzgados Civiles, Comerciales, Laborales, Rurales y de Minería como los Juzgados de Instrucción o los Juzgados de Familia o de Ejecución pueden conocer las demandas de amparo.

La duda se presenta con respecto a los Juzgados Correccionales. Si hacemos una interpretación literal del art. 4° de la ley 4572, da la impresión que éstos estarían excluidos, ya que en realidad se trata de órganos judiciales de instancia única o de una especie de "tribunales de juicio" y, por ende, en cierta forma quedarían asimilados a las Cámaras en lo Criminal.

Sin perjuicio de ello, y teniendo en cuenta la celeridad que debe primar en este tipo de proceso, creo que estos Juzgados deberían declararse competentes para conocer las demandas de amparo.

Es que, en definitiva, la finalidad perseguida por la ley al establecer como órgano jurisdiccional competente a los juzgados de primera instancia fue la de otorgar al amparista una instancia ulterior de revisión.

Y, de acuerdo con el art. 11 de la ley 4572, las Cámaras de Apelaciones podrían conocer en grado de apelación los fallos que dictara un juez correccional en un proceso de amparo.

Así, entonces, desaparece el fundamento por el cual se podía negar la competencia de entender un amparo a los Juzgados Correccionales.

En este sentido, debe recordarse que en la causa caratulada "Gerosa Lewis, Ricardo Tomás c. Municipalidad de Esquel s/amparo ley 3764", el Juzgado en lo Correccional de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut con asiento en la ciudad de Esquel, a cargo del doctor Jorge Eyo, interpretó que el art. 1° del dec.-ley 583/64 (que, como se señalara anteriormente, tenía una redacción similar al actual art. 4° ley 4572) otorgaba competencia a ese órgano judicial para intervenir en el amparo que se había presentado.

XII.- Plazo de interposición de la acción.

El art. 4° de la ley 4572 dispone que la acción de amparo "debe instaurarse dentro del plazo de 30 (treinta) días de producido el agravio o de la fecha en la cual toma conocimiento el amparista del mismo, y puede interponerse ante cualquier juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que la lesión o restricción tuviere o debiere tener efecto, el que será plenamente competente para conocer la acción. Cuando un mismo hecho, acto u omisión afectare el derecho de varias personas, entenderá en todas las acciones el Juez o Tribunal que hubiere prevenido".

Respecto de esta disposición, es importante tener en cuenta que el daño ambiental en muchísimas oportunidades es continuado y se prolonga en el tiempo. Por lo tanto, de ocurrir tal circunstancia, entiendo que el plazo para interponer la acción renace día a día independientemente del momento en el cual se manifestó el mismo por primera vez.

XIII.- Requisitos de la demanda.

De acuerdo con el art. 6° de la ley provincial 4572, la demanda debe presentarse por escrito y con patrocinio letrado y debe contener:

- 1) Nombre, ocupación y domicilio real y constituido del presentante.
- 2) Especificación de si actúa por derecho propio o justificación de la personería que se invoque, conforme las disposiciones del Código de Procedimientos Civil y Comercial.
- 3) La relación circunstanciada de los hechos y la individualización de la decisión, acto, hecho u omisión que repute arbitraria o lesiva a un derecho o garantía.
- 4) Acompañar o individualizar la prueba documental e indicar los demás medios de prueba de que pretenda valerse, individualizar los tes-

tigos que proponga y acompañar los interrogatorios respectivos, ello si no estuvieren acreditados in continenti los extremos en que se funda la acción.

5) El petitorio en términos claros y precisos.

XIV.- Procedimiento hasta la sentencia definitiva.

Una vez recibida la demanda, el juez —en el plazo improrrogable de un (1) día— debe hacer un examen de admisibilidad de la acción presentada, es decir, determinar si en el caso están dados o no los recaudos que exige esta vía excepcional.

Si falta alguno de esos requisitos, el juez debe rechazar la acción "in limine" (es decir, sin siquiera correr traslado de la demanda a la otra parte) mediante una resolución fundada, aunque está obligado a individualizar el medio judicial más idóneo en caso que el rechazo se fundare en esa causal.

Si, en cambio, existen defectos formales en el modo de promover la acción, el juez debe intimar personalmente o por cédula al presentante para que en término que prudencialmente fije subsane los mismos, bajo apercibimiento de tener por desistida la acción.

Finalmente, si el magistrado entiende que la acción es admisible en esta etapa preliminar, correrá traslado de la demanda al accionado, con copias y por cédula, para que la conteste en el plazo por él fijado en razón de las particularidades del caso, no pudiendo exceder nunca el término de cinco (5) días. El traslado se correrá con el apercibimiento de que la falta de contestación de la demanda implica el reconocimiento de los hechos articulados por el accionante salvo prueba en contrario.

El accionado, por su parte, podrá ofrecer prueba con las mismas exigencias que para el actor, no siendo admisible la reconvencción.

Si existiesen hechos controvertidos o de acreditación necesaria, el Juez al día siguiente de recepcionada la contestación de la acción o de vencido el plazo para ello, debe señalar un plazo no mayor de cinco (5) días para que se produzca la prueba pendiente de realización, correspondiendo a las partes urgir los trámites para que toda la prueba sea producida dentro del término indicado. La rendida fuera de éste, se agrega a los autos y se valora en la sentencia. La ingresada después del fallo, se tiene como prueba de segunda instancia, sin necesidad de nuevo ofrecimiento.

Vencido el término de prueba, el Juez debe dictar sentencia dentro del plazo improrrogable de tres (3) días, debiendo resolver denegando o acordando el amparo. En este último caso ordenará su cumplimiento mediante mandamiento de prohibición del acto o decisión impugnada, o de ejecución del acto omitido o restitutorio de la situación anterior cuando la lesión se hubiere producido.

Ese mandamiento debe diligenciarse de oficio y sin demora por la oficina de Mandamientos y Notificaciones o por el Juez de Paz respectivo o autoridad policial del lugar que, al efecto, podrán ser requeridos telegráficamente. El órgano o agente de la Administración Pública o el particular a quien se dirija, deberá cumplirlo sin que pueda oponer excusa alguna ni ampararse en la obediencia jerárquica. Si por cualquier circunstancia el mandamiento no pudiera diligenciarse con la autoridad a quien está dirigido, se entenderá con su reemplazante, o a falta de éste con su superior jerárquico.

La sentencia de amparo deja subsistente el ejercicio de las acciones y recursos que puedan corresponder al accionante con independencia del de amparo.

XV.- Recursos.

Tanto la sentencia definitiva como la resolución que se expide respecto de la procedencia formal del amparo y los decretos que se dictan en relación con las medidas cautelares y de prueba pueden ser

objeto de los recursos de apelación y nulidad, los cuales deben ser en todos los casos fundados e interponerse dentro de los dos (2) días de notificada la resolución respectiva.

El juez debe denegar o conceder los mismos en el término de (1) día y con efecto devolutivo cuando se hiciere lugar al amparo o dispusiere una medida cautelar.

Concedido el recurso y notificadas las partes, los autos tienen que ser elevados al superior (Cámara de Apelaciones de la jurisdicción), que dictará sentencia en el plazo improrrogable de tres (3) días posteriores a su recepción.

Quien no hubiere apelado, puede presentar un memorial ante la Alzada, el que es tenido en consideración siempre que ingrese antes del dictado de la sentencia.

Contra la denegatoria de un recurso puede articularse queja fundada, en el término de dos (2) días de notificada la no concesión. El tribunal de Segunda Instancia requerirá los autos y se expedirá en el plazo de dos (2) días sobre la admisibilidad de la queja. Si la acepta notifica de inmediato a las partes, y dicta sentencia en el término de tres (3) días contados desde la admisión del recurso.

El art. 13 de la ley 4572, por su parte, prescribe que "la sentencia de segunda Instancia es definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 300 del Código Procesal Civil y Comercial. Este puede interponerse dentro del término de tres (3) días de notificada la resolución objetada, corriéndose traslado a las partes por igual término y en forma conjunta, con copias. Vencido el plazo se concede o deniega en el término de dos días, elevándose en el primer supuesto los autos al Superior Tribunal de Justicia, de inmediato. El término de estudio por cada Ministro es de dos días, salvo que acordaren el examen simultáneo, en un plazo no mayor de cinco. La sentencia debe dictarse el tercer día de concluido el trámite. El recurso de queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad debe presentarse en el plazo de tres días de notificado aquel rechazo".

Asimismo, indica también que, en materia de recurso de inconstitucionalidad, regirán supletoriamente las normas previstas en el Código Procesal, Civil y Comercial, debiendo las mismas amoldarse a las urgencias del juicio de amparo.

El recurso de casación, por su parte, también se rige por las normas del Código Procesal Civil y Comercial, aunque se establecen las siguientes modificaciones:

a) El plazo de interposición del recurso será de tres (3) días de notificada la sentencia.

b) El tribunal que dictó la sentencia examinará las condiciones de admisibilidad en el plazo improrrogable de tres (3) días.

c) El examen preliminar se realizará en el plazo improrrogable de tres (3) días de recibidos los autos por el Superior Tribunal de Justicia.

d) Cada parte podrá presentar memorial relativo a su recurso o al interpuesto por la contraria dentro del plazo de tres (3) días de notificada la providencia de "autos".

La Sentencia debe pronunciarse dentro del plazo de los diez (10) días desde que el proceso se encuentre en estado. Vencido el término las partes podrán solicitar pronto despacho, el que deberá producirse dentro de los tres (3) días.

XVI.- Otros aspectos procesales.

Finalmente, debe señalarse que la ley 4572 también regula otros aspectos procesales de la acción de amparo, como por ejemplo:

1) *Plazos*: Según el art. 14, todos los términos son de carácter perentorio, de manera que producido el vencimiento del mismo la parte queda imposibilitada de realizar el acto procesal omitido. Ade-

más, los términos son también individuales (es decir que "corren separadamente para cada una de las partes") (44) e improrrogables.

2) *Notificaciones*: Las partes tienen el deber de comparecer diariamente a Secretaría a notificarse por nota de las resoluciones. O sea que únicamente se notifican personalmente o por cédula los actos procesales más trascendentes (la demanda, la audiencia de prueba y la sentencia) (art. 14 ley 4572).

3) *Principio de subsanación*: El juez o tribunal, a petición de parte o de oficio, debe subsanar todos los vicios e irregularidades de procedimiento, asegurando, dentro de la naturaleza sumarisísima de esta vía, la vigencia del principio de contradicción (art. 15 ley 4572).

4) *Medidas cautelares*: Si el accionante hubiere solicitado una medida cautelar, la misma puede ser ordenada por el juez aún antes de notificarse la acción o de darse a publicidad la misma, fijando en su caso una cautela juratoria o real según corresponda. El trámite de la medida cautelar no interrumpe el normal desenvolvimiento de la acción de amparo (art. 7° ley 4572).

Asimismo, debe recordarse que por las características peculiares que asume el proceso ambiental, los magistrados pueden adoptar las medidas preventivas que consideren necesarias para evitar que el daño ocurra nuevamente en el futuro u ordenar aún de oficio el cese de las actividades dañosas o contaminantes del medio ambiente (ver Capítulo XIII, punto 4).

5) *Otras facultades del juez*: El juez del proceso también puede ordenar allanamientos y solicitar el auxilio de la fuerza pública (art. 15 ley 4572).

6) *Recusación sin expresión de causa*: No procede, sin perjuicio del deber inexcusable del juez de excusarse de oficio cuando se encontrare legalmente impedido para conocer la acción de amparo.

7) *Aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Civil y Comercial*: El art. 16 de la ley 4572 dispone que "las normas procesales establecidas en el Código Procesal Civil y Comercial para la sustanciación del juicio sumarísimo, son de aplicación subsidiaria en la tramitación de la acción de amparo".

8) *Costas*: Se denomina costas a "los gastos que las partes se ven obligadas a efectuar como consecuencia directa de la sustanciación del proceso y, en principio, dentro de él, como son las tasas judiciales, los honorarios de los abogados, procuradores y peritos, las erogaciones derivadas de la producción de la prueba, etc.". (45)

La ley 4572 establece sobre este punto la regla objetiva según la cual la parte vencida debe cargar con los gastos ocasionados por la sustanciación del proceso. El fundamento de ese principio reside en el hecho de la derrota: la parte perdedora es la que debe pagar las costas, sin importar su buena o mala fe. Y, si hubiere vencimiento recíproco, las mismas deben repartirse según el éxito obtenido.

Excepcionalmente, el juez puede eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido cuando éste hubiese tenido razón suficiente para litigar.

Creo, en este sentido, que las particularidades del amparo ambiental hacen que deba tenerse siempre presente esta última circunstancia y, por lo tanto, salvo en los casos de temeridad o malicia debidamente comprobados, si la acción fuese rechazada, las costas deberían imponerse en el orden causado. (46)

Es que, en definitiva, "en el juicio de amparo —y menos aún en el amparo ambiental, aclaro— no se trata de reclamar algo que beneficie material o pecuniariamente al actor. No hay tampoco litigio propiamente dicho, ni partes contendientes. Se trata de la libertad o de la dignidad de la persona humana, de los derechos humanos que le son inherentes o de las inviolabilidades que constituyen la seguridad personal. Su amparo o defensa no puede dar lugar a la imposición de

costas, considerando vencido al actor. Sería un modo de reprimir o castigar su actitud defensiva y ese castigo tendería a afectar su patrimonio de tal suerte que la defensa de la libertad podría llegar a convertirse en un privilegio de los ricos". (47)

Finalmente, debe indicarse que, si el vencido es la autoridad pública, la ley 4572 establece la responsabilidad solidaria entre el agente de la Administración Pública que hubiese dado lugar al acto o la omisión lesiva y el Estado respecto de las costas devengadas. (48)

9) *Honorarios de los abogados intervinientes*: Como bien lo señaló la Cámara de Apelaciones del Sud, "no existe discrepancia doctrinaria ni jurisprudencial en el sentido que el amparo es un proceso sin monto determinado"(49), ya que por lo general su pretensión carece de contenido económico.

Por lo tanto, para regular los honorarios profesionales el juez debe tener en cuenta las demás pautas brindadas por el art. 6° del dec.-ley 2200 (modificado por la ley provincial 4335), toda vez que "el monto del asunto o proceso" es un criterio que, repetimos, no podrá tomarse en cuenta en este tipo de juicios.

De esta manera, el magistrado deberá considerar: 1) La naturaleza y complejidad del asunto. 2) El resultado que se hubiere obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada en el juicio por el vencido. 3) El mérito de la labor profesional, apreciada por la calidad, eficacia y extensión del trabajo. 4) La actuación profesional con respecto a la aplicación del principio de celeridad procesal y 5) La trascendencia jurídica, moral y económica que tuviere el asunto o proceso para casos futuros, para el cliente y para la situación económica de las partes.

Sin perjuicio de ello, se ha señalado a nivel nacional que "un proceso que persigue un pronunciamiento sin incidencia económica inmediata, puede apreciarse económicamente, considerando la situación de los litigantes y las consecuencias mediatas que para ellos pue-

da tener". Por lo tanto, también se dijo que el juez puede tomar en cuenta "el beneficio obtenido por la persona amparada sin perjuicio de estimar la calidad y eficacia de la actuación profesional". (50)

En virtud de lo expuesto, el magistrado podrá regular los honorarios discrecionalmente, siendo el único límite el mínimo legal impuesto por el art. 36 del dec.-ley Arancelario.

Sobre este punto, debe destacarse que las particulares características que informan el proceso de amparo (fundamentalmente vinculadas con la celeridad de su sustanciación) hizo que el legislador estableciera el mismo mínimo legal que el dispuesto para otros procesos análogos como lo son el hábeas corpus, el hábeas data y la extradición.

En este sentido, la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut dijo que "el legislador, al fijar el mínimo, ha tenido en cuenta la trascendencia de los valores en juicio en este tipo de procesos y análogos, amén de la celeridad que debe imprimírsele, razón por la cual lo determinó en una suma que garantiza una digna retribución por la labor profesional sin tener en cuenta la sencillez de la tramitación en supuestos como el que nos ocupa".

"Ello justifica que haya dado igual solución que la del art. 8 del Arancel cuando fija el mismo monto mínimo para los procesos de conocimiento, los cuales requieren de una labor más extensa en su tramitación".

Sin embargo, "ello no significa que siempre deba remunerarse con dicho mínimo al letrado del amparista, sino que deba reservarse la determinación de un honorario superior cuando las características del caso y/o la complejidad de la tramitación así lo aconsejen", ya que "la experiencia determina que este tipo de acciones desemboca, en ciertas ocasiones, en planteos que exigen una complicada etapa probatoria que reclama una profusa labor profesional". (51)

XVII.- Ejercicio de otras acciones.

La Constitución Provincial señala expresamente que la elección de la vía de amparo no impide el ejercicio de otras acciones legales que pudieran corresponder.

Por consiguiente, y sin perjuicio de la procedencia del amparo, también se podrá, por ejemplo, solicitar "a alguna autoridad administrativa la auto-corrección por la vía que acuerden las leyes de procedimiento administrativo". (52)

Esta disposición, como bien lo explica Dana Montaña, tiene una ventaja innegable: la de evitar las discusiones que, en la práctica, con fines de excusar o eludir la intervención judicial, pueden suscitarse acerca de la procedencia de otras acciones, teóricamente posibles, a veces, pero siempre prácticamente ineficaces. (53)

(1) SAGÜES, Néstor P., "Ley de amparo", Ed. Astrea, Bs. As., 1979; GOZAINI, Osvaldo A., "El derecho de amparo", Ed. Depalma, Bs. As., 1995; RIVAS, Adolfo Armando, "El amparo", Ed. La Rocca, Bs. As., 1987; MORELLO, Augusto M. y VALLEFIN, Carlos A., "El amparo. Régimen Procesal", 2ª edición, Librería Editora Platense SRL, 1995; BIDART CAMPOS, Germán, "Régimen legal y jurisprudencial del amparo", Ed. Ediar, Bs. As., 1969; BIELSA, Rafael, "El recurso de amparo", Ed. Depalma, Bs. As., 1965; ORGAZ, Alfredo, "El recurso de amparo", Ed. Depalma, Bs. As., 1961 y LAZZARINI, José Luis, "El Juicio de Amparo".

(2) Por ende, es también una "garantía constitucional", es decir, un instrumento protector de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental.

(3) C.S.J.N., Fallos: 294-152 y 301-1061, entre otros. Esta definición también fue adoptada por la Cám. Apel. del Sur en su sentencia del 14

de mayo de 1991 en autos "Díaz, Fermín Jorge s/Recurso de amparo" (expte. 302/91).

(4) LAZZARINI, José Luis, "El Juicio de Amparo", op. cit., p. 95.

(5) ED, 16-973.

(6) SAGÜES, Néstor P., "Ley de Amparo", op. cit, p. 140.

(7) C.S.J.N., en ED, 1-13.

(8) Cám. Apel. Noroeste Chubut, Esquel, sentencia del 26 de diciembre de 1990 en autos "Palma, Juan Daniel y otros s/amparo" (expte. 184/90).

(9) LAZZARINI, José Luis, "El juicio de amparo", op. cit., p. 97.

(10) GOZAINI, Osvaldo Alfredo, "El Derecho de Amparo", op. cit., ps. 10 y 13.

(11) Conf. BIDART CAMPOS, Germán, "Manual de la Constitución Reformada", t. II, Ed. Ediar, Bs. As., 1997, p. 378 y SAGÜES, Néstor P., "Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma constitucional", en LA LEY del 7 de octubre de 1994, p. 2.

(12) MORELLO, Augusto Mario, "El Amparo después de la Reforma Constitucional", en la Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 7, p. 221 y "Posibilidades y limitaciones del amparo", en ED, 165-1219.

(13) PALACIO, Lino Enrique, "La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994", en LA LEY, 1995-D, 1238, quien señala que "el proceso ordinario no puede en ningún caso ser considerado como un remedio judicial más idóneo que el amparo".

(14) RIVAS, Adolfo A., "Pautas para el nuevo amparo constitucional", en ED, 163-706 y "El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina", en LA LEY del 13 de diciembre de 1994.

(15) DROMI, Roberto y MENEM, Eduardo, "La Constitución Reformada", Ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 1994, p. 160, quienes destacan que la acción de amparo "ha dejado de ser el remedio de excepción, para convertirse en un medio procedimental ordinario".

(16) MORELLO, Augusto Mario, "El Amparo después de la Reforma Constitucional", en la Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 7, p. 221.

(17) Idem, p. 231.

- (18) Conf. MORELLO, Augusto M., "Posibilidades y limitaciones del amparo", en ED, 165-1219.
- (19) En contra, BIDART CAMPOS, quien señala que ya no es posible rechazar el amparo con el pretexto de que la cuestión exige mayor amplitud de debate y/o prueba: conf. "Manual de la Constitución Reformada", op. cit., p. 379.
- (20) BARRA, Rodolfo Carlos, "La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar", en LA LEY, 1994-E, 1087.
- (21) QUIROGA LAVIE, Humberto, en ROSATTI, Horacio; BARRA, Rodolfo; GARCIA LEMA, Alberto; MASNATTA, Héctor; PAIXAO, Enrique y QUIROGA LAVIE, Humberto, "La reforma de la Constitución", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 115. Este autor señala que "no obstante la amplitud con que ha sido constitucionalizado (el amparo), no puede sostenerse que se ha ordinarizado un trámite procesal tradicionalmente sumario y de excepción. En este sentido la regla constitucional no ha cambiado en absoluto las prácticas judiciales que han regido en nuestro país hasta el presente".
- (22) NATALE, Alberto, "Comentarios sobre la Constitución", Ed. Depalma, Bs. As., 1995, p. 63.
- (23) BADENI, Gregorio, "Reforma Constitucional e Instituciones Políticas", Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1994, ps. 240/1.
- (24) SAGÜES, Néstor P., "Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma constitucional", en LA LEY, 1994-D, 1151.
- (25) SAGÜES, Néstor P., "Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo (a propósito de la voluntad del constituyente)", en LA LEY, 1995-D, 1517. 1. En contra de la interpretación histórica efectuada por este autor ver MORELLO, Augusto M., "Posibilidades y limitaciones del amparo", op. cit., p. 1217.
- (26) Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala 2, 1/11/95, "Ducler, Mario c. Municipalidad de Rosario", voto de la doctora Alicia García.
- (27) RIVAS, Adolfo A., "Pautas para el nuevo amparo constitucional", en ED, 163-702.
- (28) Conf. RIVAS, Adolfo Armando, "El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina", en LA LEY, 1994-E, 1330; GOZAINI, Osvaldo A., "El Derecho de Amparo", op. cit., p. 11;

BEHERAN, Roberto, "El amparo y las acciones de ejecución y prohibición en Entre Ríos", Delta Editora, Paraná (Entre Ríos), 1995, p. 30 y BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", op. cit., t. IV, p. 312, entre otros. Por su parte, BARRA, Rodolfo, comentando el nuevo art. 43, dice que "La referencia a la 'vía judicial' indica que el amparo no es subsidiario de las vías administrativas, precisamente porque el agraviado precisa de una acción expedita y rápida, sin estar sujeto a ninguna clase de agotamiento de la instancia administrativa" (conf. BARRA, Rodolfo, "La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar", en LA LEY, 1994-E, 1093).

(29) SPOTA, Alberto Antonio, "Análisis de la acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional", en ED, 163-769.

(30) Idem, p. 768. Sobre este tema ver también RIVAS, Adolfo A., "Pautas para el nuevo amparo constitucional", en ED, 163-702 y BIDART CAMPOS, Germán, "Manual de la Constitución Reformada", t. II, Ed. Ediar, Bs. As., 1997, p. 385.

(31) BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", t. V, "El sistema de Derechos y el Constitucionalismo Provincial", Ed. Ediar, Bs. As., 1994, p. 39.

(32) XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, "Libro de Ponencias", Secretaría de Posgrado y Servicio a Terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, junio de 1995.

(33) PALACIO, Lino Enrique, "La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994", en LA LEY, 1995-D, 1238.

(34) SAGÜES, Néstor P., "Ley de Amparo", op. cit., p. 95 y sigtes.

(35) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños. El acto ilícito", t. III, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 104.

(36) MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomás y DONNA, Edgardo Alberto, "Daño Ambiental", t. I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 61.

(37) En un artículo periodístico señalé que el ombudsman es un "verdadero abogado del pueblo que supervisa la actividad administrativa, controla que su actuación se desenvuelva dentro del marco de la legalidad, procura evitar los excesos de poder y otorga al administrado una

defensa idónea frente a tal fenómeno. Sus características, pues, son acordes a sus especiales funciones: a) Es un órgano independiente: no recibe instrucciones de ninguna autoridad, actúa de acuerdo a su criterio y no está sujeto a mandato imperativo alguno. b) Tiene plena autonomía funcional, administrativa y financiera. Es decir, puede darse su propio reglamento interno, nombrar a su propio personal y administrar los recursos asignados de acuerdo a su criterio. c) Está instituido en el ámbito del Poder Legislativo. Sin embargo, su vinculación con éste se limita a la designación y remoción, y a la presentación de un informe anual. d) Es un organismo unipersonal, pues la titularidad del mismo recae en un funcionario denominado "Defensor del Pueblo". Sin perjuicio de ello, éste puede nombrar adjuntos para que lo ayuden en sus funciones. e) Es designado y removido por el Poder Legislativo con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. f) Goza de las mismas inmunidades de los legisladores. Por lo tanto, no puede ser arrestado desde el día de su designación hasta el de su cese o suspensión, excepto en el caso de ser sorprendido in fraganti en la ejecución de un delito doloso (inmunidad de arresto), ni molestado, acusado o interrogado judicialmente por las opiniones que emita desempeñando sus funciones (inmunidad de expresión). g) Dura en el cargo cinco años, y puede ser reelegido por una sola vez. h) Tiene, además, legitimación procesal. Esta es, sin duda, la característica más importante. Significa que puede efectuar denuncias, iniciar todas las acciones judiciales que crea convenientes para proteger a los administrados, e inclusive puede interponer una acción de amparo contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario, al consumidor y a los derechos de incidencia colectiva (art. 43 C.N.). Ello sin perjuicio de poder realizar toda gestión en el ámbito administrativo tendiente a poner fin, mediante los buenos oficios, al acto u omisión dañosa para el afectado" (conf. GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás, "¿Qué es el defensor del pueblo? (Primera Parte)", en el Diario "El Oeste" de Esquel, Chubut, del día 19 de enero de 1995, p. 2). Sobre este tema ver especialmente MAIORANO, Jorge Luis, "El ombudsman. Defensor de las instituciones republicanas", Ed. Macchi, Bs. As., 1987 y GOZAINI, Osvaldo Al-

fredo, "El defensor del pueblo (Ombudsman)", Ed. Ediar, Bs. As., 1989.

(38) QUIROGA LAVIE, Humberto, "El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus en la reforma de la Constitución Nacional", en A.A.V.V., "La reforma de la Constitución explicada por miembros de la comisión de redacción", op. cit. p. 154. Sobre este punto, ver también —entre otros— BIDART CAMPOS, Germán J., "La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución", en ED, 166-861 y el excelente trabajo de TORICELLI, Maximiliano, "La legitimación activa en el art. 43 de la Constitución Nacional", en A.A.V.V.: "El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades", Ed. Depalma, Bs. As., 1999, ps. 33/85. Debe destacarse, al respecto, que el término utilizado por la Constitución Nacional ("afectado") no fue caprichoso y tuvo como finalidad específica limitar el acceso a la jurisdicción, ya que cuando se discutió en la Convención Nacional Constituyente de 1994 la posibilidad de incluir a cualquier habitante como legitimado activo, prevaleció la posición que sostenía que habilitar una legitimación abierta e indiscriminada podía significar no sólo la industria del juicio, sino también la posibilidad de que intereses económicos colisionaran en perjuicio de la competencia económica, particularmente la industrial, que es la que presenta mayores hipótesis de contaminación (conf. QUIROGA LAVIE, Humberto, "El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus en la reforma de la Constitución Nacional", op. cit., p. 148).

(39) La única diferencia entre estas disposiciones es que el art. 111 se refiere exclusivamente al amparo ambiental, mientras que el art. 57 abarca a todas las acciones en general, o sea, no sólo es aplicable para las judiciales sino también para las de tipo administrativo. Comparto, pues, la opinión que me expresara el doctor Alberto Gustavo Menna (Convencional Constituyente Provincial en 1994) ante una consulta que le efectuara sobre este tema, en el sentido de que hay en el caso una suerte de superabundancia normativa que se debió, fundamentalmente, a la profusión de proyectos y a la falta de tiempo material para efectuar una revisión más acabada. Y también comparto su apreciación referida a que no queda ninguna duda que ambas disposicio-

nes impiden restringir la legitimación al "afectado" (ver Capítulo XIII, punto 3).

(40) Es decir, "sin limitación, sin exclusividad", como bien lo señaló el convencional provincial Alberto Gustavo Menna en la Reunión Plenaria 10 de la Honorable Convención Constituyente realizada el día 30 de setiembre de 1994.

(41) Esta ley es la que crea en nuestra provincia este organismo y la que fija sus atribuciones y competencias.

(42) C.S.J.N., Fallos: 245-437.

(43) CANO, sentencia del 28 de diciembre de 1994 en autos "Soto Vargas, Juan José s/Recurso de Amparo" (expte. 178/94).

(44) Idem.

(45) PALACIO, Lino Enrique y ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. III, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989, p. 78.

(46) En este sentido, ver GALDOS, Jorge M., "Proceso colectivo y daño ambiental", en JA, 1999-IV-1150.

(47) SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, "Juicio de amparo", en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XVII, p. 198. En el mismo sentido de que no debe existir imposición de costas ni otras consideraciones en la sentencia de amparo se pronuncian, entre otros, FIORINI, Bartolomé A. (conf. "El recurso de Amparo", en LA LEY, 93-956), quien sostiene que la "decisión del magistrado debe ser categórica y ejecutiva, desprovista de cualquier otra consideración", y GALLARDO, Roberto, que también afirma que "resultaría un contrasentido insostenible condenar a quien lo utilice al pago de las costas cuando el resultado final de la acción no resultare finalmente la pretendida. Ello es así ya que sostener lo contrario implicaría obligar al accionante a 'conocer' de antemano el resultado de la decisión judicial para así saber que no será condenado y que por ende el proceso entablado no le será aún más disvalioso que la propia violación de sus derechos" (conf. GALLARDO, Roberto Andrés, "Régimen de costas y gratuidad del amparo", en ED, 174-1043).

(48) Ver también lo dispuesto por el art. 69 de la Constitución Provincial.

- (49) CAS, Comodoro Rivadavia, sentencia del día 3 de mayo de 1991 en los autos caratulados "Cristóbal M. López S.R.L. c. Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/amparo" (expte. 88/90).
- (50) LA LEY, 1976-B, 445 y LA LEY, 132-76, citados por SERANTES PEÑA, Oscar Enrique; PALMA, Jorge Francisco y SERANTES PEÑA, Juan Manuel en "Aranceles de Honorarios para Abogados y Procuradores", 2ª ed., Ed. Depalma, Bs. As., 1979, ps. 117 y 118.
- (51) CANO, sentencia 93 de fecha 23 de noviembre de 1998 en autos caratulados "Medina Monches, María del Carmen s/amparo" (expte. 266/98 CANO).
- (52) HEREDIA, José Raúl, "La Reforma en la Provincia del Chubut", op. cit., p. 254. Ver también la intervención de este jurista en la Sesión Ordinaria 10 de la Honorable Convención Constituyente.
- (53) DANA MONTAÑO, Salvador M., "La primera Constitución de la Provincia del Chubut", en La Ley, 91-772 secc. doctrina.

Tutela judicial efectiva, acceso a la jurisdicción y tasa de justicia

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: LLPatagonia 2006, 637

Cita Online: AR/DOC/3196/2006

[Consultado el 10/02/2020]

Sumario

I. La tasa de justicia en la Provincia del Chubut. — II. La ley 5451 y el derecho de propiedad. — III. La ley 5451 y el derecho a la jurisdicción. — IV. El acceso a la jurisdicción y el derecho de defensa. — V. La inaplicabilidad de la ley 5451 por su manifiesta inconstitucionalidad

"Donde la justicia es cara, nadie la busca, y todo se entrega al dominio de la iniquidad".

Juan Bautista ALBERDI

I.- La tasa de justicia en la Provincia del Chubut.

La tasa de justicia a abonar en los procesos susceptibles de apreciación pecuniaria siempre fue, en la Provincia del Chubut, del 3% del monto del juicio (ley 1806 y modificatorias —Adla XL-C, 3461—). Con ello, pues, se tenía en cuenta la magnitud de lo reclamado y la cuantía del proceso, lo que no sólo graduaba el costo del servicio en relación con cada contribuyente sino que además —y fundamentalmente— merituaba la capacidad contributiva al realizar la distribución aritmética del costo y al consagrar el principio de proporcionalidad.

La ley 5451 (Adla, LXVI-A, 934), empero, modificó el art. 2° de la ley 1806 y estableció expresamente que "*cuando el monto determinado luego de aplicar la tasa referida resultare inferior a la suma de \$ 100 (pesos cien) éste será el valor que corresponda abonar*".

O sea que, en la actualidad, el importe mínimo a pagar por tal concepto es de \$ 100, independientemente del monto del proceso.

II.- La ley 5451 y el derecho de propiedad.

Como es sabido, la tasa es el tributo que se exige a los habitantes por el hecho de recibir un servicio particular determinado. O sea que tiene carácter netamente retributivo o de contraprestación por un servicio prestado.

Ahora bien: no obstante que la potestad tributaria provincial es, en este sentido, "completa" y "exclusiva", ella también debe respetar los límites constitucionales impuestos en esta materia. Concretamente, esta potestad debe subordinarse a los principios de legalidad, equidad, solidaridad, finalidad, simplicidad, certeza, razonabilidad, economicidad y no confiscatoriedad.

Y aquí, precisamente, es donde entiendo que la ley 5451 —no supera este test—.

En efecto: el primer derecho que puede quedar comprometido —depende de la cuantía del tributo— es el de propiedad; como la tasa toma parte del patrimonio o la riqueza del contribuyente, ese cuántum debe mantenerse dentro de ciertos límites razonables. Por consiguiente, cuando la parte absorbida es sustancial, se configura una confiscación inconstitucional [\(1\)](#).

En el caso que nos ocupa y conforme sedimentada jurisprudencia de nuestro Tribunal cimero, podemos señalar que si el monto mínimo establecido por la ley 5451 absorbe una parte considerable (más del 33%) del capital en ejecución, el mismo se convierte en contrario a la Ley Fundamental.

Ello, toda vez que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene declarado que se da la confiscatoriedad en la medida que los impuestos, tasas o contribuciones excedan el tercio de la renta o del capital.

III.- La ley 5451 y el derecho a la jurisdicción.

Asimismo, la modificación impuesta por la ley provincial 5451 atenta contra el derecho a la jurisdicción (art. 33 de la C.N.) o, más precisamente, contra lo que la doctrina española denomina "tutela judicial efectiva".

En efecto: todo individuo es titular de un "derecho a la jurisdicción", que consiste en poder acudir a un órgano jurisdiccional para que administre justicia [\(2\)](#).

Este derecho, como todos sabemos, puede ser reglamentado como lo pueden ser todas las prerrogativas individuales (arts. 14 y 28 C.N.), pero ello a condición de que no cercene su "contenido esencial" (art. 21 de la Constitución de la Provincia del Chubut), es decir, que no lo suprima, altere, desconozca o destruya, o —lo que es igual— que no le impida en la práctica tener vigencia.

Pues bien: la ley citada justamente ocasiona tal circunstancia. Porque, al hacer "antieconómico" iniciar o continuar el proceso por la desproporción de la tasa de justicia que exige, determina que el justiciable vea inoportuno, inadecuado y perjudicial para sus intereses (ya que no sabe a ciencia cierta si recuperará o no dicho importe) mantener el rumbo seguido y, así, lograr un pronunciamiento justo.

Por lo tanto, tener que tributar un porcentaje significativo del monto reclamado para acceder a la jurisdicción como lo pretende la ley 5451, viola abiertamente el derecho enunciado.

Así lo destacó, por ejemplo, el máximo exponente del Derecho Constitucional Argentino: "cuando con carácter previo a la iniciación del proceso el justiciable debe abonar la tasa de justicia o realizar

un depósito dinerario (como es el caso del "solve et repete"), dicho pago se vuelve inconstitucional si por su cuantía es desproporcionado..."(3).

IV.- El acceso a la jurisdicción y el derecho de defensa.

Dicho en otras palabras: cuando la Constitución Nacional reconoce una serie de derechos individuales esenciales (ya sea en forma expresa o implícita) para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino, e instrumenta al propio tiempo diversas garantías como medios a través de los cuales poder reclamar el respeto de tales derechos si son lesionados o desconocidos, lo hace en la inteligencia de que se trata de derechos operativos que, por tanto, pueden ser ejercidos por el individuo con su sola invocación y sin dependencia del cumplimiento de requisito previo alguno. Con esa inteligencia es que, precisamente, al resolver los precedentes "Siri, Angel"(4) y "S.R.L. Samuel Kot"(5), nuestra Corte Suprema ha sostenido que las garantías individuales existen y protegen a las personas por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, independientemente de las leyes que las reglamenten.

Uno de esos derechos operativos es el relativo al acceso a la justicia, que es una natural derivación del derecho de defensa en juicio, y que encierra una potestad que se desarrolla en varios y sucesivos momentos, a saber: derecho de acceder al órgano judicial; de deducir las pretensiones; de producir pruebas; de obtener un pronunciamiento justo y de ejecutarlo.

Sin embargo, la operatividad y, por tanto, efectividad de tal derecho constitucional, sufre una severa restricción con motivo de la ley provincial 5451.

Es que, conforme lo manifestara el doctor Vázquez en su voto en el fallo de la Corte del 8 de agosto de 1996 en los autos "Urdiales, Susana c/. Cossarini, Franco y otro" (DJ, 1997-1-583), "del

propósito de 'afianzar la justicia' que se encuentra incorporado al Preámbulo de la Carta Magna, resulta la consecuencia de que el servicio de justicia debe ser irrestricto, por donde a tal carácter 'irrestricto' las leyes de fondo y de forma deben ajustarse, y con mucha más razón la interpretación jurisprudencial".

"En efecto, el mandato constitucional concerniente a 'afianzar la justicia' tiene una connotación que debe ser entendida en el sentido más amplio del valor justicia, es decir, como comprensivo de la justicia conmutativa, distributiva y aún social, así como de consecuencias lógicas de lo anterior, tales como la garantía de la creación de un órgano judicial imparcial e independiente que se ocupe de administrar justicia y de la facultad irrestricta de los individuos de recurrir a ella en base a un plexo normativo que le brinde suficiente apoyatura".

"El medio más propicio para asegurar que el servicio de justicia sea irrestricto para toda y cualquier persona, sólo se logra mediante su gratuidad, cuanto menos desde el acceso a él y hasta que el derecho sea decidido, es decir, hasta el momento en que los jueces se expidan definitivamente en la causa, dando a cada uno lo suyo. *En tal sentido, el principio del acceso a la jurisdicción sin pago previo alguno, tiene raigambre constitucional*, porque de ese modo se asegura efectivamente a cada persona la posibilidad de recurrir a los estrados de los tribunales, brindándose, en consecuencia, un amparo igual para todos en el ejercicio del derecho (confr. Rocco, "L'Interpretazione delle leggi processuali", p. 46, Roma, 1906, citado por Eduardo Couture, "Protección constitucional de la justicia gratuita en caso de pobreza", reg. en Estudio de Derecho Procesal Civil, t. I, "La Constitución y el proceso civil", p. 113, N° 3, texto y nota N° 3, Buenos Aires, 1948).

"La cuestión abordada, lejos de ser novedosa, encuentra antecedentes de antigua data, tal como las ilustrativas palabras de la Corte de Casación de Venezuela en sus Memorias de los años 1897 y 1909 (transcriptas por Silvestre Tovar Lange en su obra "La casación en lo civil y mercantil", Caracas, 1941), acerca de los depósitos previos como requisitos formales de la procedencia de recursos de casación. En

el año 1897 dijo ese tribunal: "Tocante al depósito previo, es sabido que la primera Ley de Casación que se dictó en la república lo exigió para los juicios civiles y que después fue abolido por haberse reputado opuesto a los principios esenciales de la buena administración de justicia, que debe ser gratuita y estar al alcance de todos los ciudadanos. La consignación antedicha establece una desigualdad odiosa entre el litigante rico y el que pleitea con escasos medios pecuniarios, y privaría algunas veces al pobre de conseguir la reparación de la injusticia de que es víctima, por no poder llegar hasta esta Corte... En vano se arredrará por la obligación de depositar una suma el que pretenda incoar un juicio o interponer un recurso: sabido es que, con rarísimas excepciones, todo el que recurre a los tribunales en defensa de lo suyo, es porque está firmemente convencido de la justicia que le asiste, y en ese caso, ninguna consideración sería capaz de detenerlo, ya que nada hiere tan íntimamente a la dignidad del ciudadano, como el arrebató que se le hace a su derecho —parte integrante de su ser moral— en nombre de la fuerza, de la injusticia y la mala fe...". Así, concluía la citada Corte, "...la obligación del depósito no vendría pues, a constituir sino una tiránica imposición de la ley, desdiciente en el plan amplio y libre de las tramitaciones de nuestro derecho procesal...".

A partir de las premisas e ideas desarrolladas sí, como ha sido señalado, el derecho de acceso a la justicia es uno de aquellos que resultan operativos con su sola invocación e irrestricto en su ejercicio, necesariamente cabe concluir que cualquier condicionamiento del trámite judicial, resulta violatorio de esa garantía constitucional. Lo desarrollado no es sino la necesaria inferencia del único sentido que el derecho de acceso a la justicia tiene en la Constitución Nacional, tal como lo idearon los constituyentes de 1853, y que fue mantenido en iguales términos, sin excepciones, en las sucesivas reformas constitucionales (particularmente en la de 1994 mediante la adopción —con jerarquía constitucional— de diversos pactos y tratados internacionales que se refieren a la materia), es decir, como un derecho ejercible con prescindencia de restricciones de tipo monetario, operativo por sí mismo; y ello con el elevado fin de que la seguridad jurídica y el estado de derecho no se conviertan en ilusorios.

V.- La inaplicabilidad de la ley 5451 por su manifiesta inconstitucionalidad.

Efectuadas estas apreciaciones, surge en forma patente que los magistrados —por expreso mandato constitucional— no pueden aplicar la modificación impuesta por la citada ley 5451, ya que ella —como se explicó anteriormente— vulnera elementales normas superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

Es de aplicación, por ende, el art. 10 de nuestra Constitución Provincial, que establece expresamente que: "*Toda ley, decreto u ordenanza que imponga al ejercicio de las libertades o derechos reconocidos por esta Constitución otras restricciones que las que la misma permite o prive de las garantías que ella asegura, son nulos y no pueden ser aplicados por los jueces*".

Es que, como lo señalara la Corte Suprema de Justicia en una fórmula tradicionalmente acuñada, "es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta facultad moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles o involuntarios de los poderes públicos".

Y este control de constitucionalidad, destaco, debe ser efectuado por el propio magistrado aún sin petición de parte, ya que, a partir de los fallos dictados en las causas "Mill de Pereyra, Rita A. y otros c/ Provincia de Corrientes"[\(6\)](#) y "Banco Comercial de Finanzas s/ quiebra", el Máximo Tribunal admitió la posibilidad de que los jueces pudieran decretar de oficio la inconstitucionalidad de una norma.

VI.- Palabras finales.

Como decía Alberdi, "donde la justicia es cara, nadie la busca, y todo se entrega al dominio de la iniquidad. Entre la injusticia barata y la justicia cara, no hay término para elegir..."⁽⁷⁾. Corresponde a los jueces (que "sólo son jueces cuando actúan como jueces")⁽⁸⁾, a través del control de constitucionalidad, evitar que estas circunstancias ocurran en la realidad.

⁽¹⁾ Fallos: 192-139; 199-321, entre muchos otros.

⁽²⁾ BIDART CAMPOS, Germán, "Régimen legal y jurisprudencial del amparo", p. 14.

⁽³⁾ BIDART CAMPOS, Germán, "Manual de la Constitución Reformada", t. II, p. 289.

⁽⁴⁾ Fallos: 239:459 (La Ley, 89-531).

⁽⁵⁾ Fallos: 241:291 (La Ley, 92-632).

⁽⁶⁾ C.S.J.N., in re: "Mill de Pereyra, Rita A y otros c/ Provincia de Corrientes", en La Ley, 2001-F, 891.

⁽⁷⁾ ALBERDI, Juan Bautista, "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", cap. 16.

⁽⁸⁾ HERRENDORF, Daniel, "El poder de los jueces. Cómo piensan los jueces que piensan".

El Consejo de la Magistratura de la provincia del Chubut.

Un modelo nuevo y distinto

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: LLPatagonia 2007 (febrero), 731

Cita Online: AR/DOC/752/2007

[Consultado el 10/02/2020]

Sumario

I. Consideraciones previas. — II. Concepto y características. — III. El Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut. Un modelo nuevo y distinto. — IV. Integración, duración del mandato y forma de elección de sus miembros. — V. El Presidente del Consejo de la Magistratura. — VI. Quórum, mayoría y carga pública. — VII. Funciones. — VIII. Secretaría Permanente

I.- Consideraciones previas.

La selección y nombramiento de los jueces constituye uno de las cuestiones más delicadas y difíciles de resolver del Derecho Constitucional (1), pues no hay que olvidar que, en definitiva, lo que se busca es elegir a alguien que tenga "la misión casi divina de juzgar a sus pares sin poder abdicar de sus pasiones, de sus dolores y de sus impulsos de hombre" (2), como así también la importante tarea de declarar la inconstitucionalidad de las normas y actos emanados de otros poderes en cuanto se encuentren en pugna con los postulados de la Constitución.

Es por eso, precisamente, que se han ideado distintos sistemas en tal sentido. Y todos ellos, como no podía ser de otra manera, pretenden darle la mejor respuesta a este problema.

Es que, en definitiva, un buen método de selección coopera no sólo a mejorar la administración de justicia al dotar al Poder Judicial de integrantes más idóneos, sino que contribuye a mejorar la imagen y confianza de la ciudadanía en ese poder (3).

Sobre este tema, el profesor Néstor SAGÜES (4) realiza una clasificación sintética ("demasiado reduccionista", según sus palabras") de los métodos probados a tal fin. Ellos son:

1.) *Métodos políticos*: que "se caracterizan porque los órganos de reclutamiento son los "poderes del Estado" (Legislativo y Ejecutivo) o directamente por el pueblo, mediante comicios".

Se instrumentan de distintos modos: la fórmula clásica hace participar al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, que da el acuerdo a aquél, mientras que en otros casos los jueces son nombrados sólo por el titular del Poder Ejecutivo o por el Parlamento.

Su característica principal es que "tienden a ser discrecionales, esto es, que rehuyen de los concursos y pruebas objetivas de evaluación de los aspirantes", y su fundamento radica en el "legitimismo democrático" (se dice, al respecto, que "en un estado democrático es bueno que todas las autoridades tengan origen popular" (ya sea en forma directa o indirecta), como así también que "es también deseable que haya entre los poderes de gobierno una cierta correspondencia política", de manera tal que "la designación del Poder Judicial por el Ejecutivo y el Legislativo" dan base a "una garantía de armonía y acción conjunta") (5).

Sin embargo, estos métodos son criticados básicamente porque le restan independencia a los jueces elegidos (ya que "tarde o temprano desemboca en la designación de personas que son más adic-

tas o simpáticas a los políticos de turno", con el consabido "agradecimiento" posterior (6), como así también porque, al ser discrecionales, no tienen en cuenta el principio de idoneidad en la selección (art. 16 de la Constitución Nacional).

2.) *Métodos profesionalizados*: que "buscan una judicatura menos comprometida con los centros políticos del poder estatal, incluyendo a los partidos. También aspiran a cuadros judiciales con mayor estabilidad, idoneidad e independencia de criterio; una justicia de más calidad e imparcialidad, en síntesis, formada en base a la carrera judicial" (7).

Por ello para la selección utilizan métodos reglados (fundamentalmente técnicos, como lo es el concurso de oposición y antecedentes) y los órganos encargados de tal función no son políticos.

El problema que presentan es que son propensos a la "corporativización" y que pueden hacer que el Poder Judicial se convierta en un órgano de confrontación con relación a los restantes poderes.

3.) *Selección por los propios magistrados*: Fuera de la clasificación dada por SAGÜES encontramos también otro método que consiste en la selección por los propios magistrados. Técnicamente se denomina "cooptación", y la crítica más notoria que se le formula es que pregona la conformación de un cuerpo judicial cerrado, con asomos de casta.

"Es posible -como explica ZAFFARONI- que tenga cierto nivel técnico superior al de mera nominación política (por autoconservación de la propia élite), pero no produce jueces independientes ni imparciales, sino que tiende a producir jueces elitistas, clasistas, prejuiciosos, alejados de la comunidad y de sus problemas, refractarios a cualquier innovación progresista. La función jurisdiccional termina congelándose y cualquier creatividad se erradica" (8).

4.) *Sistemas intermedios*: Frente a los métodos enunciados "han surgido alternativas que tratan de compensar virtudes y defectos, para lo cual, sin perjuicio de intentar alcanzar una judicatura idónea, imparcial y operativa... no rehuyen la intervención directa o indirecta de ciertos entes políticos en el proceso de nominación de jueces, pero nunca de manera excluyente o monopólica, sino parcial. En definitiva, los procedimientos intermedios anhelan una judicatura profesionalizada, pero no amurallada en sí misma, ni de corte oligárquico. Intentan compatibilizar, así, democracia con eficiencia; el legitimismo republicano con el legitimismo del mérito y la imparcialidad... La receta para conseguirlo consiste en sumar a los mecanismos de profesionalización de la judicatura ...los ingredientes políticos propios del otro sistema"[\(9\)](#).

Dentro de este esquema es, precisamente, donde nace el Consejo de la Magistratura [\(10\)](#).

II.- Concepto y características.

El Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut es un organismo de integración plural (toda vez que está compuesto por representantes de distintos sectores) que tiene por función principal la de seleccionar y designar a los jueces y demás funcionarios judiciales que requieren acuerdo legislativo, mediante concurso público de oposición y antecedentes.

"Se procura, de este modo, instrumentar un sistema más legítimo y profesional en los procesos de reclutamiento y ascenso de los jueces, a fin de satisfacer los principios constitucionales de idoneidad y no discriminación, tan olvidados por los compromisos partidistas, el favoritismo, las postergaciones injustas y la búsqueda de candidatos donde las afinidades políticas superan, de vez en cuando, a la calidad e imparcialidad. Males comunes, por cierto, en numerosos países"[\(11\)](#).

Quedan excluidos de la órbita de su competencia, empero, los Ministros del Superior Tribunal de Justicia, el Procurador General y el

Defensor General, que son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura, prestado con el voto de los dos tercios del total de sus miembros (art. 166, primera parte de la Const. Prov.) (12).

Se trata de un "órgano extrapoder" con jerarquía constitucional, o sea, de una institución totalmente independiente de cualquier otro poder del Estado. Por lo tanto, si bien es cierto que la Constitución de la Provincia del Chubut ubica a este organismo en la sección del Poder Judicial, hay que destacar que no lo integra ni forma parte de sus cuadros (13).

Y tiene también otras misiones adicionales no menos importantes como lo son la de recibir las denuncias contra los magistrados y funcionarios judiciales sometidos al Tribunal de Enjuiciamiento e instruir el sumario correspondiente; evaluar el desempeño de los ingresantes al Poder Judicial al cabo de sus primeros tres años de función; designar los Jueces de Refuerzo y los Conjueces del Superior Tribunal de Justicia; dictar su propio reglamento de funcionamiento administrativo y las demás que le atribuya la ley (art. 192 de la Constitución de la Provincia del Chubut), como así también la de nombrar a los Jueces de Paz de Comodoro Rivadavia, Dolavon, El Maitén, Esquel, Gaiman, Gobernador Costa, Lago Puelo, Puerto Madryn, Rawson, Río Mayo, Sarmiento, Trelew y Trevelin, con acuerdo de los respectivos Concejos Deliberantes (art. 184 de la Const. Prov.).

III.- El Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut. Un modelo nuevo y distinto.

La nueva Constitución de la Provincia del Chubut de 1994 creó un modelo absolutamente innovador y novedoso de Consejo de la Magistratura, distinto a los existentes en el resto del país, ya que en su conformación hay "ciudadanos legos"(14), o sea, "representantes del pueblo elegidos directamente por el cuerpo electoral de la provincia"(15) o "consejeros del pueblo"(16)

Por eso, precisamente, HEREDIA se ha referido a éste como "un Consejo de base parcialmente popular"[\(17\)](#).

Debe señalarse, al respecto, que este particular diseño responde a un "auténtico fenómeno cultural, cual es la participación de la ciudadanía en el funcionamiento de las instituciones republicanas, particularmente la administración de justicia"[\(18\)](#), lo que sin lugar a dudas permite lograr una mayor "democratización" de uno de los poderes básicos del Estado que siempre se caracterizó por no contar con los rasgos que configuran a una república representativa (básicamente el carácter representativo de los funcionarios que ejercen el poder y la periodicidad de funciones) [\(19\)](#).

Con los representantes populares electivos, pues, no sólo se pretende escuchar a los justiciables (un "cuerpo extraño al sistema", como lo ha afirmado con total exactitud un autor) sino también llevar al seno del Consejo "la visión del ciudadano común, no comprometido con el estatus judicial"[\(20\)](#), lo que de alguna manera impide "que la magistratura se escude en tecnicismos que le impiden ver la realidad en que se desenvuelve"[\(21\)](#)

Además, el modelo expuesto permite acallar una de las críticas más notorias que se le formula a este sistema de selección y que es la que afirma que por lo general su composición tiene una base netamente corporativa, ya que si bien es cierto que el "modelo Chubut" no la abandona, con la incorporación de "consejeros del pueblo" le impone un condicionamiento importante [\(22\)](#)

Por ello, precisamente, el Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut diseñado por la nueva Constitución de 1994 ha recibido grandes elogios por parte de destacados juristas. Es que, de alguna manera, no sólo ha logrado darle participación a los sectores más interesados en la temática específica que aborda, sino que además -y fundamentalmente- equilibra la representación de los grupos que la integran.

No hay que olvidar, en este sentido, que "garantizar ese equilibrio es la manera más adecuada para conseguir que ese órgano sea independiente"[\(23\)](#), y el "modelo Chubut", en este sentido, ha armado un rompecabezas tal que ningún sector puede por sí imponer las decisiones.

IV.- Integración, duración del mandato y forma de elección de sus miembros.

A diferencia de lo que ocurre a nivel nacional, el constituyente "no dejó librado al legislador la composición del Consejo, las condiciones para integrarlo desde cada sector, la duración de sus mandatos, la forma de su elección y renovación, ni el sistema de elección de su presidente". Por el contrario, es la propia Constitución Provincial la que se encarga "de diseñar los aspectos más trascendentes, sobre todo el de su conformación", en un "esquema cerrado y prácticamente autosuficiente"[\(24\)](#).

Se trata de la solución correcta, pues la composición de este órgano es la que determina su éxito o su fracaso. Por lo tanto, diferir esta cuestión a la ley, como lo hace la Constitución Nacional (art. 114) [\(25\)](#), atenta contra la propia institución y permite modificar la constitución del órgano de acuerdo a las conveniencias momentáneas del partido político mayoritario de turno.

Es que, como lo señala con total exactitud HEREDIA, "ha de tenerse en cuenta que es relativamente fácil cambiar la ley según las condiciones políticas imperantes y de acuerdo a la composición de la Legislatura". Y también que "son demasiado importantes las capacidades decisorias del Consejo de la Magistratura para dejarlas libradas a las mayorías circunstanciales"[\(26\)](#).

Concretamente y en función de lo prescripto por el artículo 187 de la Constitución Provincial, el Consejo de la Magistratura del Chubut se integra con catorce [\(14\)](#) miembros que -como ya lo hemos

señalado- representan a distintos sectores de la comunidad vinculados con la administración de justicia [\(27\)](#), a saber:

1.) *El Presidente del Superior Tribunal de Justicia*: Lo integra de pleno derecho por su condición de tal y tiene una representación auténticamente institucional. Es, de alguna manera, el lazo con el Poder Judicial.

Como bien lo señaló el Máximo Tribunal provincial en un Acuerdo Ordinario, "es a todas luces claro y evidente, que el constituyente impuso la representación funcional del Superior Tribunal de Justicia ante el Consejo de la Magistratura, y por ello lo hizo en cabeza del presidente del cuerpo, quien deberá ejercer la función de consejero..." [\(28\)](#).

Es el único integrante que "se renueva anualmente" (art. 188 de la Const. Prov.), o sea, que se va turnando cada año entre los distintos miembros que lo componen (art. 165 "in fine" de la Constitución de la Provincia del Chubut).

2.) *Tres magistrados o funcionarios judiciales con rango no inferior a camarista o equivalente*: para asegurar la representación de la corporación judicial. Sin embargo, no se le ha otorgado a este sector -como sucede en otros modelos- una participación preponderante en el Consejo sino que, por el contrario, se lo equilibra con los restantes [\(29\)](#).

Los magistrados o funcionarios judiciales (que son aquellos que han necesitado el acuerdo legislativo para su nombramiento) deben ser elegidos por sus pares, aún entre los retirados y jubilados (art. 191 de la Const. Prov.), y no pueden tener un rango inferior a camarista o equivalente (art. 187 de la Const. Prov) [\(30\)](#).

Es decir que, por expresa disposición constitucional, no pueden integrar el Consejo los magistrados de primera instancia o funcionarios judiciales equivalentes, ni los jueces de paz.

El sistema de elección de los integrantes de este sector es por medio del voto secreto y a simple pluralidad de sufragios (art. 191 de la Const. Prov.). No cabe, pues, el sorteo (31).

3.) Cuatro abogados de la matrícula con una antigüedad en el título no inferior a diez años: Su representación también es necesaria atento que se trata de de "terceros interesados muy estrechamente ligados a la administración de justicia" (32), es decir, de un sector vinculado en forma inmediata con los fines que persigue esta institución.

La abogacía -vale recordarlo- cumple en esencia una función política junto con los órganos de gobierno. Enraizada con la función judicial, ambas concurren a hacer cierto y positivo el derecho de los habitantes y los Poderes del Estado (33). Representa, de alguna manera, "la otra cara de la justicia" (34).

Los abogados también son elegidos por sus pares -inclusive entre los retirados y jubilados- del mismo modo que los jueces. El acto eleccionario debe llevarse a cabo en un mismo día en cada circunscripción judicial (art. 191 de la Const. Prov.).

Tienen que tener una antigüedad mínima en el título -no en la matrícula ni con relación a su inscripción- de diez años (art. 187 de la Const. Prov.).

4.) *Un empleado no abogado del Poder Judicial con por lo menos diez años de antigüedad en el mismo:* La incorporación de un empleado judicial al seno del Consejo de la Magistratura ha recibido severas críticas. Sin embargo, como expresa HEREDIA, "es otro ciudadano que podrá sumar su opinión, acaso más cerca de la representación no corporativa" (35).

Se trata, en rigor de verdad, de escuchar la voz de "la tercera pata del Poder Judicial" (36), es decir, de otro sector muy cercano a la administración de justicia que expresará con legitimidad su interés desde lo interno.

El empleado judicial -que no puede ser abogado, para evitar el desequilibrio en la representación- también tiene que tener por lo menos diez años de antigüedad como tal (art. 187 de la Const. Prov.), y es elegido "mediante elección" que practican los mismos empleados judiciales "en toda la Provincia" (art. 191, cuarto párrafo de la Constitución Provincial).

5.) *Cinco ciudadanos no abogados y no empleados judiciales, que reúnen los requisitos exigidos para ser elegidos diputados:* Se trata, como vimos, de la gran innovación que hace el "modelo Chubut" del Consejo de la Magistratura.

La integración del Consejo con representantes populares se basa en el elemental principio republicano de que todos los poderes emanan del pueblo. Pretende, por lo tanto, "democratizar" y otorgarle mayor legitimidad al Poder Judicial, órgano que siempre se caracterizó por su carácter "contramayoritario" (37).

Debe tratarse de "ciudadanos no abogados y no empleados judiciales" (art. 187 de la Const. Prov.). Esta exigencia, como vimos, responde a la necesidad de mantener el equilibrio en la representación y de evitar incorporar a otros integrantes que ya tienen participación en el Consejo.

José LEONARDH y Silvina M. GLATIGNY, empero, no sólo critican la incorporación de ciudadanos legos en el Consejo de la Magistratura argumentando que por estar desprovistos de conocimientos técnicos básicos no están en condiciones de examinar a los postulantes, sino que además señalan que esta cláusula es discriminatoria ya que "elimina a los abogados y empleados judiciales como portavoces de los ciudadanos ante el Consejo". "Concretamente -siguen diciendo- para esos fines dejaron de ser ciudadanos" (38).

Entiendo, en este sentido, que la Constitución Provincial, lejos de vulnerar el principio de igualdad, lo que hace es efectuar una reglamentación razonable. Lo que pretende no es darle trato de infe-

rioridad a un grupo de personas (en este caso, a los abogados y empleados judiciales) sino, por el contrario, evitar la "corporatización" de un órgano trascendente para el destino de las instituciones. La finalidad perseguida, pues, no es la de limitar derechos a un grupo de ciudadanos, sino -como dije- la de evitar que tengan una representación mayor que la de los otros sectores involucrados. Y el medio utilizado responde específicamente a este criterio, lo que hace que no sea arbitrario.

Por lo demás, hay que advertir que ellos no quedan sin voz en el Consejo, ya que por expresa imposición constitucional habrá varios miembros que los representen, circunstancia que inclusive no se da con relación a otros grupos de la sociedad.

De igual manera, y con relación al planteo de falta de conocimientos técnicos, me animo a repetir que "la comprensión de la problemática social de la Provincia, que afecte al servicio de Justicia, puede ser mejor merituada y resuelta por el hombre común, que aún sin disponer de los conocimientos técnicos específicos, se encuentra consustanciado con el reclamo de la sociedad". Además, en el caso del consejero popular "el carácter de su representación deviene de un respaldo popular conseguido en las urnas, lo que le otorga responsabilidad superlativa ante el conjunto social"[\(39\)](#). Aportan, pues, una mirada distinta [\(40\)](#).

Estos "consejeros populares" deben reunir los requisitos exigidos para ser diputado, es decir, ser argentino, con cinco años de ejercicio de la ciudadanía en el caso de los naturalizados, y mayor de edad (art. 125 de la Const. Prov.).

Son elegidos "en oportunidad de las elecciones generales, de una lista de candidatos no necesariamente partidarios que presenta cada agrupación política interviniente en el acto eleccionario a nivel provincial. El Poder Ejecutivo provee lo necesario a esos fines" (art. 191, tercer párrafo de la Constitución Provincial).

Como se ve, puede aspirar a esta función un ciudadano independiente, es decir, no afiliado a ningún partido político, aunque tampoco hay ningún impedimento si lo es.

La postulación, empero, sí o sí deberá hacerse a través de la boleta de alguna agrupación política que participe en el acto electoral a nivel provincial (41).

En todos los casos se eligen titulares, que no pueden pertenecer a la misma circunscripción judicial (42), y sus suplentes, bajo los mismos requisitos y condiciones (art. 191, último párrafo de la Const. Prov.).

Para todos los consejeros, además, se requiere no menos de cuatro años de residencia efectiva en la provincia (art. 187 "in fine" de la Const. Prov.). Ello, a fin de que estén consustanciados con la realidad local y con las necesidades que tiene cada una de las circunscripciones judiciales.

Comparto con ARAZI que la conformación heterogénea del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut ("parcialmente corporativa y parcialmente popular, como lo destaca CANERO (43)) a la que confluyen distintas personas de diversa extracción constituye un verdadero ejemplo ya que no sólo lo convierte en un órgano verdaderamente democrático sino también alejado de toda presión política. Como puede observarse, se descartó la presencia de representantes del Poder Ejecutivo y de la Cámara de Diputados, solución que sí adoptan otros textos constitucionales (44), y "si bien lo integra el presidente del Superior Tribunal, no necesariamente lo preside" (45).

Además, esta "composición peculiar" -utilizo ahora palabras de LOBOS (46)- permite "recoger las distintas miradas que de los distintos lugares tengan todos los actores de la sociedad y de esta forma contribuir al fortalecimiento institucional" (47).

El cuerpo se renueva por mitades cada bienio (art. 188 de la Const. Prov.), lo que tiende a buscar una representación lo más actua-

lizada y genuina posible. Además, estimula el sano juego político y previene contra los hegemonismos [\(48\)](#).

Con excepción del Presidente del Superior Tribunal de Justicia -que, como vimos, cambia cada año - los miembros del Consejo de la Magistratura duran cuatro años en sus funciones y no pueden ser reelectos en forma consecutiva (art. 188 de la Const. Prov.).

Esto es así porque, como bien lo explica HEREDIA, "hay que apreciar que el Consejo es un órgano que ejerce verdadero poder, y que, como todo poder, debe ser controlado y limitado. Por esa razón el constituyente de Chubut inteligió esas limitaciones" [\(49\)](#).

Finalmente, la Constitución de la Provincia del Chubut también indica que "los reemplazantes deben tener idéntica representación que los integrantes a los que suceden" (art. 188 de la Const. Prov.). Ello, con el objeto de conservar el equilibrio de representación que pregonaba el modelo.

V.- El Presidente del Consejo de la Magistratura.

La importante y estrecha relación que tiene este organismo con el Poder Judicial determina que muchos modelos le otorguen la presidencia del Consejo al Presidente del máximo Tribunal de Justicia.

El constituyente provincial -emper- optó por una solución distinta y estableció que el Presidente del Consejo debe ser designado por sus miembros a simple pluralidad de sufragios.

"A simple pluralidad de sufragios" significa que el consejero que obtenga más votos en oportunidad de practicarse la elección, sin importar el porcentaje ni la diferencia con su seguidor, es quien será consagrado para este importante cargo.

De esta manera, se prefirió "dejar a la decisión soberana, y por procedimientos democráticos del propio Consejo de la Magistratura, la elección de su Presidente"(50).

Además, y más allá del argumento citado, es indudable que también se tuvo en cuenta una realidad insoslayable para llegar a este resultado: el Presidente del Superior Tribunal de Justicia cumple una función institucional destacadísima y, por lo tanto, es obvio que no tiene todo el tiempo necesario para dedicarse plenamente a la gran cantidad de actividades que insume el rol de presidente de este Cuerpo, más aún si tenemos en cuenta la complejidad y cantidad de actividades desplegadas por este organismo.

Por ello, precisamente, se adoptó esta alternativa novedosa que presenta, a su vez, una característica importante: otorga la posibilidad a los representantes populares y al de los empleados judiciales de acceder a dicho cargo, lo que sin lugar a dudas representa toda una novedad y un cambio copernicano para aquellos que están imbuidos en el sistema tradicional.

VI.- Quórum, mayoría y carga pública.

Se denomina quórum al número mínimo de miembros presentes que se exige para que sean válidas las deliberaciones y las decisiones adoptadas.

En una primera época se usó sólo con referencia a organismos políticos o de Derecho Público, pero en la actualidad se emplea en relación a cualquier cuerpo colegiado.

La Constitución de la Provincia del Chubut establece que el quórum para que el Consejo de la Magistratura pueda sesionar (es decir, deliberar válidamente y adoptar resoluciones) es de ocho miembros. O sea, requiere la asistencia necesaria de la mitad más uno de todos los integrantes del Cuerpo.

La exigencia de un quórum corresponde al deseo de asegurar al Consejo un carácter suficientemente representativo.

En cuanto a las mayorías, la Constitución señala que las resoluciones del Cuerpo se toman por mayoría simple, esto es, la que conforme el mayor número de los miembros presentes. Se elige, pues, la opción que obtenga más votos que las demás.

No debe confundirse con la mayoría absoluta, que se configura cuando concurren más de la mitad de los votos de los miembros totales de un cuerpo.

Finalmente, la Ley Suprema Provincial también señala que la asistencia de los miembros a las reuniones del Consejo es "carga pública", o sea, que constituye una "prestación personal irrenunciable que, en beneficio del Estado, se impone con carácter gratuito" (51) y obligatorio a los particulares (52).

"Siempre -nos enseña PEARSON- para contemplar las necesidades colectivas que debe cubrir conforme a su teleología, el Estado ha menester del elemento humano. Y recurre a éste de dos maneras: por un lado, en lo que sería su vía normal, la "fórmula universal del Derecho Público" en la expresión de Mayer, obteniendo la aquiescencia del individuo para ingresar en los cuadros de su personal, como agente; de otro lado, y esto es la excepción, forzando al particular a que desempeñe la función: es la carga pública personal, de nuestro Derecho, la "obligación del servicio forzado del Derecho alemán"; es el "requisado", referido ahora a la persona, del Derecho Frances" (53).

De esta manera, "la inasistencia a las sesiones debería justificarse sólo por causas de extrema gravedad, porque de no ser así jurídicamente se produce la violación del deber de cumplir la Constitución del artículo 66 inciso 1º, asentada en dos vías: a.) por el órgano al permitirlo y b.) por el consejero ausente" (54).

VII.- Funciones.

Las funciones encomendadas al Consejo de la Magistratura son las siguientes:

a.) Selección y designación de magistrados y funcionarios judiciales: La función esencial y más importante que tiene el Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut es la de seleccionar y designar a los magistrados y funcionarios judiciales que requieren acuerdo legislativo, con excepción de los miembros del Superior Tribunal de Justicia.

La Constitución Provincial, en este sentido, lejos de delegar el tema en la ley respectiva, reglamentó en forma precisa el procedimiento que debe llevarse a cabo a tal fin.

El método técnico a utilizar es el concurso de oposición y antecedentes (55), que es el más idóneo para eliminar la desigualdad y el favoritismo para acceder a la función judicial.

Es que, como dice ZAFFARONI, es "el único procedimiento democrático conocido para seleccionar los candidatos técnicamente más calificados para cualquier función que requiere un alto grado de profesionalidad. Es el único método que garantiza el control público y que si bien no garantiza siempre que accedan los mejores, por lo menos excluye con certeza a los peores" (56).

El concurso público, pues, es la antítesis de "los mecanismos no republicanos de reclutamiento de jueces" que "se basan en la selección autocrática, esto es, la fundada en la mera voluntad discrecional del gobernante, no sometida a mayores condicionamientos jurídicos" "Sólo merced a un procedimiento normado donde el interesado pueda presentarse y requerir la comprobación de sus cualidades respecto de los otros candidatos, es dable satisfacer íntegramente los aludidos valores de igualdad, idoneidad y legalidad" (57).

Como el camino que concluye con el concurso comprende toda una serie de actividades previas al mismo, el inciso primero del art. 192 de la Constitución Provincial delegó en el Consejo proveer todo lo necesario para tal fin.

El concurso debe ser, en primer lugar, abierto (art. 192, primer párrafo de la Const. Prov.), es decir, debe permitirle a todos los profesionales que deseen presentarse hacerlo en un pie de igualdad, sin ningún tipo de discriminación.

Además, y con el objetivo de que el proceso sea lo más transparente posible, la Constitución Provincial también exige que ese concurso sea público (art. 192, primer párrafo).

Esta obligación tiene por finalidad principal lograr un correcto control de la actividad desplegada por el Consejo y evitar situaciones oscuras.

Es que, como es sabido, "la publicidad... no es sino un mecanismo de control... que tiene como contrapartida el reaseguro que, el poder -controlado por la ciudadanía- derivará en el ejercicio responsable y no abusivo del mismo" [\(58\)](#). Es "un medio para impedir que los delegatarios de la soberanía abusen de su ejercicio en daño del pueblo a quien pertenece", "es la garantía de las garantías... El pueblo debe ser testigo del modo como ejercen sus mandatarios la soberanía delegada en él. Con la Constitución y con la ley en sus manos, él debe llevar cuenta diaria a sus delegados del uso que hacen de sus poderes. Tan útil para el gobierno como para el país, la publicidad es el medio de prevenir errores y desmanes peligrosos para ambos" [\(59\)](#).

Se trata, entonces, de una exigencia constitucional que tiende a brindar transparencia y que pone a los consejeros en examen frente al pueblo.

El concurso, por otra parte, debe ser de oposición y antecedentes. La oposición consiste, generalmente, en un coloquio y/o en

un examen escrito en el cual el aspirante tiene oportunidad de demostrar sus conocimientos o habilidades. Los antecedentes, por su parte, se refieren a los estudios cursados, a los empleos o funciones de carácter público o privado desempeñadas con anterioridad, al ejercicio en la docencia, a la participación en instituciones científicas o profesionales, a las conferencias dictadas o a los congresos, mesas redondas o cualquier otro acto científico o técnico en el cual el candidato haya participado, a los trabajos publicados y a cualquier otro dato objetivamente comprobable en orden al desempeño laboral y profesional.

Para cumplir con la misión encomendada y especialmente para ser asesorado en la oposición, el Consejo de la Magistratura "puede requerir la colaboración de juristas reconocidos en el país" (art. 192, primer párrafo de la Const. Prov.).

Vale destacar que "en la vida de la institución, muchos han sido los juristas que han asesorado al Cuerpo..., enriqueciendo con su participación y dictámenes la deliberación y objetivando la decisión en cuanto a la selección"[\(60\)](#).

La opinión de los juristas invitados, empero, no es vinculante para el organismo ni para los consejeros.

Luego de haber tomado los exámenes correspondientes, el Consejo "juzga en instancia única y sin recurso en el concurso para nombramientos de magistrados y funcionarios judiciales" y "elabora un orden de mérito" (art. 192, segundo párrafo de la Constitución Provincial).

Demás está decir que este órgano debe fundamentar convenientemente sus decisiones, refiriendo y relacionando los antecedentes de cada postulante, el resultado de los concursos y de las entrevistas personales que dispusiera, la opinión de los juristas intervinientes en su caso, y todo otro elemento de juicio que sustente el orden de mérito que confecciona.

Como se ve, la Constitución de la Provincia del Chubut deja señalada la vigencia del principio de "no revisión", en sede judicial, de las decisiones del Consejo de la Magistratura dada la naturaleza política-institucional de las mismas [\(61\)](#).

Esta circunstancia, empero, tiene que ser interpretada correctamente, ya que en rigor de verdad debe distinguirse entre lo que es decisión del órgano competente y lo que es judicialmente controlable.

Lo que el Poder Judicial no puede hacer es revisar "la evaluación de los concursos que haga el Consejo" [\(62\)](#). Esa decisión - acertada o no- es irrecurrible. Todo lo demás: revisar si el órgano ha actuado con competencia; si ha respetado los límites impuestos por la Constitución o por la ley; si ha permitido el acceso en igualdad de oportunidades; si ha cumplido con el procedimiento preestablecido, está sujeto al control por parte de la judicatura ante la petición expresa de parte interesada [\(63\)](#).

Luego de tomar la resolución respectiva el Consejo de la Magistratura tiene que someter "el pliego del candidato seleccionado a la Legislatura", a los efectos de que este órgano otorgue el pertinente acuerdo (art. 193, tercer párrafo de la Const. Prov.).

Es decir que la designación de los jueces constituye un acto complejo, circunstancia que deja al desnudo la intención del constituyente de "sustraer tales designaciones a la voluntad de un solo cuerpo" [\(64\)](#).

El acuerdo debe ser prestado por el Poder Legislativo provincial "en sesión pública" (para garantizar la transparencia de la resolución que se adopte a tal fin), la que debe "celebrarse dentro de los treinta días corridos del ingreso del pliego respectivo". Sin embargo, "se considera aprobado si transcurrido dicho plazo no hay decisión afirmativa de la Legislatura o si no es rechazado mediante el voto fundado de los dos tercios del total de sus miembros" (Art. 166, segunda parte de la Const. Prov.) [\(65\)](#).

Varias consideraciones se imponen al respecto. En primer lugar, que el rechazo del pliego exige una mayoría calificada, es decir, por encima de la votación requerida para la mayoría absoluta.

El que se solicite una mayoría calificada implica la necesidad de ampliar el consenso entre las fuerzas políticas integrantes. Se basa en la trascendencia de la cuestión y quiere lograr que dicho rechazo obedezca a una circunstancia verdaderamente importante, como así también que el mismo no quede a merced de una mayoría circunstancial.

En segundo término, debe destacarse que la Constitución Provincial se pronuncia respecto a un tema crucial como lo es, precisamente, el de la falta de expresión, en tiempo y forma, por parte de la Legislatura Provincial.

En efecto: es sabido que en el orden jurídico en particular y desde antaño, la problemática del silencio concita el interés y la preocupación de los estudiosos del Derecho, aunque los doctrinarios abocados a su análisis casi siempre han disentido en sus posiciones, ya que, importando el silencio la ausencia momentánea de manifestación externa, resulta sumamente difícil poder relacionar tal expresión con alguna situación antecedente y, al propio tiempo, asignarle causalmente un consecuente. Es más: en todas las épocas la problemática del silencio fue objeto de ríspidas discrepancias entre los que sostenían la regla romana según la cual "quien calla no necesariamente confiesa", y los que propugnaban el precepto canónico según el cual "quien calla da la impresión que consiente".

En nuestro país, el art. 919 del Código Civil le atribuye expresamente al silencio el alcance de una manifestación positiva de voluntad, "cuando haya una obligación de explicarse por ley".

Pues bien: basándose en ese principio, el constituyente provincial ha establecido que el silencio opera como una manifestación tácita de la voluntad, presumiendo -sin admitir prueba en contrario-

que la Legislatura ha prestado el referido acuerdo si no se expresa dentro de los treinta días corridos del ingreso del pliego respectivo.

Finalmente, debe destacarse que el rechazo, en su caso, debe ser fundado.

En este sentido, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, en la causa caratulada "Consejo de la Magistratura s/. Denuncia conflicto de poderes" (Expte. N° 15.463-C-1996" dijo que "tal recaudo importa una novación fundamental que es imprescindible al sistema establecido: si se requiere un procedimiento concursal, ante un órgano de jerarquía institucional, si la finalidad es la selección objetiva de los mejores, el órgano político, llamado a completar el proceso de designación, no puede rechazar arbitraria o irrazonablemente al candidato, so riesgo de socavar el sistema. La discrecionalidad política... debe exponerse, y queda así atrapada implícitamente en la unicidad del ordenamiento jurídico. Se enrola así la Constitución Provincial en las modernas tendencias que encorsetan la discrecionalidad "dentro" del derecho... La importancia de los fundamentos queda manifiesta, en tanto que en su mérito se habrá de determinar la "justiciabilidad" del acto. Podrá discutirse luego, si las razones que se expongan responden a la atribución de valoración política privativa del cuerpo deliberante, si se acomoda al principio de razonabilidad, límite natural de la discrecionalidad, o si están en concordancia o no con el sistema, y discernirse cual es la vía apropiada para instar la revisión..."(66).

Una vez obtenido el acuerdo respectivo (en forma expresa o tácita) (67), el juez letrado, fiscal o defensor seleccionado debe ser designado por el Consejo de la Magistratura (art. 166 de la Const. Prov.) (68).

Tal designación se hace a través de una acordada, que "es el instrumento por el cual se formalizan las decisiones del organismo, y en el caso, son consecuencia de la selección como resultado del concurso y del acuerdo legislativo correspondiente"(69).

b.) *Procedimiento sumarial*: Otra de las funciones que le asigna la Constitución Provincial al Consejo de la Magistratura es la de recibir "denuncias sobre delitos, faltas en el ejercicio de sus funciones, incapacidad sobreviniente o mal desempeño, formuladas contra magistrados y funcionarios judiciales sometidos al Tribunal de Enjuiciamiento. Instruye el sumario correspondiente a través del miembro que se sorte, con exclusión del consejero representante de los empleados judiciales debiendo intervenir la Secretaría Permanente y con garantía del derecho de defensa, elevando las conclusiones del sumario al Superior Tribunal de Justicia o al Tribunal de Enjuiciamiento según corresponda" (art. 192, cuarto párrafo de la Const. Prov.).

Como fueron diversas las interpretaciones que se hicieron en torno a esta atribución constitucional y no existía inclusive una postura unánime entre los distintos órganos vinculados con el procedimiento disciplinario de magistrados y funcionarios, en la sesión del día 12 de agosto de 2002 el Consejo dejó consagrado el siguiente principio: "Debemos acordar que la función encomendada al Consejo de la Magistratura por el art. 192, inc. 4º de la Constitución Provincial, es la de substanciar un sumario, con recopilación de prueba y elementos indiciarios, siendo un procedimiento determinado y con un plazo muy acotado de noventa días corridos... El Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut no tiene facultad de acusar ante el Tribunal de Enjuiciamiento, como en el orden nacional, sólo la de remitir las actuaciones para la celebración del juicio político, que se substanciará si éste organismo lo determinada pertinente. La investigación sumarial encomendada al Consejo de la Magistratura, resulta una mera recopilación de datos y elementos indiciarios, y como dijera la comisión citada, con un amplio margen de discrecionalidad respecto del procedimiento a seguir, propia de la índole política de este tipo de procesos, que permitan con una valoración prudente y ponderada, interpretar, si a criterio del plenario, existe mérito para que el Tribunal de Enjuiciamiento realice el juicio político por el procedimiento establecido por la ley... Su decisión no es vinculante y, únicamente, abren el

mecanismo de aplicación de sanciones o de la destitución como si se tratara de una acusación directa..."(70).

Se trata, pues, de una especie de "pre-procedimiento"(71) de carácter especial y discrecional que no es "ni un sumario administrativo ni un proceso instructorio penal"(72). Sólo tiene por objeto recolectar prueba e indicios para determinar si existió un delito o falta en el ejercicio de las funciones, o incapacidad sobreviniente o mal desempeño. Y, en tal caso, abrir una etapa posterior (73).

Queda bien en claro, entonces, que el Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut no juzga ni sanciona. Sólo instruye e investiga las denuncias formuladas en contra de magistrados y funcionarios judiciales.

El referido sumario debe ser instruido a través del miembro que se sortee y con intervención de la Secretaría Permanente. La Constitución, empero, excluye para esta función -por razones obvias- al consejero representante de los empleados judiciales (74).

En todos los casos se debe asegurar el derecho de defensa del juez o funcionario cuestionado, lo que guarda estricta correspondencia con lo dispuesto por el art. 44 de la Constitución Provincial, que declara inviolable tal prerrogativa "en todo procedimiento o proceso de naturaleza civil, penal, laboral, administrativo, fiscal, disciplinario, contravencional o de cualquier otro carácter".

Debe tenerse en cuenta, empero, que "es al cuerpo del organismo, denominado plenario, al que la Constitución de la Provincia del Chubut le encomienda la tarea de efectuar las conclusiones de los sumarios..., sólo que por razones operativas es un consejero el encargado de recopilar la prueba necesaria para tomar una correcta decisión"(75).

Por lo tanto "las conclusiones del instructor no son vinculantes sino meramente orientativas, habilitando la discusión en el plena-

rio" (76). Es la totalidad del Consejo el que debe decidir la suerte final de la instrucción.

Es decir que -como bien lo destaca LOBOS- es "la resolución del pleno (la que) canaliza el lugar de destino de las actuaciones" (77). Si la cuestión es menor se enviará al Superior Tribunal de Justicia para que éste -en ejercicio de su poder de superintendencia- evalúe la aplicación de una sanción, y si es mayor al Tribunal de Enjuiciamiento para que éste -si lo juzga pertinente- abra el mecanismo de enjuiciamiento (78).

Sin embargo, también puede ocurrir que de la instrucción surja la inexistencia de las causales indicadas en el artículo, en cuyo caso corresponderá el archivo de las actuaciones.

c.) Procedimiento evaluativo: El Consejo de la Magistratura debe también evaluar "el desempeño y aptitudes personales de los magistrados y funcionarios ingresantes al Poder Judicial al cabo de sus primeros tres años de función. En caso de resultar insatisfactorio eleva sus conclusiones al Superior Tribunal de Justicia o al Juzgado de Enjuiciamiento a sus efectos" (art. 192, sexto párrafo).

Sobre la cabal interpretación que debe hacerse de esta manda constitucional los miembros del primer Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, en la sesión del día 25 de abril de 1996, señalaron lo siguiente: "Sobre este particular hubo coincidencia en que los constituyentes consagraron la inamovilidad permanente de los magistrados y funcionarios judiciales, más allá de las discusiones sobre este aspecto que transitaron tanto por espacios públicos como dentro del mismo seno de la Convención. El rol del Consejo de la Magistratura, por tanto, es el de revisar el desempeño de un magistrado o funcionario que ingresa al Poder Judicial en un cargo de aquellos que requieren acuerdo legislativo y, cumplida esta encomienda, emitir un juicio de satisfacción o insatisfacción. En el primer caso, esta decisión que se comunica al Superior Tribunal de Justicia, no tiene otra trascendencia y se agota en sí misma. En el segundo, es necesario hacer un segundo

juicio sobre el disvalor de las acciones que se juzgan como insatisfactorias y si este disvalor es grave, a punto tal que se advierte una causa obstativa para que el examinado continúe en el desempeño de sus funciones, la comunicación, con sus antecedentes, debe ser hecha al Tribunal de Enjuiciamiento. Por el contrario, si el disvalor no llega a este punto, y amerita reexamen por parte de la autoridad de superintendencia, a fin de que administre, si comparte el juicio, correctivos y sanciones, la remisión habrá de hacerse al Superior Tribunal de Justicia".

Es decir que no estamos en presencia de un supuesto de inamovilidad transitoria (79). Tampoco se trata "de una confirmación que suspenda la designación ad vital hasta su obtención, como el período de noviciado en la designación de funcionarios sin acuerdo, sino de una evaluación integral en un tiempo donde, según estima el constituyente, el designado debería haber logrado un asentamiento en la función"(80).

El procedimiento evaluativo previsto por este artículo es, en realidad, un reaseguro que establece la Constitución Provincial como forma de garantizar el principio de idoneidad.

Se trata, en rigor de verdad, de una investigación que tiene por objetivo determinar el desempeño funcional que ha tenido el magistrado o funcionario judicial a lo largo de esos tres años y de incitar los mecanismos constitucionales de sanción o remoción en los casos que así lo ameriten.

Lo que decida el Consejo -según HEREDIA- es vinculante para los poderes públicos (81). PEREZ GALIMBERTI, en cambio, se manifiesta en sentido contrario, argumentando que "si los constituyentes hubiesen deseado otorgar al juicio del Consejo este efecto, hubieran previsto expresamente la facultad sin remisión a otros organismos con competencia atribuida constitucionalmente"(82).

¿Este procedimiento se aplica a todos los jueces y funcionarios o quedan exceptuados del mismo aquellos que llevan más de tres años en el Poder Judicial y son designados en otra función?

El problema, en realidad, se basa en la palabra "ingresantes" que utiliza el artículo en comentario, ya que tal calidad la ostenta quien entra a formar parte de una institución, pero no aquél que ya se viene desempeñando en ella.

Creo, en este sentido, que más allá de la literalidad debe hacerse una interpretación teleológica y, por lo tanto, tenerse en cuenta la finalidad perseguida por la norma. Lo que se pretende es evaluar las condiciones de un juez o funcionario en la función específica para la cual ha sido designado. Por lo tanto, todo aquel que haya sido designado en una nueva función -independientemente de desempeñarse o no en otro cargo- debe ser evaluado conforme lo prevé el art. 192 de la Constitución de la Provincia del Chubut (83).

d.) Otras funciones: La Constitución de la Provincia del Chubut también le asigna al Consejo de la Magistratura otras funciones, como por ejemplo:

a.) Nombrar a los Jueces de Paz de Comodoro Rivadavia, Dolavon, El Maitén, Esquel, Gaiman, Gobernador Costa, Lago Puelo, Puerto Madryn, Rawson, Río Mayo, Sarmiento, Trelew y Trevelin, con acuerdo de los respectivos Concejos Deliberantes (art. 184 de la Const. Prov.).

b.) Designar los Jueces de Refuerzo y los Conjueces del Superior Tribunal de Justicia. Los Jueces de Refuerzo son otra innovación de la Constitución de la Provincia del Chubut. Tienen como misión "dictar sentencias a fin de descongestionar la sobrecarga y desigualdades en el número de causas en trámite" (art. 182 de la Const. Prov.).

Los conjueces, en cambio, son abogados que, sin pertenecer a la organización judicial, son llamados a suplir a los miem-

bro integrantes del Poder Judicial en los casos en que éstos -por excusación o recusación- no pueden intervenir.

c.) Dictar su propio reglamento de funcionamiento administrativo.

d.) Las demás que le atribuya la ley (art. 192 de la Constitución de la Provincia del Chubut).

VIII.- Secretaría Permanente.

El Consejo de la Magistratura tiene una Secretaría que actúa con carácter permanente, la que se incluye en el presupuesto del Poder Judicial, pero sólo tiene dependencia del propio Consejo. Es la encargada de recibir las inscripciones para los concursos de nombramientos de magistrados y funcionarios judiciales, como así también las denuncias contra miembros del Poder Judicial sometidos al Tribunal de Enjuiciamiento (art. 193 de la Const. Prov.)

Su titular, que se denomina Secretario, debe reunir los requisitos para ser juez letrado, es decir, ser ciudadano argentino, tener título de abogado y acreditar cuando menos siete años de ejercicio como tal, como magistrado o como funcionario judicial (art. 164 de la Const. Prov.).

Es designado y removido por el pleno del Consejo y desarrolla su actividad con dedicación absoluta; su cargo es incompatible con cualquier puesto, profesión o actividad, públicos o privados, por cuenta propia o ajena, retribuidos o no, a excepción de la docencia universitaria o la mera administración del patrimonio personal o familiar. Le son aplicables las incompatibilidades específicas de los jueces (art. 21 de la ley provincial N° 4086).

(1) Ver, al respecto, LINARES QUINTANA, Segundo: "Tratado de la ciencia del derecho constitucional", p. 424, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires.

(2) COUTURE, Eduardo: "La Justicia Inglesa", en "Estudios de Derecho Procesal Civil", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1948, t. I, p. 147. Por eso este autor también señalaba que el problema del nombramiento del juez resulta ser, en definitiva, el que acucia a la Justicia, desde que "la elección de los hombres que componen la magistratura depende la suerte de la misma" (citado por SOSA, Gualberto Lucas: "El derecho transnacional, constitucional y público provincial: la selección de los jueces y la independencia del Poder Judicial", en LA LEY, 1991-E,928). Ya lo decía Juan Bautista ALBERDI: "quien hace al juez, hace la Justicia".

(3) Transcribo al respecto lo que dice María Cecilia MAIZA ("El papel del jurista invitado en el Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut", en Boletín N° 3, Año 2, julio de 2000, Programa de extensión cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, p. 9). Omito las comillas porque he hecho al texto algunas variantes insignificantes, pero sustancialmente debe considerárselas puestas.-

(4) SAGÜES, Néstor P.: "El Consejo de la Magistratura y su inserción en el régimen de reclutamiento de jueces", en JA, 1989-IV-890. Un análisis de los procedimientos de selección utilizados en el derecho comparado puede verse en SABSAY, Daniel A. y ONAIN-DIA, José M., "La Constitución de los argentinos", Ed. Errepar, Buenos Aires, 1994, ps. 350 y 351. Sobre este tema también puede consultarse SAGÜES, Néstor P.: "Reforma Judicial. Los sistemas de designación de magistrados y la escuela judicial en el derecho argentino y comparado", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978.

(5) Idem., p. 891.

(6) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Dimensión política de un Poder Judicial democrático", en ED, 149-857.

(7) SAGÜES, Néstor P., "El Consejo de la Magistratura y su inserción...", op. cit., p. 893.

(8) ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Dimensión política de un Poder Judicial democrático", op. cit., p. 866.

(9) SAGÜES, Néstor P., "El Consejo de la Magistratura y su inserción...", op. cit., p. 893.

(10) Sobre este tema, ver especialmente: CAFFERATA, Fernando José: "El Consejo de la Magistratura y la necesaria renovación del Poder Judicial", en LA LEY del día 2 de abril de 1997, p. 7; SAGÜES, Néstor P.: "El Consejo de la Magistratura", en ED, 113-850, "Variables y problemáticas del Consejo de la Magistratura en el reciente constitucionalismo latinoamericano", en ED, del día 20 de febrero de 1995, p. 1 y "La naturaleza del Poder Judicial y su influencia en los mecanismos de selección de magistrados", en JA, 1979-II-771; BENET, Armando: "Sistema de designación de los jueces en el derecho argentino y comparado", en LA LEY. 1991-A, 831; DANA MONTAÑO, Salvador: "Acerca de la designación de magistrados", en JA, 1979-II-768; SOSA, Félix: "La selección de los jueces y el derecho público provincial", en LA LEY, 1985-C, 1172; BERIZONCE, Roberto: "Designación de jueces y funcionarios judiciales", en Revista de Estudios Procesales, N° 14, Rosario, 1939, pág. 75; BIANCHI, Alberto: "El Consejo de la Magistratura. (Primeras impresiones)", en LA LEY, del día 6 de diciembre de 1994, p. 1 y ZALDIVAR, Enrique: "Hacia una reforma integral de nuestro sistema de nombramiento de los funcionarios judiciales", en Revista del Colegio Público de Abogados de Buenos Aires", 1944, tomo XXIII, N° 1, p. 34.

(11) SAGÜES, Néstor P.: "El Poder Judicial en la reforma constitucional", en A.A.V.V.: "Reforma Constitucional", Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 51. Estas son, en rigor de verdad, las razones de ser de esta institución: transparentar la elección de los magistrados, elegir al mejor entre los mejores, evitar la nociva incidencia del factor meramente político como instancia determinante en tales designaciones, y otorgarle mayor independencia al Poder Judicial. Es decir, se pretende desterrar el mero discrecionalismo como criterio selector, llevando a los más capaces o de mayores merecimientos la idea de que toda prueba de idoneidad será a la postre recompensada, y al pueblo en general la seguridad de que las funciones del Estado se hallan en manos de gente escogida mediante pautas objetivas de valoración. En contra de la introducción de los Consejos de la Magistratura ver "Reforma Constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para

la Consolidación de la Democracia" (Ed. Eudeba, p. 63), donde se afirma que ella ha sido negativa, ya que ha conducido a un enquistamiento del Poder Judicial, a la consolidación de una suerte de "establishment" de los jueces, impermeable a razonables sugerencias originadas en las cambiantes necesidades de la sociedad.

(12) La razón de ser de esta diferencia radica en la circunstancia de que la provisión de estos cargos está vinculada a razones de alta política. Y por eso, precisamente, estos nombramientos también quedan excluidos de las exigencias del concurso. "La atribución es decididamente política y (el Poder Ejecutivo) puede ejercerla bajo parámetros discrecionales en la apreciación de las calidades jurídicas y la cosmovisión que el candidato sustenta acerca de las políticas globales -y no partidarias- requeridas para el cumplimiento cabal de la Constitución... Tanto en la designación como en los acuerdos, pueden prevalecer criterios relacionados con las concepciones del candidato en materia de política global, derechos humanos, garantías personales, sistemas de interpretación del derecho. Pero, se espera que no interfieran razones partidarias o de reparto y compensaciones entre mayorías y minorías políticas" (GELLI, María Angélica: "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada. 2ª. Edición ampliada y actualizada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, ps. 709 y 710).

(13) En la Provincia del Chubut hay acuerdo entre los autores que han escrito sobre el tema respecto del carácter mencionado de este órgano. Una crítica a los órganos extrapoderes puede verse en SPOTA, Alberto Antonio: "Lineamientos de la ley reglamentaria del Consejo de la Magistratura. Artículo 114 de la Constitución Nacional", en L.L. del día 19 de marzo de 1996, pág. 1, y en DROMI, Roberto: "La reforma constitucional: más y mejor república", en AA.VV.: "Reforma Constitucional", Ed. Ciudad Argentina, Bs.As., 1994, pág. 74, quien afirma que "si el Consejo de la Magistratura es un órgano extra-poder, entonces el órgano judicial que es un poder, va a depender de un órgano extra-poder. Es como decir que el sol depende de la luna... es hacer depender un poder del Estado de una isla, de una ínsula, de un islote de poder... es realmente una anarquía en el sistema institucional". También puede verse otra crítica, aunque ya con relación a nuestra provincia, en LEONARDH, José y GLATIGNY, Sil-

vina M. ("Supremacía de la Constitución y el Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut", Ed. de los autores, Comodoro Rivadavia, 1996, p. 79): "Dentro de la organización constitucional de la Provincia, no es aceptable la denominación órgano extrapoder, pues carece de asidero. Esto es así porque fuera de la división de poderes constituidos, no pueden existir órganos extrapoder. Es impensable otro poder legítimo dentro de la conformación de nuestro estado de derecho...Diseñada como está la introducción en el régimen constitucional provincial, el Consejo de la Magistratura no solo es ajeno al sistema y estructura de la organización política que rige la Provincia, sino que, y esto es lo más grave, afecta seriamente la real independencia del Poder Judicial porque toda interferencia al ejercicio de controlar como se juzga y del juzgar, que no esté en manos del Poder Judicial, es inadmisibile dentro del régimen de división de poderes...".

(14) PORTELA, Roberto Rubén: "La Constitución Provincial y el Consejo de la Magistratura", en Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Boletín N° 8, Año 4, diciembre de 2002, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, p. 17.

(15) MENNA, Gustavo: "Consejo de la Magistratura del Chubut. Un modelo distinto", en Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, "Homenaje", julio de 2005, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, p. 66.

(16) Tal es la denominación que les da la Ley Provincial N° 4.086 (Reglamentación del Consejo de la Magistratura).

(17) HEREDIA, José Raúl: "Un Consejo de la Magistratura de base parcialmente popular según la nueva Constitución de Chubut", Ed. CEIPA, 1995.-

(18) PINTOS, Daniel Luis María: "Una propuesta a favor del Consejo de la Magistratura", en Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Boletín N° 9, Año 5, octubre de 2004, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, p. 25. No puedo soslayar, sin embargo, la respuesta que me dio un alumno de la Universidad de la Patagonia "San Juan Bosco" cuando le pregunté cuál era o debería ser el sentido de la participación ciudadana en el sistema de selección de los jueces: "Contestar

dogmáticamente cuál debería ser el sentido de la participación ciudadana sería participar de la alienación ideológica, de construcción demagógica, que parte de la previa falsificación de la naturaleza humana y que sólo es útil en términos de negocio político... Es un producto - que puede ser útil o no- del negocio político, es un caramelo que encuentra en la participación ciudadana un método para desculpabilizar la miseria: todos participamos ergo todos somos culpables... el problema no es la representatividad de ciertos funcionarios sino la representatividad misma y su legitimación..."

(19) Ver, al respecto, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El Poder Judicial hacia el siglo XXI", en AAVV: "Derechos y garantías en el siglo XXI", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 14. Estas características "contramayoritarias" son, inclusive, las que han generado las críticas que se le hacen al sistema de control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial (conf., al respecto, GARGARELLA, Roberto: "La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial", Ed. Ariel S.A., Barcelona (España), p. 11 y "Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras", Capital Intelectual, p. 68 y siguientes; DE CUNTO, Aldo Luis, "Algunas consideraciones acerca del artículo 10 de la Constitución Provincial y del control de constitucionalidad de oficio", en "El Reporte", Escuela de Capacitación del Poder Judicial de la Provincia del Chubut, Año 4, N° 13, octubre de 2004, Rawson (Chubut), p. 25 y GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás: "Temas de Derecho Constitucional", Ed. FB, Esquel, Chubut, 2006, ps. 29 y 30, entre otros), como así también la que les han hecho decir a algunos autores que el Poder Judicial debe medir con suma prudencia los márgenes posibles de su actuación (ver, al respecto: OYHANARTE, Julio: "Historia del Poder Judicial", en Revista "Todo es Historia", N° 61, Historia de los Poderes Nacionales, 23/08/02, págs. 86 a 120 y SAGÜES, Néstor P., "Reforma judicial y reforma constitucional", en ED, 114-823, y "Politicidad y apoliticidad de la decisión judicial", en LA LEY, 1981-D, 943). La refutación a la crítica al sistema de control de constitucional por parte del Poder Judicial y el rol que éste debe cumplir en una sociedad democrática puede verse en GIALDINO (conf. "El Poder Judicial y los jueces en la república representativa", en ED, 147-959), quien afirma que los jue-

ces "representan al pueblo...en lo imperecedero: Representan al pueblo como poder constituyente, a pesar de ejercer su poder como poder constituido. Su misión es la de mantener la supremacía y pureza de la Constitución Nacional, fruto del ejercicio de ese poder constituyente y, por qué no, de extraer de aquella toda la riqueza que encierra... De ahí que los magistrados sean representantes del pueblo, pero del pueblo en otra clave, no en la que lo son el presidente y los legisladores. Los jueces representan el esquema de libertades, derechos y garantías; de razonabilidad de las reglamentaciones; de distribución de las competencias entre el gobierno federal y el de las provincias y entre los tres departamentos que configuran a aquél. Su representación es la de los ideales de justicia amonedados en la Constitución como prenda de convivencia, de tolerancia, de respeto, de solidaridad, de fraternidad entre todos los habitantes del suelo argentino...La democracia no es solamente el gobierno de la mayoría, sino del pueblo... La justicia constitucional ejerce una función necesaria para el mantenimiento de ese sistema... La Constitución es la garantía de la minoría que, cuando se ve amenazada por la vehemencia impaciente de una mayoría, puede recurrir a esta ley permanente que encuentra su intérprete y guardián en una Corte situada por encima de los asaltos de facciones. Para cumplir esta función, la Corte debe ser estable como la Constitución es estable. Luego, lo verdaderamente sagrado para la Corte no son los restantes dos poderes, sino la Ley Fundamental, como, por otro lado, debe serlo para todos los órganos de gobierno".

(20) MISTO, Carlos Alberto: "Sobre los representantes populares. Breves consideraciones sobre el tema", en Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, "Homenaje", julio de 2005, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, ps. 77 y 82.

(21) ORIBONES, Sergio María: "Discurso conmemorativo del Presidente del Consejo de la Magistratura", en Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, "Homenaje", julio de 2005, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, p. 16.

(22) "De esta forma -dice Luis MOISSET DE ESPANES- sin crear un vínculo directo entre el magistrado y los electores, se procura

mitigar el exceso de corporativismo en la integración del Consejo" (MOISSET DE ESPANES, Luis, prólogo al libro de HEREDIA, José Raúl, "Un Consejo de la Magistratura de base parcialmente popular según la nueva Constitución de Chubut", Ed. CEIPA, 1995).

(23) PAIXAO, Enrique: "El Consejo de la Magistratura", en DROMI, Roberto-SÁENZ, Jorge (coordinadores) y otros: "La Constitución Argentina de nuestro tiempo", Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 122.

(24) MENNA, Gustavo: "Consejo de la Magistratura del Chubut. Un modelo distinto", en Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, "Homenaje", julio de 2005, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, ps. 63 y 64.

(25) Solución criticada por la mayoría de la doctrina y que ha dado lugar, inclusive, a planteos judiciales (conf. JNFed. Contencioso-administrativo N° 8, 7/7/2006, "Asociación de Abogados de Buenos Aires c/ Ley 26.080", en LA LEY, del día 2 de agosto de 2006, con nota de Javier Indalecio BARRAZA, y CNFed. Contencioso-administrativo, Sala III, 21/07/2006, "AABB c/. Estado Nacional", en LA LEY del día 6 de octubre de 2006, Suplemento de Derecho Constitucional, pág. 30, con nota de Jorge Horacio GENTILE, "La integración del Consejo de la Magistratura").

(26) HEREDIA, José Raúl, "Un Consejo de la Magistratura de base parcialmente popular", op. cit., ps. 22 y 23.

(27) La integración plural del Consejo "facilita que si un órgano o grupo intenta favorecer o proscribir a algún candidato en particular, ese intento quede neutralizado por el comportamiento de los otros actores, que seguramente denunciarán tal actitud" (conf. SAGÜES, Néstor P., "Reforma constitucional: el Poder Judicial", en LA LEY, 1987-E, 848).

(28) S.T.J.Ch., Resolución Administrativa N° 8200 S.A., del día 25 de febrero de 1998.

(29) Con ello se quiso evitar el problema de la "corporativización" del Poder Judicial, que es generado "por el espíritu de cuerpo y por la cultura que nuestras facultades de derecho han determinado en la formación de los jueces", como así también "por los grupos de per-

tenencia social de los que los jueces provienen" (QUIROGA LAVIE, Humberto: "La nueva justicia: el Consejo de la Magistratura", en AA.VV., "Interpretando la Constitución", Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 96).

(30) Se prefirió esta alternativa como "una garantía de imparcialidad, ya que con dicho rango no existen expectativas de ascenso" (conf. HEREDIA, José Raúl: "Un Consejo de la Magistratura de base parcialmente popular", op. cit., p. 33).

(31) El maestro Pedro J. FRIAS dice que "hubiera preferido que los magistrados integrantes del Consejo lo fueran por rotación entre los Presidentes de Cámara para evitar las elecciones que han politizado a los Consejos de España e Italia" (conf. "La nueva Constitución del Chubut", en ED, 160-718).

(32) PAIXAO, Enrique: "El Consejo de la Magistratura", en DROMI, Roberto-SÁENZ, Jorge (coordinadores) y otros: "La Constitución Argentina de nuestro tiempo", Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 122.

(33) Conf. LUQUI, Juan Carlos: "El orden jurídico-político y los abogados", en LA LEY, 1985-E, 751.

(34) QUIROGA LAVIE, Humberto, "La nueva justicia: el Consejo de la Magistratura", en AA.VV., "Interpretando la Constitución", Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 104.

(35) HEREDIA, José Raúl, "Un Consejo de la Magistratura de base parcialmente popular", op.cit., pág. 20.-

(36) SANTOS, Miguel Angel, "Comentario sobre el papel de los representantes de los empleados judiciales y consejeros en el Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut", en Boletín N° 2, Volumen 1, Número 2, Año 1, noviembre de 1999, Programa de extensión cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, p. 17.

(37) Conf. GARGARELLA, Roberto: "La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial", Ed. Ariel, Barcelona, 1996.

(38) LEONARDH, José y GLATGNY, Silvina M.: "Supremacía de la Constitución y el Consejo de la Magistratura en la Provincia del

Chubut. Fundamentación normativa y derecho comparado", Ed. de los autores, Comodoro Rivadavia, Chubut, 1996, p. 47).

(39) CANERO, Arturo, CAIMI, Héctor Emilio, GONZALEZ, Agustín Miguel, SARASA, Fermín y WILLIAMS, Rafael: "Valoración política-institucional del rol de los consejeros populares", en Boletín N° 2, Volumen 1, Número 2, Año 1, noviembre de 1999, Programa de extensión cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, p. 23.

(40) Como bien lo indica Federico Carlos ECHAURI, se "pone en paridad lo técnico con lo humano y popular, todo en su justa medida...Y es que si los técnicos opinaran con solvencia acerca del saber del candidato, el hombre o mujer del pueblo lo hará, sin dudas, con mucha mayor entidad aún acerca de su perfil humano. Porque tal tipo de consejeros, como extraños al saber judicial, habrán de merituar tales facetas con la asepsia y la intuición propias (cuando no con el directo conocimiento) de quien evalúa según las leyes, pero no de las escritas, sino de las naturales que abrevan su propia experiencia de vida. Y, al fin y a cabo, si al pueblo compete en definitiva solventar con sus flacos bolsillos los emolumentos de jueces y funcionarios, pues bueno será que su opinión sea oída al tiempo de escogerlos" ("Impresiones a propósito de una convocatoria", en Boletín N° 5, Año 3, junio de 2001, Programa de extensión cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, ps. 15 y 16).

(41) El fundamento de ello puede verse en el célebre caso "Ríos" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "Si bien la exclusividad para la nominación de candidatos que tienen los partidos políticos es un tema controvertido -dijo el ministro Petracci en su voto- la realidad ha demostrado hasta ahora que la existencia política concreta de voluntades aisladas no es admisible ni útil, toda vez que es ineficaz para ejercer influencia en la formación de la voluntad del Estado. El sistema democrático hace necesario la organización de los individuos en agrupaciones determinadas por diversos fines comunes; en ellas se agrupan las voluntades individuales coincidentes" (Conf. C.S.J.N, 22/4/1987, "Ríos, Antonio Jesús", en ED, 106-668).

(42) Hay que recordar, al respecto, que a los fines de la competencia territorial "la Provincia se divide en cinco circunscripciones ju-

diciales, con asiento en las ciudades de Esquel, Comodoro Rivadavia, Trelew, Puerto Madryn y Sarmiento, sin perjuicio de la ampliación del número que establezca la ley" (art. 167 de la Const. Prov.).

(43) CANERO, Arturo Eugenio, "Mensaje de despedida del Licenciado Arturo Eugenio Canero", en Boletín N° 2, Volumen 1, Número 2, Año 1, noviembre de 1999, Programa de extensión cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, p. 9.

(44) MENNA, Gustavo, "Consejo de la Magistratura del Chubut. Un modelo distinto", en Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, op. cit., 65 y 66.

(45) ARAZI, Roland, "El consejo de la magistratura de la Provincia del Chubut", en DJ, 1997-2-1015.

(46) LOBOS, Juan Carlos, "Consejo de la Magistratura del Chubut", en Boletín N° 1, Vol.1, N° 1, año 1, abril de 1999, Programa de extensión cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, p. 9.

(47) LOPEZ CASARIEGO, Julio E., "Consejo de la Magistratura del Chubut, una muestra de pleno ejercicio democrático", en Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, "Homenaje", julio de 2005, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, p. 61.

(48) CAFFERATA, Fernando José, "El Consejo de la Magistratura y la necesaria renovación del Poder Judicial", en LA LEY del día 2 de abril de 1997, p. 7.

(49) HEREDIA, José Raúl, "Reflexiones en torno a los Consejos de la Magistratura a propósito de los diez años del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut", en Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, "Homenaje", julio de 2005, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, p. 50.

(50) HEREDIA, José Raúl, "Un Consejo de la Magistratura de base parcialmente popular", op. cit., p. 29.

(51) Conf. CABANELLAS, Guillermo, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", t. II, p. 77.

(52) DIEZ, Manuel María, "Manual de Derecho Administrativo", t. 2, p. 77.

(53) PEARSON, M. M., "Cargas públicas personales", en Enciclopedia Jurídica "Omeba", t. II, ps. 723 y 724.

(54) LEONARDH, José y GLATGNY, Silvina M., "Supremacía de la Constitución y el Consejo de la Magistratura en la Provincia del Chubut. Fundamentación normativa y derecho comparado", op. cit., p. 64.-

(55) Sobre este tema ver BERGERO, Eliseo, "Las designaciones en el Poder Judicial (con especial referencia a la provincia de Córdoba)", en LA LEY, 125-822.

(56) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Dimensión política de un Poder Judicial democrático", op.cit., p. 863.

(57) Sobre la garantía del concurso como garantía de transparencia ver SAGÜES, Néstor P.: "El perfeccionamiento de los mecanismos de selección de magistrados y su problemática constitucional", en LA LEY, 1977-C, 846; MOSQUERA SANCHEZ, Luis, "Tendencias actuales en derecho comparado sobre selección y formación de jueces", en Revista de Derecho Judicial, año II, número 6, Madrid, pág. 190; BERGERO, Eliseo: "Las designaciones en el Poder Judicial", en LA LEY, 125-287 y ALSINA, Hugo: "Derecho procesal", 2ª edición, t. II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1957, p. 214.-

(58) BASTERRA, Marcela I., "El derecho fundamental de acceso a la información pública", en "El Reporte", Año 4, N° 13, Octubre de 2004, Rawson (Chubut), p. 9.

(59) ALBERDI, Juan Bautista, "Derecho Público Provincial Argentino", Ed. La Cultura Arg., 1917, p. 177.

(60) LOBOS, Juan Carlos, "Consejo de la Magistratura del Chubut", en Boletín N° 1, Vol.1, N° 1, año 1, abril de 1999, Programa de extensión cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, p. 22.

(61) A esta posición también arribó el "Segundo Encuentro Nacional de Consejos de la Magistratura y Organismos Asimilables" organizado por el Superior Tribunal de Justicia y el Consejo de la Magistratura de la Provincia de San Luis el día 17 de septiembre de 1999. También ORIBONES caracteriza como "político" al acto de seleccionar y, tras el acuerdo legislativo, designar jueces, defensores y fiscales (conf. ORIBONES, Sergio, "Selección de cargos profesionales

por el Consejo de la Magistratura del Chubut y la 'carrera judicial'", en Boletín N° 3, Programa de extensión cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Año 2, julio de 2000, p. 31).

(62) HEREDIA, José Raúl: "Un Consejo de la Magistratura de base parcialmente popular", op. cit., p. 38.

(63) En igual sentido: HUGHES, Edgardo Rubén: "Constitución de la Provincia del Chubut reformada en 1994. Breves reflexiones sobre el Consejo de la Magistratura, su funcionamiento y vías recursivas vinculadas con sus decisiones", en ED, del día 8 de julio de 1996, ps. 1 y 2 y LEONARDH, José y GLATGNY, Silvina M., "Supremacía de la Constitución y el Consejo de la Magistratura en la Provincia del Chubut. Fundamentación normativa y derecho comparado", op. cit., p. 39. Ver, también, SPOTA, Alberto Antonio: "Lineamientos de la Ley reglamentaria del Consejo de la Magistratura", LA LEY, del día 19 de marzo de 1996 y los fallos dictados por el Juzgado de Comodoro Rivadavia en los autos caratulados: "Blanc Gerzicich de Scapellato s/. acción de amparo" (Expte. 1898-966-1995) y "Moreno, Carlos Alberto c/. Consejo de la Magistratura s/. amparo" (Expte. N° 1913-968-1995).-

(64) SAGUES, Néstor P., "Poder Judicial: bases para su reforma", en Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Las reformas de las constituciones provinciales, Senado de la Nación, Buenos Aires

, 1985, p. 101.

(65) Para los Jueces de Paz de Comodoro Rivadavia, Dolavon, El Maitén, Esquel, Gaiman, Gobernador Costa, Lago Puelo, Puerto Madryn, Rawson, Río Mayo, Sarmiento, Trelew y Trevelin, la Constitución Provincial también exige el acuerdo de los respectivos Concejos Deliberantes. (art. 184 de la Const. Prov.). Sin embargo, cabe advertir que si bien la redacción de este artículo "es similar (en) lo referido al tratamiento de los acuerdos", hay una diferencia sustancial "en relación al rechazo del mismo, toda vez que para los Concejos Deliberantes Municipales, reunido el voto de los dos tercios del total de sus miembros, no necesita fundamentación". (conf. redacción del art. 184 de la Const. Prov.. Ver, al respecto, LOBOS, Juan Carlos: "Consejo de la Magistratura del Chubut", en Boletín N° 1, Vol.1, N° 1, año 1,

abril de 1999, Programa de extensión cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, p. 28).

(66) Ver S.T.J.Ch., Boletín Judicial N° 18, marzo/mayo de 1997, Año III, ps. 136/7. Lo expuesto da por tierra lo aludido por LEONARDH y GLATGNY en el sentido de que lo que decida el Poder Legislativo en este sentido no es susceptible de recurso alguno ante ningún poder (conf. "Supremacía de la Constitución y el Consejo de la Magistratura en la Provincia del Chubut. Fundamentación normativa y derecho comparado", op.cit., p. 91). Se trata de la tesis correcta: lo resuelto por el Legislativo puede ser revisado judicialmente si el procedimiento parlamentario fue irregular o si no se cumplieron los recaudos impuestos por la propia Constitución Provincial.

(67) El acuerdo lo es para un cargo en particular. No le permite al candidato acordado ocupar cualquier cargo judicial (conf. HERRENDORF, Daniel, "De jueces trasladados; cortes nuevas, y otros cambios", en ED, 137-664 y BIDART CAMPOS, Germán, "La necesidad del acuerdo del senado para cada cargo judicial", en ED, 137-665).

(68) Coincidimos con SAGÜES cuando distingue las palabras "selección" con "designación". La primera alude a los distintos pasos para hallar, en un medio social, el candidato más apto para desempeñar una función jurisdiccional. La designación se perfila como el acto jurídico a través del cual aquel candidato es nombrado para desempeñar el cargo judicial (conf. CAFFERATA, Fernando José, "El Consejo de la Magistratura y la necesaria renovación del Poder Judicial", en LA LEY, del día 2 de abril de 1997, p. 7).

(69) LOBOS, Juan Carlos, "Consejo de la Magistratura del Chubut", en Boletín N° 1, Vol. 1, N° 1, año 1, abril de 1999, Programa de extensión cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, p. 31.

(70) Declaración y criterios generales producidos por el Consejo de la Magistratura en el año 2002, en Boletín N° 8, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Año 4, diciembre de 2002, ps. 91 y 92.

(71) HEREDIA, José Raúl, "Un Consejo de la Magistratura de base parcialmente popular", op. cit., p. 41.-

(72) SALIVA, Rafael Alberto, en Boletín N° 8, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Año 4, diciembre de 2002, p. 8.

(73) En igual sentido se expresa Adolfo FERNANDEZ, "En la instrucción sumarial se agota la tarea encomendada por el constituyente a la institución, luego corresponderá la actuación del Superior Tribunal de Justicia o Tribunal de Enjuiciamiento, según el caso, quienes tienen la decisión liberatoria o sancionatoria de responsabilidad" (Boletín N° 3, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Año 2, julio de 2000, p. 6).

(74) En el Plenario N° 13 de la Convención Constituyente de 1994, el convencional HEREDIA defendió esta solución dando los siguientes argumentos: "La exclusión del empleado ha sido necesaria por las mismas razones que cuando existen intereses contrapuestos o que pueden serlo, se recusa a un magistrado o éste se excusa; también puede ocurrir que en la elaboración de un sumario, estuviere vinculado el juez del que depende el empleado u otro funcionario. Para evitar este problema se lo excluye solamente para la instrucción del sumario. Todas las demás atribuciones las ejerce con plenitud".

(75) LOBOS, Juan Carlos, "Una propuesta de reglamentar el procedimiento sumarial", en Boletín N° 2, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Año 1, Volumen 1, Número 2, noviembre de 1999, ps. 50 y 51.-

(76) Conf. el excelente artículo de LOBOS, Juan Carlos, "Pre-procedimiento para la remoción de los magistrados y funcionarios judiciales sometidos al Tribunal de Enjuiciamiento", en Boletín N° 8, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Año 4, diciembre de 2002, p. 40.

(77) Idem. Ver también, del mismo autor, "El nuevo procedimiento sumarial del Consejo de la Magistratura", en Boletín N° 9, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Año 5, octubre de 2003, p. 31.

(78) Ver, al respecto, ORIBONES, Sergio María, "Discurso conmemorativo del Presidente del Consejo de la Magistratura", en Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, "Homenaje", julio de 2005, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Ma-

gistratura de la Provincia del Chubut, p. 15. Entiendo, sin embargo, que por la redacción del artículo un mismo hecho no podría constituir falta disciplinaria y causal de mal desempeño (ver, al respecto, FINN, Santiago: "El principio de 'non bis in idem' en el juzgamiento de la actividad de los jueces. ¿Puede un mismo hecho constituir falta disciplinaria y causal de mal desempeño?", en LA LEY, del día 6 de octubre de 2006, Suplemento de Derecho Constitucional, p. 10).

(79) Para SAGÜES, inclusive, sería inconstitucional que las provincias establecieran otro sistema distinto al federal en materia de inamovilidad, ya que en tal caso se vulneraría los principios de equilibrio y de separación de poderes (conf. SAGÜES, Néstor P., "Poder Judicial: ¿Inamovilidad permanente o inamovilidad transitoria?, en LA LEY, 1982-B, 751). En igual sentido ver GONZALEZ CALDERON, Juan A., "Derecho Constitucional Argentino", t. III, Ed. Lajouane, Buenos Aires, 1931, p. 421. En contra: BIDART CAMPOS, Germán J.: "Manual de la Constitución Reformada", t. III, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1997, p. 343.

(80) PEREZ GALIMBERTI, Alfredo, "Remoción, suspensión y sanción disciplinaria de magistrados y funcionarios judiciales en la Constitución de Chubut", en Boletín N° 2, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Año 1, Volumen 1, Número 2, noviembre de 1999, p. 67.

(81) HEREDIA, José Raúl: "Un Consejo de la Magistratura de base parcialmente popular", op. cit., p. 42.-

(82) PEREZ GALIMBERTI, Alfredo, "Remoción, suspensión y sanción disciplinaria de magistrados y funcionarios judiciales en la Constitución de Chubut", op.cit., p. 67.

(83) En igual sentido LOBOS, Juan Carlos: "La evaluación de los magistrados y funcionarios judiciales al cabo de sus tres años de función", en Boletín N° 4, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Año 2, diciembre de 2000, p. 64. En contra: PEREZ GALIMBERTI, Alfredo: "Remoción, suspensión y sanción disciplinaria de magistrados y funcionarios judiciales en la Constitución de Chubut", op. cit., p. 68.-

Historia de las constituciones provinciales: Historia constitucional de Chubut

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <http://www.elderecho.com.ar/>

Publicado en: El Derecho Constitucional 2008-697

[Consultado el 10/02/2020]

"Debe haber muy poca gente en este mundo, excepto algunos marinos, que sepan dónde queda Chupat o que se interesen por cualquier cosa referido a dicho lugar. Sin embargo es un sitio interesante si uno tiene en cuenta que alrededor de dos mil galeses eligieron transformarlo en su hogar y hoy tienen allí un pasar confortable"

W. R. Kennedy (1892)

1.- Presentación. "Perfiles de una provincia particular".

La Provincia del Chubut (1) –"tierra de penurias y aventuras", el "confín imposible" y el "escenario trágico" para varios conquistadores, según definiciones dadas por distintos historiadores (2)– se ubica en la parte central de la Patagonia(3), es decir, al sur del país, con una superficie de 224.686 kilómetros cuadrados, siendo por su extensión la tercera de la República Argentina(4). "Abarca en su casi totalidad la cuenca del río del cual toma su nombre y que la atraviesa de oeste a este"(5), y una de sus características particulares es que es una de las tres provincias del país que cuentan a su vez con costa (1200 kms) y cordillera (820 kms).

Sin embargo, no obstante ser uno de los estados más extensos, su densidad poblacional es muy baja, aunque en la actualidad presenta un acelerado crecimiento demográfico.

Y tiene también el privilegio de contar con una geografía singular, con contornos muy difíciles de encontrar en otras tierras del mundo.

Sus límites, como bien lo establece la Constitución Provincial (art. 3°), son "los que por derecho le corresponden, con arreglo a lo que la Constitución Nacional y las leyes establecen": al Norte el paralelo 42°; al Sur, el paralelo 46°; al Oeste, la frontera con Chile; y al Este, el Océano Atlántico.

Y, a los fines de una mejor administración y para facilitar la acción de los funcionarios (autoridades administrativas, policía, juzgado de paz, registro civil, etc.), el territorio de la Provincia del Chubut queda dividido en dieciséis departamentos (6).

Cabe destacar, al respecto, que desde la provincialización –tema que será analizado más adelante– Chubut tenía quince departamentos. Sin embargo, la ley provincial 3317 creó el Departamento Atlántico, lo que elevó el número mencionado a dieciséis, que es el que finalmente adopta el art. 3° de la nueva Constitución Provincial de 1994.

Estos "límites interdepartamentales por lo general siguen las líneas rectas derivadas del catastro y, en algunos casos se adoptaron límites naturales, principalmente ríos. Las cabeceras departamentales son las localidades que al momento de la provincialización tenían mayor peso poblacional, excepto en el departamento Rawson, donde la localidad homónima es también la capital provincial"(7) y los nombres de los mismos "responden a un criterio genuinamente argentino", ya que ellos "enuncian caracteres geográficos o recuerdan y perpetúan un momento de nuestra evolución, un hecho de nuestra historia, el apellido de un pionero de nuestro progreso, una voz indiana que transmite una tradición o evoca un carácter etnosociológico...", etcétera(8).

La Legislatura puede crear otros departamentos o modificar los existentes con el voto de los dos tercios del total de sus miembros.

2.- Breve historia de su colonización. (9)

Si bien no hay muchas investigaciones relacionadas con este tema (10), podemos afirmar que la historia del Chubut se remonta a la historia de la Patagonia, al año 1520 en que Magallanes, al servicio de la corona de España, recorriera sus costas y descubriera el estrecho que hoy lleva su nombre.

En una publicación oficial se lee: "Se sucedieron varios intentos de colonización, entre ellos los realizados por Simón de Alcazaba y Sotomayor, en el año 1535, que funda la Provincia de Nueva León en las proximidades de Camarones; y el de Juan de la Piedra que en 1779 desembarcó en la Península de Valdés, sobre la costa del Golfo al que llamó San José, fundando el fuerte de la Candelaria. El primer intento efectivo de ocupación real, llevado a cabo en las tierras del Chubut fue realizado por el Virrey Vértiz, que en cumplimiento de la Real Orden del 8 de Junio de 1778, ordenó una expedición hacia la Bahía sin fondo (Golfo San José) que partió de Montevideo el 15 de diciembre del mismo año"(11).

Sin embargo, todas estas tentativas de ocupación, por uno u otro motivo, fracasaron.

Los territorios australes, por consiguiente, quedaron tácitamente reservados, como último refugio, a los primeros habitantes indígenas, o sea, a los araucanos, pampas y tehuelches. Sólo algunos puntos del extremo sur estaban ocupados por autoridades argentinas. Éste era el estado de hecho existente hasta el año 1860(12).

Y fue así, dentro de este escenario, como le correspondió a Chubut convertirse en avanzada de una cruzada civilizadora.

En efecto: la pobreza y "la implementación de la enseñanza en inglés de todos los establecimientos educacionales" en Gales determinó que sus habitantes buscaran otras tierras. "Una tierra que les sirvie-

ra de patria galesa, donde pudieran enseñar libremente su idioma" y "conservar intactas las costumbres de sus mayores"(13).

Para ello, un grupo de galeses fundó la Sociedad Colonial con sede en Liverpool. Sus organizadores estaban decididos a llevar a cabo este proyecto. Primero le solicitaron al gobierno de los Estados Unidos que les vendiera, a un precio equitativo, una extensión de tierra suficientemente grande para formar un estado, con ciertas condiciones. La respuesta que obtuvieron fue escueta y terminante: "La Constitución de los Estados Unidos no permite al Congreso hacer convenios especiales con ninguna nación. He ahí la tierra y he ahí las leyes"(14).

Por tal circunstancia se buscaron otros lugares. Y así, luego de considerar otros puntos colonizables, los galeses decidieron optar por la Patagonia (15).

"En agosto de 1863 en el Senado Nacional el Ministro del Interior Dr. Guillermo Rawson informó acerca del proyecto por el cual el Poder Ejecutivo firmaría un convenio con una compañía de inmigrantes formada en Gran Bretaña, a los que se les otorgarían tierras para ser colonizadas... El Senado rechazó el Proyecto de convenio, pero de todos modos la empresa colonizadora no decayó en su intento..."(16). Sin embargo, "el Presidente de la Nación General Bartolomé Mitre respaldaba decididamente la instalación de una colonia galesa a orillas del Río Chubut y junto con el Dr. Rawson encontraron la forma en que podrían superar la dificultad creada por la negación del Congreso. En octubre de 1864 el Dr. Rawson envió una nota al cónsul Phibbs, representante de los galeses, haciéndole conocer los ofrecimientos de tierra por parte del Gobierno para su explotación. Se organizó la venida del primer grupo de galeses que llegaron a bordo del Mimoso el 28 de julio de 1865, desembarcando en Bahía Sin Fondo. Afincados en nuestras tierras conformaron un pueblo al que llamaron con el nombre del Ministro del Interior, Rawson. Representó al Gobierno Nacional el Comandante Militar de Patagones Teniente Coronel Julián Murga y a los colonos Lewis Jones; quedando de esta manera

do el pabellón nacional y reconocida la soberanía argentina en estas tierras"(17).

Debe señalarse, al respecto, que estos hombres y mujeres que colonizaron Chubut, de origen galés, fueron también quienes delinearon la composición étnica de la población, como así también que la colonización galesa representó el factor decisivo del poblamiento del Chubut y que sentó las bases de su desarrollo político, económico y cultural(18).

Con relación a esta cruzada colonizadora –dice Zampini– cobran un singular valor las palabras de Guillermo Rawson, quien en su memoria correspondiente a 1866, dice acerca de la colonia de galeses que acababa de fundarse con sus auspicios: "La primera consideración que salta a la vista, al fijarla sobre este hecho, es el poder que tienen en sí las instituciones libres para realizar, sin más esfuerzo que la comprensión de lo bueno y lo útil, empresas que han fracasado a pesar del apoyo sin límites que tuvieron en la época de las autoridades coloniales. Empleó la corona española sacrificios considerables de sangre y caudales para no alcanzar a realizar la suspirada ocupación y población de la Patagonia, especialmente en el último tercio del pasado siglo, en que toda aquella costa fue dividida en dos gobernaciones, de las cuales sólo han quedado rastros en la historia y en el plantel de Carmen, pequeña aldea desvalida hasta ahora pocos años. Entre tanto, nosotros, a la sombra de nuestras instituciones liberales y hospitalarias, fundamos a poca costa en aquellas apartadas regiones un establecimiento civilizado que extenderá el dominio real de la República y hará que flamee el pabellón argentino en aquellas costas hasta ahora yermas y des pobladas y será a la vez un ánimo para traer a la vida civilizada a los salvajes moradores de aquellas llanuras. En lo sucesivo, la nueva población del Chubut corregirá los errores cometidos sin excepción por los geógrafos europeos, que confinaban a la República entre el río de la Plata y el Negro"(19).

Cabe destacar, asimismo, que con la misma convicción y la misma fuerza se realizó en la década del 1880 –también por parte de los

galeses— la colonización de la cordillera chubutense (la "segunda colonización", al decir de un autor), a partir del asentamiento en la zona conocida como "Valle 16 de Octubre". El valle que habitaban era reclamado por el gobierno chileno. Entonces se realizó un plebiscito para conocer la opinión de los pobladores acerca de la nacionalidad que querían tener. Los galeses manifestaron que habían vivido bajo la soberanía y protección del pabellón argentino. La respuesta unánime fue que "no había preferencias sino cariño de hijos, lealtad a la patria de adopción para unos, nativa para otros". Luego, el árbitro inglés Sir Thomas Holdich tomó en cuenta ese plebiscito y reconoció la legitimidad de nuestros derechos. El maestro Owen Williams izó la "bandera argentina" en el mástil de la escuela y se cantó nuestro himno. Allí terminó la disputa por ese territorio (20).

3.- La Gobernación de la Patagonia.

Como puede observarse, "el territorio patagónico era una unidad geográfica con una unidad histórica de hecho". Sin embargo, su reconocimiento jurídico recién se dio con la sanción de la ley 954 de 1878 que creó la "Gobernación de la Patagonia"(21), que abarcaba toda la parte austral del país, desde el Río Negro hasta el Cabo de Hornos, y que comprendía entre otros territorios —por consiguiente— a Chubut. Dicha Gobernación tuvo su asiento en Mercedes de Patagones, hoy Viedma, y dependía del Ministerio de Guerra y Marina.

¿Pero cómo se llegó a este hito?

Para obtener la respuesta a esta pregunta, debemos remitirnos a los primeros antecedentes institucionales de nuestra Nación.

En efecto: al sancionarse la Ley Fundamental de la República en 1853, los límites de las provincias eran, en su generalidad, vagos e imprecisos. Fue así como la Constitución Nacional, en su art. 67, inc. 14, facultó al Poder Legislativo para "arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias, crear otras nuevas, y determinar por una legislación especial, la organización, admi-

nistración y gobierno que deben tener los territorios nacionales que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias".

En ejercicio de esa atribución constitucional, el Congreso dictó la ley 28 del 13 de octubre de 1862(22), por la que se declaraba nacionales "a todos los territorios existentes fuera del límite que se asignen a las provincias"(23). Hasta entonces, las provincias de Buenos Aires y de Mendoza mantenían pretensiones sobre los territorios patagónicos.

"Pero como tales límites eran dudosos en muchas partes —enseña Montes de Oca— no era posible decir, entonces, cuáles tierras quedaban fuera de los límites o posesión de los Estados, si bien era evidente que hasta ciertas zonas —el Chaco, la Pampa, la Patagonia, por ejemplo— no alcanzaba la acción efectiva de los gobiernos locales, aunque alcanzaban sus títulos de propiedad"(24).

Por lo tanto, fijados los límites provinciales, luego de ser solucionadas las cuestiones pendientes entre las provincias "por medio de arbitraje, mediación, transacción o cualquier otro que juzgasen conveniente" —según disponía la ley 1168, del 30 de mayo de 1882—, quedaron como lo preveía la Constitución (art. 67 —hoy 75—, inc. 14) extensos territorios situados fuera de las fronteras provinciales, cuyo gobierno y administración era necesario legislar. Entonces se hizo necesario establecer allí autoridades que garantizaran los derechos, el orden y el bienestar de los habitantes, evitando que invasiones vandálicas fueran a turbarlos en las satisfacciones del trabajo (25). Y fue por tal motivo y objeto que el Congreso dictó, en 1872, la ley que fundaba la gobernación del Chaco, cuyos beneficios se extendieron a la Patagonia (26), cuando la prosperidad creciente de estos territorios reclamó su protección y amparo.

De acuerdo con los fundamentos de la ley 954, la creación de la "Gobernación de los territorios de la Patagonia" tenía por objeto principal "el desarrollo de las poblaciones, promover la fundación de otras y contribuir al éxito de la expedición contra los indios".

Sin embargo, y como la misma ley lo indicaba, dicha Gobernación sólo regiría en el territorio hasta tanto se dictara la Ley General para el Gobierno de los Territorios Nacionales.

Cabe destacar, finalmente, que en el año 1883, siendo entonces Presidente de la República Argentina el Teniente General Julio A. Roca, éste ordenó al ejército pasar el confín del Río Negro para reprimir las frecuentes invasiones indígenas en el territorio de la República, anexando así de hecho a la Argentina la parte de la Patagonia que se extiende desde la Cordillera de los Andes al Atlántico y desde el Río Negro hasta el Cabo Virgen (27).

4.- Chubut como Territorio Nacional.

Un año más tarde, el 16 de octubre de 1884, se sanciona la Ley de Territorios Nacionales (ley 1532, que a su vez fue objeto de algunas modificaciones por leyes posteriores) y, en virtud de ella, Chubut se convierte en un Territorio Nacional(28), con los siguientes límites (art. 3°): "al Norte, el paralelo 42°, al este, la costa del Océano Atlántico, al Oeste, la línea divisoria con Chile, y al Sud, el paralelo 46°"(29).

Un territorio nacional –nos enseña Linares Quintana en la obra más completa que existe sobre el tema (30)– "es una simple división administrativa del suelo de la Nación situado fuera de los límites provinciales, de carácter temporario, que se halla sometida a la jurisdicción y legislación del Gobierno Nacional, y que está destinada a convertirse en provincia tan pronto como, satisfaciendo las condiciones fijadas por la ley, acredite o demuestre su capacitación para el gobierno propio"(31).

Sus características –sigue explicando este eximio constitucionalista– son las siguientes:

1) Son la gestación de nuevas provincias o, dicho en otras palabras, "provincias en embrión" que más tarde han de incorporarse a la vida nacional, con su autonomía y soberanía local, su gobierno propio,

su constitución y leyes especiales, "de suerte que en su vida actual deben sentir las palpitaciones de su vida futura, iniciándose en el sistema constitucional, dentro del que desenvolverán su acción orgánica".

2) A diferencia de las provincias, son simples divisiones administrativas del suelo de la Nación, o sea, no son entidades políticas autónomas. "En consecuencia, no tienen constitución propia, ni ejercen, en tal virtud, poder alguno; se hallan, en fin, sometidos a un régimen legal uniforme"(32).

3) El territorio federal es una división ex lege del suelo de la Nación, carácter que se deriva, precisamente, del hecho de que aquél sólo sea una división administrativa, desprovista de autonomía o local self-government.

Es decir que la ley 1532 de Territorios Nacionales, como bien se ha dicho, le "daba vida definitiva a todo ese inmenso pedazo de Argentina que quedaba fuera del ámbito de las catorce provincias históricas, y lo preparaba para integrarse territorial y políticamente a la República"(33). Su antecedente inmediato –de acuerdo con sus fundamentos– fue la ley del 18 de octubre de 1872 que estableció el Gobierno del Chaco y constituyó, "con relación a la época en que fue dictada, una magnífica obra legislativa", aunque por desgracia el "incumplimiento de algunas de sus disposiciones esenciales desnaturalizó los fines substanciales tenidos en vista por el legislador argentino"(34).

A través de un extenso articulado ella estableció un régimen orgánico, las autoridades políticas, el régimen municipal y la administración de justicia de tales territorios, entre ellos, lógicamente, del Territorio Nacional del Chubut.

"La autoridad local superior encargada de velar por el cumplimiento de las leyes y disposiciones nacionales era el gobernador, designado por el Poder Ejecutivo Nacional con acuerdo del Senado. A su vez este funcionario era el comandante en jefe de gendarmería y guardia nacional, debiendo colocar en cada distrito un comisario de

policía con su correspondiente dotación. Debía asistirlo un secretario nombrado por el Poder Ejecutivo a propuesta del gobernador del territorio. En cuanto a la administración de justicia, ésta descansaba en los jueces de paz, designados directamente por el pueblo y la municipalidad de la sección, y el juez letrado, quien debía residir en la capital del territorio, con competencia en lo civil, comercial, correccional y criminal. Un consejo municipal debía erigirse en aquellas secciones cuya población superara los mil habitantes, siendo sus atribuciones las referidas al establecimiento de impuestos puramente municipales y al ordenamiento de las obras públicas vecinales que pudieran verificarse con rentas municipales. También se preveía la creación de la Legislatura en aquellas gobernaciones cuya población alcanzara a treinta mil habitantes. Este organismo contaría entre sus atribuciones con las de votar impuestos locales, ordenar obras públicas y en general dictar disposiciones convenientes al adelanto, fomento y mejor gobierno del territorio. Ahora bien, no obstante estar prevista la creación de la Legislatura en los Territorios Nacionales, ello nunca se concretó. La ley, además de organizar institucionalmente los territorios nacionales, preveía la provincialización de los mismos y expresamente lo disponía al afirmar que "cuando la población de una gobernación alcance los sesenta mil habitantes constatados por el censo general y los censos suplementarios sucesivos, tendrá derecho para ser declarada provincia argentina"(35).

Sin embargo, inmediatamente de sancionada la ley, en Chubut –al igual que en otros Territorios Nacionales– se presentó un problema importante: el de designar al respectivo Gobernador.

No debe olvidarse, en tal sentido, que en sus límites existían muchos territorios que ni siquiera habían sido explotados y donde hasta se habían enseñoreado los últimos reductos aborígenes no sometidos a las tropas de Roca. El Sur, en rigor de verdad, era un territorio absolutamente desconocido, del cual nadie se ocupaba o preocupaba.

Para solucionar la situación, el entonces Presidente de la Nación tuvo el acierto de designar al coronel Luis Jorge Fontana, quien se

desempeñaba como secretario de la Gobernación del Chaco, uno de los sectores más litigiosos del país (36).

Luis Jorge Fontana, "hombre de acción dinámica y militar que no se resigna a la vida de gabinete"(37), nació en Buenos Aires el 19 de abril de 1846. Es decir que, a la fecha de su nombramiento como primer gobernador del Territorio Nacional del Chubut, tenía apenas 39 años. Su gobierno se extendió por un plazo de nueve años y seis meses, desde el 30 de mayo de 1885 hasta el 14 de setiembre de 1894, fecha en la que, por decisión del gobierno nacional, debió asumir funciones de Jefe de la 4º Sub-Comisión Demarcadora de Límites con Chile, en la región del Neuquén.

Como lo explica Dumrauf, "no fue tarea fácil ordenar la administración del territorio de acuerdo con las disposiciones de la ley 1532. Había que hacerlo todo, desde buscar un lugar donde instalar las oficinas de los funcionarios hasta el conocimiento del territorio, su gente y las posibilidades de establecer nuevas poblaciones". Además, el reciente gobernador tuvo la difícil tarea de "insertar a la colonia galesa en el nuevo orden legal, ya que desde su fundación, veinte años atrás, se habían gobernado con sus propias costumbres y normas dictadas por los mismos colonos"(38).

Alberdiano en sus ideas, Fontana se desempeñó –como se dijo– casi un decenio como Gobernador del Chubut. Fue quien dijo que "la Patagonia era la tierra del porvenir" y quien propulsó el progreso material, radicó poblaciones rurales, dignificó la condición moral del trabajador campesino y exaltó los valores del espíritu.

Enumerar y describir su excepcional obra como Gobernador excedería los límites de este trabajo. Basta, pues, citar dos comentarios:

Lorenzo Amaya, en su famoso libro "Fontana, el territoriano", recibido por la crítica con alborozo, se refirió a su persona de la siguiente manera: "era un espíritu de selección, con una cultura intelectual que excedía el nivel de la clase gobernante de la época... Nadie

realizó hasta hoy, como primera autoridad del territorio, obra que superase a la suya, sea en eficiencia, orientación o estímulo"(39).

Y Aquiles Ygobone, un estudioso de los temas patagónicos, señaló algo similar: "Durante los años que fue Gobernador del Chubut, Fontana realizó una obra ciclópea. Puede afirmarse que nadie hasta la fecha, como primera autoridad del territorio llevó a cabo una obra como la suya. A su lado palidecen las otras administraciones que posteriormente manejaron el gobierno del Chubut"(40).

5.- Creación de la Zona Militar de Comodoro Rivadavia.

Los primeros límites de la Provincia del Chubut –en ese entonces Territorio Nacional–, como vimos, fueron fijados por la ya citada ley 1532 del 16 de octubre de 1884, que –como también lo señaláramos anteriormente– creó y organizó la administración de los Territorios Nacionales.

Sin embargo, en el año 1944, "la importancia que adquirió la riqueza petrolera de Comodoro Rivadavia" y "la extrema vulnerabilidad en que se encontraba todo el territorio argentino", obligó a las autoridades a adoptar medidas de protección y defensa más seguras y eficientes.

"De ello surgió la creación de la Zona Militar de Comodoro Rivadavia mediante el decreto-ley 13.941 dictado el 31 de mayo de 1944 por el gobierno surgido de la revolución del 4 de junio de 1943(41). Un año después se transformó en Gobernación Militar y se le fijaron los límites: al norte, el paralelo 45 desde la costa Atlántica hasta la frontera con Chile; al sur, el río Deseado"(42).

Es decir que, como lo expresa Zampini, "los límites del antiguo territorio, fijados por la ley 1532, se ven alterados al seccionarse la zona sur para constituir, con el sector norte de Santa Cruz", la citada Gobernación Militar de Comodoro Rivadavia(43).

En virtud de ello, el Territorio de Chubut queda reducido a su mitad norte y conserva otra fisonomía, circunstancia que se mantendrá hasta la sanción de la ley 14.408 que dispuso convertir a Chubut en una provincia argentina, devolviéndole a su vez los límites que tuviera como Territorio Nacional y haciendo desaparecer de éste la Gobernación Militar de Comodoro Rivadavia.

6.- El proceso de provincialización.

Llegamos, así, a la provincialización del Chubut.

Como ya lo señaláramos, el propósito de la ley de Territorios Nacionales era organizar dichos territorios y hacer de ellos futuras provincias, o sea, preparar a éstas para su inicio institucional.

Pues bien: la Ley Nacional 14.408, promulgada el 28 de junio de 1955, erigió a Chubut en provincia, aunque, curiosamente, sin nombrarla, pues determinó: "Se constituirá otra provincia limitada al Norte por el Paralelo 42°, al Este por el Océano Atlántico, al Oeste por la línea divisoria con la República de Chile, y al Sur con el Paralelo 46°", si bien otro de sus artículos consignaba: "El Poder Ejecutivo Nacional procederá a convocar las convenciones constituyentes de las ciudades de Formosa, Neuquén, Rawson, Viedma y Río Gallegos, las que serán capitales provisionales de las nuevas provincias hasta que las autoridades locales establezcan las definitivas"(44).

Con la sanción de la ley 14.408, pues, desaparecía la Gobernación Militar de Comodoro Rivadavia, se le devolvían a Chubut los mismos límites que poseía cuando era territorio nacional y, fundamentalmente, se le otorgaban nuevas e importantes prerrogativas a sus habitantes (que dejaban de ser, como dijo algún autor, "ciudadanos de segunda"). No hay que olvidar, en este sentido, que los Territorios Nacionales no tenían –no tienen– representación parlamentaria en el Congreso, ni facultades autonómicas, y que los derechos cívicos y políticos de los hombres y mujeres que los poblaban no eran iguales a los del resto de la República.

Las elecciones de convencionales previstas por el art. 2° de la ley 14.408, empero, no pudieron realizarse en virtud del derrocamiento del gobierno constitucional de 1955, que determinó también que Chubut quedara regido momentáneamente por el Estatuto provisional suministrado por el decreto-ley 12.509/56, cuyo artículo 1° sometía a ese régimen provisional "hasta tanto entre en vigor la Constitución Provincial"(45).

Recién el día 26 de abril de 1957 se dictó el decreto ley 4347 que convocó al electorado de las nuevas provincias (Chaco, Chubut, Formosa, La Pampa, Misiones, Neuquén, Río Negro y Santa Cruz) para que eligieran a los convencionales encargados de redactar las Constituciones locales. Según este decreto, cada Convención estaría formada por 24 convencionales, iniciarían su cometido el día 1° de septiembre de 1957 y lo concluirían antes del 1° de diciembre, pudiendo la propia Convención prorrogar ese término en caso de considerarlo necesario. Los convencionales gozarían de las inmunidades de los diputados y tendrían como retribución por todo el desempeño de sus funciones la suma única de 10.000 pesos (46).

Las elecciones –preveía el mencionado decreto– debían hacerse mediante el sistema de representación proporcional, lo que fue muy atinado ya que permitió –y permite– que hombres de distintos partidos políticos e ideologías estén representados en la Convención Constituyente.

"Comenzó así un período de intenso trajinar político. El Chubut al igual que las restantes nuevas provincias, tuvo oportunidad de iniciar su vida institucional en plenitud, en un mismo pie de igualdad con las provincias hermanas. El sueño de aquellos pioneros se hacía realidad y la capitis deminutio de los ciudadanos patagónicos llegaba a su fin. El período preelectoral fue intenso. Las pasiones del momento desbordaban las mejores intenciones y convirtieron el proceso en algo nunca visto hasta el momento. No era para menos. Se estaba jugando el destino de la Provincia porque lo que iba a sancionarse era la Carta fundamental, el pilar de la organización jurídica del Estado, que mol-

dearí por muchos años su futuro. De ella dependería que la provincia se lanzara o no por un camino pleno de realizaciones en el marco de una legislación que impulsara su progreso, garantizara las libertades públicas y defendiera los derechos del individuo y los grupos sociales. Así lo comprendió el pueblo y se lanzó de lleno a lo que fue su primera experiencia político constitucional"(47).

Las elecciones se llevaron a cabo el día 28 de julio de 1957(48), fecha que casualmente coincidió con el desembarco de los primeros galeses en las costas chubutenses.

Sin embargo, "es bueno recordar que en esos años el peronismo –derrocado por la llamada Revolución Libertadora de 1955– estaba proscrito, que el radicalismo estaba dividido en "Radicales del Pueblo" (con Balbín a la cabeza) y los "Radicales Intransigentes" (seguidores de Arturo Frondizi)... y que en la provincia también existió la división entre "Radicales del Pueblo" (el escribano Roque González de Comodoro Rivadavia y el Dr. Diógenes Varela Díaz y Santo Calvo en Trelew figuraban entre los dirigentes más destacados) y los "Radicales Intransigentes", además del Dr. Galina, se puede citar a Alberto De Bernardi de Esquel, y a Manuel A. Garasino en Comodoro Rivadavia, entre otros".

"Los Intransigentes triunfan en la provincia para la Convención Constituyente, (...) donde se imponen con 11.444 votos sobre los 8871 de los Radicales del Pueblo, siendo por tanto mayoría en dicha Convención, en la que también están representados los Demócratas Cristianos –3878 votos–, los socialistas –3237 votos– y los Demócratas Progresistas –2685 votos–. Corresponde destacar que en estas elecciones, los votos en blanco –7757– ocupan el tercer lugar; la respuesta a tan elevado número de votos en blanco debe buscarse en el sector del peronismo que no acató las indicaciones de votar por la UCRI y prefirió votar de esa manera"(49).

Los convencionales elegidos fueron los siguientes: Jorge José Galina; Juan Patané; Carlos Félix Ibarra; Thomas Harris; Félix Angülo,

Adolfo Klaña; Alberto De Bernardi; Francisco Rearte; Ildefonso Scuffi; Francisco Salvador; Luis Clavijo; Emilio Jacobsen; Roque González; Ariel Williams; Carlos Ernesto Burgin; Emrys Hughes; Nino Mónaco; Guillermo López Bravo; Manuel Alberto Garasino; Jesús Menéndez; Diego Zamit; Diego Isidro Rica; Ángel Gargaglione y Diógenes Varela Díaz.

"Entre los electos —dice Zamit en su obra de lectura obligada sobre este tema "casi virgen" de la historia de las instituciones en Chubut— se encontraba lo más representativo de los partidos políticos locales que concientes de la importancia de la misión, habían puesto a la cabeza de sus listas a los hombres de mayor experiencia y más probados méritos"(50).

7.- La Convención Constituyente de 1957 y la primera Constitución Provincial.

Sin ningún modelo anterior para referir su trabajo, la Convención Constituyente inició su tarea el día 30 de agosto de 1957, oportunidad en la cual se celebró la sesión preparatoria en la vieja Casa de Gobierno (posteriormente renombrada "Salón de los Constituyentes"), y culminó su labor el día 26 de noviembre en tiempo récord, quedando entonces facultada para elegir a sus primeras autoridades constitucionales.

En tal oportunidad, el Dr. Galina fue elegido Presidente de la Convención Constituyente, Juan Patané Vicepresidente Primero y Ángel A. Gargaglione Vicepresidente Segundo, mientras que el Dr. Diego Zamit presidió la comisión redactora; como Secretarios fueron designados Antonio M. Calvo y Eduardo Kitaigrodzki(51).

Después de dos sesiones iniciales, la Convención Constituyente pasó a un cuarto intermedio de 45 días, lo que fue considerado en el primer momento excesivo y muchos pensaron que el plazo señalaba una imprevista pereza para el trabajo. Sin embargo, el término de esos 45 días era necesario y hasta puede decirse que resultó escaso, para

que la comisión redactora, dividida en tres subcomisiones, pudiera efectuar su labor fundamental (52).

Esas tres subcomisiones mantuvieron una intercomunicación permanente y ese lapso, quizás, fue uno de los más fecundos de la labor constituyente, ya que fue en ese período cuando los integrantes de la comisión debieron acopiar antecedentes, espigar textos y planear el pensamiento para traducirlos en la redacción de los capítulos del anteproyecto (53).

De acuerdo a las escasas investigaciones existentes sobre el tema (que en realidad se basan en el trabajo de Zamit), dos hechos sobresalieron en la vida de la Convención: la precariedad de medios y la urgencia por terminar la tarea:

"Con precariedad de medios los convencionales cumplieron la obra que el pueblo les encomendara. Bastará leer las crónicas del momento para entender que el desempeño de las tareas se llevó a cabo con responsabilidad cívica, venciendo con imaginación los obstáculos que se presentaron en un camino hasta entonces nunca recorrido en Chubut, sin experiencia oficial en cuerpos colegiados. Se enfrentó desde la inicial ausencia de bibliotecas especializadas hasta la de taquígrafos que conservaran las versiones de cada sesión"(54).

"Los últimos quince días de la convención fueron de febril actividad, pues el gobierno nacional había dictado el 15 de noviembre un decreto llamando a elecciones generales para el 23 de febrero de 1958. En esa misma fecha las nuevas provincias que tuvieran aprobadas sus constituciones al 30 de noviembre, elegirían sus propias autoridades" (55).

Este último punto, cabe destacar, despertó gran inquietud en la Convención Constituyente. Es que si no se alcanzaba a dictar la Constitución, Chubut quedaba sin la posibilidad de constituir sus propios poderes y sólo intervendría en las elecciones de presidente y vice y de diputado nacional. No podría elegir gobernador, vice, diputados pro-

vinciales ni senadores nacionales, ya que no habría modo de constituir el Colegio Electoral por intermedio de la Legislatura.

Refiriéndose a este tema, el editorial del diario Esquel del día 23 de noviembre de 1957 señaló lo siguiente: "Conocido el problema que se plantea a la provincia como consecuencia de la convocatoria nacional, el pueblo del Chubut pone sus ojos en la Convención que funciona en Rawson. El pueblo anhela normalizar sus instituciones y desea intervenir en las próximas elecciones... Para ello, la Convención debe dar término a su mandato antes del 30 del corriente y debe tomar los recaudos a través de cláusulas transitorias, para que las elecciones comprendan los cargos de gobernador y vice, legisladores provinciales y autoridades municipales... Demasiado tiempo hemos estado con comisionados municipales para que ahora, por una razón que puede ser salvada, volvamos a esas comisionaturas quién sabe por cuánto tiempo... El pueblo tiene los ojos puestos en la Convención de Chubut y la convención tiene la obligación de no defraudarlo. Tenemos fe en su acción progresista y en su patriotismo y descansaremos seguros en una solución feliz. El pueblo lo reconocería ampliamente"(56).

Con relación a su articulado, el tema más ríspido que debió abordar la Convención Constituyente de 1957 fue la "cuestión capital"(57).

Recurro, nuevamente, al trabajo de Zamit:

"La segunda sesión, del jueves 21 de noviembre (de 1957) fue la más explosiva. Debía decidirse cuál sería la Capital de la Provincia... El clima imperante era convulsivo e inquietante... Con largos fundamentos, cada uno de los convencionales que usó de la palabra después, se expresaron por la ubicación de la Capital en Rawson y en Comodoro. El debate registró razones y réplicas mutuas, prolongándose por espacio de casi dos horas, hasta que finalmente, agotado el mismo, el Dr. Garasino propuso que se votara en forma nominal. Así se hizo enseguida y la votación en favor de Rawson logró 15 votos, en tanto que la que apoyaba a Comodoro contó con 5".

"El resultado de la votación provocó gran júbilo en la barra, que irrumpió en cerrado y sostenido aplauso, escuchándose vítores a la

convención, mientras que el júbilo llegaba al exterior con disparos de bombas y estridencia de bocinas de los automotores, manifestaciones que se prolongaron por largos minutos. En todos los rostros se expresaba la alegría y los vecinos se cambiaban saludos y abrazos emotivamente"(58).

En efecto: antes de la votación se daba por descontado que Rawson sería la capital de la provincia. Los representantes de los distintos partidos políticos que integraban la Convención eran mayoría en ese sentido. La población de Rawson, empero, estaba preocupada, y esa preocupación la llevó a hacerse presente en la barra del recinto en crecido número.

Una crónica de esa época nos muestra cabalmente cómo se vivió esa instancia: "Todo el pueblo de Rawson, sin excepción, vivió pendiente de la decisión que momentos después se tomaría de consagrar capital de la provincia a la ciudad. El comercio cerró sus puertas por la tarde para permitir la asistencia de su personal y la de los mismos propietarios. Los hogares quedaron vacíos y hombres y mujeres se apostaron en el recinto de la convención para esperar la decisión que tardó tres horas en salir. Hasta que no se conoció el veredicto de la votación la impaciencia se reflejaba en la barra, no obstante que era descontada la sanción favorable"(59).

Con la sanción de la primera Constitución, pues, culminó para Chubut un largo proceso iniciado cuando el gobierno nacional declaró el estatus de territorio federal para la actual provincia, habiendo alcanzado el pleno goce de su autonomía dentro de la gran hermandad de las provincias argentinas y cristalizándose así el anhelo de sus habitantes. Los hombres que el pueblo eligió para que redactaran y promulgaran la Constitución estuvieron a la altura de su misión; trabajaron a conciencia y superaron los obstáculos con firmeza, pudiendo por ende entregar a la ciudadanía el fruto de su trabajo con el tiempo preciso para que ésta pudiera elegir sus propias autoridades.

Como bien se dijo en aquella época, "la Convención trabajó en un ambiente de armonía y ha podido soslayar inconvenientes que, por

otra parte, nunca fueron grandes. Bastaría observar qué pasa en las demás provincias, para comprender que Chubut ha dado un ejemplo de civismo y de democracia al discutir una Constitución con altura, con intenciones claras, y con propósitos constructivos. Los partidos políticos han sabido saber (sic) en bien de los intereses generales y se afirmaron en su tesis cuando las circunstancias obligaban a hacerlo"(60).

La Constitución Provincial de 1957 entró en vigencia el 30 de noviembre de ese año. Por ende, "por el orden cronológico de su aprobación y por el de su entrada en vigor", le corresponde "el primer lugar entre las novísimas constituciones provinciales"(61).

Tenía 249 disposiciones permanentes, catorce transitorias y una final, que era la que disponía su entrada en vigencia (62).

Se trató, como no podía ser de otra manera, de una Constitución de neto tinte social. Rigió hasta el 14 de octubre de 1994.

Fue criticada por reglamentarista, pero también fue aplaudida por constituir un material de avanzada en diversos aspectos: autonomía municipal, protección de los recursos provinciales, división de poderes, etcétera.

8.- Las enmiendas a la Constitución Provincial de 1957.

La Constitución Provincial de 1957 contemplaba dos maneras distintas de reformar su articulado: la clásica —es decir, a través de una Convención Constituyente, previa ley dictada por la Legislatura (arts. 243 a 248)—, y un sistema de enmiendas (art. 249) mediante el cual el Poder Legislativo, por sí sólo y con el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, podía modificar hasta dos artículos, ad referendum popular(63).

Pues bien: "en las casi cuatro décadas en que inscribió su vigencia la Constitución del Chubut de 1957 fue objeto de dos enmiendas; de

otra parte, la Legislatura sancionó un proyecto que no alcanzó esa jerarquía (reforma al originario art. 150 sobre el número de ministerios)(64); dos proyectos tuvieron estado parlamentario, uno sobre modificación del art. 52 destinado a prohibir el depósito de residuos radioactivos, y el proyecto sobre modificación de la representación en la Legislatura (reforma al art. 112 de la Constitución de la Provincia del Chubut)"(65).

Las enmiendas al articulado de la primera Constitución de la Provincia del Chubut fueron las siguientes:

1) Mediante ley 2991 se abordó la modificación de los límites provinciales. Tal enmienda fue ratificada por "referéndum popular" en la primera elección general subsiguiente, realizada en el año 1989.

2) Mediante ley 3699 se propuso la enmienda del art. 116 con el objetivo de prolongar el período de sesiones ordinarias de la Legislatura. Fue aprobada por el pueblo de la Provincia del Chubut en las elecciones generales de 1993(66).

9.- El camino hacia la reforma constitucional de 1994. (67)

Corría el año 1993 cuando el entonces Gobernador de la Provincia del Chubut, Dr. Carlos Maestro, presentó ante la Legislatura un proyecto de reforma constitucional (68).

En rigor de verdad, y como también sucedió en otras provincias argentinas, el objetivo principal de la reforma era uno solo: destrabar la imposibilidad de reelección del primer mandatario (69).

El Poder Legislativo, sin embargo, estaba en manos de la oposición justicialista, y por tal circunstancia dicho proyecto no fue tratado en el recinto parlamentario.

Para superar ese escollo y basándose en una idea surgida a nivel nacional(70), ante la ausencia de definiciones por parte de la bancada

mayoritaria de la Legislatura, el titular del Poder Ejecutivo provincial decidió someter ese tema "a la consideración del pueblo", es decir, dispuso convocar a una consulta popular para que los "chubutenses se expresen en las urnas y digan si están de acuerdo o no con la reforma de la Constitución Provincial que entre otras cosas... también incluya la posibilidad de que un gobernador pueda someterse nuevamente al veredicto de las urnas para revalidar títulos..."(71).

Así, por medio del decreto 1373 de fecha 25 de octubre(72) se convocó "a los ciudadanos que gocen de derechos electorales a expresar voluntariamente su opinión en la consulta que el Poder Ejecutivo realizará el 21 de noviembre de 1993, respecto de la reforma de la Constitución Provincial". En el artículo 2º del mencionado decreto se efectuaba un llamado similar "respecto de la derogación total de la ley 3569 o "Ley de Lemas"(73).

La consulta popular, entonces, sería simultánea con la convocatoria efectuada por el Poder Ejecutivo Nacional por el mismo tema.

Sin embargo, pocos días después se anexó una nueva cuestión a la mentada consulta: el referido a la utilización de los bonos hidrocarbúricos o "petrobonos".

Ante tal situación, la mesa directiva del Partido Justicialista a nivel provincial solicitó una audiencia al gobernador para comunicarle "el estado de confusión generalizada" y como forma de "comenzar a transitar junto al partido gobernante, un camino de diálogo de los grandes temas que interesan a la comunidad"(74).

Y fue así, dentro de ese esquema dialoguista, como el Justicialismo y la UCR generaron las condiciones para facilitar la convivencia política en el complejo modelo institucional existente en ese entonces en Chubut y como se llegó, finalmente, a un acuerdo político respecto de la ardua cuestión de la reforma constitucional.

Un encuentro a solas en la Residencia de la Gobernación entre el titular del Poder Ejecutivo y el presidente del Consejo Provincial del Partido Justicialista se convirtió en el punto de partida para solucionar tal cuestión, marcando "un hito en las relaciones de los dos partidos mayoritarios", como lo señaló con total exactitud un dirigente de esa época. Como consecuencia de él, se acordó conformar una comisión integrada por tres representantes del Gobierno y tres del Partido Justicialista con la finalidad de convenir los puntos básicos de un documento dirigido a la ciudadanía que iba a servir para terminar la confrontación que se había dado por este asunto y, fundamentalmente, como una especie de "pacto de gobernabilidad".

El día 16 de noviembre de 1993 se firmó ese documento histórico: se denominó "Pacto de Rawson", por asimilación al "Pacto de Olivos"(75).

Tal acuerdo, en su primer punto, señalaba la coincidencia en "impulsar un proyecto de reforma constitucional que entre otros puntos someterá a consideración popular la reelección del gobernador. Dicha convocatoria se realizará utilizando el sistema electoral previsto para la convocatoria nacional".

Inmediatamente de firmado el pacto, se suspendió el plebiscito provincial (76) y el entonces Gobernador de la Provincia del Chubut afirmó que "los chubutenses pueden sentirse orgullosos de su dirigencia política", porque "este acuerdo político entre las dos comunidades políticas de mayor gravitación en la Provincia del Chubut nos fortalece en la convicción de que hay un espacio institucional lo suficientemente cómodo como para que podamos dar reales respuestas a los problemas de la gente".

Queda claro, entonces, que la reforma constitucional de 1994, como bien lo hiciera notar el constitucionalista chubutense José Raúl Heredia, "fue el producto de un pacto político, entre dos jefes, validado por sus respectivos partidos, que por primera vez en la historia argentina conformó un acuerdo entre las mayorías superando la trágica

afirmación de que en el país, habitualmente, las partes pudieron más que el todo. Ciertamente pudo objetarse el pacto mismo y su contenido; pero ya no podrá decirse que la reforma careció de legitimidad en términos de consenso. Que no significa que no pueda criticarse algunos de sus contenidos, que es otra cosa"(77).

"Luego del Pacto de Rawson se integró una Mesa interpartidaria a la que fue invitado el Partido Acción Chubutense (PACH), que contaba con dos diputados. Se avanzó en la idea de que la reforma a concretarse debía ser el producto del consenso y no de la imposición numérica de una primera minoría circunstancial. Ello se hacía necesario atento a que la Constitución de 1957 otorgaba 16 de las 27 bancas de constituyentes al partido triunfador en las elecciones, cualquiera fuere la diferencia de votos"(78).

Esta comisión especial interpartidaria pro reforma de la Constitución Provincial surgida como consecuencia del acuerdo firmado entre el radicalismo y el justicialismo provincial finalmente acordó impulsar "una modificación total y sustantiva de la Carta Magna chubutense". Además, en su ámbito se resolvió que el llamado a elección de convencionales constituyentes se realizara en forma simultánea con el del plano nacional (79).

Y también le tocó a esta comisión redactar el proyecto de ley declarativa de la necesidad de la reforma, que fue aprobado por la Legislatura Provincial en la última sesión del año 1993. La ley respectiva lleva el número 3927.

Las elecciones de convencionales constituyentes se celebraron el día 10 de abril de 1994, conjuntamente —como vimos— con las elecciones de convencionales nacionales, y estuvieron marcadas por un fuerte plebiscitarismo, ya que Maestro encabezaba la lista de convencionales nacionales y había logrado imponer el apoyo o el rechazo a su gestión como issue central de campaña (80).

Los resultados fueron los siguientes: Unión Cívica Radical: 62.923 votos (39,18%); Partido Justicialista: 55.964 votos (34,84%); Partido Acción Chubutense: 10.355 (6,44%); Partido Intransigente: 10.035 votos (6,24%); MOPOCH: 2565 votos (1,59%); MID: 1782 votos (1,10%) y PN Constitucional: 1.747 votos (1,08%). Los votos en blanco fueron 10.555 (6,57%); los anulados 4329 (2,69%) y los recurridos e impugnados 343 (0,21%)(81).

En virtud de estos guarismos y como consecuencia del sistema electoral adoptado (de "mayorías y minorías") la UCR obtuvo 16 convencionales constituyentes (Reinaldo Van Domselaar; Virgino Zampini; Mario Pérez Michelena; Antonio Morán; Edgardo Hughes; Gerardo Galván; Mariano Iralde; María del Carmen Linares; Beatriz Leske; Anilda Ziezeniss; Ana Vojvodich; José Epele; Pedro Finlez; Ana María Czyz; Alberto Menna y Marcelo Lizurume). El Justicialismo, por su parte, colocó 9 convencionales (Osvaldo Sala; Oscar Vives; Diego Zamit; Juan Garitano; Norma Biesa de Abraham; Carlos Alberto Torrejón; José Raúl Heredia; Daniel García y Esther Insúa de Whitty). El PACH y el Partido Intransigente, por su parte, introdujeron un convencional cada uno en la Convención Constituyente (María Alejandra Ezpeleta y Tristán García, respectivamente).

Como puede observarse, de haberse utilizado otro sistema electoral (sobre todo un sistema proporcional), la composición de la Convención Constituyente se hubiese modificado sustancialmente.

10.- La Convención Constituyente de 1994.

La Convención Constituyente debía reunirse dentro de los 30 días de la fecha en que el Tribunal Electoral hubiera proclamado a los electos (art. 247 de la Constitución Provincial de 1957), y debía expedirse "dentro de los 120 días de su instalación, pudiendo prorrogar sus sesiones otros 120 días más, como máximo".

El día 20 de mayo de 1994 se realizó la sesión preparatoria constitutiva de este cuerpo ad hoc. Se resolvió nominar para la presidencia,

en forma provisoria, al señor convencional Diego Zamit. Asimismo, siguiendo una larga tradición argentina, se nominó como secretarios a los dos convencionales más jóvenes del cuerpo, los señores convencionales Marcelo Luis Lizurume y Pedro Marcelo Finlez (82).

Luego se aprobó el reglamento provisorio, se designó la comisión de poderes, se aprobaron los diplomas, se tomaron los juramentos de estilo y, fundamentalmente, se eligieron las autoridades de la Honorable Convención Constituyente, quedando como Presidente el Dr. Reynaldo Van Domselaar; como Vicepresidente Primero, el contador Mario Ernesto Pérez Michelena y como Vicepresidente Segundo la señora Esther Insúa de Whitty.

Ahora bien: como pudimos observar, con la integración indicada anteriormente, la Unión Cívica Radical tenía la mayoría necesaria para modificar la Constitución por sí misma, es decir, sin el consentimiento o la conformidad de los restantes bloques políticos.

Y tal circunstancia auspició el primer gran debate: el relativo al Reglamento de la Convención Constituyente.

El Justicialismo, sabedor de la circunstancia antes expuesta y como forma de contrarrestar la misma, propició que cualquier reforma se hiciera con el voto de las 2/3 partes de la totalidad de los miembros de la Convención. Utilizó, para ello, la idea del consenso surgida en el "Pacto de Rawson". El radicalismo, en cambio, se mantuvo en la idea de exigir mayoría simple, que fue finalmente la que se adoptó en el Reglamento Definitivo (83).

La Convención Constituyente sancionó la nueva Constitución Provincial el día 10 de octubre de 1994 y decidió prorrogar su mandato hasta el día 15 de ese mismo mes y año, fecha en la cual los convencionales juraron la nueva Constitución Provincial en una solemne ceremonia desarrollada en el recinto de la Legislatura.

En tal oportunidad el Presidente del Cuerpo Dr. Reynaldo Van Domselaar, al pronunciar su discurso, afirmó: "Hemos jurado, cumplir y hacer cumplir la nueva Constitución del Chubut, que ya tiene casi 12 horas de vigencia; en este texto subyace la Constitución de 1957. Cuando empezamos la tarea reformadora recordábamos las palabras de Carlos Maestro el primero de marzo pasado, cuando nos decía que la reforma de la Constitución la haríamos con la actitud del artesano que restaura la obra afectada por el paso del tiempo, para exaltar sus virtudes y preservarla para el porvenir y así lo hicimos... El pueblo de Chubut, representado por cuatro bloques que abarcan un amplio espectro político dio legitimidad a este documento... Los convencionales discrepamos –prosiguió– y lo hicimos siempre con respeto, llegamos de esta manera a coincidencias que nos alegran y a diferencias que respetamos... Estas normas que acabamos de jurar, esta Constitución reformada de 1994, está dirigida al pueblo del Chubut y a ustedes, los representantes de los poderes constituidos, tanto unos como otros son hombres de la democracia, nos quedamos totalmente tranquilos, los llevo a todos en mi afecto"(84).

11.- La nueva Constitución de la Provincia del Chubut de 1994.

La nueva Constitución del Chubut (no se trata de una Constitución reformada, atento lo que ella dice en su Disposición Final Primera (85)) fue sancionada el día 11 de octubre de 1994. Su texto fue publicado como Anexo del Boletín Oficial de la Provincia del Chubut el día 14 de octubre y comenzó a regir –conforme su Disposición Final Primera– el día 15 de ese mismo mes y año.

En comparación con el anterior texto constitucional, que contaba con 264 artículos, la nueva Constitución es más larga, ya que tiene 271 artículos, 3 Disposiciones Complementarias, 13 Disposiciones Transitorias y 5 Disposiciones Finales.

La nueva Constitución Provincial, asimismo, también creció cuantitativamente, ya que sus artículos son mucho más largos, lo que

dio lugar a que algunos operadores jurídicos la tilden de "demasiado reglamentarista".

Tal circunstancia (que incluso le hizo decir a Pedro J. Frías que su texto "es más que una constitución: es un manual de instrucciones"(86)) no fue querida: en realidad se debió "a la profusión de proyectos y a la falta de tiempo material para efectuar una revisión más acabada", tal como me lo reconoció el entonces Convencional Constituyente Dr. Alberto Gustavo Menna, en una carta que me remitiera (87).

Se divide en dos partes perfectamente diferenciadas: la primera de ellas se denomina "Declaraciones, derechos, garantías, deberes y políticas de Estado", mientras que la segunda adopta el nombre de "Autoridades de la Provincia".

"Es clara, precisa, fácil de interpretar, razonablemente innovativa en temas sobre los cuales, constituciones comparadas y la doctrina ya habían incursionado"(88). Y "es de buena técnica"(89), no obstante que está redactada en tiempo presente, lo que también determinó algunas críticas en tal sentido (90).

Como novedades cabe destacar que la Constitución de la Provincia del Chubut de 1994 establece el control de constitucionalidad de oficio (art. 10)(91); la cláusula federal reclamada por eximios constitucionalistas como Bidart Campos o Frías (art. 14)(92), la cláusula de defensa de la democracia y del orden constitucional (art. 17); la operatividad de los derechos con un mecanismo para solucionar la "inconstitucionalidad por omisión" (art. 21); la protección a los sectores sensibles de la sociedad (arts. 26 a 36)(93); la acción popular en materia de derechos difusos (art. 57)(94); los deberes derivados del constitucionalismo social y del principio de solidaridad (art. 66); las garantías del amparo, hábeas corpus y hábeas data (arts. 54 a 56); el principio de responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños y perjuicios a que dé lugar el mal desempeño de sus funciones (art. 69); una protección enfática del medio ambiente con regulación

específica del amparo ambiental (arts. 109 a 111)(95), un Consejo de la Magistratura de base parcialmente popular (esto es, con varios consejeros elegidos en elecciones generales por el pueblo de la Provincia) (arts. 187 a 193)(96); la incorporación de "jueces de refuerzo" (art. 182)(97) y un Ministerio Público que forma parte del Poder Judicial, pero con autonomía funcional (arts. 194 a 197), entre otros puntos.

Su alumbramiento se hizo bajo la idea del consenso; de hecho, la mayoría de sus artículos fueron sancionados por la unanimidad de los bloques presentes en la Convención Constituyente. Y también debe destacarse que en esta oportunidad participaron la totalidad de los partidos políticos reconocidos como tales, a diferencia de lo que sucedió en 1957, oportunidad en la cual el Justicialismo estaba proscripto.

Si tuviésemos que hacer un juicio global de ella, pues, podríamos decir sin temor a equivocarnos que es una de las Constituciones más modernas, completas e interesantes de nuestra Nación.

12.- La historia que viene.

El 1° de mayo de 2008, es decir, hace pocos meses, el actual Gobernador de la Provincia del Chubut Mario Das Neves convocó a todo el arco político provincial para anunciar la reforma a la Constitución Provincial de 1994.

En el acto de conmemoración de los 50 años de la fundación del Chubut, el primer mandatario trazó los grandes ejes de la reforma ("garantizar la integración social y territorial como herramientas básicas para llevar adelante un proyecto distinto, y una mejor representatividad geográfica tendiente a beneficiar al ciudadano común"), que empezará a discutirse este año. Estuvieron presentes todos los ex gobernadores constitucionales. Un día de homenajes y a la vez fundacional. "Empiezan otros cincuenta años que también harán historia", dijo el mandatario chubutense en su discurso (98).

En ese sentido el Gobernador aseguró que se viene el Chubut de "todos los días un nuevo desafío. El desafío de salir al mundo. El

desafío de seguir incluyendo. El desafío de una educación de excelencia. El desafío de buscar nuevas formas de crecer. El desafío de construir un Chubut para las nuevas generaciones. El desafío de ser la mejor provincia que podamos ser. Ustedes y nosotros", afirmó.

El Gobernador dejó en claro la importancia de que todas las fuerzas políticas participen en un amplio debate: "pretendemos que participen todas las fuerzas políticas y sociales representativas de la provincia", dijo y afirmó que "la nueva distribución comarcal garantizará la representatividad de todas las regiones y todos los sectores".

Agregó, finalmente, que la reforma "aseguraré la transparencia en la distribución de los recursos del Estado, igualando las oportunidades de las pequeñas localidades de contar con presupuesto para su crecimiento. No habrá espacio —remarcó— para que funcionarios del Estado sean discrecionales con el uso de los fondos públicos. Será el producto de un ejercicio participativo, que defina consensos alrededor de las inversiones del Estado, sin privilegios".

Voces: provincias - constitución nacional - constituciones provinciales

(1) Cuando se crearon los Territorios Nacionales (1884), muchos de éstos adoptaron el nombre del río que recorría su territorio; por ese motivo, al denominar a alguna de estas provincias, se emplea el término "del", que quiere significar "del río" (conf. Chubut", Serie Manuales de Provincias Argentinas, Ed. Alfa Centro Literario, General Acha, La Pampa, 1998).

(2) Zampini, Virgilio, Chubut. Breve historia de una provincia argentina, Subsecretaría de Educación y Cultura de la Provincia del Chubut, 1974, pág. 104.

(3) Se denomina Patagonia a la vasta región extendida entre la Cordillera de los Andes y el Océano Atlántico y desde el Río Colorado

hasta Tierra del Fuego. A diferencia de lo que ocurre con la historia del Chubut, la bibliografía relacionada con la Patagonia es inmensa. Ver, al respecto, Matijevic, Nicolás y Matijevic, Olga H. de, Bibliografía patagónica, T.I, "Historia", Buenos Aires, Centro de Documentación Patagónica, Universidad Nacional del Sur "Dr. Miguel López Francés", 1973.

(4) Sólo la aventajan Buenos Aires y Santa Cruz, ya que representa el 8,1% de la superficie del país.

(5) Chubut. Turismo, hábitat y cultura, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia "San Juan Bosco", 1996, pág. 11. Para conocer detalles del origen del nombre y su significado ver Dumrauf, Clemente I., Historia de Chubut, Buenos Aires, Plus Ultra, 1991, págs. 21/2; y, especialmente, Casamiquela, Rodolfo M., Toponimia indígena del Chubut, Subsecretaría de Cultura, Gobierno de la Provincia del Chubut, Rawson, 2000. Sin embargo, hay coincidencia en que la palabra "Chubut" es nombre indígena. Así, algunos autores afirman que "el nombre Chubut, en su campo, incorpora la esencia de los tehuelches, aborígenes a cuya lengua pertenece el vocablo que significa "transparente, claro" en alusión a las aguas del río del mismo nombre que recorre la región desde la Cordillera de los Andes hasta el Océano Atlántico", mientras que otros entienden que esa palabra "quiere decir tortuoso, sinuoso. Llamábase Chulilaw o Chupat, a las tierras bañadas por las aguas del río y de esa expresión derivó Chubut" (conf. Strasser, María Pia L., Chubut. Ensueño y realidad, Comodoro Rivadavia, 1972, pág. 21). Ver, también, Perón, Juan Domingo: Toponimia patagónica de etimología araucana, Buenos Aires, Honorable Senado de la Nación, 2001, pág. 30).

(6) Gerosa Lewis, Ricardo Tomás, Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut, Esquel, Chubut, FB, 2002, pág. 41.

(7) Chubut: Turismo, Hábitat y Cultura, Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, 1996, pág. 11.

(8) Número Especial del Diario Esquel en sus Bodas de Plata, 25 de febrero de 1950, Bahía Blanca, pág. 3.

(9) La colonización es la resultante de la expansión de los pueblos que emigran por factores económicos o políticos. Cada época ha pre-

sentado diferentes aspectos y sus causas han sido muy heterogéneas. Sobre este tema puede verse un análisis desde el punto de vista jurídico en Couchon, Emilio, *Apuntes sobre inmigración y colonización* (tesis), Imprenta La Nación, Bs. As., 1889 y Cafferata, Antonio F., *Apuntes sobre inmigración y colonización* (tesis), Imprenta "La Buenos Aires", Buenos Aires, 1898.

(10) Tres libros imprescindibles sobre la historia de Chubut lo constituyen Dumrauf, Clemente I., *Historia de Chubut, Plus Ultra* (la obra más completa en tal sentido); Paesa, P. R., *El amanecer de Chubut. Un heraldo de su cultura*, Buenos Aires, 1967 y Zampini, Virgilio, *Chubut. Breve historia de una provincia argentina*, Subsecretaría de Educación y Cultura de la Provincia del Chubut, 1974.

(11) Los municipios de la Provincia del Chubut. Estadísticas básicas, Programa de Información Estadística y Apoyo a los municipios, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos. Una crónica del viaje de Simón de Alcazba puede verse en Aleman, Juan Carlos, *La primera exploración del Chubut: Simón de Alcazaba*, en Cuadernos de Historia del Chubut, n° 2, Junta de Estudios Históricos del Chubut, pág. 31. Ver, también, Ygobone, Aquiles, *La epopeya patagónica*, Buenos Aires, El Ateneo, 1946, pág. 33 y sigs. y Martínez Ruiz, Bernabé, *Patagonia histórica*, Buenos Aires, Galerna, 1976.

(12) Pietrobelli, Francisco, *Primeras exploraciones y colonizaciones de la Patagonia central*, Comodoro Rivadavia, 1971, pág. 9.

(13) Martínez Ruiz, Bernabé, *La colonización galesa en el valle del Chubut*, Buenos Aires, Galerna, 1977, pág. 15.

(14) Ídem, pág. 19.

(15) Ver, al respecto, Matthews, Abraham, *Crónica de la colonia galesa de la Patagonia*, Buenos Aires, Alfonsina, 1995.

(16) Los municipios..., cit. Hay que recordar, al respecto, el celo y la prevención que existía contra Gran Bretaña por la ocupación de las Islas Malvinas, lo que constituía de hecho un agravio a la soberanía nacional, y que la iniciativa colonizadora, de alguna manera, resultaba sospechosa para los legisladores, pues consideraban que la misma podía originar conflictos imprevisibles que sumarían a los existentes: guerra contra el Paraguay, permanentes intentos chilenos por la ocu-

pación de zonas patagónicas, etc. ("Gobernadores de Chubut", Secretaría General de la Gobernación de la Provincia del Chubut, Rawson (Chubut), 1975, pág. 8). Es interesante destacar los puntos de vista sustentados en esas conversaciones entre el representante galés, Lewis Jones, y el Dr. Rawson. Según el primero, "una colonia galesa dentro de la República, compuesta de provincias, y fuera de los límites de toda provincia organizada, no constituía una dificultad ni incompatibilidad político-social. Es decir que lo que ellos buscaban era simple y llanamente una no integración a la República (conf. Martínez Ruiz, Bernabé, ob. cit., pág. 37). Por su parte, el Dr. Rawson alegaba que las colonias de diferentes nacionalidades establecidas dentro de la República podían llegar a ser un elemento de discordia y que a la larga dificultarían la fusión de la nacionalidad" (Lewis Jones, La colonia galesa. Historia de una nueva Gales en el territorio del Chubut en la República Argentina, Sudamérica, El Regional, Rawson, Chubut).

(17) Los municipios..., cit.

(18) Zampini, Virgilio, Significación de la colonización galesa en el desarrollo del Chubut, Cuadernos de Historia del Chubut, Junta de Estudios Históricos del Chubut, Trelew, pág. 21.

(19) Zampini, Virgilio, Significación..., cit., pág. 43.

(20) Sobre este punto, ver Fiori, Jorge y De Vera, Gustavo, 1902. El protagonismo de los colonos galeses en la frontera argentino-chilena, Dirección Municipal de Cultura, Municipalidad de Trevelin, 1ª ed., 2002.

(21) Luppino, Amanda, Los habitantes originales de esta tierra, en <http://www.patagonia.com.ar/chubut/virchistoria.php>.

(22) Dicha ley puede ser consultada en Reyna, Máximo, Territorios Nacionales. Leyes y Decretos sobre su administración y resoluciones varias aplicables en los mismos, Buenos Aires, L.R. Gonzalez y Cía. Editores, 1914, pág. 24.

(23) Linares Quintana, Segundo V., Derecho público de los Territorios Nacionales. Argentino y comparado (Tesis), Buenos Aires, Talleres Gráficos Porter Hnos., 1937, pág. 55. Ver, también, El doctor Segundo V. Linares Quintana ocupó ayer la tribuna del Instituto Popular de Conferencias. Estudió los problemas que genera el gobierno

de los territorios y su importancia social y política, en el diario La Prensa del 24 de agosto de 1940.

(24) Montes De Oca, Manuel A., Antecedentes del dominio territorial argentino, El Monitor de la Educación Común, Buenos Aires, año XXXVII, n° 557, pág. 98.

(25) Linares Quintana, Segundo V., Los Territorios Nacionales ante la Constitución y la ley, Buenos Aires, 1933, pág. 4 y sigs., quien en realidad toma las palabras expresadas por el Diputado Ramón J. Cárcano al debatir el proyecto de la ley 1532.

(26) Esto, por cuanto la ley 954 indicaba textualmente en su art. 2° que "mientras se dicta la ley general para el gobierno de los Territorios Nacionales, el de la Patagonia se regirá por la ley de 11 de octubre de 1872" (conf. Reyna, Máximo, Territorios Nacionales. Leyes y decretos sobre su administración y resoluciones varias aplicables en los mismos, Buenos Aires, L.R. González y Cía. Editores, 1914, pág. 1075).

(27) Pietrobelli, Francisco, Primeras exploraciones..., cit., pág. 12.

(28) Según algún autor, la designación "territorio nacional" es imprecisa, pues pareciera inducir que las provincias no fueran parte del territorio nacional, pese a su autonomía política (conf. Gobernadores de Chubut, Secretaría General de la Gobernación de la Provincia del Chubut, Rawson [Chubut], 1975, pág. 12).

(29) Reyna, Máximo, Territorios Nacionales..., cit., pág. 27.

(30) También resulta fundamental sobre la cuestión e historia de los Territorios Nacionales el libro de Lenzi, Juan Hilarón, Gobierno de territorios. Conceptos básicos de la ley orgánica territorial, Buenos Aires, 1939, y la obra de Yofre, Felipe, Antecedentes y motivos del proyecto de ley orgánica de los Territorios Nacionales, Buenos Aires, Imp. Litografía y Encuadernación de Jacobo Peuser, 1901.

(31) Linares Quintana, Segundo V., Derecho público..., cit., pág. 49.

(32) Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo, t. I, pág. 268.

(33) López, Mario Justo, La empresa política de la Generación del 1880, Buenos Aires, 1982, pág. 119, citado por San Martino de Dromi, María Laura, Los Territorios Nacionales, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, pág. 8.

(34) Linares Quintana, Segundo V., *Derecho público...*, cit., pág. 29.

(35) San Martino de Dromi, María Laura, *Los Territorios...*, cit., págs. 11 y 12.

(36) *Gobernadores...*, cit., pág. 18.

(37) Strasser, María Pia, *Chubut. Ensueño y...*, cit., pág. 166.

(38) Dumrauf, Clemente I., *Historia de...*, cit., pág. 273. Cabe destacar, al respecto, que a los galeses los regía un Consejo compuesto por doce miembros elegidos por el pueblo. Entre ellos se designaba un presidente, y los cargos eran reelegibles (conf. Ygobone, Aquiles, *Figuras señeras de la Patagonia y Tierra del Fuego*, Buenos Aires, Depalma, 1981, pág. 77). Y también que estos colonos tenían un Tribunal de Justicia y un Tribunal de Arbitraje, formado el primero por el juez que entendía en las causas mayores de cinco libras y un jurado compuesto de doce miembros elegidos entre los electores (conf. Martínez Ruiz, Bernabé, *La colonización galesa...*, cit., pág. 124). Sin embargo, en sus memorias, Fontana no deja de manifestar su profunda admiración por esos valientes precursores, expresando al respecto lo siguiente: "Así como rendían culto a lo bello y a la poesía en inspirados cantos y versos y se posternaban respetuosos en continua invocación al Supremo Hacedor, eran capaces al mismo tiempo de montar a caballo con la maestría de un árabe, bolear avestruces o guanacos como lo haría un indio y manejar la carabina con la precisión del más hábil soldado" (conf. Fontana, Luis Jorge, *Viaje de exploración en la Patagonia austral*, Buenos Aires, Marymar, 1976).

(39) Amaya, Lorenzo, Fontana, el territoriano, *Cuadernos de Historia del Chubut*, N° 5, Trelew, 1969, pág. 62 y sigs.

(40) Ygobone, Aquiles, *Historia argentina contemporánea*, Vol. IV, Academia Nacional de la Historia, Bs. As., cap. XXII. Para un conocimiento de primera fuente de la obra realizada por Fontana ver su libro *Viaje de exploración...*, cit.

(41) Este decreto decía lo siguiente: "Decreto n° 13.941/44. Buenos Aires, 31 de mayo de 1944. ...Considerando: Que en los actuales momentos constituye una imperiosa necesidad la adopción de medidas tendientes a asegurar, desde tiempos de paz, una adecuada protección a la zona de Comodoro Rivadavia, en forma tal que permi-

ta mantener sin solución de continuidad la explotación de sus yacimientos petrolíferos; que las circunstancias imperantes en la zona de referencia imponen soluciones de carácter permanente que aseguren asimismo, con la máxima eficacia, la continuidad de los servicios públicos y de todas las actividades lícitas que allí se desarrollan, además de brindar la necesaria protección a los intereses del Estado y de los particulares; que para ello lo más adecuado sería la designación de un gobernador militar, con todas las atribuciones emergentes de su condición de tal, complementadas con las que emanan de su autoridad de comandante superior de todas las fuerzas terrestres y aéreas que el Ministerio de Guerra asigne a la zona a su cargo... el Presidente de la Nación Argentina, decreta: Artículo 1º: Declárase "Zona Militar" la zona de explotación petrolífera de Comodoro Rivadavia...".

(42) Dumrauf, Clemente I., *Historia...*, cit., págs. 475/8.

(43) Zampini, Virgilio, *Chubut. Breve historia...*, cit., págs. 93 y 94.

(44) El decreto-ley 11.429/55 modificó la ley 14.408, estableciendo en su art. 1º que "las nuevas provincias constituidas de conformidad con lo dispuesto en el art. 1º, incs. a.), b.) y c.) de la ley nº 14.408, se denominarán, hasta tanto se pronuncien las correspondientes convenciones constituyentes, Formosa, Neuquén, Río Negro, Chubut y Patagonia, respectivamente".

(45) Dana Montaña, Salvador M., *La primera Constitución de la Provincia del Chubut*, LL, 91-764.

(46) Zamit, Diego I., *La primera Asamblea Constituyente del Chubut*, en *Cuadernos de Historia del Chubut*, nº 3, Junta de Estudios Históricos del Chubut, pág. 23.

(47) Ídem, pág. 24.

(48) El decreto de convocatoria puede verse en Hualpa, Eduardo, *Los tiempos de la Constitución Provincial de 1957*, en el diario *El Cordillerano* del 28 de febrero de 1994.

(49) Ibarra, Orlando, *Provincia del Chubut. Etapa fundacional, Círculo Policial y Mutual de la Provincia del Chubut*, 2003, pág. 34.

(50) Zamit, Diego I., *La primera Asamblea Constituyente del Chubut*, cit., pág. 24.

(51) "Cuando la Convención Constituyente del Chubut dejó constituidas sus autoridades, lo hizo en un clima de comprensión. Tanto fue así que diputados de un sector proponían a los del otro para ocupar los cargos. El argumento que prevaleció para que fuera el Dr. Galina designado presidente, precisamente partió del deseo que el sitial estuviera en manos del sector político que contaba con más bancas, y así sucesivamente, la presidencia primera y la segunda. Eso significaba, cabalmente, un signo democrático, puesto que se hacía una distribución adecuada a la que en las urnas, el pueblo había proclamado" (conf. Apuntes retrospectivos de la Convención de la Provincia, en el diario Esquel del 14 de diciembre de 1957).

(52) Conf. Apuntes retrospectivos de la Convención de la Provincia, en el diario Esquel del 8 de diciembre de 1957.

(53) Ídem.

(54) Zampini, Virgilio, Chubut. Breve historia..., cit., pág. 100.

(55) Dumrauf, Clemente I., Historia..., cit., pág. 491.

(56) Diario Esquel del día 23 de noviembre de 1957.

(57) Ver, al respecto, Gerosa Lewis, Ricardo Tomás, Análisis de la..., cit., pág. 36.

(58) Zamit, Diego I., La Primera Asamblea..., cit., págs. 29 y 30. Ver, también, Dumrauf, Clemente I., Historia de..., cit., págs. 491 y 492, y Zampini, Virgilio, Chubut. Breve historia..., cit., pág. 100.

(59) Diario Esquel del 23 de noviembre de 1957. Ver, también, el editorial del diario Esquel del 27 de noviembre de 1957 (La cuestión capital).

(60) Editorial del diario Esquel del 1º de diciembre de 1957.

(61) Dana Montañó, Salvador M., La primera Constitución..., cit., LL, 91-764.

(62) El texto completo de la Constitución de la Provincia del Chubut de 1957 y un análisis de ella puede verse en Linares Quintana, Segundo V., Derecho Constitucional de las nuevas provincias, Buenos Aires, Depalma, 1962.

(63) Los fundamentos de este sistema son explicados en mi libro Temas de derecho constitucional, Esquel (Chubut), FB, 2006, pág. 58: se trata de superar una rigidez tan extrema en el procedimiento de reforma que impida que las normas puedan adaptarse a las transforma-

ciones sociales, así como también evitar que "ante una dinámica constitucional tan estrangulada, el proceso político busque canales extraconstitucionales que con demasiada facilidad pueden desembocar en la ilegalidad (desacato, rodeo y violación de la Constitución) (conf. Loewenstein, Karl, Teoría de la Constitución, Barcelona, Ariel, 1982, pág. 176).

(64) Ver ley 2993. Tal enmienda no pasó el referendun popular. "La negativa fue notoria en Comodoro Rivadavia, sin duda vinculada a la intención de obstruir el incremento potencial del gasto público ante la eventualidad de la creación de otros ministerios, además de los tres previstos en el texto constitucional. En rigor, el Gobierno de entonces apuntó a crear el Ministerio de Educación. La nueva Constitución ya delega en una ley especial "sancionada con mayoría calificada" la fijación del número de ministerios..." (conf. Heredia, José Raúl, La reforma en la Provincia del Chubut. Prolongación del ciclo constituyente, Centro de Estudios e Investigaciones Patagónico, 1995, pág. 21).

(65) Heredia, José Raúl, La reforma..., cit., pág. 21.

(66) De esta forma, el período parlamentario se extendió a 290 días, desde el primer día hábil del mes de marzo hasta el 15 de diciembre; la constitución originaria sólo consagraba 184 días al año de labor: desde el 1° de mayo al 31 de octubre.

(67) Como podrá observarse, en el abordaje de este punto existirán muchas referencias a artículos periodísticos y a páginas web, es decir, a fuentes no reconocidas académicamente. Ello, sin embargo, de ninguna manera pretende modificar el método escogido oportunamente ni anular el "rigor científico" que en todo momento intenté alcanzar en el presente trabajo. Muy por el contrario, la utilización de este material se debe, pura y exclusivamente, al hecho de ser el único disponible dada la cercanía de los acontecimientos. Es que, como lo indica Umberto Eco, ello ocurre a medida que nos acercamos a la actualidad, al presente de quien escribe. Las obras de corte científico necesitan unos años de preparación o distancia con el hecho (conf. Eco, Umberto, Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura, Barcelona [España], Gedisa, 1995).

(68) El proyecto de ley propiciando la declaración de la necesidad de la reforma de la Constitución Provincial fue presentado el día 2 de junio de 1993.

(69) El 15 de octubre de 1993 el gobernador señaló: "vamos a impulsar la reforma de la Constitución Provincial con cláusula de reelección también en la provincia, porque veo que hay un amplio consenso en la gente para que este tema sea comenzado a debatir"(diario El Chubut, 16-10-93, pág. 4).

(70) Hay que recordar, al respecto, que el Poder Ejecutivo Nacional mediante el Dto. 2181/93 llamó a consulta popular no vinculante acerca de la necesidad y oportunidad de la reforma de la Constitución Nacional para el día 21 de noviembre de 1993.

(71) Diario El Chubut, 6-10-1993, págs. 2 y 3. Ese mismo día el Dr. Maestro presentó su renuncia indeclinable al cargo de Vicepresidente Segundo del Comité Nacional de la UCR por "incompatibilidad de posiciones", ya que éste tenía una postura contraria a la reforma y al plebiscito nacional.

(72) Los considerandos y fundamentos de este decreto pueden verse en el diario El Chubut del día 26 de octubre de 1993.

(73) Los argumentos utilizados para justificar la consulta fueron los mismos de siempre: aumentar la posibilidad de que el pueblo se exprese, escrutar la voluntad soberana, etc. Sin embargo, sigo entendiendo que cuando hay establecido un procedimiento especial de reforma, éste no puede ser reemplazado ni eliminado por una consulta popular.

(74) Diario El Chubut, 2-11-93.

(75) El documento o acuerdo celebrado entre el Gobernador Dr. Carlos Maestro y el Presidente del Consejo Provincial del Partido Justicialista Sr. Mario Das Neves ("Pacto de Rawson") puede encontrarse en el diario El Chubut del 17 de noviembre de 1993.

(76) Ello se hizo por decreto 1538. En los considerandos se señaló que "las fuerzas políticas mayoritarias que integran los bloques de la Honorable Legislatura Provincial, ámbito de representación del Pueblo de la Provincia, sobre la base de la concertación han llegado a la posibilidad cierta de establecer coincidencias, entre otros, sobre los puntos básicos sometidos a consulta popular", y ello "genera la situa-

ción propicia para suspender la consulta popular convocada para el día 21 de noviembre de 1993".

(77) Heredia, José Raúl, La reforma en la Provincia del Chubut. Prolongación del ciclo constituyente, Centro de Estudios e Investigaciones Patagónico, 1995, pág. 24.

(78) Ídem, pág. 25. Ver, también, diario El Chubut del 18 y 20 de noviembre de 1993.

(79) Diario El Chubut, 14-12-93, pág. 2.

(80) Micozzi, Juan Pablo, Reformas institucionales en Chaco, Chubut y La Pampa. Tres procesos convergentes, ¿Tres procesos idénticos?, Ponencia preparada para el V Congreso Nacional de Ciencias Políticas, Sociedad Argentina de Análisis Político, Universidad Nacional de Río Cuarto, 14 al 17 de noviembre de 2001.

(81) Estos datos fueron tomados del diario El Chubut del 12 de abril de 1994, pág. 2.

(82)

http://www.juschubut.gov.ar/07_normativa/2_plenarios/plenarios.htm.

(83) Ver el plenario n° 2 de la Honorable Convención Constituyente en http://www.juschubut.gov.ar/07_normativa/2_plenarios/plenarios.htm.

(84) Diario El Chubut, 16-10-94, pág. 10.

(85) "El texto constitucional sancionado por esta Convención Constituyente reemplaza al hasta ahora vigente...". La cuestión no es menor, porque si es una mera reforma "el operador de la Constitución debe compaginarlo no sólo con la letra, sino también con el espíritu de la tradicional constitución... El techo ideológico de ésta, por lo demás, deberá influir en la interpretación y funcionamiento de las normas recientes. En cambio, si estamos ante una nueva Constitución, el procedimiento puede ser el inverso: será el texto de reciente factura (y su filosofía) el que iluminará el sector heredado de la vieja pero prestigiosa Constitución" (conf. Sagüés, Néstor P., Constitución de la Nación Argentina, Buenos Aires, Astrea, 1994, pág. 25).

(86) Frías, Pedro J., La nueva Constitución del Chubut, en ED, 160-719.

(87) En igual sentido, ver Heredia, José Raúl, La reforma en la Provincia del Chubut. Prolongación del ciclo constituyente, Centro de Estudios e Investigaciones Patagónico, 1995, pág. 24.

(88) Pasutti, José Luis, La reforma constitucional de 1994, en El Reporte, Escuela de Capacitación del Poder Judicial de la Provincia del Chubut, Año 4, n° 13, octubre de 2004, pág. 1.

(89) Frías, Pedro J., Las cinco nuevas constituciones provinciales, en el diario La Nación del 23 de febrero de 1995, pág. 7.

(90) Esta redacción es defendida por Heredia (conf. La reforma en la Provincia del Chubut..., cit., pág. 33).

(91) De Cunto, Aldo Luis, Algunas consideraciones acerca del artículo 10 de la Constitución Provincial y del control de constitucionalidad de oficio, en El Reporte, Escuela de Capacitación del Poder Judicial de la Provincia del Chubut, Año 4, n° 13, octubre de 2004, Rawson (Chubut), pág. 25; Allende, Javier, El control de constitucionalidad a nivel federal y en la Provincia del Chubut, en El Derecho del 23 de mayo de 2008, Suplemento de Derecho Constitucional, pág. 11 y Gerosa Lewis, Ricardo Tomás, Análisis de la Constitución..., cit., pág. 59.

(92) Conf. Frías, Pedro J. y otros, Derecho público provincial, Buenos Aires, Depalma, 1985, pág. 369, capítulo XVI titulado "La regla federal en la Constitución Provincial"; Las nuevas constituciones provinciales, Buenos Aires, Depalma, 1989, pág. 6 y Bidart Campos, Germán J., Tratado elemental de derecho constitucional argentino, t. V (El sistema de Derechos y el constitucionalismo provincial), Buenos Aires, Ediar, 1994, pág. 185.

(93) Gerosa Lewis, Ricardo Tomás, El derecho a la igualdad de derechos. Las protecciones especiales y las medidas de acción positiva en la Constitución de la Provincia del Chubut, en La Ley Patagonia, Año 1, número 2, abril de 2004, págs. 143/160.

(94) Calificado de "generosidad imprudente" por Pedro J. Frías (conf. La nueva Constitución del Chubut, en ED, 160-719).

(95) Ver Gerosa Lewis, Ricardo Tomás, La protección jurídica del medio ambiente en la Provincia del Chubut, Esquel, Chubut, FB, 2003 (Declarado de "Interés Legislativo" por la Honorable Legislatura

del Chubut [Res. 009/04]. Premio "ECO-94" otorgado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba).

(96) Gerosa Lewis, Ricardo Tomás, El Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut. Un modelo nuevo y distinto, en *La Ley Patagonia*, Año 4, número 1, febrero de 2007, págs. 731/748 y Heredia, José Raúl, Un Consejo de la Magistratura de base parcialmente popular según la nueva Constitución de Chubut, CEIPA, 1995.

(97) De La Fuente, Edgar María, Juez de Refuerzo. Experiencias de una nueva figura procesal, en Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Boletín n° 4, Año 2, diciembre de 2000, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, págs. 69 y 71 y en DJ, 1997-2-715; Heredia, José Raúl, Jueces de Refuerzo, en el Boletín del Colegio de Abogados de Comodoro Rivadavia, n° 1, mayo de 1996, pág. 11 y Lobos, Juan Carlos, Jueces de Refuerzo, en Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Boletín n° 6, Año 3, diciembre de 2001, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, pág. 11.

(98) Diario El Chubut del 2 de mayo de 2008.

Juicio político y "jury de enjuiciamiento" en la provincia del Chubut

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: LLPatagonia 2008 (junio), 207

Cita Online: AR/DOC/1551/2008

[Consultado el 11/02/2020]

Sumario

I. La responsabilidad política de los funcionarios públicos. - II. Juicio político y jury de enjuiciamiento. Semejanzas y diferencias. - III. El juicio político. - IV. El "jury de enjuiciamiento".

I.- La responsabilidad política de los funcionarios públicos.

En la Sección IV de su Parte Segunda la Constitución de la Provincia del Chubut regla dos mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad política de los funcionarios públicos: el juicio político y el 'jury de enjuiciamiento'. El tercer y último mecanismo es la "revocatoria de mandatos", que está previsto en el artículo 264 de la Ley Fundamental.

Como es sabido (1), este tipo de responsabilidad tiene como único objetivo separar del cargo al funcionario cuestionado. Se diferencia de los otros tipos de responsabilidad (civil, penal o administrativa) porque éstas "son típicamente jurídicas, en el sentido de que la decisión que las establece es tomada necesariamente por órganos jurídicos típicos, por medio de procedimientos rodeados de las garantías jurídicas y en las cuales entran en juego también sanciones de orden

jurídico, esto es, penas en sentido material. En cambio, la responsabilidad política puede presentarse, y de hecho se ha presentado, sin revestir esas características jurídicas"(2).

Por eso, precisamente, Karl Loewenstein dice que "existe responsabilidad política cuando un determinado detentador del poder tiene que dar cuenta a otro detentador del poder sobre el cumplimiento de la función que le ha sido designada"(3), mientras que Cappeletti señala que ella tiene dos rasgos distintivos: "por un lado, que se responde ante órganos políticos y por procedimientos de la misma categoría, y por el otro, que la responsabilidad no se encuentra fundamentada puramente en violaciones legales, sino en la pauta más genérica de la conducta del funcionario políticamente evaluada"(4).

El juicio político y el jury de enjuiciamiento, pues, son procesos constitucionales especiales tendientes a evaluar ese tipo de responsabilidad con relación a "determinados funcionarios y magistrados para juzgar acerca de la conveniencia de su continuidad en el desempeño de un determinado puesto de gobierno, en base a cargos que se le formulan a los acusados en relación a su actuación y al mantenimiento de las condiciones de idoneidad requeridas para ejercerlos adecuadamente. Su finalidad principal es siempre la tutela de los bienes públicos, en particular, el buen funcionamiento de las instituciones de gobierno"(5).

II.- Juicio político y jury de enjuiciamiento. Semejanzas y diferencias.

El punto de contacto entre ambos institutos, como vimos, está dado por su naturaleza política y por el tipo de responsabilidad que pretenden evaluar.

Sin embargo, estos mecanismos también presentan diferencias notables en distintos aspectos, básicamente en lo que se refiere a los sujetos pasivos y activos que intervienen, en el procedimiento aplicable, y en las causales que habilitan la remoción de los acusados.

En efecto: mientras que el juicio político queda reservado para los funcionarios que ocupan los más altos cargos de la estructura jurídico-política y de los poderes del Estado (art. 198 de la Const. Prov.), el jury de enjuiciamiento se establece con relación a los magistrados y funcionarios judiciales de los tribunales inferiores, los Jueces de Paz, los miembros del Tribunal de Cuentas, el Fiscal de Estado, el Contador General, y los demás funcionarios que la ley determine (art. 209 de la Const. Prov.).

También es distinto el sujeto activo y el procedimiento aplicable, pues mientras el juicio político se sustancia ante la Legislatura de la Provincia del Chubut y ésta se divide en salas a tales efectos (art. 200 de la Const. Prov.), el Tribunal de Enjuiciamiento resuelve en pleno y se forma con un Ministro del Superior Tribunal de Justicia, dos diputados y dos abogados de la matrícula (art. 211 de la Const. Prov.).

Por otra parte, en el caso del juicio político se requiere la mayoría especial de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Sala de juzgar para destituir al acusado de su cargo (art. 206 de la Const. Prov.), mientras que en el caso del jury de enjuiciamiento basta la mayoría absoluta de los miembros del Tribunal de Enjuiciamiento para llegar a igual resultado (art. 213 de la Const. Prov.).

Finalmente, debe señalarse que las causales de destitución son distintas, tal como se verá en los puntos siguientes.

III.- El juicio político.

Concepto y características: El juicio político, de acuerdo a lo señalado, es un procedimiento de naturaleza política, encaminado a verificar y hacer efectiva ese tipo de responsabilidad respecto de los magistrados y funcionarios superiores del Estado, por las causales que enumera la propia Constitución Provincial. Busca únicamente separar o destituir del cargo al funcionario involucrado en caso de confirmarse la causal imputada y no el castigo de aquél, motivo por el cual, de darse otro ti-

po de responsabilidad, el acusado queda sujeto al juicio y eventual condena conforme a las leyes comunes y ante los Tribunales ordinarios. *Sujetos pasivos*: Los sujetos pasivos de este procedimiento de responsabilidad política son, como vimos, los funcionarios superiores, es decir, aquéllos que ocupan los más altos cargos de la estructura jurídico-política y de los poderes del Estado.

Es por eso que este instituto queda reservado pura y exclusivamente para el Gobernador, el Vicegobernador, los Ministros Secretarios (6), los Ministros del Superior Tribunal de Justicia, el Procurador General y el Defensor General (art. 198 de la Const. Prov.).

La enumeración es taxativa y, por lo tanto, no existe ninguna posibilidad de que una ley pueda extender el juicio político a otros funcionarios (7).

Respecto de este tema, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló, en la causa "Molinas", que "los únicos magistrados y funcionarios que pueden ser sometidos a juicio político son los que enumera... la Constitución..., y una ley de rango inferior no puede crear más inmunidad que las que contiene la Carta Magna... Esta interpretación debe mantenerse en el ámbito estricto de la regla constitucional, porque si se admitiese la discrecionalidad del Congreso para determinar de antemano quiénes gozarán del privilegio derivado de ese status hasta que se levante su inmunidad, se vulneraría el principio de igualdad ante la ley, que es derivación directa del sistema republicano adoptado por la Constitución Nacional"(8).

En consecuencia —y como también lo señaló la Corte en el citado caso— "las disposiciones legales que excluyen a distintos funcionarios...otorgándoles estabilidades no previstas por la misma Constitución, carecen de toda eficacia..." y deben reputarse inconstitucionales (9), ya que lo contrario "implicaría crear inmunidades no instituidas por los constituyentes, otorgando una garantía de antejudio que únicamente puede conferir la Ley Fundamental"(10).

Naturaleza y procedimiento: El juicio político es un procedimiento de naturaleza "política". No se asimila, entonces, a un juicio ordinario, con las reglas y procedimientos propios del proceso judicial.

Sin embargo, "no por ser político el juicio, lo que induce a considerar su carácter no jurídico, debe prescindirse de las garantías propias de todo proceso"(11).

Por lo tanto, aun cuando la Legislatura posee facultades suficientes para conducir el enjuiciamiento en forma acorde con su especificidad, ésta "debe guardar concierto con la extensión de sus atribuciones y con la esencia del derecho de defensa en juicio, cuyas violaciones sí podrían autorizar el control de constitucionalidad"(12).

Finalidad: El juicio político sólo tiene el propósito de separar del cargo y eventualmente inhabilitar al involucrado para ejercer funciones públicas. No persigue castigar al funcionario (conf. art. 207 de la Const. Prov.) y, por tanto, no es un juicio penal (13).

Su finalidad es mucho más elevada, ya que tiende a "la protección de los intereses públicos contra el peligro por el abuso por el poder oficial, descuido del poder o conducta incompatible con la dignidad del cargo"(14).

En virtud de ello y como este instituto —repite— tiene por objeto "alejar del ejercicio del poder a quien es portador del mismo"(15), para que se ponga en movimiento el procedimiento es absolutamente indispensable que el funcionario se encuentre en el desempeño y posesión de la función pública. Es por eso, precisamente, que el juicio político no tiene razón de ser o agota su objetivo cuando el funcionario involucrado cesa en el ejercicio del cargo, ya sea por renuncia (16) o por alguna otra circunstancia (17).

Es que, en estos casos, la cuestión se vuelve abstracta.

Causales de juicio político: Las causales de juicio político varían según el sujeto pasivo involucrado.

En efecto: tratándose del Gobernador, del Vicegobernador o de los Ministros secretarios, las causales son las siguientes (art. 198, 1er. párrafo de la Constitución Provincial):

a.) Incapacidad sobreviniente: La incapacidad alude a los defectos o impedimentos para ejercer o continuar en el cargo, o sea, se refiere a la falta o carencia de aptitud para realizar los actos propios de las funciones encomendadas. Su existencia está condicionada por la importancia y responsabilidad de éstas. Desde luego, si se trata de una enfermedad —física o psíquica—, aquella debe ser de una gravedad tal que impida el correcto desempeño de dichas funciones.

Por otra parte, debe destacarse que la incapacidad debe ser 'sobrevenida', o sea, tiene que ser posterior a la asunción en el cargo. No puede ser motivada por circunstancias anteriores a este hecho.

b.) Delitos en el desempeño de sus funciones: Por delito en el ejercicio de sus funciones se entiende aquéllos que sólo pueden ser cometidos por un funcionario público (por ejemplo cohecho, incumplimiento de los deberes de funcionario público, malversación de caudales públicos, abuso de autoridad, etc.) (18).

La incorporación de esta causal, empero, ha recibido muchas veces la crítica por parte de prestigiosos publicistas. Concretamente, se afirma en tal sentido que toda transgresión legal debe quedar incluida dentro del concepto de "mal desempeño", ya que "la causal de crimen (delito) común o delito cometido en ejercicio de la función solamente puede operar como tal si con carácter previo a la acusación por la Cámara de Diputados, la existencia del delito y la culpabilidad del imputado han sido establecidas por sentencia firme y definitiva, en un proceso penal tramitado con todas las garantías aplicables a esa clase de juicios... Nadie es responsable de un delito —nadie es delincuente— si un fallo judicial no lo declara. Mientras ello no ocurra, la

Cámara de Diputados podrá acusarlo... pero únicamente por mal desempeño... La remoción y eventual inhabilitación fundada en la alegación de un delito del que el acusado no hubiese sido antes declarado responsable por los tribunales en lo criminal entrañaría una violación de su derecho al debido proceso"(19).

c.) Falta de cumplimiento a los deberes a su cargo: Se refiere, básicamente, a dejar de cumplir obligaciones que expresamente señalan las leyes y los reglamentos que regulan sus funciones. Por deber hay que entender al imperativo jurídico que ordena una conducta positiva o negativa, y los deberes funcionales son los que se relacionan con el ejercicio del cargo para lograr un adecuado desempeño de éste. De ahí, entonces, que la Constitución castigue su incumplimiento.

d.) Delitos comunes: Esta expresión abarca a los demás delitos que puede cometer una persona, sin ejercer una función pública. En cambio, si los funcionarios acusados son los Ministros del Superior Tribunal de Justicia, el Procurador General o el Defensor General, las causales por las cuales pueden ser pasible de juicio político son las establecidas en el artículo 165 de la Constitución Provincial (art. 198, 2do. párrafo de la Constitución Provincial), es decir:

- a.) *Mal desempeño.*
- b.) *Desconocimiento inexcusable del derecho.*
- c.) *Inhabilidad psíquica o física.*
- d.) *Comisión de delitos dolosos.*

Dado que estas últimas causales son analizadas al tratar el "jury de enjuiciamiento", allí nos remitimos.

Denuncia. Legitimación activa: El juicio político se inicia con una denuncia que puede efectuar cualquier legislador o habitante de la Provincia en el pleno goce de su capacidad civil. Tal denuncia debe formularse ante la Legislatura de la Provincia del Chubut (art. 199 de la Constitución Provincial).

La legitimación activa de los diputados para promover el juicio político se explica por ser éstos los representantes del pueblo, y por tener también obligación y responsabilidad en el correcto funcionamiento de las instituciones.

A los habitantes, por su parte, se les exige el pleno goce de su capacidad civil. Ello es así para que eventualmente puedan ser responsables de sus actos, en caso de haber obrado con temeridad o malicia.

Formulada la denuncia (que debe contener los datos personales de los presentantes y una relación completa y circunstanciada de los hechos en que se funde) ésta se eleva a la comisión legislativa correspondiente (de Asuntos Constitucionales y Justicia) de acuerdo con el procedimiento previsto por el Reglamento Interno de la Cámara de Diputados para que se expida al respecto.

Dicha comisión —después de analizar la admisibilidad de la denuncia— produce un dictamen —recomendando la acusación o el rechazo del pedido— que es debatido y sometido a votación ante el pleno de la Cámara. Si el dictamen que resulta aprobado admite formalmente la solicitud del juicio político, se giran las actuaciones a la Sala de Acusar para que ésta continúe con la tramitación y el procedimiento correspondiente, que consiste en remitir las mismas a la Comisión Investigadora prevista por el art. 201 de la Constitución Provincial (arts. 3° a 8° de la Ley provincial 4457).

La "*mera denuncia*": No obstante lo expuesto en el punto anterior, algunos autores entienden que la "mera denuncia", esto es, aquella que no ha cumplido los requisitos establecidos en la ley reglamentaria o la nacida del ámbito periodístico, es suficiente para llevar adelante el proceso.

Jorge Omar Paolini, por ejemplo, señala que la simple denuncia, promovida a través de la vía de superintendencia, podría dar lugar a la realización de una información sumaria a fin de esclarecer la vero-

similitud de los hechos invocada y, así, iniciar el camino de iniciación del juicio político (20).

En sentido contrario, empero, se ha señalado que "las simples manifestaciones extraídas de los medios no son denuncias que permitan provocar el enjuiciamiento de funcionarios y magistrados judiciales, toda vez que la propia Ley ha revestido a la denuncia de ciertas formalidades que permiten identificar al denunciado, la relación circunstanciada de los hechos que la motivan, la causal que se le imputa al denunciado y la prueba de que intente valerse para ello". Se han respetado "los principios del Estado de Derecho, otorgando facultad para denunciar a todas las personas hábiles, pero determinando la acusación para asegurar el derecho de defensa y brindar las garantías exigibles en un proceso de la envergadura del enjuiciamiento de los magistrados y funcionarios judiciales"(21)

Responsabilidad por denuncia temeraria o maliciosa. Daño moral (22): El particular denunciante muchas veces "puede verse movido más por su pasión o encono hacia determinado funcionario que por la intención de que éste mejore en el desempeño de su tarea"(23).

Por lo tanto, si bien es cierto que "hay que abrir la justicia a la democracia, ello implica también protegerla frente a la acusación ligera, la intencionalidad política aviesa y el descrédito como arma para la obtención de fines que no se logran por el Derecho"(24).

En consecuencia y no obstante que solicitar el enjuiciamiento de un funcionario o magistrado es un acto lícito que implica el ejercicio de una garantía individual de rango constitucional cual es la de peticionar a las autoridades (art. 14 de la Constitución Nacional), cuando la denuncia es temeraria o maliciosa y causa daño se convierte en un hecho antijurídico y, por ende, generador de responsabilidad.

Así, se ha dicho que "la afección extra patrimonial derivada del hecho de denunciar falsamente a un Juez y solicitar su juicio político, al tratarse de un daño provocado al espíritu del actor, es inde-

pendiente de los perjuicios materiales, de manera que no sólo no debe guardar proporcionalidad con éstos, sino que puede producirse aquél sin que existan éstos. A efectos de fijar la indemnización debe valorarse la condición social y cultural de las partes, la jerarquía del magistrado ofendido, la capacidad económica del ofensor y la magnitud de la lesión en los sentimientos del actor que debió producir la denuncia, no sólo por la repercusión en el ánimo de un Juez al que se le adjudican graves procederes, sino por las consecuencias que pudo provocar la denuncia en la carrera del actor. La petición de un juicio político es un acto análogo a la denuncia y le son aplicables las disposiciones sobre la acusación calumniosa, la calumnia, la injuria o la lesión al honor cuasidelictual. En este último caso, hay una antijuridicidad genérica y una imputación subjetiva basada en la culpa, de apreciación estricta. Cabe exigir una diligencia por encima de la media en la conducta de quien peticiona un juicio político (arts. 512, 902, Cód.Civil)"(25).

Sin embargo, no cualquier descuido, incumplimiento o negligencia en la petición de enjuiciamiento producirá responsabilidad. Como vimos, para que ello ocurra es necesario que se trate de una denuncia falsa, temeraria o maliciosa.

Como contrapartida, cabe exigir una diligencia por encima de la media, en la conducta de quien peticiona un juicio político. Ello tiene su base en el art. 512 CC y en la aplicación analógica que la doctrina ha hecho en materia de culpa, del principio que sienta el art. 902 en materia de causalidad. Es que nadie puede ignorar que la petición de un juicio político es un acto de extrema gravedad institucional, que además es por sí mismo de amplia difusión social y que también causa un enorme daño derivado de su sola formulación; estos son hechos notorios (26).

La Legislatura como sujeto activo del juicio político. La división en salas: Los constituyentes han atribuido la consideración y decisión sobre la responsabilidad política de los jueces del Superior Tribunal de Justicia y de los funcionarios superiores de la estructura jurídico-política del Estado provincial a la sabiduría y la prudencia de

los representantes del pueblo que integran la Legislatura de la Provincia del Chubut (art. 200 de la Constitución Provincial).

Para ello han ordenado que, a los fines de la tramitación del juicio político, ésta se divida, todos los años y en la primera sesión, por mitades en dos Salas cuyos miembros se eligen por sorteo.

A la Sala Primera (o acusadora) le otorga la función de acusar, y a la otra (Sala Segunda) la de juzgar, sin interferencias de las otras autoridades de la Provincia, con la salvedad del control judicial sobre la violación de las formas esenciales que conciernen al debido proceso.

De esta manera la Sala Primera asume el carácter de fiscal, es decir, es la titular de la acusación, mientras que la Sala Segunda se convierte en jurado del juicio o "tribunal de sentencia", o sea, en quien determina la eventual responsabilidad del funcionario o magistrado involucrado, y quien dicta el fallo correspondiente.

La Sala acusadora es presidida por un diputado elegido de su seno y la de juzgar por el Presidente del Superior Tribunal de Justicia, salvo cuando el acusado sea este último, en cuyo caso —por razones obvias— preside la Sala el Presidente de la Legislatura (art. 200, segundo párrafo de la Constitución Provincial).

Comisión investigadora: Una vez constituida la Sala acusadora, ésta debe nombrar de su seno, en la misma sesión en que se constituye (o sea, en la primera sesión anual de la Legislatura), una comisión investigadora compuesta por cinco miembros, que tiene una vigencia anual (art. 201 de la Constitución Provincial).

Esta comisión, como su nombre lo indica, tiene por objeto investigar la verdad material de los hechos en que se funda la solicitud de juicio político y determinar la responsabilidad del o de los denunciados. Para ello goza de las más amplias facultades y atribuciones, pudiendo recabar informaciones imponiendo plazos de contestación

bajo apercibimiento, disponer inspecciones de lugares o cosas, citar personas, tomar declaraciones, practicar careos, requerir la remisión de expedientes u otros instrumentos y realizar a su sola instancia cualquier otra medida probatoria que resulte conducente a los fines perseguidos (art. 202 de la Constitución Provincial y arts. 9° a 16 de la ley provincial 4457).

Para practicar allanamientos, empero, la Comisión Investigadora debe recabar la correspondiente orden al juez competente (arg. arts. 52 y 134, quinto párrafo de la Constitución Provincial).

Las investigaciones que realiza esta comisión con vistas a determinar si corresponde o no formular acusación, destaco, constituyen verdaderos actos instructorios o preparatorios de un enjuiciamiento sólo contingente, "circunstancia esta última que los pone al margen de toda revisión judicial"(27).

Plazo. Dictamen: La Comisión investigadora debe cumplir con su cometido y practicar todas las diligencias en el término de cuarenta días (que deben computarse como días corridos), aunque nada obsta que lo haga en menos tiempo (art. 202 de la Constitución Provincial).

Dicho plazo es perentorio, de manera que, producido su vencimiento sin haberse formulado dictamen, el pedido de juicio político no puede prosperar y debe ser archivado. Asimismo debe remarcarse que es improcedente una declaración de suspensión del plazo en los términos antedichos.

La finalidad de esta disposición es clara: busca evitar que el procedimiento se convierta en una especie de "espada de Damocles" que vulnere indirectamente los principios de independencia e inamovilidad. Se basa, también, en el derecho que tiene el acusado de obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible respecto a una situación de incertidumbre que afecta su imagen y honor (28).

Dentro del plazo indicado, pues, la Comisión Investigadora debe presentar su dictamen a la Sala acusadora (art. 202 de la Constitución Provincial y art. 16 de la ley provincial 4457). En él debe señalarse concretamente y con expresión de los fundamentos que le sirven de sustento (29), si debe darse curso a la acusación o si debe rechazarse la solicitud del juicio político.

La decisión de la Comisión Investigadora, empero, no es vinculante para la Sala acusadora, que puede aceptarlo o rechazarlo.

Mayoría exigida para el dictamen favorable a la acusación: Ahora bien: si el dictamen fuese favorable a la acusación, la Sala de Acusar sólo puede aceptarlo con la mayoría de los dos tercios de votos del total de sus miembros (art. 202 "in fine" de la Constitución Provincial y art. 18 de la ley provincial 4457).

Esta mayoría calificada, como es sabido, tiene un significado especial: implica no sólo la necesidad de ampliar el consenso entre las fuerzas políticas integrantes de la Legislatura, sino que también busca evitar que el funcionario o magistrado involucrado pueda quedar a merced de vertientes políticas ocasionales y temporarias como sucede en la política agonal.

De esta forma, si se rechaza la moción de acusación de un funcionario sometido a juicio político porque no se reúnen los dos tercios de votos de la sala acusadora, el proceso finaliza allí y el funcionario continúa en su cargo, archivándose las actuaciones.

Suspensión. Requisitos: A nivel nacional se debatió durante mucho tiempo —y la doctrina todavía no es conteste al respecto— acerca de la posibilidad de suspender —mientras se sustancia el juicio político— al funcionario o magistrado acusado.

La falta de autorización expresa por parte de la Ley Fundamental fue la que determinó tal discusión.

Los partidarios de aceptar la suspensión han argumentado que la inexistencia de normativa referida a ese tema no podía ser interpretada como una prohibición de aquella práctica, toda vez que había margen para considerar esa atribución como implícita, en tanto la medida no se prolongara indefinidamente u abarcara un lapso temporal razonable que atendiera las particularidades propias de los procesos de enjuiciamiento político (30).

La postura contraria, empero, partió de la primicia de que "mientras dura el proceso se mantiene la presunción de inocencia del imputado —garantía constitucional que no puede ser negada a ningún habitante de la República—, por lo que la suspensión del... acusado en razón de los cargos que se le formulan es violatoria de nuestro texto fundamental"(31).

La Constitución de la Provincia del Chubut, en cambio, no deja margen para la discusión y permite expresamente que, al aprobarse la acusación, la Sala acusadora suspenda al acusado en el ejercicio de las funciones, sin goce de sueldo, si se obtiene el voto de los dos tercios mas uno (o sea, cuatro) del total de los miembros de la Sala (art. 203 de la Constitución Provincial y art. 19 "in fine" de la ley provincial 4457). Se trata, como se ve, de una atribución cautelar y accesorio que nuestra Ley Fundamental le otorga a la Sala de Acusar.

Aquí también podemos observar que el ordenamiento jurídico exige un consenso superior a la mayoría absoluta y aún a la calificada de dos tercios para alterar el status quo, es decir, para interrumpir el ejercicio del mandato del funcionario o magistrado involucrado. Y esto es así porque "toda remuneración tiene carácter alimentario y al suspenderse el pago de todos los rubros salariales se priva al recurrente de la cuota o base mínima de subsistencia tanto para él como para su familia pudiendo afectarse, incluso, los beneficios sociales"(32).

Por eso, precisamente, hay que destacar que esta atribución debe utilizarse y ejercerse con prudencia y en los casos estrictamente imprescindibles. Es que, como también se ha remarcado, "la suspen-

sión... sin goce de haberes resulta innecesaria y excesiva si va más allá de lo institucionalmente indispensable, al no guardar relación con la decisión definitiva, privando al recurrente de sus haberes con el sólo fin de abatirlo o sancionarlo" y, por lo tanto, en tales casos admite el control judicial (33).

Acusación: Admitida la acusación con el voto de los dos tercios del total de los miembros de la Sala Primera, ésta nombra a tres de ellos para que la sostengan ante la Sala Segunda (art. 204 de la Constitución Provincial y art. 20 de la ley provincial 4457).

Recibida la acusación y prestado el correspondiente juramento por parte de sus miembros por ante el presidente de la misma, la Sala de Juzgar queda constituida en Tribunal de sentencia (art. 22 de la ley provincial 4457).

Juramento: El artículo 204 de la Constitución de la Provincia del Chubut dispone que los miembros de la Sala Segunda deben prestar juramento ante su presidente, de administrar justicia con imparcialidad y rectitud, conforme la Constitución y las leyes provinciales.

El juramento que se exige a los diputados —explica Story— es similar al requerido a los jueces y jurados, "puesto que sería en efecto una anomalía monstruosa, que pudieran ser acusados de crímenes... y aún condenados los grandes funcionarios, sin que se hubiera tomado ninguna medida contra el efecto de las pasiones vengativas..., mientras que el individuo en la posición social más humilde, tiene derecho a exigir de sus pares y de sus jueces, un juramento de fidelidad a la ley"(34).

Debido proceso: No obstante su naturaleza "política", todo el procedimiento del juicio político debe llevarse a cabo y desarrollarse —como vimos— observando puntualmente los principios constitucionales y las pautas del debido proceso legal e igualdad ante la ley, y por ninguna circunstancia se le puede afectar al acusado su derecho de defensa. O sea que, en todas las etapas, se le debe asegurar a éste la

posibilidad de presentar y producir prueba de descargo, de controlar y rebatir las de cargo, etc. (conf. arts. 44 y 45 de la Const. Prov. y art. 45 de la ley provincial 4457).

Por lo tanto, aún cuando la Sala Juzgadora posea facultades suficientes para conducir el enjuiciamiento en forma acorde con su especificidad, éste debe guardar concierto con la extensión de sus atribuciones y con la esencia de los derechos de las personas.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que "el asignarle a un cuerpo político una especial y limitada función judicial resulta de dos consecuencias fundamentales: la primera radica en que le es exigible al órgano político juzgador la observancia de las reglas de procedimiento que preserven las garantías de defensa en juicio y del debido proceso que debe reconocerse a toda persona sometida a un juicio que puede concluir con la pérdida de un derecho y la segunda, que la observancia de las reglas procesales relativas a la garantía de defensa en juicio adquiere el rango de materia revisable judicialmente, ya que corresponde a la Corte el control de validez constitucional de tales procedimientos, sin que ello implique el re examen de la solución de fondo que puede dictar el cuerpo político, pues las decisiones de fondo quedan en la zona de exclusión donde residen las cuestiones políticas no justiciables"(35).

Procedimiento. Plazo para el juzgamiento: Una vez constituida como Tribunal de Sentencia, la Sala Segunda debe proceder de inmediato al estudio de la acusación, prueba y defensa, y tiene que pronunciarse en el término de 30 días (art. 205 de la Constitución Provincial).

El plazo perentorio que fija aquí la Constitución tiene la misma finalidad que el establecido en el artículo 202, es decir, impedir la prolongación indefinida del procedimiento con el consiguiente perjuicio que puede sufrir el acusado en su buen nombre y honor.

Vencido este término sin producirse fallo condenatorio, el acusado, en su caso, vuelve al ejercicio de sus funciones, sin que el juicio pueda repetirse por los mismos hechos (art. 205 de la Constitución Provincial).

En lo posible, el pronunciamiento de la Sala de Juzgar debe ajustarse a la lógica de una sentencia judicial y estar fundamentado. La prueba y los actos del debate deben valorarse conforme las reglas de la libre convicción (art. 36 de la ley provincial 4457).

Fallo. Culpabilidad. Mayoría: Tanto la Constitución Provincial como la ley reglamentaria exigen, para que la Sala de juzgar pueda separar del cargo al magistrado o funcionario acusado, una mayoría calificada, ya que ésta sólo puede declararlo culpable con el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros (art. 206 de la Constitución Provincial y art. 37 de la ley provincial 4457).

La exigencia de que la decisión sea adoptada por las dos terceras partes de los diputados que componen dicha Sala se justifica ampliamente si se tiene en cuenta la gravedad de la resolución, no solamente en cuanto a las consecuencias para el individuo afectado, sino además y principalmente por las proyecciones institucionales de la medida (36). Por lo demás, esa mayoría especial pretende también evitar que la decisión quede a merced de una mayoría circunstancial movida por pasiones o intereses políticos coyunturales (37).

En sentido inverso, la mayoría calificada exigida por la Constitución Provincial le da legitimidad a la medida. Es que si para la destitución se pronuncian en función acusatoria las dos terceras partes de la Sala primera y adoptan la decisión de destituirlo las dos terceras partes de la Sala de Juzgar, desconocer la voluntad de tal abrumadora mayoría implica desconocer la voluntad popular expresada por sus representantes, con menoscabo para las instituciones democráticas.

Huelga agregar que, de no obtener el número de votos establecido, la moción de destitución es desestimada y el funcionario sometido al trámite continuará en su cargo.

La accesoria de inhabilitación para ejercer cargos públicos (ver artículo 207 de la Constitución Provincial) también requiere el voto afirmativo de los dos tercios de la totalidad de los miembros de la sala (art. 38 de la ley provincial 4457).

Voto nominal: Como mecanismo de transparencia y a fin de ejercer un control sobre el cuerpo legislativo por parte de la ciudadanía, la Constitución de la Provincia del Chubut dispone que la votación debe ser nominal, es decir, que cada diputado debe pronunciarse sobre la admisión o el rechazo de la acusación, registrándose en el acta el voto de cada uno de ellos sobre cada uno de los cargos que contenga el acta de acusación (art. 206 de la Constitución Provincial).

La cuestión de la nominalidad no es menor, pues su ausencia permite que las posturas individuales se diluyan en la votación general. Se priva así a los electores de conocer qué han hecho con su mandato los representantes por quienes han sufragado (38).

Es que, vale recordarlo, en el sistema del voto por signos o a "mano alzada" (que consiste en levantar la mano para expresar la afirmativa) se cuentan las manos levantadas para ver si hay mayoría, pero no queda registro de cómo vota cada legislador. Con el voto nominal, en cambio, cada diputado deja expresada su posición a viva voz, quedando nítidamente reflejada la postura del representante en uno u otro sentido.

El sistema ordenado, pues, permite evaluar la congruencia o incongruencia mostrada por el legislador con relación al tema, detectar los casos en los cuales los diputados se desdigan, al momento de votar, de lo afirmado o negado durante el debate, y medir el grado de disciplina o libertad existente en cada bloque. Es una forma de contrarrestar la tendencia a la votación anónima.

Efectos del fallo: El juicio político, como ya lo hemos señalado, sólo tiene el propósito de separar del cargo y eventualmente obtener la interdicción política del funcionario o magistrado involucrado, o

sea, de inhabilitarlo para ejercer cargos o funciones públicas. No persigue, desde ningún punto de vista, castigar o condenar al acusado (39).

Por lo tanto, si el fallo es adverso a éste, sólo puede tener tales efectos ("destituir al acusado y aún inhabilitarlo para ejercer cargos públicos", como lo dice claramente el art. 207 de la Constitución Provincial) y no otros, motivo por el cual el funcionario o magistrado siempre quedará sujeto a acusación, juicio y condena conforme a las leyes comunes y ante los tribunales ordinarios.

El fundamento de deslindar el juicio político de la acción penal posterior es muy simple: con ello se quiere evitar que las pasiones políticas arrastren al acusado a la prisión o a sufrir otro tipo de penas (40).

De esta manera, las causas abiertas o que se abran en consecuencia del juicio político corren por carriles totalmente independientes entre sí.

Si con posterioridad a su destitución mediante juicio político, el funcionario o magistrado removido es sobreseído o absuelto en sede penal, esa decisión judicial no provoca su reasunción al cargo (41).

La inhabilitación para ejercer cargos públicos: El fallo también puede inhabilitar al funcionario o magistrado cuestionado para ejercer cargos públicos (art. 207 de la Constitución Provincial).

Mediante tal circunstancia se busca evitar que aquellos que no han estado a la altura de las circunstancias o que hayan demostrado incapacidad para ejercer las funciones encomendadas puedan volver a las mismas y repetir sus faltas o reiterar situaciones y posibilidades penosas para la correcta marcha de las instituciones.

De esa forma tal medida "se muestra como un arbitrio enteramente adecuado a las exigencias del buen funcionamiento de los

poderes públicos y acorde con la naturaleza de las responsabilidades que tales cargos suponen" y, por tal motivo, "ella no resulta violatoria del derecho de trabajar consagrado por la Constitución Nacional" (42).

La inhabilitación señalada, empero, es una sanción accesoria. Es decir que puede haber destitución sin inhabilitación, pero no puede haber inhabilitación sin destitución (43).

La recurribilidad del fallo (44): El fallo que se dicte en el juicio político es, en principio, irrecurrible, ya que lo atinente a la interpretación de la Constitución en orden a las causales de destitución por juicio político y la apreciación de los hechos materia de acusación a la luz de dicha exégesis, conforman ámbitos depositados por la Ley Fundamental en el exclusivo y definitivo juicio de la Legislatura, no revisables judicialmente (45).

La irrecurribilidad en tal decisión no es, entonces, una exclusión caprichosa de un ámbito al control judicial; es, en realidad, la concreción institucional de la posición de los más importantes constitucionalistas del país que consideran que el juicio político se basa, esencialmente, en la apreciación discrecional de las circunstancias de la conducta de los magistrados o funcionarios cuestionados (46).

Sin embargo, cuando en la práctica del juicio político se vulnera cualquiera de los requisitos que dan contenido a la garantía constitucional del "debido proceso" (art. 18 de la Constitución Nacional) por absoluta omisión o por sólo apariencia de cumplimiento, le corresponde al órgano judicial reparar el derecho subjetivo agraviado frente a tal conducta antijurídica, (47) ya que nadie puede estar por encima de los derechos y garantías que tutela la Constitución Nacional, que es ley suprema (art. 31 de la Const. Nac.).

Los fallos dictados en un juicio político, pues, constituyen cuestiones justiciables, en la medida en que se acredite lesión a la garantía del debido proceso o al derecho de defensa del acusado.

O sea que, de acuerdo con lo expresado, "esa judicialización no es plena"(48). Hay, por ende, dos caras del enjuiciamiento político: lo que es decisión definitiva del órgano competente y lo que es judicialmente controlable. Lo que el Poder Judicial no puede hacer es revisar la subsunción de los hechos imputados en las causales previstas para la destitución, y la valoración de las circunstancias de la causa (de hecho y de derecho). Todo lo demás: revisar si el órgano ha actuado con competencia, si se han observado los límites impuestos por la Constitución y si se han respetado los derechos y garantías constitucionales del enjuiciado (básicamente el derecho de defensa) durante el procedimiento aplicable para su remoción está sujeto al control por parte de la judicatura ante la petición expresa de parte interesada (49).

Ahora bien: dada la especificidad del juicio político el criterio de revisión debe ser francamente riguroso y sólo patentes violaciones a aspectos esenciales de tales derechos podrían tener acogida ante los estrados judiciales y siempre y cuando sea acreditado por el recurrente no sólo ello, sino también que la reparación del perjuicio es conducente para variar la suerte del proceso (50).

Debe recordarse, en tal sentido, que la Corte Suprema ha señalado que "corresponde mantener una extremada prudencia y un estricto criterio restrictivo al momento de resolver la revisión, en la instancia extraordinaria, de decisiones definitivas de los órganos destinados por la Ley Fundamental para juzgar la conducta de funcionarios públicos, pues es imprescindible que en los juicios políticos nacionales o provinciales, el control judicial destinado a verificar el respeto al derecho de defensa no se convierta en una forma de penetrar en el ámbito de lo que debe seguir siendo no justiciable (o bien reservado a la exclusiva competencia provincial) porque así lo requieren principios que son inseparables del sistema político de la Constitución y que tienen vigencia secular"(51).

Y también que "la revisión judicial no puede constituirse en un medio para convertir a la justicia en una suerte de tribunal de alza-

da con posibilidad de reemplazar el criterio de quienes tienen en forma excluyente el juicio de responsabilidad política"(52).

El juicio político como "antejuicio" del proceso penal: En virtud de todo lo expuesto puede afirmarse que la acusación por parte de una sala de la Legislatura (Sala acusatoria) y el fallo de la otra (Sala juzgadora) hacen que el juicio político se torne como una especie de "antejuicio" del proceso penal.

"Esto significa claramente que 'antes' de la destitución por juicio político, es imposible someter a la parte acusada a juicio penal ordinario, o lo que es igual, que 'mientras' se halla en ejercicio de su función está exenta de proceso penal. Primero hay que separar a la persona de su cargo mediante el juicio político, y luego quedan habilitados los jueces competentes para el correspondiente proceso penal... Se trata en realidad de un antejuicio, o privilegio procesal... y consiste en un impedimento que posterga el proceso común hasta que se hayan producido ciertos actos, en el caso, destitución por juicio político. No es una inmunidad penal que derive de la persona, sino una garantía de funcionamiento a favor del órgano, como inmunidad de proceso"(53).

Dicho en otras palabras: el juicio político importa una exención acordada a los funcionarios o autoridades que menciona, por razones de orden público relacionadas con la marcha regular del gobierno creada por la ley fundamental, es decir, una garantía de buen gobierno, establecida para defender el principio de autoridad; de donde se sigue que los jueces y funcionarios mencionados en el artículo 198 de la Constitución Provincial "no pueden estar sometidos a proceso por actos cometidos en ejercicio de sus funciones, sin que previamente hayan sido destituidos por el procedimiento constitucional del juicio político, habida cuenta que, por la eminente jerarquía de su investidura, a nadie le este permitido atentar contra su autoridad ni turbar su ejercicio"(54).

Por lo tanto, no existe impedimento alguno, una vez cumplidas las formalidades del juicio político, en someter ante la justicia a los funcionarios comprendidos en el art. 198 de la Constitución Provincial (55).

Ley reglamentaria: La ley provincial 4457 es la que reglamenta el procedimiento de juicio político en la Provincia del Chubut.

IV. El "jury de enjuiciamiento"

Concepto: El juicio político siempre se caracterizó por ser un instituto casi irrealizable, ya que su procedimiento lento y escabroso unido a la circunstancia de mezclarse en él cuestiones políticas lo convirtieron, finalmente, en una especie de quimera.

Por lo tanto, como forma de solucionar esta situación y para poder lograr que la responsabilidad política de ciertos funcionarios y magistrados se haga realidad, en las Constituciones Provinciales se les comenzó a otorgar carga de ciudadanía a los Jurados o Tribunales de Enjuiciamiento.

Los Jurados o Tribunales de Enjuiciamientos, pues, son cuerpos colegiados de naturaleza política conformados por diversos estamentos, que tienen por objeto hacer efectiva ese tipo de responsabilidad respecto de los magistrados y funcionarios que necesitan, para su designación, el acuerdo legislativo (56), y vienen a sustituir el rol que cumple la Legislatura en el casi impracticable sistema del juicio político.

Es decir, que el Tribunal de Enjuiciamiento creado por nuestra Constitución Provincial no integra el Poder Judicial, ni constituye un Tribunal de Justicia de aquéllos con jurisdicción para resolver los conflictos ordinarios. Su magna misión consiste en el juzgamiento de ciertos magistrados y funcionarios por las causales previstas en la misma Constitución y con el fin de asegurar su efectividad, "contribuyendo a la paz social" y "asegurando el sometimiento de la función a la ley, en todo lo cual está comprometido el interés público pues ese

juzgamiento no tiene por objeto sino preservar la función jurisdiccional, resguardándola incólume de quienes por su conducta la desnaturalizan"(57).

El motivo de su incorporación, como ya se ha dicho, fue el de evitar el engorroso sistema del juicio político y el de mejorar el sistema de remoción de ciertos funcionarios (58). Por eso se los concibe "como una herramienta eficaz no sólo para agilizar, sino también para despolitizar los mecanismos de exclusión de magistrados incompetentes"(59).

No constituyen una comisión especial prohibida por el art. 18 de la Constitución Nacional ya que no se trata de tribunales que hayan sustraído arbitrariamente su jurisdicción a otro (60).

Sujetos pasivos: Este procedimiento de responsabilidad política queda reservado, en principio, para los funcionarios y magistrados judiciales que necesitan, para su designación, el acuerdo legislativo (es decir, los Jueces de Cámara y demás jueces letrados, los Fiscales, Defensores, Jueces de Paz, los miembros del Tribunal de Cuentas, el Fiscal de Estado y el Contador General) (art. 209 de la Constitución Provincial y art. 1º de la ley provincial 4461), con excepción de los ministros del Superior Tribunal de Justicia, a los cuales se les aplica el sistema del juicio político (art. 198 de la Constitución Provincial).

Sin embargo y a diferencia de lo que ocurre en el juicio político, la enumeración que hace la Constitución Provincial en este sentido no es taxativa, ya que por ley puede determinar otros funcionarios a los cuales se los puede acusar ante el Tribunal de Enjuiciamiento por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (art. 209, segundo párrafo de la Constitución Provincial).

Otros funcionarios: Los otros funcionarios letrados y no letrados de la administración judicial que no están sujetos a juicio político o tribunal de enjuiciamiento son removidos por el Superior Tribunal de Justicia (art. 210 de la Constitución Provincial). Para ello debe existir

una causa, razón o motivo para hacerlo, y siempre se le debe asegurar al acusado el derecho de defensa.

Como ya lo hemos dicho, si bien una ley especial es la encargada de reglar el modo y la forma para proceder a tal remoción, no hay posibilidad de que ella amplíe la nómina de funcionarios enjuiciables mediante el procedimiento del juicio político. Sí, en cambio, podría hacerlo respecto del jury de enjuiciamiento.

Es decir, que la forma de hacer valer la responsabilidad política de los integrantes del Poder Judicial varía según el nivel jerárquico que dichos magistrados y funcionarios tengan en la escala de empleo o relación de servicio.

Así, los ministros del Superior Tribunal de Justicia se encuentran sujetos al instituto constitucional del juicio político.

Los demás jueces letrados, los Fiscales, Defensores y Jueces de Paz, en cambio, se encuentran sometidos al régimen del "jury de enjuiciamiento".

Finalmente, los otros funcionarios letrados y no letrados de la administración judicial son removibles por el Superior Tribunal de Justicia en ejercicio de las facultades de superintendencia.

La Ley Orgánica de la Justicia de la Provincia del Chubut N° 37 con sus respectivas modificaciones es la que establece las causales y la forma en que deben ser removidos los funcionarios y los empleados judiciales no comprendidos en el artículo 209 de la Constitución Provincial.

En tal sentido señala que pueden ser separados de sus cargos por causa de ineptitud, incapacidad sobreviniente, incumplimiento de los deberes de sus cargos, comisión de delitos o faltas en el ejercicio de los mismos o de delitos dolosos comunes o culposos cuando afec-

ten gravemente la dignidad del cargo o cuando infringieren las prohibiciones previstas por esa misma ley.

Tales circunstancias deben ser acreditadas mediante sumario, y en él se le debe asegurar la audiencia y defensa del imputado y la producción de las pruebas que ofreciere.

Naturaleza y procedimiento (61): Como ya lo hemos señalado, los jurados de enjuiciamiento son organismos que ejercen atribuciones de tipo político atinentes a la responsabilidad de los magistrados, en sustitución del juicio político instituido en las constituciones no siendo, por lo tanto, Tribunales de Justicia. Y es justamente por esta razón, que no se los puede ceñir a estrechos carriles rituales, sino que se les debe reconocer, necesariamente, gran amplitud para que puedan cumplir adecuadamente con los fines para los que son creados (62).

Sin embargo, la circunstancia expuesta no implica que al acusado no se le deban asegurar las garantías sustanciales que deben observarse en toda clase de proceso, como lo son el derecho de defensa, la producción de pruebas, etc. (63).

En este ámbito, empero, aquéllas deben ser mucho más laxas que en el proceso penal (64).

Causales del "jury de enjuiciamiento": Las causales del "jury de enjuiciamiento" son también de naturaleza política y varían según el sujeto pasivo involucrado.

En efecto: tratándose de Jueces de Cámara o de otros jueces letrados, las causales son las establecidas en el art. 165 de la Constitución Provincial (art. 209, primera parte de la Constitución Provincial), es decir:

a.) *Mal desempeño* (65): La causal de mal desempeño comprende en las posibilidades de remoción todos aquellos supuestos que, aun no configurando comisión de delitos del derecho penal, significan, dentro

de un concepto suficientemente amplio y razonable, conductas que pueden dañar a la función pública, o incompatibles con la dignidad del cargo (66).

Es, entonces, una expresión de excesiva latitud y de amplia discrecionalidad y flexibilidad. Es que, como bien lo señaló un tribunal de enjuiciamiento mendocino en el año 1990, "en esencia el mal desempeño es el ejercicio de la función pública de manera contraria al interés y beneficio público; actuación al margen de la razón, prudencia, discernimiento y buen juicio; en consecuencia la regla de la razonabilidad es la que sirve para una mejor definición de la idea que encierra el término".

La ley provincial 4461 intenta brindar claridad sobre el tema —como así también restringir el marco de discrecionalidad de la figura— y señala que "se considerará incurso en la causal de mal desempeño al magistrado o funcionario, cuando: 1.) Deje de cumplir obligaciones que expresamente señalan las leyes y reglamentos que regulan sus funciones o disponga medidas con manifiesta arbitrariedad. 2.) Deje de vencer los términos para dictar sentencias por más de tres (3) veces en un año calendario, sin que pueda alegarse como justificación la falta de pedimentos de pronto despacho o reclamo de interesado. 3.) Realice actos y actividades determinadas como incompatibles o prohibidas por la Constitución, las leyes y reglamentos que regulan sus funciones. 4.) Resista o desobedezca las órdenes legítimas de sus superiores por vía de Superintendencia y a los poderes y órganos de la Constitución" (art. 16).

Sin embargo, cabe destacar que el Tribunal de Enjuiciamiento de nuestra provincia ha afirmado que tal enumeración no es taxativa y que sólo realiza ejemplificaciones del concepto (67), pues "el mal desempeño" no es susceptible de reglamentación infraconstitucional alguna, por cuanto normas ajenas a la Constitución no pueden "delinear la figura ni fijarle supuestos configurativos"(68).

De igual manera, debe tenerse en cuenta que el mal desempeño que termina con la destitución debe ser grave, es decir, que no toda mala actuación de un magistrado justifica su remoción; sus faltas menores pueden ser corregidas tanto por los tribunales de alzada, o por vía de superintendencia con la aplicación de alguna sanción disciplinaria (69).

Es que, como bien lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "el enjuiciamiento solo se justifica en supuestos de gravedad extrema, pues la acusación y remoción de un magistrado trae una gran perturbación al servicio público. A dicha medida se debe recurrir en casos que revelen un intolerable apartamiento de la misión confiada a los jueces, con daño del servicio y menoscabo de la investidura. Únicamente con ese alcance, la referida potestad se concilia con el debido respeto a los jueces y a la garantía de su inamovilidad"(70).

b.) Desconocimiento inexcusable del derecho: Se refiere a la impericia técnica, a la ineptitud intelectual, a la falta de conocimientos esenciales de la ciencia jurídica.

Como bien lo señala Alvarado Velloso, "el conocimiento del derecho, como todo inescindible, supone una continua labor de investigación que posibilite una adecuada información jurídica para el desempeño de la función. Por cierto, no hablamos de erudición antológica, sino de elemental infraestructura técnica"(71).

Debe tratarse de un "desconocimiento inexcusable", es decir, que no admita pretextos o excusas. Por lo tanto, por principio y en general, el error de derecho no constituye causal de remoción, "pues la tarea de juzgar no se encuentra exenta de tal posibilidad. En efecto: el error de derecho está previsto en el sistema judicial y para remediarlo existen las vías recursivas a fin de revisar y enmendar, si correspondiere, las decisiones de los magistrados. Ello así pues de lo contrario se afectaría la independencia de los jueces, la libertad y autonomía de criterio con la que deben resolver, y se los sujetaría a la presión o amenaza del poder político o de los intereses. Debe tenerse en cuenta,

además, que la interpretación siempre entraña optar entre alternativas posibles más o menos acertadas. En ocasiones, lo que para unos es insostenible error para otros significa una línea interpretativa novedosa"(72).

Los jueces, pues, no pueden ser atacados o juzgados por el contenido de sus sentencias (arg. art. 249 de la Constitución Provincial) (73), Pero este principio, vale recalcarlo, no tiene carácter absoluto. Por el contrario, "si lo resuelto evidencia, por ejemplo, una ignorancia inexcusable del derecho, la parcialidad a favor de un litigante, la comisión de un delito, el manejo manifiestamente incorrecto del expediente o la comisión de actos decididamente impropios de un magistrado, el asunto bien puede configurar un factor de sanción disciplinaria o, para situaciones más extremas, dar lugar al inicio del trámite de remoción del juez... Y la mejor prueba para acreditar algunos de esos hechos puede ser, precisamente, la providencia o la resolución del juez en la que éste se ha expedido. Lo dicho no impide aclarar, desde luego, que en principio el juez no debe ser perturbado por los fundamentos de sus fallos o por lo que éstos deciden... También es cierto que no cualquier error judicial en una sentencia justifica poner en marcha engranajes de castigo contra el magistrado en cuestión. La falta, además de estar debidamente acreditada, debe tener una entidad y una dimensión importantes. Sin embargo, si el mismo juez trasunta en una resolución la indudable intención de resolver contra el derecho, o hace de éste una aplicación a todas luces groseramente infiel o desacertada, o el diligenciamiento de la causa muestra un comportamiento absolutamente inepto, cuando no delictivo, es la misma Constitución ... la que obliga ...a adoptar los mecanismos de saneamiento del Poder Judicial"(74)

c.) *Inhabilidad psíquica o física*: La inhabilidad, en este caso, alude a las enfermedades psíquicas o físicas que impiden ejercer o continuar en las funciones. Su existencia está condicionada por la trascendencia y responsabilidad de éstas. Desde luego, debe ser de una gravedad importante.

Por eso, precisamente, se ha señalado que "el estado de salud mental de una persona no admite meras conjeturas que den camino a ese 'hacer suponer'. Por tratarse de un estado de hecho y no simplemente de un hecho (es decir por no ser susceptible de modo directo por los sentidos, sino inferible de un cúmulo de circunstancias fácticas graves, precisas y concordantes) requiere un juicio asentado en asertivas conclusiones periciales, fundadas científicamente de modo acabado y persuasivo tal que no dejen dudas al ánimo del juzgador en orden a la sana lógica"(75).

d.) Comisión de delitos dolosos: Como se ve, quedan excluidos los delitos culposos, es decir, aquellos causados por negligencia o imprudencia.

Por su parte, el Tribunal de Enjuiciamiento de la Provincia del Chubut ha dicho, en este sentido, que no debe distinguirse al respecto y que, por ende, en esta categoría quedan comprendidos todos aquellos delitos que hayan sido cometidos tanto con anterioridad como con posterioridad a la asunción en el cargo, sin importar si se encuentran o no prescriptos (76).

A estas causales, como bien lo señala Heredia, "ha de sumarse la obligación de sustanciar y fallar los juicios dentro de los términos legales; y se agrega y conforme a derecho —art. 168—. Su incumplimiento se considera falta grave a los fines de la destitución. Todavía, hay que añadir que las resoluciones judiciales deben ser motivadas, con adecuada fundamentación lógica y legal; y que en el caso de los órganos colegiados la fundamentación es individual aún cuando coincida con la conclusión de otro de sus miembros —art. 169—. Otra condición, porque su ausencia se considera falta grave a los efectos pertinentes"(77).

En cambio, si los funcionarios acusados son Fiscales, Defensores, Jueces de Paz, los miembros del Tribunal de Cuentas, el Fiscal de Estado, el Contador General o cualquier otro funcionario que la ley determine, las causales por las cuales pueden ser pasibles de un

"jury de enjuiciamiento" son las faltas o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (art. 209, 2ª. parte de la Constitución Provincial) (78).

Conformación del Tribunal de Enjuiciamiento: Con el fin de garantizar la independencia del Poder Judicial y evitar que la destitución de un juez o funcionario judicial pueda depender de la voluntad política de los gobernante de turno, la Constitución provincial no deja librado al legislador los aspectos esenciales del Tribunal de Enjuiciamiento sino que —por el contrario— se encarga de establecer claramente su composición y las condiciones para integrarlo desde cada sector (art. 211 de la Constitución Provincial).

La intención del constituyente, en este sentido, fue la de conformar un tribunal mixto que, sin perder su naturaleza, se encuentre imbuido de los conceptos de equilibrio y proporción, superando de este modo una conformación de tinte netamente político y que permita, además, aventar cualquier sospecha de existencia de pactos corporativos.

Concretamente, el Tribunal de Enjuiciamiento se forma con:

a.) Un Ministro del Superior Tribunal de Justicia, que no necesariamente debe ser su presidente. Su participación se explica por su propia condición de tal. Representa, lógicamente, a la corporación judicial. Como también tiene voto, puede impedir que prime la voluntad de los otros componentes.

b.) Dos diputados. En cabeza de ellos, de alguna manera, queda la representación de los intereses del pueblo. Es la parte "política" del Tribunal de Enjuiciamiento y su presencia parte no sólo de la base de democratizar el sistema de enjuiciamiento sino también como forma de evitar que se de un "organismo puramente técnico, opuesto al espíritu de la norma constitucional"(79).

c.) Dos abogados de la matrícula: Si bien alguna vez se criticó su incorporación porque "sin mandato ni representación popular alguna, sin haber recibido directa ni indirectamente delegación de poderes por parte del pueblo, son erigidos en jueces transitorios de jueces inamovibles, contra quienes acaso tengan que vengar agravios o a quienes es fácil tengan que agradecer favores"(80), la experiencia indica que "precisamente el abogado, en el ejercicio de la profesión, es quien percibe los efectos contaminados de una justicia sospechada, ineficiente y dependiente de los factores políticos, económicos o subordinados a otros intereses". Por eso, precisamente, "su presencia resulta definitiva para garantizar un Poder Judicial independiente"(81).

Además, de alguna manera, la abogacía es una función pública no estatal, auxiliar del Poder Judicial. Por lo tanto, los abogados no sólo asumen un rol protagónico en la defensa de los derechos humanos, custodian la división de poderes y aportan su intelectualidad, talento y conocimientos para lograr una sociedad más justa, solidaria y equitativa, sino que también son fundamentales para coadyuvar a remover a los malos jueces.

El abogado, como diría Couture, es "garante incondicional de la Justicia" y un actor insustituible en la efectiva prestación de ese servicio.

Los abogados deben reunir las condiciones para ser miembro del Superior Tribunal de Justicia, y son elegidos por sorteo que realiza anualmente el mismo Tribunal.

En síntesis: la integración del Tribunal de Enjuiciamiento responde a la contemplación de distintos "intereses concretos" (según la expresión de Sánchez Viamonte), y estos intereses —conforme la composición que hemos visto— son "capaces de controlarse entre sí"(82). Es por eso, precisamente, que un Tribunal constituido por abogados, diputados y un juez enjuicia a abogados jueces.

Suspensión. Remisión. La correcta administración de justicia y el ejercicio regular de las funciones públicas exigen urgentemente algún tipo de medida provisoria cuando existen circunstancias que demuestran que alguno de sus integrantes no se encuentra en condiciones o no está a la altura de ocupar el cargo que le ha sido asignado.

Por eso, precisamente, la Constitución de la Provincia del Chubut dispone en forma expresa que el funcionario acusado puede ser suspendido por el Tribunal de Enjuiciamiento durante el curso de la causa (art. 212 de la Constitución Provincial).

Dado que este tema fue analizado anteriormente y guarda similitud con el juicio político, allí nos remitimos.

Veredicto: En razón de la esencia no jurisdiccional del Tribunal de Enjuiciamiento, éste debe emitir un veredicto y no una sentencia.

Dicho veredicto se limita a resolver si cabe o no la destitución del acusado. Es decir, el jurado debe declarar al magistrado o funcionario acusado culpable o no del hecho o de los hechos que se le imputan, destituyéndolo o absolviéndolo (art. 213 de la Constitución Provincial) (83).

En el primer caso el acusado queda separado de su cargo y sujeto a la ley común. En el segundo supuesto, en cambio, queda confirmado en su cargo y debe ser restablecido en el mismo si hubiese sido suspendido (art. 213 de la Constitución Provincial).

Efectos del veredicto que destituye al acusado: La Constitución de la Provincia del Chubut, como podemos observar, sólo permite al Tribunal de Enjuiciamiento pronunciarse sobre la culpabilidad respecto de hechos sin avanzar en otras cuestiones propias de la jurisdicción penal. O sea que el enjuiciamiento no puede sancionar el resarcimiento de daños civiles ni mucho menos establecer una condena de carácter penal (84).

Por otra parte y a diferencia de lo que ocurre en el juicio político, la Constitución Provincial no contempla la posibilidad de que el Tribunal de Enjuiciamiento pueda inhabilitar al acusado para ejercer en el futuro cargos públicos. "La razón de ello es la diferente naturaleza y composición de ambos órganos. (La Cámara de Diputados) está integrada por representantes elegidos directamente por el pueblo y, por lo tanto, se considera que ellos sí pueden aplicar esa grave sanción. En cambio, en el caso de los integrantes del jurado, no tienen esa calidad. De cualquier forma, la sanción de inhabilitación podrá ser aplicada por el juez que intervenga luego en la causa, como accesoria de la pena, según las causales"(85).

La recurribilidad del veredicto (86): Al igual de lo que ocurre en el juicio político, el veredicto dado por el Tribunal de Enjuiciamiento es, en principio, irrecurrible. "Ello encuentra su explicación en que sostener lo contrario implicaría constituir al Poder Judicial en un tribunal de alzada con posibilidad de cambiar el criterio de quienes tienen, constitucionalmente, la misión de juzgar la responsabilidad política de los jueces y funcionarios con acuerdo"(87).

Sin embargo, cuando en tal proceso se vulnera cualquiera de los requisitos que dan contenido a la garantía constitucional del "debido proceso" (art. 18 de la Constitución Nacional) por absoluta omisión o por sólo apariencia de cumplimiento, aquí también la cuestión deja de ser "no justiciable" y, por consiguiente, le corresponde al órgano judicial reparar el derecho subjetivo agraviado frente a tal conducta antijurídica.

De esta manera, los problemas vinculados con el cumplimiento de las formas y condiciones que deben regir el enjuiciamiento pueden caer bajo el control judicial, pues pertenece a éste juzgar si el ejercicio de una atribución — incluso irrevisable en su fondo — ha sido hecho con arreglo a las formalidades establecidas por la Constitución (88).

Tal control, empero, sólo puede ejercerse de manera excepcional y, como vimos, limitado a los aspectos formales o procesales de los cuales surja que se han violado derechos y garantías básicas del enjuiciado. Es decir que "la irrecurribilidad del pronunciamiento dictado por el Jurado de Enjuiciamiento se ciñe a la decisión misma de remover al funcionario sometido a tal procedimiento, pero no impide la revisión de lo relativo a la competencia del órgano juzgador y a las formalidades de su ejercicio"(89).

Es que, como bien lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, las disposiciones que prevén la inexistencia de recursos contra la decisión final solo tienen virtualidad respecto de los pronunciamientos dictados en forma regular —por los órganos y según los procedimientos revistos en la Ley Fundamental—, de modo que no pueden invocarse para superar defectos o transgresiones a derechos y garantías constitucionales (90).

Ley reglamentaria: La ley provincial 4496 es la que reglamenta el procedimiento que debe observarse para el enjuiciamiento de los magistrados y funcionarios enumerados en el art. 209 de la Constitución Provincial y de los demás funcionarios que, por disposición constitucional o legal, necesitan para su designación el acuerdo de la Legislatura.

(1) Ver, al respecto, GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás: "Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut", Ed. FB, Esquel (Chubut), 2002, p. 34.

(2) BERARDO, Rodolfo: "Instituciones de Derecho Público Provincial. El Federalismo Argentino", Ed. Depalma, Bs.As., 1981, p. 101, capítulo VII ("La responsabilidad política y la responsabilidad jurídica"). Ver, también, BERIZONCE, Roberto O. y FUCITO, Felipe: "Los recursos humanos en el Poder Judicial", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, ps. 172 a 175.

(3) LOEWENSTEIN, Karl: "Teoría de la Constitución", Ed. Ariel, Madrid (España), 1979, p. 70.

(4) CAPPELLETTI, Mauro: "La responsabilidad de los jueces", JUS, La Plata (Bs.As.), 1987, p. 173.

(5) SANTIAGO, Alfonso (h.): "Grandezas y miserias en la vida judicial", Colección académica El Derecho, Bs.As., 2003, p. 13.

(6) Con relación a los ministros, Ricardo Mercado Luna hace una propuesta de reformulación y considera que debe excluirse los del juicio político, ya que —afirma este autor— si éstos no gozan de garantía de estabilidad en sus cargos y si no tienen más facultades y derechos sobre los que corresponden a un simple secretario, no se ve muy clara la razón para incluirlos en este privilegio y, lo que es peor aún, "no deja de comprometer el principio constitucional de la igualdad ante la ley" (conf. MERCADO LUNA, Ricardo: "Juicio político: alcance de su competencia institucional", en JA 1991-IV-90).

(7) En igual sentido VENTURA, Adrián: "Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas (La ubicación institucional. Juicio político a su titular)", en LA LEY, 1991-B, 345 y BIDART CAMPOS, Germán: "La Corte admite la destitución del Fiscal General de Investigaciones Administrativas por pura decisión del Poder Ejecutivo", en ED 145-214. Sobre este tema, ver también IBARLUCIA, Emilio: "Los sujetos pasivos del juicio político y el control del poder en la Argentina", en ED 145-207.

(8) CSJN, "in re": "MOLINAS, Ricardo Francisco c. Nación Argentina (Poder Ejecutivo Nacional)", en Fallos 314:1091.

(9) ALICE, Beatriz L. "El Juicio político", en ED 123-743.

(10) CSJN, 25/11/1997, "Solá, Roberto y otros c. Estado Nacional", Fallos 320:2509. Ver, también, Cám. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 23/10/1997, "Lacroze de Fortabat, M. A., recurso de casación".

(11) CSJN, 29/12/1987, "Fiscal de Estado Dr. Luis Magín Suárez, formula denuncia - solicita jurado de enjuiciamiento y sus acumulados - Juicio Político a los Miembros de la Corte de Justicia de San Juan" (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué), en Fallos 310:2845.

(12) CSJN, 23/02/1995, "Rodríguez, Gerardo Walter v. Estado Nacional", en Fallos 318:219. Ver, al respecto, SOLARI, Alfredo A.:

"¿Puede haber un juicio sin garantías? El alcance de la garantía de defensa en el juicio político", en EIDial.com del día 20 de diciembre de 2003.

(13) ALICE, Beatriz L. "El Juicio político", en ED 123-743.

(14) GONZALEZ, Joaquín V.: "Manual de la Constitución Argentina", Bs.As., 1897, p. 546.

(15) BIDART CAMPOS, Germán: "Tratado de Derecho Constitucional", T. II, Ed. Ediar, Bs. As., p. 380.

(16) Por eso, precisamente, BIDART CAMPOS afirma que no se debe aceptar la renuncia mientras se halla pendiente la sustanciación —en cualquiera de sus etapas— del enjuiciamiento político (conf. BIDART CAMPOS, Germán A.: "La renuncia de jueces con enjuiciamiento político en trámite", en LA LEY, 2001-B, 1396).

(17) Como bien dice STORY, "si la Constitución ordena la destitución es porque supone al acusado todavía en ejercicio de sus funciones cuando se le hace la acusación. Si, como queda dicho, el juicio político sólo tiene por fin obtener que se levanten las inmunidades al funcionario para alcanzar al hombre con las sanciones que los jueces ordinarios aplican a todos por igual, no existiría utilidad práctica, ni razón doctrinaria que justifique el procedimiento respecto de quien no tiene el ejercicio de la función ni puede, por consiguiente, ser destituido de ella". Sobre este tema, ver el excelente trabajo de COLAUTTI, Carlos E.: "El juicio político y la renuncia de los magistrados", en LA LEY, 1991-B, 1090. Sin embargo, debe señalarse que algunos autores afirman que la renuncia no inhibe al Poder Legislativo de dictar el fallo, porque si bien éste no puede destituir al funcionario que ya renunció, sí puede incapacitarlo para retornar a la función pública. En tal sentido VANOSI afirma que "la marcha regular del gobierno creado por la Constitución requiere que no puedan volver al mismo los que han demostrado la suficiente incapacidad como para que no se les dé la nueva oportunidad de poder incurrir reiteradamente en la incapacidad, cuya secuela es fundamental por el daño irreversible que causa a las instituciones y a los bienes de la República. Por lo tanto, entiendo que el error de la doctrina negativista es partir de la afirmación de que (en el juicio político) hay una pena principal y otra accesoria. No hay una pena principal, que es la destitución, y una accesoria, que puede

ser la inhabilitación, porque ambas son penas principales en cuanto las dos procuran, en definitiva, evitar reiteraciones de situaciones y posibilidades de un nuevo deterioro. La segregación, que es el efecto pretendidamente principal —apartamiento del cargo— puede haberse obtenido por otra vía ajena a la condena..., como serían los casos de renuncia...Es evidente entonces, que la inhabilitación está unida a la pena segregativa en una relación que no es principal a accesoria, sino que ambas hacen por igual a la finalidad que el mecanismo constitucional quiere asegurar: evitar la repetición de situaciones que, de otra manera, podrían quedar fácilmente reiteradas sin que existiera un mecanismo idóneo. Es sabido que la órbita de la sanción penal o de la inhabilitación penal, en lo que se refiere a los mecanismos ordinarios, cumple determinadas finalidades, mientras que la inhabilitación política se refiere a otras diferentes, y cada una debe jugar en su campo específico..." (VANOSSI, Jorge Reinaldo: "La posibilidad constitucional del juicio político a los ex funcionarios", en JA 1985-III-766).

(18) ALICE, Beatriz: "El juicio político", en ED 123-747.

(19) GARBER, Carlos A.: "Los jueces delincuentes", en JA 1991-IV-652.

(20) PAOLINI, Jorge Omar: "El enjuiciamiento de magistrados y funcionarios", Ed. La Ley, Bs. As., 2000, p. 79.

(21) FERNANDEZ, Adolfo A, en Boletín N° 3 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Año 2, julio de 2000, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, p. 6.

(22) Ver, al respecto, LORENZETTI, Ricardo Luis: "Daños y perjuicios causados al juez por la promoción del juicio político", en LA LEY, 1991-E, 59.

(23) ARMAGNAGUE, Juan Fernando: "Juicio político y jurado de enjuiciamiento", Ed. Depalma, Bs. As., 1995, p. 150.

(24) LORENZETTI, Ricardo, citado por SAUX, Edgardo Ignacio: "Responsabilidad civil por la petición de formación de Tribunal de Enjuiciamiento a un magistrado judicial", en JA 1996-IV-250.

(25) CNCiv., sala H, 18/03/1992, "Grieben, H. c. Perluzky Pozzi de Aulet s/Daños y perjuicios".

(26) Trib. Col. Resp. Extracontr. Santa Fe, N° 4, 31/10/1995, "Cecchini, Francisco C. c. Cortés López, José L. y otro", en JA 1996-IV-240.

(27) CSJN, 23/02/1995, "Rodríguez, Gerardo W. c. Estado Nacional" (Voto del Dr. Boggiano), en JA 1996-IV-síntesis.

(28) Parafraseando a BIDART CAMPOS, podemos decir que es un buen dispositivo de celeridad, porque la naturaleza del enjuiciamiento político no admite dilaciones; no sólo en cuanto está comprometido el aspecto personal o subjetivo del magistrado sujeto a dicho enjuiciamiento, sino también en razón de hallarse en juego el funcionamiento de las instituciones (conf. "Manual de la Constitución Reformada", T. III, p. 382).

(29) Conf., "mutatis mutandi", CSJN, 18/08/1994, "ATE. San Juan, Secretario General Héctor Sánchez, juicio político s/inconstitucionalidad", en JA 1995-III-573.

(30) Conf. CSJN, 09/06/2004, "Moliné O'Connor, Eduardo, recurso de queja" (Voto de los Dres. Leal de Ibarra y Morales).

(31) CNCont. Adm. Fed., sala 4ª, 17/07/1992, "BALAGUER, Luis Armando c. Estado Nacional - H. Senado de la Nación Argentina s/amparo" (Voto del Dr. Galli).

(32) CSJN, 09/06/2004, "Moliné O'Connor, Eduardo, recurso de queja".

(33) Idem.

(34) STORY, J. "Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos", trad. De Nicolás A. Calvo, La Universidad, 1888.

(35) CSJN, 01/06/2004, "Moliné O'Connor, Eduardo, su remoción".

(36) LINARES QUINTANA, Segundo V.: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", Ed. Plus Ultra, Bs. As., 1987, p. 468.

(37) He ahí, precisamente, el quid de la regla: impedir que la mayoría, por sí sola, pueda adoptar una decisión considerada trascendente, y obligarla a sumar otras voluntades a favor de su proposición.

(38) "El voto nominal en las Legislaturas", editorial del Diario Clarín del día 18/02/2004.

(39) Por eso la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que "la resolución final del juicio político tiene un fuerte contenido admi-

nistrativo, pues debe limitarse a destituir al acusado y declararlo incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo..., reservando toda otra decisión para su juzgamiento conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios" (Del voto del Dr. Moliné O'Connor) (Corte Sup., 09/12/1993, -Nicosia, Alberto O., en JA 1996-IV-síntesis).

(40) Conf. ARMAGNAGUE, Juan Fernando: "Juicio político y jurado de enjuiciamiento", Ed. Depalma, Bs. As., 1995, p. 41.

(41) CFed. Bahía Blanca, en LA LEY, 7-666 y SAGÜES, Néstor P.: "Elementos de Derecho Constitucional", Ed. Astrea, Bs. As., 1993, p. 517.

(42) CSJN, 29/12/1987, "Fiscal de Estado Dr. Luis Magín Suárez, formula denuncia - solicita jurado de enjuiciamiento y sus acumulados - Juicio Político a los Miembros de la Corte de Justicia de San Juan", en Fallos 310:2845.

(43) Conf. COLAUTTI, Carlos E.: "El juicio político y la renuncia de los magistrados", en LA LEY, 1991-B-1090 y SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos I.: "Juicio político o juicio público de responsabilidad", en JA 1990-IV-900. Esta circunstancia es, precisamente, la que determina que, en caso de renuncia del magistrado o funcionario involucrado, deba culminarse el juicio político y archivar la causa. En contra: VALLEJO, Eduardo Lucio: "El enjuiciamiento político", en LA LEY, 888; VANOSSI, Jorge Reinaldo: "La posibilidad constitucional del juicio político a los ex funcionarios", en JA 1985-III-766 y ROBREDO ALBARRACIN, Alberto: "Juicio político a un juez", en JA 1990-III-811, quien afirma que "la renuncia equivale a la destitución".

(44) Ver, al respecto, DIAZ CANTON, Fernando: "Revisión judicial del juicio político", en LA LEY, 1994-E- 116 y SAGÜES, Néstor P.: "El recurso extraordinario federal y la judicabilidad de la sentencia legislativa pronunciada en el juicio político", en LA LEY, 1987-B-444, entre muchos otros.

(45) Conf., "mutatis mutandi", CSJN, 09/12/1993, "Nicosia, Alberto O.", en JA 1996-IV-síntesis.

(46) Ver CSJN, 11/12/2003, "Brusa, Víctor H., pedido de enjuiciamiento" (Voto del Dr. Maqueda).

(47) CSJN, 03/12/1991, "Del Val, Ricardo J.", en JA 1992-II-581. En igual sentido, nuestro Máximo Tribunal ha dicho que "el órgano político juzgador debe observar las reglas de procedimiento que preserven las garantías de defensa en juicio y del debido proceso que debe reconocerse a toda persona sometida a un juicio que puede concluir con la pérdida de un derecho, lo cual adquiere el rango de materia revisable judicialmente, y corresponde a la Corte el control de validez constitucional de tales procedimientos, sin que ello implique el reexamen de la solución de fondo dictada por el cuerpo político, que queda afincada en la zona de exclusión donde residen las cuestiones políticas no sometidas a la revisión judicial" (CSJN, 16/08/2006, "Boggiano, Antonio, recurso de queja").

(48) SAGÜES, Néstor P.: "Revisión judicial de las sentencias destitutorias dictadas en el juicio político", en LA LEY, 2006-C, 535.

(49) BIDART CAMPOS, Germán: "Dos caras del enjuiciamiento político: lo que es decisión definitiva del órgano competente y lo que es judicialmente controlable", en LA LEY, 1996-C, 535.

(50) Conf. Dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, en la causa "Moliné O'Connor, Eduardo, su juicio político".

(51) CSJN, 11/12/2003, "Brusa, Víctor H., pedido de enjuiciamiento" (Voto del Dr. Maqueda).

(52) CSJN, 04/10/1994, "Bulcourf, Fernando", en Fallos 317:1098.

(53) BIDART CAMPOS, Germán J.: "Manual de la Constitución Reformada", T. III, Ed. Ediar, Bs. As., 1997, ps. 196 y 197. Ver, también, EGÜES, Alberto José: "La remoción de jueces y otros funcionarios", en LA LEY, 1992-C, 875. Una interpretación alternativa realiza Carlos A. GARBBER, quien afirma que considerar al juicio político como un "antejuicio del proceso penal" resulta incompatible con principios republicanos tales como el que hace a todos los funcionarios, sin excepción, responsables por la violación de sus deberes, o el que afirma que nadie puede estar por encima de las leyes. Este autor, inclusive, termina diciendo —luego de una extensa investigación sobre el tema a nivel nacional— que "ni el texto de la Constitución ni la intención de los constituyentes habrían erigido al impeachment trial

en antejuicio, requisito previo o única vía para hacer efectiva la responsabilidad penal del juez delincuente" (conf. "Los jueces delincuentes", en JA 1991-IV-649).

(54) CNCom., Sala C, 28/09/1984, "MAZZA SACIFIS/concurso, inc. de pedidos de excusación". En igual sentido ver Corte Sup., 12/04/1994, "Irurzun, Ricardo Ernesto v. Estado Nacional - Secretaría de Justicia y otro s/daños y perjuicios", en Fallos 317:365. Sin embargo y como ya nos hemos expresado anteriormente (ver "Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut", Ed. FB, Esquel, 2002, p. 228), "el antejuicio no alcanza a la responsabilidad civil; todos los funcionarios públicos pueden ser llevados a juicio no penal, sin que para ello sea obstáculo la función que ejercen. Lo contrario llevaría al absurdo de que nadie otorgaría un crédito a un magistrado judicial, pues el mismo no sería exigible" (conf. QUIROGA LAVIE, Humberto: "Derecho Constitucional", Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As., 1978, p. 147. En igual sentido ver, entre otros, ARMAGNAGUE, Juan Fernando: "Juicio político y jurado de enjuiciamiento", Ed. Depalma, Bs. As., 1995, p. 147 y PARRY, Adolfo E.: "Responsabilidad de los magistrados de la Provincia de Buenos Aires", T. I, La Plata, 1923, p. 88. En contra: CNCiv., sala B, 03/08/1982, "Fernández Alvariano, Próspero v. Sabatini, Eduardo N.", en JA 1983-II, síntesis y CNCont. Adm. Fed., sala 3ª, 17/05/1988, "Irurzun, Ricardo E. v. Estado Nacional y otro", en JA 1989-I-213.

(55) CSJN, 12/04/1994, "Irurzun, Ricardo Ernesto v. Estado Nacional /Secretaría de Justicia y otro, daños y perjuicios", en JA 1994-IV-193.

(56) Decimos "magistrados y funcionarios que necesitan el acuerdo legislativo" y no "magistrados y funcionarios judiciales" porque la Constitución Provincial también establece este procedimiento de remoción para otros funcionarios que no integran el Poder Judicial (como por ejemplo los miembros del Tribunal de Cuentas, Fiscal de Estado, Contador General, etc.). Sin embargo, debe remarcarse que, por lo general, en el derecho comparado este instituto queda reservado para los jueces y funcionarios de los tribunales inferiores del Poder

Judicial y no se amplía con relación a los miembros de los otros poderes del estado.

(57) S.T. J.Ch., 13/03/03, sumario 14628. Por eso precisamente Jorge Omar PAOLI señala que se trata de "un órgano de eminente naturaleza política que actuando en nombre y representación de la sociedad a quien representa, tiene por objeto realizar un juicio ético o moral del comportamiento del magistrado o funcionario encartado para verificar si se ha operado la pérdida de la buena conducta que ese requisito sine qua none para el ejercicio de la magistratura" (conf. "El jurado de enjuiciamiento en la Provincia de Buenos Aires. Nuevo enfoque jurisprudencial sobre su naturaleza", en LLBA, 2003-1294).

(58) Es que, como dijo COOKE, John William "el juicio político, instituto teóricamente perfecto, no ha cumplido evidentemente los altos fines que determinaron su creación. Los cuerpos colegiados que integran el sistema legislativo carecen de la agilidad necesaria para poner en movimiento el complicado mecanismo del juicio político. Por otra parte, la Cámara de Diputados tiene asignadas por la Constitución funciones que insumen todo el lapso que dure su muy corto período ordinario de sesiones. Aun en el supuesto caso de que la comisión respectiva produjese los dictámenes necesarios, la discusión de los mismos en la Cámara insumiría un tiempo de que la misma no puede disponer sin mengua de su labor específicamente legislativa" (citado por ARMAGNAGUE, Juan Fernando: "Juicio político y jurado de enjuiciamiento", op. cit., p. 296). Además, a ello debe sumársele la condescendencia y fidelidad que le dispensan los legisladores al poder de turno (y por lo general afín a su partido político), movidos básicamente por una férrea disciplina partidaria.

(59) MENEM, Eduardo y DROMI, Roberto: "La Constitución Reformada", Ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 1994, p. 389.

(60) Trib. Enjuic. Jujuy, 14/08/67, "Legal, Olver P.", en JA 1967-V-670.

(61) Ver, al respecto, QUIROGA LAVIE, Humberto: "Naturaleza institucional del jurado de enjuiciamiento", en LA LEY, 2000-B,1008.

(62) Trib. Enjuic. La Rioja, 07/10/1982, "Grimaux, José C. y otro", en JA 1983-III-105.

(63) COLAUTTI, Carlos E.: "Reflexiones acerca del juicio político y los jurados de enjuiciamiento ante la primera sentencia del Jurado de Enjuiciamiento Federal", en LA LEY, 2000-E, 1093.

(64) Por eso no se aplica, por ejemplo, el principio 'in dubio pro reo'. Es que, como bien se ha dicho, "la responsabilidad política es competencia de este Jurado, enfatizándose que la tésis del instituto no es la sanción del juez, que eventualmente quedará a cargo de la Justicia ordinaria en caso de remoción, sino el resguardo de los intereses públicos. En el juzgamiento debe desecharse el principio que es propio del derecho penal 'in dubio pro reo' para ser sustituido por el principio 'in dubio pro societas'. Si se tuviera duda que el magistrado sometido a juzgamiento no tiene alguna de las características funcionales o personales que le es dable exigir, o que las hubiere perdido, la sociedad no debe correr el riesgo de dejar la muy alta misión de dictar justicia en quien se tiene serias dudas de los valores a que hemos aludido" (sin referencias).

(65) SANTIAGO, Alfonso (h.): "Grandezas y miserias en la vida judicial. El mal desempeño como causal de remoción de los magistrados judiciales", Colección Académica El Derecho, Bs. As., 2003 y "El 'mal desempeño' como causal de remoción de los magistrados judiciales", en EDCO., 2003-418; SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos: "El mal desempeño judicial. Génesis y proyecciones", en JA 1992-III-723 y MONTEJANO, Bernardino (h.): "Acerca del concepto de mal desempeño de funciones como causa de remoción de magistrados", en JA 1967-II-316.

(66) Trib. Enjuic. Buenos Aires, 18/12/1979, en ED 90-801.

(67) En igual sentido ver Trib. Enjuic. Bs. As., "in re": "Cangelosi, Jorge Eduardo s/enjuiciamiento", fallo del 5/7/91 y SANTIAGO, Alfonso (h.): "Grandezas y miserias en la vida judicial", Colección académica "El Derecho", Bs. As., 2003, p. 50.

(68) Trib. Enjuic. Chubut, "in re": "Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut s/denuncia Jueza de Familia de la ciudad de Esquel" (Expte. N°24 - F° 41 - Año 2002 - Letra C", sentencia 01 del 2003. En igual sentido ver BIDART CAMPOS, Germán: "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", T. II, Ed. Ediar, 1993, p. 261.

(69) Trib. Enjuic. Chubut, "in re": "GOMEZ, Arnaldo Osvaldo s/Denuncia (expte. 50/03 C.M.)" (Expte. 30/04), sentencia de fecha 21 de septiembre de 2004.

(70) Fallos 238:3.

(71) ALVARADO VELLOSO, Adolfo: "El Juez. Sus deberes y facultades", Ed. Depalma, Bs. As., 1982, p. 22.

(72) GELLI, María Angélica: "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada", Ed. La Ley, 2ª edición ampliada y actualizada, Bs. As., 2003, p. 798.

(73) Ver Trib. Enjuic. Federal, "in re": "Bustos Fierros", sentencia del día 26/4/2000. En ella el presidente del Tribunal, Dr. Eduardo Moliné O'Connor dijo expresamente: "En estos años de normalidad institucional, en innumerables ocasiones hemos asistido al impulso de juicios políticos con motivo de las opiniones sustentadas por los jueces en sus fallos. Reclamar la existencia de un Poder Judicial independiente y solicitar la remoción de un magistrado por el contenido sostenido en una sentencia es una contradicción en los términos. Es que, la independencia del juez se vincula, inescindiblemente, con la imposibilidad de invocar el sentido de sus pronunciamientos como causal de mal desempeño. De no ser así, las sentencias dictadas no serían el reflejo del libre pensamiento de los jueces sino del que sustentan los órganos de control, conclusión que demuestra, con su mero enunciado, lo insostenible de los principios que conducen a ella". Sobre este tema ver el excelente trabajo de SANTIAGO, Alfonso (h.): "La responsabilidad política de los magistrados judiciales por el contenido de sus sentencias", en ED 208-658.

(74) SAGÜES, Néstor P.: "Los jueces y sus sentencias", en el Diario La Nación del día 14 de enero de 2000. En igual sentido ver SANTIAGO, Alfonso (h.): "Grandezas y miserias en la vida judicial", Colección académica El Derecho, Bs. As., 2003, p. 82, quien afirma que "el contenido de las sentencias puede ser tenido en cuenta a la hora de considerar el mal desempeño de un magistrado, al menos, en los siguientes casos: a.) Cuando a través del contenido de la sentencia se advierta la presunta comisión de un delito. b.) Cuando del examen del contenido de las sentencias se adviertan notables desconocimientos del derecho aplicable, que serían demostrativos de la carencia de con-

diciones de idoneidad para continuar ejerciendo el cargo: falta de adecuado conocimiento del orden jurídico, de salud psíquica, etc. c.) Cuando en el contenido de la sentencia se advierta un desvío de poder, es decir, la utilización del poder jurisdiccional para fines distintos de aquellos para los que le fue atribuido a los jueces". Cabe destacar, al respecto, que sobre este tema el Tribunal de Enjuiciamiento de nuestra provincia señaló lo siguiente: "Es claro que el artículo 249 se refiere a lo expresado por los jueces en sus actos jurisdiccionales y es también claro que estos actos pueden, por lo dispuesto en el art. 165, conllevar una decisión que importe o bien mal desempeño o bien desconocimiento inexcusable del derecho ya que, especialmente en este segundo caso, no se concibe que pueda perpetrarse la causal fuera de una resolución judicial. En consecuencia una interpretación correcta de los arts. 165 y 249 de la Constitución Provincial conducen a que la inmunidad consagrada en el segundo respecto de los jueces funciona siempre y cuando la decisión jurisdiccional en examen no configure una de las causales de destitución establecidas en el primero. De ello se debe seguir el rechazo del argumento defensivo en cuanto pretende que, por la mera calidad de opinión vertida en el voto judicial, el acusado no puede ser sancionado al respecto" (Tribunal de Enjuiciamiento de la Provincia del Chubut, Autos "Huilinao, Silvio Isidoro - Pascuariello, Carlos Alberto s/denuncia" (Expte. N° 49/03 C.M.) (Expte. 27/2003), sentencia 01/04 de fecha 11 de mayo de 2004).

(75) Trib. Enjuic. Bs. As., "in re": "Borrazas, Ricardo s/enjuiciamiento", sentencia del 10/4/95. Por eso, precisamente, el art. 17 de la ley provincial 4496 prescribe que "la inhabilidad psíquica y física para desempeñar el cargo requerirá del dictamen elaborado por una junta de especialistas compuesta por tres profesionales que diagnostiquen la inhabilidad".

(76) En igual sentido ver NAVARRO, Guillermo R. y CATUCCI, Silvina G.: "Juicio Político a la Justicia Nacional", Ed. Pensamiento Jurídico Editora, 1987, p. 49.

(77) HEREDIA, José Raúl: "La reforma en la Provincia del Chubut", CEIPA, Ed. El Copista, Córdoba, 1995, p. 314.

(78) Cabe destacar, empero, que no cualquier falta justifica o autoriza la destitución del funcionario, sino solamente aquella que pro-

duce graves e irreparables daños a los valores de la Constitución y que inciden en el buen desempeño y en el debido ejercicio de la función. Las otras —aquellas que no revisten tal importancia y gravedad— deben tener corrección por vía de la superintendencia.

(79) Conf. BERIZONCE, Roberto O. y FUCITO, Felipe (Directores): "Los recursos humanos en el Poder Judicial", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 331.

(80) VARELA, Luis A.: "Plan de reformas a la Constitución de Buenos Aires", Taller de Impresiones Oficiales, La Plata (Bs. As.), 1907, p. 524.

(81) AZERRAD, Marcos A.: "Ética y secreto profesional del abogado. Ejercicio y función social de la abogacía", Ed. Cathedra Jurídica, Bs. As., 2007, p. 382.

(82) SANCHEZ VIAMONTE, Carlos: "La defensa de un juez", Bs. As., 1930. En este sentido, el Derecho Judicial ha dicho que "los rasgos fundamentales del jurado de enjuiciamiento establecido en la Constitución Provincial, y la circunstancia de que la facultad de juzgamiento se haya atribuido a los representantes del foro y del pueblo presididos por la más alta autoridad de la magistratura provincial y que tal exigencia haya incorporado a la Carta fundamental de la Provincia, inducen a sostener que, más allá de un requerimiento de carácter formal, en el espíritu de los constituyentes privó el concepto —son de auténtica garantía— de que en tal delicada misión deberían participar necesariamente los tres componentes del cuerpo social en el que se halla íntimamente comprometida la conducta de un juez" (SCBs. As., 27/04/82, "Camino, Raúl P.", en D.J.B.S., 122-399).

(83) Sin embargo también se ha dicho que si bien "las normas constitucionales solo autorizan a estos tribunales a adoptar decisiones límites que van desde la absolución a la destitución,... pueden existir conductas asumidas por magistrados que si bien no constituyen a criterio de este Jurado motivo suficiente para poner en marcha el mecanismo de destitución deben ser anoticiadas a la Suprema Corte de Justicia a fin de que obrando en el marco de las atribuciones de superintendencia que le asigna la Constitución Provincial... aplique las medidas que estime corresponder" (fallo citado por PAOLINI, Jorge

Omar: "El enjuiciamiento de magistrados y funcionarios", op. cit., p. 200).

(84) PAOLINI, Jorge Omar: "El enjuiciamiento de magistrados y funcionarios", op. cit., p. 63.

(85) ARMAGNAGUE, Juan Fernando: "Juicio político y jurado de enjuiciamiento", op. cit., p. 304. En igual sentido ver GOMEZ, Claudio Daniel: "Constitución de la Nación Argentina", Ed. Mediterránea, Córdoba, 2007, p. 780.

(86) Ver, al respecto, SANTIAGO, Alfonso (h.): "La revisibilidad de los fallos del Jurado de Enjuiciamiento según la jurisprudencia de la Corte Suprema: el caso 'Brusa'", en ED del día 23 de junio de 2005, Suplemento de Derecho Constitucional, p. 5.

(87) Tribunal de Enjuiciamiento de la Provincia del Chubut, Autos "Huilinao, Silvio Isidoro - Pascuariello, Carlos Alberto s/denuncia" (Expte. N° 49/03 C.M.) (Expte. 27/2003), resolución de fecha 8 de junio de 2004.

(88) Corte Sup., 09/12/1993, "Nicosia, Alberto Oscar, recurso de queja", en Fallos 316:2940. En el mismo sentido se ha expedido el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut: "En el ámbito del recurso extraordinario local de casación deducido contra la sentencia del Tribunal de Enjuiciamiento que destituyera a un magistrado, no compete al Superior Tribunal de Justicia ingresar en la subsunción de los hechos en las causales de destitución, ni en la apreciación de los extremos fácticos o de derecho que han llevado a aquél a la remoción del juez, dado que no se trata que un órgano judicial se constituya en Tribunal de Alzada y sustituya el criterio de quienes, por imperio de la ley, están encargados en forma excluyente del juicio de responsabilidad política del magistrado. Es en cambio cuestión justiciable, que entra en la competencia del Superior Tribunal, decidir la violación del debido proceso invocada por la recurrente" (STJCh., sentencia de fecha 29/08/2001).

(89) STJNeuquén, 05/06/2007, "M.,R.", en LLPatagonia, 2007-1236. En igual sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que corresponde interpretar la irrecurribilidad en el sentido de que el Poder Judicial no puede sustituir el criterio del jurado en cuanto al juicio sobre la conducta de los jueces, pero será de su competencia

considerar las eventuales violaciones, nítidas y graves, a la regla del debido proceso y a la garantía de la defensa en juicio.

(90) CSJN, 30/04/1996, "in re": "Neller, Juan C.", en LA LEY, 1996-D, 785, con nota de BIDART CAMPOS, Germán: "La revisión judicial de las decisiones destitutorias en el enjuiciamiento de magistrados".

Los decretos de necesidad y urgencia en la constitución de la provincia del Chubut

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: LLPatagonia 2009 (febrero), 615

Cita Online: AR/DOC/3245/2008

[Consultado el 11/02/2020]

Sumario

I. Concepto.- II. Carácter excepcional.- IV. Los presupuestos habilitantes o requisitos de validez constitucional de los DNU según la Constitución de la Provincia del Chubut.- V. Los requisitos procesales. El procedimiento de elaboración de los DNU y el control por parte de la Legislatura.- VI. Tratamiento de los DNU en las comisiones parlamentarias.- VII. Los límites materiales.- VIII. El control judicial de los decretos de necesidad y urgencia.

I.- Concepto(1)

Los decretos de necesidad y urgencia (DNU), también llamados "disposiciones legislativas provisionales" (Constitución española), "reglamentos con fuerza de ley" (Constitución polaca de 1926), "leyes provisionales" (Constitución de Islandia), "decretos con fuerza de ley" (Constitución de la República Árabe Unida de 1964), "disposiciones provisionales con fuerza de ley" (Constitución italiana) o "decretos leyes", como los ha denominado algún autor y la Constitución de Brasil de 1969 (2), son normas o disposiciones que dicta el Poder Ejecutivo en circunstancias excepcionales y de extrema necesidad, que tienen virtualidad o "potencia igual a la ley". (3)

Es decir que, en estos casos, el Poder Ejecutivo ejerce competencias legislativas y expide normas con rango de ley pero por vía de decreto (4), asumiendo por sí mismo, funciones atribuidas por la Constitución a la Legislatura, sin consentimiento previo de esta, creando normas nuevas o derogando las existentes. (5) Se trata, entonces, de una sustitución de poder.

Los decretos así dictados, pues, reemplazan a las leyes en determinadas circunstancias, y se ven justificados para enfrentar situaciones excepcionales en la que, por razones de tiempo, es preciso sortear los trámites habituales que requiere la sanción de una ley. (6)

II.- Carácter excepcional.

Como es sabido, el principio de separación de funciones exige que cada uno de los departamentos sea independiente y soberano en su esfera, como así también que las competencias atribuidas a un órgano no puedan ser delegadas por éste o asumidas por cualquiera de los otros dos órganos restantes, ya que de lo contrario este principio quedaría en la práctica vaciado de contenido.

Por eso, y dado que los decretos de necesidad y urgencia importan una modificación circunstancial de la distribución del poder legislativo que realiza la Constitución (7) y, por consiguiente, una alteración al principio de división de poderes (8), la Constitución de la Provincia del Chubut establece claramente como principio la prohibición para el Poder Ejecutivo de emitir disposiciones de carácter legislativo, y sólo como excepción autoriza tal circunstancia. (9)

Es decir que de "ninguna manera puede decirse que el dictado de normas de carácter legislativo -como son los decretos de necesidad y urgencia- sea una facultad privativa del Ejecutivo. Es una atribución excepcional y condicionada por la Constitución". (10)

III.- Crítica.

La admisión del los DNU ha sido, por lo general, criticada por la doctrina, ya que se afirma que por su intermedio se amplía en forma inequívoca el poder del titular del Ejecutivo, se desvirtúa el principio de división de poderes, y se interfiere con la actividad propia del Legislativo.

Sin embargo, su incorporación en las constituciones buscó terminar con una situación que, de hecho, le otorgaba al titular del Poder Ejecutivo facultades legislativas. Es decir que el fundamento de "constitucionalizar" este tipo de decretos obedeció a la necesidad de darle "carta de ciudadanía" a determinadas prácticas y conductas "paraconstitucionales" (o inconstitucionales, para algunos autores) (11) con el objeto de imponer limitaciones a las prácticas futuras, ya que en caso contrario se seguirían realizando enmarcadas en la ilegalidad y sin ninguna clase de control. (12)

IV.- Los presupuestos habilitantes o requisitos de validez constitucional de los DNU según la Constitución de la Provincia del Chubut.

La Constitución de la Provincia del Chubut establece dos presupuestos básicos para la procedencia de los DNU. Ellos son:

a) Circunstancias extraordinarias y grave necesidad que tornen urgente, impostergradable e imprescindible la adopción de medidas legislativas para asegurar los fines de esta Constitución: estos decretos, como vimos, están diseñados para circunstancias excepcionales y de naturaleza especial, o sea, para situaciones de emergencia, de crisis o de necesidad pública que exijan la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales.

"Tal circunstancia excepcional puede ser de cualquier naturaleza y tener cualquier tipo de efecto sobre la situación colectiva, o aun particularizada de un grupo de personas o también, de una sola per-

sona". Es que, como vimos, lo importante es "resolver una determinada situación política, social, económica o de cualquier otra especie que precise de una respuesta legislativa"[\(13\)](#) urgente, impostergradable e imprescindible. [\(14\)](#)

De esta manera, estos decretos se fundan en el principio de que la satisfacción de las necesidades generales es la suprema ley, y por eso se ha dicho que, en estos casos, "una invencible necesidad de hecho se transforma en una suprema razón de derecho". [\(15\)](#)

b) Que sea imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes: si bien la Constitución de la Provincia del Chubut no establece expresamente este requisito, como si lo hace la Nacional, no cabe duda que esto surge de la propia finalidad del instituto.

"El criterio del constituyente es sencillo y amplio: si nos encontramos ante un caso excepcional que requiere ser enfrentado con urgencia y, por cualquier razón, es imposible aguardar a la finalización del procedimiento constitucional para la formación y sanción de las leyes, el DNU queda habilitado. La imposibilidad es producto de la misma razón de urgencia, ya que puede ocurrir, siempre según las circunstancias del caso concreto, que la medida precisada, de aguardarse su sanción por el Poder Legislativo, sea tardía o inconveniente, o insuficiente para responder rápidamente a la necesidad". [\(16\)](#)

Por el contrario, ellos no quedan autorizados ante la inconveniencia o dificultad de hacerlo, es decir, cuando se producen demoras lógicas en el procedimiento, o frente al disenso de la cámara legislativa que trava la aprobación de un proyecto o determina su rechazo. [\(17\)](#)

Además, cabe destacar que la jurisprudencia de la Corte Suprema también ha exigido, para que tales decretos tengan validez, que el Poder Legislativo en ejercicio de sus atribuciones constitucionales propias no haya adoptado decisiones diferentes en los puntos de política involucrados. [\(18\)](#)

V.- Los requisitos procesales. El procedimiento de elaboración de los DNU y el control por parte de la Legislatura.

Como bien se ha dicho, la Constitución del Chubut -a diferencia de la Constitución Nacional, que tiene pocas precisiones y no prevé determinados supuestos- ha regulado minuciosa y taxativamente el instituto (19), otorgándole no sólo un carácter residual y de último recurso para afrontar situaciones excepcionales, sino también estableciendo claramente su procedimiento de elaboración.

Así, consagra distintos pasos:

1) Acuerdo general de Ministros: Los DNU deben ser decididos en "acuerdo general de Ministros".

La existencia del acuerdo -como dice BARRA- "se expresa y formaliza en el refrendo conjunto del DNU, por todos los ministros... con los efectos generadores de responsabilidad solidaria que establece (la Constitución). Sin este requisito del refrendo colectivo, el DNU carece de eficacia, estando viciado de nulidad absoluta". (20)

Con ello se pretende "asegurar la prudencia en el uso de la potestad por el Poder Ejecutivo" (21) y establecer un nuevo mecanismo de control, ya que en tales casos los ministros también serán responsables con relación al DNU dictado.

Sin embargo, es cierto lo que expresan SABSAY y ONAIN-DIA en el sentido de que "el acuerdo general de ministros y el refrendo de los mismos (son) controles más semánticas que reales. No olvidemos la falta de independencia de los mismos frente al funcionario a quien le toca controlar". (22)

Finalmente, cabe destacar -con relación a este punto- que "al no prever la Constitución, de modo expreso, qué mayoría debe concurrir para la decisión, ésta puede adoptarse por mayoría absoluta de

los miembros presentes del cuerpo colegiado gabinete de ministros". [\(23\)](#)

2) Remisión a la Legislatura dentro de los cinco días corridos de su dictado: El DNU decidido en acuerdo general de Ministros debe ser remitido a la Legislatura -con los fundamentos respectivos- dentro de los cinco días corridos, contados a partir de su dictado.

El plazo mencionado -como lo explica Alberto GARCIA LEMA- "resulta apropiado para poner en marcha una operatoria formal de control del reglamento dictado, atento a que pueda tener que convocarse a legisladores ausentes de la Capital (máxime en épocas de receso). También servirá al ejecutivo para implementar las decisiones complementarias que la situación imponga y medir sus primeras consecuencias", antes de que deba afrontarse la discusión pública del mismo en la Legislatura. [\(24\)](#)

Ahora bien: ¿Qué sucede si el DNU no es remitido a la Legislatura en el término señalado? Dos son las posibilidades: que el DNU mantenga sus efectos hasta tanto se cumpla con ello o hasta que se "obligue" al Poder Ejecutivo a remitirlo, o bien que directamente pierda vigencia.

A diferencia de lo que ocurre a nivel nacional, la Constitución Provincial define las consecuencias de la no remisión a la Legislatura en el plazo establecido. Señala, al respecto, que ello implica su "automática derogación".

Las relaciones jurídicas nacidas a su amparo, empero, permanecen vigentes hasta el pronunciamiento legislativo.

3) Ratificación legislativa: La Constitución de la Provincia del Chubut, al igual de muchos otros modelos, exige la ratificación legislativa de los DNU. De este modo se busca, junto con un posible freno al Ejecutivo, devolverle a la Legislatura parte de su indelegable rol legislativo. Ya que en estos casos excepcionales los legisladores no pue-

den tener la primera palabra en materia legislativa, por lo menos tienen la última.

Prescribe, al efecto, que la Legislatura debe darle expreso tratamiento al DNU dentro de los treinta días contados a partir de la fecha de su comunicación, y que si el Cuerpo se encuentra en receso la remisión sirve de acto de convocatoria a sesiones extraordinarias.

Este segundo plazo se concede a los fines que la Legislatura "estudie aceleradamente la situación suscitada y las medidas dispuestas por el Ejecutivo, formándose opinión acerca de ellas, que se concretara en los dictámenes del caso, elevándolos (al plenario de la Cámara)". (25)

Es decir que, de acuerdo a esto, la validez del DNU queda condicionada al requisito de su presentación a la Legislatura y a la ratificación por parte de esta "con el voto de los dos tercios del total de sus miembros dentro del plazo de treinta días contados a partir de la fecha de su comunicación".

"La aprobación no modifica en nada la vigencia del DNU..., aunque tiene dos efectos prácticos: fortifica la seguridad jurídica, completando el proceso querido por el constituyente, es decir, la manifestación expresa del legislador y, concordantemente, impide un rechazo posterior. Así el DNU podría ser solo derogado o modificado por otra norma de jerarquía legal, u otro DNU si se dieran las condiciones que habilitan a su dictado. Nunca podría ser derogado o modificado por un decreto ordinario...".

El rechazo o la no ratificación legislativa dentro del plazo legal, en cambio, hacen que el DNU pierda efectos jurídicos a partir de ese momento (es decir, no tiene efectos retroactivos). (26) También ocurre lo mismo si "aún expidiéndose favorablemente la mayoría de los legisladores, no se reuniesen los dos tercios de los votos favorables". (27)

¿Qué pasa si la Legislatura omite darle tratamiento? En este supuesto se da un supuesto similar: el silencio no sólo no confirma el acto, sino que opera en su contra y también determina -en forma directa- que el decreto en cuestión pierda efectos jurídicos, es decir, que quede derogado.

Resumiendo: hasta que no se manifieste la Legislatura el decreto tiene vigencia. Si en el plazo previsto por la Constitución Provincial el órgano legislativo no lo aprueba expresamente, el DNU pierde eficacia.

Como se ve, "en el diseño de poder de la Constitución del Chubut, la balanza se inclina de este modo hacia el titular natural de la potestad legislativa: el Poder Legislativo". (28) Este, entonces, siempre tiene la palabra final en materia de decretos de necesidad y urgencia.

Y es por eso, precisamente, que en el mismo orden de ideas el art. 156 no le reconoce al Gobernador la potestad de vetar el rechazo.

Es que "el veto implicaría un acto viciado por desviación de poder, en tanto tal potestad ejecutiva, no revelaría, en ese caso, otro propósito que la neutralización del control constitucional..., y no podría, por ende, hallar amparo en los fines aprehendidos por la Constitución para conferir aquella prerrogativa... Es, por ende, un caso en el que la intención legislativa no podría ser soslayada por el veto, así como en otros no puede ser ignorada por la promulgación parcial. Esta en juego el principio de división de poderes". (29)

VI.- Tratamiento de los DNU en las comisiones parlamentarias.

La Constitución de la Provincia del Chubut veda el tratamiento de los DNU en las comisiones parlamentarias, al establecer que en ningún caso y cualquiera sea la materia y calificación que le dé la Cámara, es de aplicación la metodología prevista para el tratamiento de leyes no generales. (30)

VII.- Los límites materiales.

La Constitución de la Provincia del Chubut, al igual que lo hace la Constitución Nacional, impone ciertos límites materiales con relación a los DNU. Concretamente, señala que estos decretos no pueden versar sobre:

a) Materia penal: Es que la configuración de un delito, por leve que sea, así como su represión, es materia que hace a la esencia del Poder Legislativo y escapa de las facultades ejecutivas. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19 de la Const. Nac.). De ahí nace la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una cosa, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido. Y es necesario que haya, al mismo tiempo, una sanción legal que reprima la contravención para que esa persona deba ser condenada por tal hecho (art. 18 de la Const. Nac.). Estos dos principios fundamentales y correlativos en el orden penal, imponen la necesidad de que sea el Poder Legislativo quien establezca las condiciones en que una falta se produce y la sanción que le corresponde. Por otra parte, la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional asegura que "ningún habitante de la Nación puede ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso", y en el texto constitucional el término "ley" no puede tener más que un sentido: el de ley formal, o sea el acto emanado de la rama de gobierno que está investida del Poder Legislativo, de acuerdo al procedimiento establecido para la "formación y sanción de las leyes". (31)

b) Materia tributaria. Esto es así porque aquí también opera con firmeza el principio de legalidad. (32)

c) Materia presupuestaria.

d) Materia electoral y régimen de los partidos políticos, porque se quiere proteger "rigurosamente el libre desenvolvimiento de los parti-

dos políticos y el juego electoral, esenciales para el funcionamiento democrático". (33)

VIII.- El control judicial de los decretos de necesidad y urgencia.

Con relación a la posibilidad de control de los decretos de necesidad y urgencia por parte del Poder Judicial, encontramos dos posiciones diferentes:

a) Para algunos autores (34), la apreciación de la necesidad o de la urgencia tiene un carácter esencialmente político y como tal corresponde al gobierno o, en definitiva, a la Legislatura. Es decir, se trataría de una cuestión no justiciable y ajena al ámbito de intervención de los jueces. Es lo que entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Guida". (35)

b) Otros autores, en cambio, sostienen que "los jueces poseen la atribución constitucional de controlar en plenitud tanto la efectiva existencia fáctica de la situación de 'necesidad y urgencia' invocada por el Poder Ejecutivo, como el trámite de su dictado y, por supuesto, la razonabilidad de las medidas adoptadas para regularla". (36)

Es la postura que adoptó la Corte Suprema de Justicia en las causas "Verrocchi" (37) y "Risolia de Ocampo" (38).

En este último caso, inclusive, el Máximo Tribunal dijo que "los decretos de necesidad y urgencia son susceptibles de cuestionamientos constitucionales antes, durante y después de su tratamiento legislativo y cualquiera fuere su suerte en ese trámite, siempre que se considere en pugna con los derechos y garantías consagrados por la Ley Fundamental" (voto del Dr. BOGGIANO).

(1) Sobre este tema, ver especialmente PEREZ HUALDE, Alejandro: "Decretos de necesidad y urgencia", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995 y LUGONES, Narciso J. y otros: "Leyes de emergencia. Decretos de necesidad y urgencia", Ed. La Ley.

(2) A nuestro entender, empero, esta denominación es incorrecta, ya que cabe llamar de tal forma (es decir, decretos-leyes) a aquellos que son dictados por un gobierno de facto o revolucionario en ejercicio de facultades legislativas, por cese de la Legislatura.

(3) DIEZ, Manuel: "Derecho Administrativo", T. I, Ed. EBA, Buenos Aires, 1962, pág. 447.

(4) Y por eso, precisamente, CARNELUTTI habla de "un híbrido con cuerpo de decreto y alma de ley" para referirse a esta institución.

(5) SAGÜES, Néstor P.: "Los decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y derecho argentino", en LA LEY 15 de noviembre de 1985. Por eso se ha dicho que, jurídicamente, configuran una institución anómala desde que, emanando del Poder Ejecutivo, tienen forma de decretos pero con contenido legislativo, en razón que están integrados por normas de carácter objetivo, impersonal, de alcance general y de efectos jurídicos (conf. TEXO, Jorge Cabral: "El régimen de los decretos-leyes en el derecho público argentino", Ed. Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1949, pág. 9; JOSSERAND, Luis: "Las recientes deformaciones de la técnica legislativa", Dalloz, Recueil Hebdomadaire, París, febrero de 1939, pág. 9 y BIELSA, Rafael: "Derecho administrativo", 2ª edición, T. I, pág. 9).

(6) "La razón de ser de los decretos de necesidad y urgencia - explica TEXO- está indicada en ciertas circunstancias excepcionales que se presentan por deficiencia o ausencia de texto legislativo positivo, por lo que el gobierno, acuciado por la necesidad, debe dictar normas con valor legislativo provisional, sujetas a la condición de la ulterior ratificación legislativa" (conf. TEXO, Jorge Cabral: "El régimen de los decretos-leyes en el derecho público argentino", op. cit., pág. 42).

(7) COMADIRA, Julio Rodolfo: "Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional", en LA LEY del día 24 de marzo de 1995.

(8) Sin embargo, también se ha dicho que estos decretos "no significan la quiebra del principio de división de poderes como principio vertebrador de la organización del Estado, ni la marginación del Poder Legislativo, sino un modo de colaboración del Poder Ejecutivo con el Poder Legislativo en la producción legislativa" (conf. Morillo-Velarde Pérez, José Ignacio: "El decreto ley en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional", Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasi, Madrid, 1989, pág. 824). En el mismo sentido se ha afirmado que "el principio de separación de poderes no puede entenderse en un sentido excesivamente riguroso, que traiga aparejado un daño al Estado mismo, y que impida al Ejecutivo proveer útilmente para satisfacer tal suprema necesidad en la vida del Estado, cuando la urgencia del procedimiento no permite esperar hasta la obtención de la aprobación del órgano legislativo" (conf. VANOSSI, Jorge Reinaldo: "Los reglamentos de necesidad y urgencia", en J.A. 1987-IV-889 y DIEZ, José María: "Derecho administrativo", T. I, Ed. EBA, Buenos Aires, 1962, pág. 447).

(9) Lo hace, como dice GIL DOMINGUEZ, a través de una "fórmula prohibitiva que a la vez permite", toda vez que a la prohibición expresa de realización de una conducta le sigue la posibilidad de ejercer la misma. "Todas estas fórmulas -dice el autor citado- no respetan los principios ontológicos de la estructura lógica de razonamiento. Principalmente el principio de contradicción: ningún ente puede ser al mismo tiempo P y no P, simbolizando la letra P cualquier predicado posible (ej. prohibición de emitir disposiciones legislativas) y con no-P su negociación (permitir lo prohibido) (conf. GIL DOMINGUEZ, Andrés: "Potestades legislativas del Poder Ejecutivo: en búsqueda de una interpretación constitucional", en LA LEY, 1996-D, 1651).

(10) COLAUTTI, Carlos E.: "El control sobre los decretos de necesidad y urgencia", en LA LEY, del día 17 de marzo de 1998.

(11) Cabe destacar, al respecto, que durante mucho tiempo se discutió en nuestro país si este tipo de decretos eran constitucionales, no obstante no estar consagrados en el texto de la Constitución, registrándose en tal debate, al menos, tres posiciones doctrinales distintas: primero, los autores que se pronunciaron en forma totalmente contra-

ría a esa posibilidad. Segundo, autores que se pronunciaron a favor de dicha posibilidad, pero requiriendo aprobación expresa y ulterior del órgano legislativo. Tercero, los autores que se pronunciaron positivamente y que sustentaron la validez y vigencia de los decretos de emergencia mientras éstos no fuesen derogados expresamente (conf. VANOSI, Jorge Reinaldo: "Los reglamentos de necesidad y urgencia", en J.A. 1987-IV-893).

(12) GIL DOMINGUEZ, Andrés: "Potestades legislativas del Poder Ejecutivo: en búsqueda de una interpretación constitucional", en LA LEY, 1996-D, 1651.

(13) BARRA, Rodolfo: "Decretos de necesidad y urgencia. El caso 'Rodríguez'", en LA LEY, 1998-B, 1362.

(14) La Cámara Nacional del Trabajo ha dicho, en este sentido, que "corresponde caracterizar como situaciones de emergencia las que derivan de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles, o bien inevitables con los recursos ordinarios, y que tienen una repercusión muy honda y extensa en la vida social, de suerte que demanda remedios también extraordinarios: a veces son acontecimientos de carácter físico, como un terremoto, una grave epidemia, etc.; a veces, de índole económica, como las que han determinado en nuestro país -y en la generalidad de los países extranjeros- legislaciones especiales de efecto restrictivo para el derecho de propiedad consagrado en la Constitución" (CNTrab., 5/08/00, DT, 2001-B, 1734).

(15) SCIALOJA: "Sulla conversione in legge dei decreti legge", en "Studi Giuridici", vol. V, "Diritto Pubblico", Padova, 1936, págs. 25 y 26.

(16) BARRA, Rodolfo: "Decretos de necesidad y urgencia. El caso 'Rodríguez'", en LA LEY, 1998-B, 1362.

(17) Conf. MARTINEZ CRESPO, Mario: "Constitución de la Nación Argentina", Ed. Advocatus, Buenos Aires, 2007, págs. 617 y 618.

(18) PERALTA, Luis A. y otro c. Estado Nacional (Ministerio de Economía-Banco Central), en LA LEY, 1991-C, 140.

(19) MENNA, Gustavo: "Comparación entre las atribuciones del Poder Ejecutivo federal y el provincial a 10 años de las reformas constitucionales", en "El Reporte", Escuela de Capacitación del Poder Ju-

dicial de la Provincia del Chubut, Año 4, N° 13, octubre de 2004, pág. 20.

(20) BARRA, Rodolfo: "Decretos de necesidad y urgencia. El caso 'Rodríguez'", en LA LEY, 1998-B, 1362.

(21) COMADIRA, Julio Rodolfo: "Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional", en LA LEY, 1995-B, 825.

(22) SABSAY, Daniel y ONAINDIA, José M.: "La Constitución de los Argentinos", Ed. Errepar, Bs. As, 1994, pág. 312.

(23) COMADIRA, Julio Rodolfo: "Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional", en LA LEY, 1995-B, 825.

(24) GARCIA LEMA, Alberto M.: "Decretos de necesidad y urgencia. Delegación legislativa. Agilización del trámite de discusión y sanción de las leyes", en AA.VV.: "La reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la Comisión Redactora", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, pág. 395.

(25) GARCIA LEMA, Alberto M.: "Decretos de necesidad y urgencia. Delegación legislativa. Agilización del trámite de discusión y sanción de las leyes", en AA.VV.: "La reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la Comisión Redactora", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, pág. 396.

(26) Por eso se ha dicho que "las normas de los decretos de necesidad y urgencia nacen con una validez potencialmente efímera en tanto su perdurabilidad depende de la ratificación legislativa...", como así también que "ellas no poseen la 'majestad' propia de la ley ni la presunción de legitimidad que acompaña a las normas y actos dictados por la Administración en el ejercicio de sus funciones propias..." (conf. Cám. Nac. Contencioso Administrativo Federal, in re: "Video Cable Comunicación S.A. c. Instituto Nacional de Cinematografía s/Varios").

(27) MENNA, Gustavo: "Comparación entre las atribuciones del Poder Ejecutivo federal y el provincial a 10 años de las reformas constitucionales", en "El Reporte", Escuela de Capacitación del Poder Judicial de la Provincia del Chubut, Año 4, N° 13, octubre de 2004, pág. 21.

(28) MENNA, Gustavo: "Comparación entre las atribuciones del Poder Ejecutivo federal y el provincial a 10 años de las reformas cons-

titucionales", en "El Reporte", Escuela de Capacitación del Poder Judicial de la Provincia del Chubut, Año 4, N° 13, octubre de 2004, pág. 22.

(29) COMADIRA, Julio Rodolfo: "Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional", en LA LEY, 1995-B, 825.

(30) MENNA, Gustavo: "Comparación entre las atribuciones del Poder Ejecutivo federal y el provincial a 10 años de las reformas constitucionales", en "El Reporte", Escuela de Capacitación del Poder Judicial de la Provincia del Chubut, Año 4, N° 13, octubre de 2004, pág. 22.

(31) Conf. C.S.J.N., in re: "Mouviel, Raúl Oscar y otro s/..."

(32) GARCIA LEMA, Alberto M.: "Decretos de necesidad y urgencia. Delegación legislativa. Agilización del trámite de discusión y sanción de las leyes", en AA.VV.: "La reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la Comisión Redactora", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, pág. 390.

(33) Idem.

(34) Ver, entre otros, BARRA, Rodolfo: "Decretos de necesidad y urgencia. El caso 'Rodríguez'", en LA LEY, 1998-B, 1362; MARIENHOFF, Miguel S.: "Tratado de Derecho Administrativo", T. I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965 y VANOSSI, Jorge Reinaldo: "Los reglamentos de necesidad y urgencia", en J.A. 1987-IV-893.

(35) LA LEY, 2000-C, 828. En este fallo el Tribunal Címero señaló que la intercalación legislativa en un decreto de necesidad y urgencia relevaba de su control judicial ulterior. Para un comentario del caso "Guida" ver MIDON, Mario A. R.: "Guida: otro caso de necesidad y urgencia en el que la Corte detrae el control de constitucionalidad", en LA LEY, 2000-D, 367.

(36) COMADIRA, Julio Rodolfo: "Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional", en LA LEY, 1995-B, 825. En igual sentido ver, entre muchos otros, BIANCHI, Alberto: "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica", en LA LEY, 1991-C, 153 y SAGÜES, Néstor P.: "Los decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y derecho argentino", en LA LEY, 15 de noviembre de 1985.

[\(37\)](#) Fallos 322:1726 ó LA LEY, 2000-A, 88. Ver, al respecto, CARNOTA, Walter: "El control de constitucionalidad ante los decretos de necesidad y urgencia. A propósito de la inconstitucionalidad de los decretos sobre asignaciones familiares", en LA LEY, 1999-F, 1305.

[\(38\)](#) LA LEY, 2000-F, 133, con nota de CARNOTA, Walter: "El control formal y material sobre los decretos de necesidad y urgencia".

Derechos individuales y derechos de incidencia colectiva

(Una clasificación de derechos en base a la legitimación procesal)

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <http://www.estudiogerosa.com.ar/>

Publicado en: “El Reporte”, Escuela de Capacitación del Poder Judicial de la Provincia del Chubut, Año 5, N° 19, junio de 2009, págs. 22/25.

[Consultado el 11/02/2020]

La posibilidad que tienen los particulares de poder recurrir a la Justicia en defensa de un derecho y de obtener de ésta una respuesta satisfactoria está condicionada a la existencia de legitimación procesal. En consecuencia, ella representa –al decir de un autor- “la llave para abrir el proceso”. (1)

La legitimación, dice MARIENHOFF, “en general significa la aptitud de ser parte en un determinado proceso o asunto judicial. Y tal aptitud se determina por la posición en que se encuentre el actor respecto de la pretensión que da lugar al proceso o asunto, entendiendo aquí por pretensión lo que el actor pide que le sea reconocido jurisdiccionalmente... Sólo las personas que se encuentran en determinada relación con la pretensión pueden ser parte en el proceso en que la misma se deduce”. (2)

Por lo tanto, para ejercer en juicio la tutela del derecho, es absolutamente imprescindible que exista un nexo que vincule a la persona con el derecho que se entiende afectado, lesionado o amenazado.(3)

De esta manera, si la persona que pone en marcha la acción no es aquella que según el ordenamiento jurídico está habilitada para hacerlo (es decir, que está legitimada), el juez puede rechazar “in limine” la demanda o, con mayor razón, hacer lo propio al momento de dictar sentencia. (4)

En virtud de lo expuesto y siguiendo las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus últimos fallos, en base a la legitimación procesal podemos clasificar a los derechos en tres categorías distintas: derechos individuales, derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. (5)

Los derechos individuales, como es sabido, son los derechos de “primera generación”, es decir, los propios del constitucionalismo clásico o liberal. Tienen en cuenta al individuo “en sí” y se reconocen “frente” o “contra” el Estado. Por lo tanto, solo pueden ser ejercidos por su titular.

La titularización de la legitimación para recabar su protección, pues, le corresponde únicamente al particular interesado, al damnificado directo, al que sufre el perjuicio “en carne y hueso”, pues tal lesión no trasciende del ámbito individual.

Y no obsta lo expuesto “la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional en que encuentra cabida la tradicional acción de amparo... Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no ho-

mogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados”.
(6)

Los derechos o intereses difusos⁽⁷⁾ –también denominados “fragmentarios”, “supraindividuales”, “metaindividuales”, “de masa”, “comunitarios”, “transpersonales” o “derechos de incidencia colectiva en general” (según la denominación que utiliza nuestra Constitución Nacional en su artículo 43)⁽⁸⁾ -, por su parte, han sido definidos como aquellos “que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrante de grupos, clases o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, de una misma prerrogativa. De forma tal que la satisfacción del fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo, se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta, simultánea y globalmente, a los integrantes del conjunto comunitario”.⁽⁹⁾

Tres son los rasgos principales que caracterizan a estos derechos o intereses (10)

1.) En primer lugar, “una pluralidad de titulares indeterminados o de difícil determinación”. Es decir que en este caso no hay un único, exclusivo y excluyente titular del derecho, sino que –por el contrario- existe un grupo, colectividad o pluralidad de personas que tienen la intención y el interés de proteger el mismo porque comprometen valores fundamentales.

2.) En segundo término, la “ausencia de una relación-base que una a los miembros del grupo” (que es precisamente lo que los diferencia de los intereses colectivos, en los cuales hay un vínculo asociativo preexistente que agrupa a tales personas).

3.) Y, finalmente, la “indivisibilidad del objeto de interés, puesto que cualquier intervención en su protección beneficia a todos o perju-

dica a todos”. Se trata de bienes comunes, es decir, insusceptibles de apropiación exclusiva.

La Constitución Nacional efectúa una enumeración de estos derechos en la segunda parte del artículo 43 (igualdad o no discriminación, medio ambiente, derecho de los usuarios y consumidores, y defensa de la competencia).

Se trata, empero, de una enumeración meramente enunciativa. (11) Es decir, no constituye un catálogo cerrado o taxativo. Así lo da a entender el propio artículo cuando, en forma inmediata, señala que también entra en esta categoría “cualquier otro derecho de incidencia colectiva en general”. (12)

Por lo tanto, todo otro derecho que participe de los rasgos o caracteres indicados anteriormente queda abarcado dentro de esta noción, aunque no se encuentre – repito- enumerado en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Así, deben considerarse comprendidos dentro del concepto de derechos o intereses difusos:

1.) La protección y defensa del medio ambiente y el equilibrio ecológico con relación a hechos producidos o previsibles que impliquen su deterioro, toda vez que, como bien lo explica LORENZETTI, “el medio ambiente no interesa a un solo individuo, sino a un grupo de ellos. Se trata de un problema de acción colectiva y no individual”. (13) En consecuencia, “al preservarlo para sí se lo preserva para todos en una interrelación recíproca y solidaria”.(14)

2.) La tutela de los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios.

3.) La igualdad y consecuente no discriminación de las personas (que son “sólo dos aspectos de un mismo problema.”(15)). Es que en estos casos el daño se infiere con motivo de alguna calidad,

característica u opinión compartida entre la víctima y otros sujetos. De ahí, entonces, que todos estos estén interesados en obtener la erradicación de los esos actos dañosos.

4.) La defensa de la competencia.

5.) La protección del patrimonio cultural, histórico y artístico. El artículo 113 de la Constitución de la Provincia del Chubut, por ejemplo, expresamente señala en este sentido que “los bienes culturales, en cuanto hacen a la identidad cultural, constituyen un patrimonio social al que todo habitante tiene un acceso libre y responsable”.

Para la UNESCO, “patrimonio cultural es el legado que recibimos del pasado, lo que vivimos en el presente y lo transmitimos a las generaciones venideras”.

Dentro de esta categoría, pues, deben entenderse comprendidos: 1.) Los monumentos (obras arquitectónicas, de escultura, o pintura monumentales, elementos de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia. 2.) Los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración con el paisaje les de un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia y 3.) Los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico”.(16)

Es que “los países junto al “patrimonio natural” de sus respectivas geografías, poseen otro “patrimonio”, que testifica su historia como pueblo. Esa geografía construida cohabita con cada integrante de la comunidad, está presente en cada rincón, pertenece a todos y a cada uno de los miembros de esa comunidad y conforma su “patrimonio cultural”. El “patrimonio cultural” junto al “patrimonio

natural” constituye, a nuestro modo de ver, el “entorno” que le da “sentido de pertenencia” a un pueblo o nación, lo reconoce en una historia, en una geografía, y lo proyecta –en su especificidad- al futuro. Así visto “patrimonio” es “todo” lo que contribuye a formar y consolidar la identidad de un lugar y con ello facilita la relación del hombre con su medio”. (17)

6.) La salud pública, que es considerada por nuestro ordenamiento jurídico no sólo un derecho subjetivo privado sino también un bien que reviste interés público.(18) Constituye, por lo tanto, un verdadero derecho difuso que autoriza a cualquier persona a solicitar a las autoridades su protección.(19)

Es que, como todos sabemos, la problemática que plantean las enfermedades no se agota en la persona que las padecen sino que sus consecuencias se trasladan a toda la sociedad, pudiendo por ende poner en peligro a toda la comunidad.

7.) La moral pública. En este sentido se ha dicho que “toda comunidad se apoya en un núcleo de valores básicos que le da identidad, permiten el desarrollo de saludables diferencias sin riesgo de disolución, operan como supuestos comunes en la convivencia y se traducen en usos y costumbres en cuyo clima, para bien o para mal, viven y crecen los individuos que la integran. La sociedad es así necesariamente educadora de sus miembros, que reciben su influencia condicionante sin perjuicio de la libertad personal que en definitiva logren alcanzar y ejercer. De ahí que el Estado no pueda desatenderse ni se desatienda de la cuestión, y en virtud de ello oriente la educación, promueva determinadas actividades y prohíba o desaliente otras y custodie la moral pública, o sea como pautas de conducta objetivizadas, al margen de la suerte que puedan correr en el ámbito de la vida privada de cada persona, sólo reservada a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha caracterizado el bien público como el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros el logro más fácil de su propia perfección. Y así entendida,

la noción del bien público no sólo hace referencia a las estructuras materiales de la vida estatal. Incluye, también, junto a otras condiciones sociales, políticas, jurídicas y culturales, criterios y pautas morales que hacen a nuestra identidad y ofrecen un marco valioso para el aprendizaje y desarrollo de la convivencia, integrando así el patrimonio espiritual de la comunidad... Más allá de las dificultades que pueda presentar su determinación no se advierten, pues, razones para excluir la moral pública del ámbito de los bienes comunes, susceptible de un interés colectivo o difuso”. (20)

8.) La legalidad constitucional: A mi entender y siguiendo a la Corte Constitucional de Colombia, existe un derecho fundamental de todas las personas a la integridad y primacía de la Constitución. (21)

Por lo tanto, considero que la legalidad constitucional es un verdadero derecho de incidencia colectiva, que hace que cualquier ciudadano interesado tenga legitimación procesal para defender la Constitución cuando no existe un individuo determinado que, según el ordenamiento jurídico, la titularice personalmente.

Ello, en tanto y en cuanto “la supremacía constitucional como derecho personal significa que cualquier persona –y todas- tienen derecho a que esa supremacía se respete, se haga efectiva, y de sufrir mella, se restaure”. (22)

“Partimos de la premisa que la Constitución Nacional es la norma fundamental del Estado, se encuentra en la cima del ordenamiento jurídico y además organiza y estructura al Estado. Es decir, determina los parámetros básicos de la conducta de los poderes públicos. Esa conducta me interesa como ciudadano porque repercute en mi vida diaria. Una norma o acto que infrinja la Constitución me despoja del orden y la seguridad, pero además lesiona mis legítimas expectativas de bienestar general, a cuyo fin se encuentra orientado el tramado racional de normas del texto fundamental”. (23)

En consecuencia, en caso de burlarse una cláusula constitucional y no exista un individuo determinado que pueda ejercer la acción respectiva (básicamente, porque no tiene relación directa e inmediata con el derecho involucrado), es obvio que toda persona debe quedar legitimada para promover judicialmente tal proceso a fin de que se realice el control de constitucionalidad del acto, la norma o la decisión que se impugnan como opuestas a la constitución suprema, ya que –repito- “vemos en la Constitución las reglas fundamentales de la organización del Estado que tienden racionalmente a la consecución eficiente y eficaz del bienestar general por el Estado. Por consiguiente, si se verifican actos contrarios a las reglas de la Constitución, todos los habitantes de la Nación estaríamos interesados en la anulación de dicho acto que nos compromete y afecta a todos por igual”. (24)

De otra forma, se verificaría una situación jurídica de indefensión para la colectividad social entera, toda vez que se vería impedido el cuestionamiento judicial de la norma o acto en cuestión.

Dicho en otras palabras: los ciudadanos tienen derecho a la vigencia del principio de legalidad constitucional y a procurar su defensa en sede judicial. Y no debe pensarse que quien lo hace es sólo portador de un interés simple. Frente a la inexistencia de una relación jurídica específica en la que hay unos afectados concretos, todos los ciudadanos lo son y, por ende, todos tienen legitimación para solicitar el restablecimiento de principio señalado. (25)

Ahora bien: la enumeración de los derechos de incidencia colectiva que hemos efectuado, como ya lo expresáramos, de ninguna manera puede considerarse taxativa, toda vez que –como bien lo explica SAGÜES- el catálogo de los derechos difusos no es cerrado ni rígido, sino cambiante, dado que “determinados rubros que otrora no eran visualizados como difusos pasan después al listado de ellos”. (26)

En el caso de los derechos o intereses difusos (denominados actualmente por la Corte, como vimos, de incidencia colectiva

que tienen por objeto bienes colectivos), lo más importante es que el universo de legitimados se amplía enormemente (27), ya que, de conformidad con lo previsto en la segunda parte del artículo 43 de la Constitución Nacional, no sólo puede ejercer la acción correspondiente el damnificado directo (es decir, quien sufre el perjuicio “en carne y hueso”), sino también el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas conforme a la ley, y aún el “afectado”, que es quien “no habiendo sido aún dañado, se encuentra en el ámbito posible o potencial de ser dañado”.(28)

De esta manera, “esta disposición produjo un cambio sustancial en la estructura constitucional argentina, en la medida que reconoció el derecho a accionar judicialmente a sujetos potencialmente distintos de los afectados en forma directa”. (29)

Finalmente, cabe destacar que la categoría de “derechos de incidencia colectiva en general” también “hospeda en el espacio de su contenido constitucional protegido a los derechos individuales homogéneos”. (30)

En estos supuestos un mismo hecho generador, fáctico o normativo, o varios hechos idénticos, generan daños a un sector de la sociedad o a una pluralidad de personas, que reclaman su reparación. Por lo tanto, esa idéntica situación colectiva (homogénea) y la circunstancia de compartir entre sí la identidad del sujeto pasivo permite que ellos sean tutelables grupalmente (legitimación grupal) a través de una “acción colectiva” o “acción de clase” por parte de los legitimados directos o indirectos determinados constitucionalmente (defensor del pueblo, afectados, asociaciones), como así también que el fallo que se dicte aproveche a todas las personas que se encuentran en idénticas circunstancias, aunque no hayan participado en el juicio, pues el carácter colectivo de la controversia obliga a dar también alcance colectivo para todos los que se encuentren en la misma condición que el reclamante.(31)

Es decir que, como puede observarse, si bien no hay un bien colectivo porque se afectan derechos individuales enteramente divisibles, hay un hecho único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable la causa fáctica homogénea. Y ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos es común a todos esos intereses. Hay homogeneidad fáctica y normativa que lleva al legislador a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte. (32)

Cuando estamos en presencia de un derecho individual homogéneo, pues, es procedente la “acción colectiva” o “acción de clase” y, por lo tanto, cualquiera de las personas indicadas anteriormente puede accionar en pos de su tutela.

Dicho en otras palabras: los derechos individuales homogéneos son esencialmente derechos individuales cuya violación puede dar origen a reclamos individuales por cada persona. Sin embargo, la nota característica de estos derechos —que los distingue de los derechos individuales propiamente dichos— es su homogeneidad, que deriva del hecho que el daño o la restricción a estos derechos tiene un origen común. Y es ese origen común lo que justifica —por razones prácticas— el tratamiento conjunto de las pretensiones de todas las personas afectadas, a pesar de la naturaleza esencialmente individual y divisible de cada reclamo, como así también que la sentencia tenga efectos “erga omnes” y sus efectos se hagan extensivos a aquellas personas que estén en similares circunstancias que quien inició el juicio. (33)

Cabe destacar, al respecto, que recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación le dio carta de ciudadanía a los derechos de incidencia colectiva referente a derechos individuales homogéneos y a las acciones de clase que benefician las causas grupales en el caso “HALABI”(34), instaurando así un nuevo camino procesal por vía pretoriana, tal como lo hizo, hace mucho tiempo, con el amparo por actos de particulares y por actos de autoridad estatal.

1. “La posibilidad jurídica de reclamar la protección jurisdiccional –señala GOZAINI- exige una determinada cualidad en quien lo pide. Esta atribución le permitirá no sólo poner en marcha el aparato jurisdiccional sino también convertirse en parte... Para convertirse en parte es preciso tener legitimación suficiente... La legitimación cubre así el rol de un presupuesto procesal: es el derecho reconocido a una persona para formular pretensiones... Como se ve, la introducción al proceso no es tan simple como se piensa” (GOZAINI, Osvaldo Alfredo: “Teoría procesal de la legitimación”, L.L. 1989-B-977).-

2. MARIENHOFF, Miguel: “La legitimación en las acciones contra el Estado (Acción popular. Interés simple. Interés difuso. Acto administrativo discrecional)”, en L.L. 1986-C-899.-

3. GOZAINI, Osvaldo Alfredo: “La legitimación procesal del Defensor del Pueblo (Ombudsman)”, en L.L. 1994-E.1378.-

4. Conf. S.C. Mendoza, Sala I, 18/12/1999, “Caretta Pons de Zeballos, Cecilia A. y otros c/. Consorcio de Propietarios Rivadavia 3842, en L.L. 1992-C-200. Ver, también, ARAZI, Roland: “La excepción de falta de legitimación para obrar”, en L.L. 1985-A-953.-

5. C.S.J.N., 24/2/09, in re: “HALABI, Ernesto c/. P.E.N. – ley 25.873”, en E.D. del día 25 de marzo de 2009, Suplemento de Derecho Constitucional, págs. 1 a 12, con nota de PALADO, Eugenio Luis: “Hoy como ayer, la Corte Suprema instaura nuevas vías procesales. Luces y sombras de “Halabi”, a 100 años de “Rey c. Rocha””.-

6. C.S.J.N., 24/2/09, in re: “HALABI, Ernesto c/. P.E.N. – ley 25.873”, en E.D. del día 25 de marzo de 2009, Suplemento de Derecho Constitucional, págs. 1 a 12.-

7. Comparto lo que dice Emilio IBARLUCÍA en el sentido de que es más apropiado hablar de derechos, “dado que refuerza su protección” (conf. IBARLUCÍA, Emilio A.: “Hacia la precisión del concepto de derechos de incidencia colectiva (con motivo del caso ‘Mujeres por la vida’ de la C.S.J.N.)”, en La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 30 de abril de 2007, pág. 6.-

8. CAFFERATA, Néstor: “Los derechos de incidencia colectiva”, en L.L. 2006-A-1196.-

9. STIGLITZ, Gabriel: “La responsabilidad civil”, Ed. La Ley, Bs.As., pág. 24.-

10. STIGLITZ, Gabriel (Director) y otros: “Defensa de los consumidores de productos y servicios”, 2ª edición, Ed. La Rocca, Bs.As., 1994, pág. 106. Ver, también, GIL DOMINGUEZ, Andrés: “El caso ‘Mendoza’: hacia la construcción pretoriana de una teoría de los derechos colectivos”, en L.L., Suplemento de Derecho Constitucional, 22 de agosto de 2006, pág. 31.-

11. En igual sentido ver CARNOTA, Walter F.: “Derechos de incidencia colectiva en general”, en L.L., Suplemento de Derecho Constitucional, 24 de febrero de 2003, pág. 37, quien afirma que el constituyente “formuló una enumeración meramente enunciativa, de supuestos objetivos (los más frecuentes) de procedencia”.-

12. El criterio decisivo para determinar su inclusión dentro de la categoría de derechos colectivos –como bien lo ha señalado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela– “es el bien común, entendido este concepto como el conjunto de condiciones que permiten el disfrute de los derechos humanos y el cumplimiento de los deberes que les son conexos, en donde la seguridad jurídica, la justicia, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la libertad, la igualdad en principio de no discriminación y la procura existencial mínima para poder vivir dignamente, esto es el conjunto de condiciones que contribuya a hacer agradable y valiosa la vida (calidad de vida), constituyen la manifestación misma de los derechos colectivos (Resolución del Tribunal Supremo de Venezuela, Sala Constitucional, sobre la acción de amparo de PDVSA ante el accionar del colectivo “Gente del Petróleo”, 19 de diciembre de 2002).-

13. LORENZETTI, Ricardo: “La protección jurídica del medio ambiente”, en L.L. 1997-E-1469.-

14. MORELLO, Augusto Mario y STIGLITZ, Gabriel A.: “Daño moral colectivo”, en L.L. 1984-C-1199.-

15. KIPER, Claudio: “Derechos de las minorías ante la discriminación”, op.cit., pág. 145.-

16. Sobre este tema ver especialmente ZENDRI, Liliana: “El patrimonio cultural y la identidad cultural”, en J.A. del 30 de mayo de 2001, Suplemento especial de Derecho Administrativo, pág. 33; BILDART CAMPOS, Germán: “Patrimonio histórico-cultural, acción de amparo, intereses difusos y legitimación procesal”, en E.D. 159-361 y

MARIENHOFF, Miguel S.: “Régimen jurídico legal de los monumentos, lugares históricos y de interés científico”, en L.L. 1979-B-972.-

17. ZENDRI, Liliana: “El patrimonio cultural y la identidad cultural”, op.cit., pág. 33 y 34.-

18. El artículo 66, inc. 8º de la Constitución de la Provincia del Chubut, por ejemplo, define a la salud como “un bien social”.

19. Sobre este punto ver especialmente MERTEHIKIAN, Eduardo: “La “protección de la salud” como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al Estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido”, en L.L. 1998-F-303. Ver, también, BIDART CAMPOS, Germán J.: “Lo explícito y lo implícito en la salud como derecho y como bien jurídico constitucional”, en MACKINSON, Gladys (Directora) y FARINATI, Alicia (Coordinadora): “Salud, derecho y equidad. Principios constitucionales. Políticas de salud. Bioética. Alimentos y desarrollo”, Ed. Ad-Hoc, Bs.As., 2001, pág. 27.—

20. Cám. Nac. Civ., Sala I, 28/4/93, Bosch, Francisco c/. Inspección General de Justicia, en J.A. 1994-I-512.-

21. Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, 1/10/1992, in re: “Mariño Ochoa, Luis E. y Palacios Sanchez, Alvaro”, Sentencia n° C-543, en E.D. 151-191.-

22. BIDART CAMPOS, Germán J.: “La acción de tutela (amparo) en el nuevo derecho colombiano”, en E.D. 151-185.-

23. DEBONO, Leonardo Francisco: “La legalidad constitucional como derecho de incidencia colectiva en la Provincia de Tucumán”, en L.L.N.O., Año 11, número 7, agosto de 2007, pág. 694.-

24. Ídem.-

25. Ver GAMBIER, Beltrán: “Civismo y amparo. Derechos de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad”, en L.L. 2000-B-274.-

26. SAGUES, Néstor Pedro: “Acción de amparo, intereses difusos y acción popular”, en J.A. 1994-I-523.-

27. En la causa “Defensor del Pueblo de la Nación c/. Estado Nacional” (L.L. 2007-E-145), los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Dres. HIGHTON y ARGIBAY indicaron, con relación a este tema, que el constituyente había previsto una “legítima-

ción anómala, extraordinaria, diferente a la general, que... se caracteriza por la circunstancia de que resulta habilitado para intervenir en el proceso un sujeto que no es el titular de la relación jurídica sustancial controvertida en el pleito”. La Dra. María JEANNERET DE PEREZ CORTES clarifica la idea al decir que “el artículo 43 extiende la protección judicial a aquellos supuestos en los que no existe sólo un conflicto meramente individual, sino que se hace patente la dimensión o repercusión social de la afectación, de su incidencia colectiva, y la dimensión social, colectiva, de un interés general comprometido” (conf. “La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones”, en L.L. 2003-B-1333).-

28. QUIROGA LAVIE, Humberto: “El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus en la reforma de la Constitución Nacional”, en A.A.V.V., “La reforma de la Constitución explicada por miembros de la comisión de redacción”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1994, pág. 154. Respecto de la noción de “afectado” que brinda el art. 43 de la Constitución Nacional –y sin perjuicio de las diversas teorías que se han diseñado sobre ese punto- ver BIDART CAMPOS, Germán: “La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución”, en E.D. 166-860; GOZAINI, Osvaldo Alfredo: “La legitimación para actuar en el juicio de amparo”, en L.L. 1994-C-967; TORICELLI, Maximiliano: “La legitimación activa en el art. 43 de la Constitución Nacional”, en A.A.V.V.: “El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades (Art. 43 de la Constitución Nacional)”, Ed. Depalma, Bs.As., 1999, pág. 33 y SAGUES, Néstor P.: “Los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo”, en A.A.V.V.: “El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades (Art. 43 de la Constitución Nacional)”, op.cit., pág. 19. También puede verse sobre este punto la posición restringida –que no comparto- de BARRA, Rodolfo C. en “La acción de amparo en la Constitución

Reformada: la legitimación para accionar”, en L.L. 1994-E-1087 y “Los derechos de incidencia colectiva en una primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia”, en E.D. 169-433.-

29. RIVERA, Julio C.: “La noción de derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Na-

ción y de los tribunales inferiores”, en J.A. del día 25 de junio de 2008, 2008-II, Pág. 11.-

30. GIL DOMINGUEZ, Andrés: “Los derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos”, en L.L. del día 3 de septiembre de 2008, Pág. 1. Ver también, del mismo autor, “Neoconstitucionalismo y derechos colectivos”, Ed. Ediar, Bs.As., 2005.-

31. UCIN, María Carlota: “Los derechos individuales homogéneos: una categoría autónoma y residual”, en elDial.com, 24 de octubre de 2005 y GIANNINI, Leandro: “Los procesos colectivos y la tutela de derechos individuales homogéneos. Los problemas que suscita la noción derechos de incidencia colectiva”, en L.L. 2008-A-97.-

32. C.S.J.N., in re: “Ministerio de Salud y/o Gobernación”, Fallos 329:4741, voto del Dr. LORENZETTI. Ver, también, L.L. 2006-F-422 y la nota a fallo de PIZZOLO, Calogero, en L.L. 2006-F-509.-

33. RIVERA, Julio C.: “La noción de derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores”, en J.A. del día 25 de junio de 2008, 2008-II, Pág. 11.-

34. C.S.J.N., in re: “Halabi, Ernesto”, 24 de febrero de 2009.

La huelga como causal de despido (Una aproximación desde el Derecho Constitucional)

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: LLPatagonia 2009 (agosto), 943

Cita Online: AR/DOC/2034/2009

[Consultado el 11/02/2020]

En un libro de próxima aparición (1) me pregunto si pueden existir conflictos entre los derechos constitucionales y, dado el caso, cómo deberían resolverse.

Tal pregunta, señalo a renglón seguido, debe responderse afirmativamente: la realidad nos demuestra que, en distintos supuestos, existen “choques de derechos” y que ellos son “más o menos inevitables”. (2) Por lo tanto, lo verdaderamente trascendente en este tema es determinar la segunda cuestión, es decir, qué solución debe tomarse ante esa “trágica situación”. (3)

Los tres sistemas o métodos que se han ideado a tal fin son los siguientes:

1.) El método de la jerarquización de los derechos individuales, que consiste en establecer entre ellos jerarquías o categorías previas y rígidas, de manera tal que en un litigio donde confluyen dos derechos fundamentales “se recurrirá a una tabla pretasada de importancia, según diversos baremos, que permitirá establecer la primacía del jerárquicamente superior”. (4)

2.) El método de la ponderación, que es menos traumático y consiste en contrapesar los bienes jurídicos en pugna de acuerdo

a las circunstancias del caso, para determinar cuál es más importante o “pesa” más en el supuesto y cuál debe rendirse. Se opta así por uno u otro derecho. (5)

3.) El tercer sistema podemos denominarlo de “armonización”, y es al que adhiere la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Según este criterio, “no es admisible sostener... que existe entre los derechos consagrados por la Constitución una jerarquía de valores que conduzca a anular uno por reconocer prioridad a otro... Por el contrario, es en la coordinación donde debe hallarse el verdadero criterio hermenéutico, de manera que todos subsistan en armónica coherencia...”. (6)

Vale decir que, en cuanto sea posible, será preferible optar por una exégesis no abrogatoria sino conciliadora de los preceptos, de tal manera que las respuestas estén inspiradas en pautas de compatibilización, y no de oposición. (7)

Esta breve introducción me parece muy conveniente para analizar la solución que se dio en el caso que comentamos. Porque, como bien lo señalaron los magistrados intervinientes, “la huelga tiene amparo constitucional”. Pero, a su vez, frente a ella también se alzan otros derechos no menos importantes y que tienen igual jerarquía, como lo pueden ser, por ejemplo, el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita, el derecho de propiedad, etc.

¿A qué darle prioridad entonces?.

Algún autor dirá que toda medida de protesta colectiva por parte de los trabajadores debe ser tolerada por la patronal y que, por consiguiente, no pueden castigarse tales conductas en ningún caso. (8)

Otras opiniones, en cambio, son de sesgo contrario. Interpretan que el derecho de huelga es un “derecho de jerarquía menor” y, en consecuencia, su ejercicio no solo debe implementarse

dentro de pautas de razonabilidad sino –inclusive- juzgarse con criterio restrictivo. (9)

Como forma de superar ambas posturas y para lograr una solución mas justa, entiendo que podemos utilizar el método de la armonización y, por lo tanto, admitir que un grupo de trabajadores pueda abstenerse del deber de trabajar sin sufrir perjuicio alguno, siempre que no ejerza coacciones sobre terceros o violencia sobre personas o cosas (10), permitan trabajar a las otras personas que quieren hacerlo, no se apoderen de la fábrica, y dejen libre, al menos, una razonable porción o espacio de la vía de acceso a esta para que transiten los vehículos o personas que no participan de la protesta ni nada tienen que ver con ella.(11)

Y eso fue, precisamente, lo que hicieron los jueces. Para decidir la legitimidad o ilegitimidad de un despido dispuesto por la participación de un trabajador en una medida de fuerza apreciaron la conducta de este en la emergencia y analizaron si en el caso particular se había cometido alguno de los hechos indicados anteriormente que pudiera articular la configuración de una injuria impeditiva de la prosecución del contrato.

Fue decisivo, entonces, el método de la armonización. Porque en todo momento los magistrados manifestaron que la huelga era un derecho y que, por lo tanto, su ejercicio regular no podía constituir como ilícito ningún acto. Pero también señalaron, con muy buen criterio, que este derecho no podía desnaturalizarse.

La respuesta que dieron, en consecuencia, estuvo inspirada en pautas de compatibilización. Dejaron en claro –en forma acertada- que en tanto y en cuanto no se ocupase la fábrica, no se ejercieran actos de violencia o intimidación ni se produjesen hechos de gravedad suficiente como para paralizar la actividad de la empresa, los derechos involucrados podían coexistir y, por consiguiente, no podía sancionarse la conducta asumida por el trabajador.

Por el contrario, de verificarse alguno de estos supuestos, la conducta del trabajador no estaría amparada constitucionalmente y el despido, entonces, estaría justificado.

La doctrina que surge del fallo es a mí entender la correcta y la que más se apega a una interpretación efectuada desde las normas superiores. El sólo hecho de participar en una huelga, aunque en el plano colectivo sea injusta, ilegal o ilegítima, no basta para poder despedir con causa a un trabajador. Para ello deben analizarse también las modalidades y las circunstancias del caso concreto y, fundamentalmente, la conducta asumida por éste en la medida de acción directa.

Es que, como vimos, hay una cuestión constitucional comprometida en ello.

En consecuencia, si no han existido actos de violencia contra las personas o contra los bienes materiales del empleador, ni se ha obstaculizado el derecho a trabajar de los otros trabajadores que no adhirieron a la medida, y si la ocupación es meramente parcial y no se obstruye el derecho del empleador de continuar con sus actividades productivas, debe considerarse tal participación como un ejercicio del derecho de forma legítima y razonable. (12)

Los trastornos derivados de la abstención de la prestación laboral de ciertos trabajadores, como así también las dificultades provocadas por la medida, son inconvenientes y perjuicios lógicos y razonablemente esperables en el marco del desarrollo de una huelga, motivo por el cual ello no puede ser trasladado al plano individual de responsabilidad del trabajador que participa en la medida, como así tampoco el daño económico sufrido por la empresa como consecuencia de la medida de fuerza. (13)

Por el contrario, cualquier acto de violencia o intimidación o la ocupación de una fábrica por la fuerza es ilegítima (14), aun en la hipótesis de que los obreros tuvieran la razón y la empresa no. En el orden jurídico no existen derechos absolutos, por lo que la con-

cesión específica del derecho a huelga con jerarquía constitucional no puede jamás permitir aquellas conductas que importes extralimitaciones en el ejercicio razonable de dicho derecho. No se trata, como bien lo señaló la Cámara Nacional Criminal y Correccional, de negar la existencia del derecho de huelga ni poner en duda la legitimidad de los reclamos; lo que se afirma es que todos los ciudadanos están sometidos a las leyes y que ninguno puede invocar en su favor derechos supraleales. El texto constitucional no justifica la comisión de delitos y el empleo de la fuerza en un movimiento huelguístico es incompatible con el respeto de los demás derechos constitucionales.⁽¹⁵⁾ Por lo tanto, en estos supuestos el despido con causa sería procedente.

Así juega, en estos casos, el principio de armonización que, como dije, es el más acertado para resolver los “conflictos de derechos”.

1. GEROSA LEWIS, Ricardo Tomas: “Temas de Derecho Constitucional”, 2ª edición, en prensa.-

2. WALDRON, Jeremy: “Los derechos en conflicto”, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, pág. 15.-

3. Así califica GARGARELLA tal circunstancia (Conf. GARGARELLA, Roberto: “El derecho a la protesta. El primer derecho”, Ed. Ad-Hoc, Bs.As., 2005, pág. 50).-

4. SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando: “La interpretación constitucional de los derechos fundamentales”, Ed. La Ley, Bs.As., 2000, pág. 7.-

5. Ídem., pág. 10.-

6. CSJN, in re: “Servini de Cubría, María R. s/ amparo”, en J.A. 1992-IV-47, voto del Dr. BELLUSCIO.-

7. MIZRAHI, Mauricio L.: “La convergencia de derechos constitucionales y el indicio previsto por la ley 23.551”, en J.A 2004-II, fascículo n° 5, 5/5/2004.-

8. Ver, por ejemplo, C.Nac.Trab., Sala 4, 28/09/1989, “Arrieta Raúl c/. La Prensa SA”: “en nuestro régimen legal existe el derecho a huelga y no se justifica el despido de un trabajador que participa en un movimiento de fuerza, por más que se trate de un activista”.-

9. Conf. DE DIEGO, Julián Arturo: “Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Ed. LexisNexis, Bs.As., pág. 816.-

10. Hago hincapié en estas dos circunstancias porque la protesta, como cualquier ejercicio de un derecho, no puede ser abusiva ni impedir la efectiva vigencia de otras prerrogativas constitucionales. Tampoco debe admitirse la portación de armas, propias o impropias, porque ello excede todo marco jurídico y exhibe un perfil intimidatorio y potencialmente violento (conf., al respecto, CARNOTA, Walter y MARANIELLO, Patricio A.: “Participación Ciudadana”, Colección Académica, El Derecho, 2006, pág. 63). De darse estas circunstancias, las autoridades deben actuar, pues de otro modo se estaría negando a las personas damnificadas el derecho a la protección del Estado frente a aquellas actuaciones que constituyen amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad personal, el derecho de propiedad y el disfrute de otros derechos constitucionales integralmente considerados.-

11. Parfraseo y comparto, así, lo que dice Raúl Gustavo FERREYRA en “La Constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa” (Ed. Hammurabi, Bs.As., 2003, pág. 42) cuando se refiere a los “piquetes” o “cortes de ruta”.

12. Ver, al respecto, Cám.Nac.Trab., Sala 2ª, 21/11/2007, “Rodríguez, Esteban Carlos c/. Casa Rubio SA s/ despido”.-

13. Conf. Cám.Nac.Trab., Sala 4ª, 30/09/1993, “Giménez, Carlos c/. Antonio Espósito SA s/despido”.-

14. Se ha dicho, en este sentido, que “el derecho de huelga no incluye la posibilidad de ejercer coacciones sobre terceros porque ello afecta otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, como la libertad de trabajar o la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral. Una actividad tendiente a la intimidación ilícita del resto de los trabajadores y que persigue limitar su capacidad de decisión mediante la coacción psicológica o la presión moral no queda comprendida en el derecho fundamental” (Cám. Nac. Casación Penal, sala 3ª, 23/04/2004, “Alais, Julio A. y otros s/. recurso de casación”). Y

también que “el autoencerramiento... no puede considerarse el ejercicio del derecho constitucional de huelga ni una medida de acción directa tutelada por el derecho... El ejercicio del derecho constitucional de huelga no puede ser llevado a cabo en forma violenta ni tampoco abusiva, es decir, con medidas adicionales que avasallen los derechos de otros sujetos de un modo innecesario para el despliegue de la huelga. Así, si se desapoderó a la empresa de un sector de la planta durante cuatro días, con una extensa retención en el tiempo de mercadería, materias primas y herramientas de propiedad de la demandada, ello ha constituido una forma de violencia de modo que la medida no puede considerarse ejercida de modo pacífico” (Cám.Nac.Trab., Sala 2ª, 20/07/2007, “Zavaglia, Gustavo Martín c/. Artes Gráficas Rioplatenses SA s/ despido”. En igual sentido ver Cám.Nac.Trab., Sala 8ª, 22/12/1989, “Rodríguez, Norberto Osvaldo c/. Ford Motor Argentina SA”.-

15. Cam.Nac.Crim. y Correc., Sala 7ª, 09/11/2004, “Righini, Juan C.”.-

La prescripción de la acción en el procedimiento de enjuiciamiento de magistrados y funcionarios en la provincia del Chubut

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <http://www.elderecho.com.ar/>

Publicado en: El Derecho Constitucional 2010-393

[Consultado el 11/02/2020]

1.- Introducción.

Las posturas sobre el tema

Ni la Constitución provincial (arts. 209 a 214), ni la Ley V, N° 80 (antes ley 4461) que reglamenta el procedimiento respectivo (1), ni el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut han consagrado en forma expresa la prescripción de la acción en el enjuiciamiento a magistrados y funcionarios judiciales que requieren de acuerdo legislativo (2).

Este vacío, pues, hace que debamos indagar si tal instituto resulta aplicable a dicho procedimiento o si, por el contrario, esa circunstancia determina que no exista plazo para perseguir y castigar determinadas conductas que se consideren incompatibles con dichos cargos.

Existen, al respecto, dos corrientes antagónicas.

1) La primera de ellas afirma que únicamente la ley puede establecer el plazo de prescripción de una acción disciplinaria y, por

consiguiente, la falta de disposición legal expresa sobre el tema indica que la acción es imprescriptible (3).

Para negar la procedencia de la prescripción, se ha argumentado de la siguiente manera:

1.a) No cabe la posibilidad de la aplicación analógica de otras normas -"fundamentalmente de las penales-"porque "las correcciones disciplinarias no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal propiamente dicha ni del poder ordinario de imponer penas. Por esta razón no se aplican a su respecto los principios generales del Código Penal ni las disposiciones del mismo en materia de prescripción (...) La falta de interés social para perseguir el esclarecimiento de un delito, luego del transcurso del término que la ley prefija, fundada en la presunción de haber desaparecido los motivos de la reacción social defensiva, no rige en el ámbito disciplinario administrativo, en el que priva lo atinente a la aptitud para la correcta prestación del servicio público...". Éste fue el criterio utilizado antiguamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (4).

1.b) El enjuiciamiento de magistrados no es un proceso penal sino uno especial que no tiene por finalidad perseguir un castigo (en el sentido de aplicar una sanción) sino remover a un magistrado o funcionario que sea inidóneo para ocupar el cargo. Por tal motivo, debe estarse por la solución más favorable a la subsistencia de la acción, ya que "no se puede permitir que cabalmente un miembro del Poder Judicial (...) venga a ampararse de un delito o de una falta grave por medio de la prescripción"(5). "El interés del servicio exigiría siempre la imposición de la correctiva persecución y sanción del infractor, evitándose así la impunidad que conlleva la prescripción"(6).

Ésta fue, por ejemplo, la postura adoptada por el instructor sumariante en la causa caratulada "Superior Tribunal de Justicia s/denuncia" (expte. n° 58/04 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut), que luego derivó en el expte. n° 31/04 del Tribunal de Enjuiciamiento (7).

2) La otra corriente, en cambio, indica que aun faltando una norma expresa que regule la prescripción de la acción en este tipo de procesos, son aplicables por analogía las normas que disciplinan otros sectores de la ciencia jurídica, como lo pueden ser el Código Penal, el Código Civil o las leyes administrativas.

El fundamento de tal postura radica en "el mantenimiento del principio de seguridad jurídica, que se vería conculcado por la perenne "amenaza punitiva""(8).

Y esto es así porque la razón que justifica la institución - "dicen Ripert y Boulanger refiriéndose a la prescripción crediticia, pero cuyos conceptos pueden transpolarse a esta materia-" exige que todas las acciones tengan un término, pues si fueran perpetuas, se llegaría a poner en tela de juicio la tranquilidad, la paz y la estabilidad de los derechos.

La principal justificación, pues, es de orden público: "El tiempo debe borrarlo todo. No hay injusticia alguna en admitirlo (...) En ciertos casos habría en ello un resultado contrario a la equidad pero debe ser soportado en razón de las ventajas de orden y paz social que aporta la prescripción"(9).

2.- La acción para instar el procedimiento de enjuiciamiento de magistrados y funcionarios de la Provincia del Chubut es prescriptible.

Estoy convencido de que la acción disciplinaria contra un juez o magistrado, por más que no medie una norma expresa que así lo establezca, es prescriptible, desde que:

1) Por razones de seguridad y de certeza de las relaciones jurídicas, la prescriptibilidad es la regla general en los diferentes procesos (10). Ello no obsta para que el legislador, en ejercicio de la potestad de configuración normativa, en algunos casos, establezca la imprescriptibilidad, en aras de garantizar bienes de orden superior

(como sucede, por ejemplo, en los delitos de lesa humanidad). Sin embargo, ello sólo configura una excepción al principio general, pero no lo anula.

Como bien dice Marienhoff, "no habiendo norma que declare imprescriptible una acción, dicha acción es "prescriptible". No se requiere que un texto expreso autorice la respectiva prescripción"(11), ya que en ello hay garantías constitucionales involucradas.

Cabe recordar, sobre este aspecto, que nuestra Corte Suprema de Justicia señaló: "La perennidad de lo inestable en materia de derecho administrativo carece de base legal y justiciera"(12). Y me pregunto con Marienhoff: "¿Acaso la "imprescriptibilidad" de las sanciones disciplinarias administrativas, no crea una perenne situación de inestabilidad?"(13).

2) No se puede traer a juzgamiento hechos y conductas que hayan ocurrido hace muchísimos años. Sostener lo contrario implicaría incorporar una verdadera espada de Damocles, prolongada en el tiempo, y que podría ser utilizada en cualquier momento, sin limitación temporal alguna (14).

Es que "mantener abierta una causa por plazos extensos sin término alguno, lo único que produce es un estado de intranquilidad y zozobra a los magistrados que fueran objeto de denuncias; lo que conduce a la falta de serenidad de espíritu que debe poseer quien conforme a la Constitución y las leyes, ha sido designado para cumplir la loable misión de administrar justicia"(15).

Además, cuando un juez está sometido a un proceso que puede llevar a su destitución, queda afectada su independencia. Y por eso, justamente, debe existir un plazo máximo para el ejercicio de la acción.

3) "Si se acepta la prescripción respecto al "delito", que es la más grave infracción social, resulta totalmente arbitrario negarla

respecto a la "falta disciplinaria" que, con relación al delito, implica una infracción menor. Si se admite la prescripción respecto a los más graves delitos: ¿por qué no ha de aceptársela respecto a una falta disciplinaria?"(16).

4) La prescripción es un instituto destinado a proporcionar seguridad jurídica a todos los ciudadanos, incluidos los jueces, y no puede dejarse a éstos fuera de la garantía del límite temporal de las acciones (17), ya que de lo contrario se violaría el principio de igualdad ante la ley.

5) La falta de ejercicio de la acción por parte del Estado implica la desaparición de la necesidad de pena operada por el decurso del tiempo.

"El transcurso del tiempo para la prescripción de una sanción disciplinaria, sin que ésta se haya hecho efectiva -"dice también Marienhoff-"es prueba de que la perturbación que esa falta haya producido no habrá sido de gravedad ni afectó mayormente al servicio, lo que a su vez habilita a pensar en la desaparición de los motivos de reacción contra el agente público imputado"(18).

6) No es verdad que en materia de prescripción no estén en juego garantías constitucionales.

Muy por el contrario, si bien es cierto que los jurados de enjuiciamiento son organismos que ejercen atribuciones de tipo político atinentes a la responsabilidad de los magistrados, en sustitución del juicio político instituido en las constituciones no siendo, por lo tanto, tribunales de justicia, y por tal no se los puede ceñir a estrechos carriles rituales, sino que se les debe reconocer, necesariamente, gran amplitud para que puedan cumplir adecuadamente con los fines para los que son creados(19), la circunstancia expuesta no implica que al acusado no se le deban asegurar las garantías sustanciales que deben observarse en toda clase de proceso (debido proceso)(20).

Y dentro de este concepto queda comprendido el de ser investigado y juzgado en un plazo razonable.

Cito una vez más a Marienhoff: "En un Estado de Derecho como el nuestro sería inconcebible afirmar que la Ley Suprema deja sin tutela o amparo el derecho esencial del hombre a vivir en paz, sin temores, sin inquietudes (...) Nadie debe vivir bajo la amenaza permanente de que, en cualquier momento y cualquiera sea el tiempo transcurrido, pueda ser penado o sometido a proceso, sea éste judicial o administrativo, con las graves consecuencias consiguientes. De ahí que toda acción de ese tipo no ejercida ni puesta en movimiento en un tiempo mayor o menor -"la extensión de éste no afecta el principio-"debe ser prescriptible, en tanto una norma no declare expresamente "imprescriptible" la acción de que se trate. La circunstancia de que a una persona pueda mantenerse sine die sometida o vinculada a un eventual proceso o condena, o amenazada por la iniciación de un proceso -"sea éste judicial o administrativo-" implica limitarles en forma contraria a derecho el ámbito de su libertad, porque ello le obliga a vivir permanentemente cohibida o restringida en sus movimientos o decisiones"(21).

7) Como bien se ha señalado, "es pacífica la doctrina al sostener que la prescripción de la acción es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción. Con mayor razón en materia disciplinaria en donde -"como dije-"no puede quedar el servidor público sujeto indefinidamente a una imputación. Pero además, la acción disciplinaria tiene como objetivo resguardar el buen nombre de la administración pública, en este caso el servicio de justicia, su eficiencia y moralidad, por lo que es obvio que ésta debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor, pues de no hacerlo incumpliría una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre los servidores estatales. La defensa social no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos. Si el proceso no se resuelve, no será por obra del presunto infractor, sino por obra de la despreocupación de los encargados de

juzgar. Se podrá decir por otra parte que la finalidad del juicio político no consiste en la aplicación de sanciones disciplinarias. Que no es un proceso puramente sancionatorio y que el objetivo de una eventual condena consiste, no en "sancionar" sino en "al magistrado de su función, por lo tanto, no son aplicables las reglas de la prescripción. No comparto ese criterio. (Es que) (...) la remoción (puede) acarrear la inhabilitación, la cual es una pena específicamente contemplada en nuestro Código Penal (...) Además (...) si los "delitos" están prescritos, también lo está la acción para someter a juicio político a un magistrado por la causal de "comisión de delito""(22).

8) La aplicación analógica en materia de prescripción es absolutamente posible en tanto y en cuanto: 1) como lo destacó la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, esta regla de interpretación "excede los límites del ámbito del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico"(23) y 2) porque tal solución redundaría en beneficio - "y no en perjuicio-" del imputado, motivo por el cual no resulta aplicable la prohibición implícita del art. 18 de la Constitución Nacional.

9) Los pocos antecedentes y la escasa jurisprudencia que se ha ocupado del tema no han dudado en afirmar la prescriptibilidad de las acciones vinculadas al enjuiciamiento de los magistrados y funcionarios judiciales.

Así, la Corte de Justicia de la Provincia de San Juan indicó que "viabilizar la prescriptibilidad de la potestad punitiva en materia administrativa-disciplinaria y de la sanción consecuentemente impuesta, es el criterio que más se adecua a los rectos principios de equidad, seguridad jurídica e igualdad ante la ley que deben informar todo pronunciamiento normativo estadual y toda decisión judicial que en consecuencia se adopte, aun fuera del ámbito puramente jurisdiccional"(24).

Las discrepancias residen en que mientras algunos afirman que la prescripción debe correr únicamente respecto de conduc-

tas posteriores al nombramiento del magistrado, otros, más duros, entienden que el instituto también es procedente respecto de conductas anteriores. Pero, insisto, unos y otros admiten la prescriptibilidad de la acción.

10) Por lo demás, la solución responde a una interpretación sistemática del ordenamiento, ya que, por ejemplo, el art. 115 de la Constitución Nacional dice que "corresponde archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo"; mientras que el art. 205 de la Constitución provincial, por su parte, establece un plazo de 30 días para que la sala de juzgar en el juicio político se pronuncie en definitiva.

No queda ninguna duda de que ambas normas persiguen un fin similar al de la prescripción: impedir un estado de incertidumbre permanente con el consiguiente perjuicio que puede sufrir el juez o funcionario judicial en su tranquilidad espiritual.

En síntesis: también el derecho debe olvidar; debe tener por lo menos esa faceta humana y pasar por alto algunas cosas una vez que ha pasado cierto tiempo, es decir, cuando hayan perdido importancia práctica o cuando el abandono o la inacción permitan inferir que la sociedad no vio ninguna utilidad para adoptar una posición distinta(25).

3.- ¿A qué normativa debe recurrirse por analogía?

Sostenemos, pues, que puede recurrirse al argumento analógico para tratar el tema de la prescripción de la acción en el procedimiento de enjuiciamiento a magistrados y funcionarios judiciales.

Y arribamos a esta solución por dos fundamentos distintos:

1) En primer lugar, por una idea de igualdad: las mismas situaciones deben resolverse de idéntica manera, porque así lo exigen la Constitución Nacional (art. 16), la razón y el derecho natural, que no hace otra cosa que adaptarse a las exigencias de la justicia(26).

2) Y, en segundo término, basándonos en una presunción: siendo las mismas situaciones iguales, es posible que el legislador hubiera consagrado la misma regla. Establecida, en consecuencia, para una de las hipótesis, esa regla debe ser aplicada también a la otra. Esto se expresa comúnmente con los adagios: *ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio; ubi eadem ratio idem jus* (27).

Además, en el tema que nos ocupa, se dan todos los recaudos para ello, desde que:

1) Hay un "vacío legal" o "laguna normativa", es decir, la cuestión no está expresamente prevista en el texto de la ley (28).

2) Hay "similitud de situaciones"(29) o afinidad de hechos.

3) Existe identidad de razones para resolver el conflicto de la misma forma en que lo hace la ley análoga (30).

4) El resultado al que se arriba es racional (31) y, como vimos, esta solución es la que mejor concuerda con los derechos y garantías constitucionales (32).

La analogía, como es sabido, constituye un procedimiento lógico que trata de inducir de otras soluciones particulares consagradas ya por el derecho, el principio íntimo que las explica, para someter un caso semejante a la misma solución por vía deductiva. El procedimiento consiste en generalizar las normas particulares existentes y aplicar el principio así obtenido a otros casos no previstos pero similares. La analogía parte de un estudio comparativo entre dos situaciones jurídicas, y aplica a la no legislada las soluciones dadas para las que tienen caracteres esenciales semejantes (33).

Ahora bien: ¿a qué normas debe recurrirse por analogía para resolver la cuestión traída a debate?

Aquí tampoco han sido unánimes las posturas. Muy por el contrario, puede decirse que los autores se han dividido también en tres corrientes dispares:

1) Para algunos de ellos, corresponde abrirle las puertas al Derecho Penal y utilizar analógicamente sus normas, dado que "el derecho penal administrativo no es otra cosa que Derecho Penal especial, atado al cuerpo de su madre por el cordón umbilical que le tiende el art. 4° del Cód. Penal, y unido a ella por su misma "circulación sanguínea""(34).

2) Otros, en cambio, sostienen que ante tal vacío normativo, la regulación legal positiva debe buscarse dentro del predio iusprivatístico y, más precisamente, en su disciplina madre: el derecho civil (35).

En tal sentido, un fallo ha dicho: "Las sanciones disciplinarias son institutos correctivos no penales, no siendo entonces de aplicación las normas contenidas en el Código Penal (...) (Por consiguiente), no existiendo en las leyes locales disposiciones específicas que contemplen la prescripción de una corrección disciplinaria, no queda más remedio que acudir supletoriamente a las normas contenidas en el derecho común, en este caso el Código Civil, tomando la prescripción de 10 años que rige también para la ejecución de la sentencia, por estimarse que no hay sanciones imprescriptibles"(36).

3) Finalmente, una tercera postura manifiesta que, por su naturaleza jurídica, en tales casos debe recurrirse, exclusivamente, a las normas del procedimiento administrativo.

Creo que aquí, por una cuestión de competencias, esta última postura es la correcta: el art. 75 de la Constitución Nacional atribuye a la Nación, y veda -"por tanto-" a las provincias, el poder de dictar el Código Penal. A su vez, de los arts. 121 y 122 de la misma Constitución surge que es atribución legislar sobre todo aquello que no haya sido delegado a la Nación y sobre lo que es atinente a sus propias institucionales locales, conjunto dentro del

cual se encuentra el Derecho Administrativo y su rama específica, el "derecho disciplinario". De este modo, en nuestro sistema constitucional, esta materia constituye derecho local, por oposición al derecho penal común, que es derecho federal.

La Nación, pues, no puede legislar sobre faltas -"ni sobre la prescripción de ellas-"para todo el país, porque el derecho administrativo y el disciplinario es -"repito-"derecho local (37).

Además, desde el momento en que el Estado actúa en la órbita del Derecho Administrativo (no penal), no existiría lógica jurídica en hacer valer en lo accesorio -"por ejemplo, la prescripción-"la regulación penal ante la trasgresión de una disposición legal administrativa.

Como lo señala Núñez con total exactitud, "en materia disciplinaria, la norma integrativa, desde el momento en que tiene en cuenta la pertenencia constitucional de la cuestión de que se trata, pretendida a los efectos de resolver la prescripción de correcciones disciplinarias en ausencia de norma especial, "no debe ser cualquiera" sino una que pertenezca al mismo ámbito constitucional dentro del cual se mueve, y como es local la fuente del poder disciplinario (y "...concedido un poder, su titular posee todas las facultades necesarias para determinarlo y para cercenarlo"), corresponde a la Provincia legislar sobre su prescripción, no pudiendo recurrirse a normas emanadas de distinta fuente de poder, como lo serían los Códigos Civil o Penal, con validez dentro del orden jurisdiccional de la Nación"(38).

Por lo tanto, y dado que estamos en presencia de un proceso disciplinario-administrativo, por imperio constitucional no resultan de aplicación analógica y subsidiaria las normas del Código Penal ni las normas del Código Civil, debiendo recurrirse, en consecuencia, a las leyes del procedimiento administrativo en exclusividad.

4.- La Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia del Chubut y la prescripción de las acciones.

Como ya lo señaláramos, para solucionar el problema que se nos presenta debemos buscar dentro de la normativa administrativa provincial o, más concretamente, dentro de la Ley de Procedimiento Administrativo (39), que a partir de la vigencia del Digesto Provincial se denomina Ley I, N° 18(40)

Esta ley, en su art. 269, señala expresamente: "La acción para proceder contra los responsables de los hechos, transgresiones u omisiones que constituyan faltas disciplinarias prescribirá:

a) Al año, en los supuestos de faltas susceptibles de ser sancionadas con penas correctivas.

b) A los tres años, en los supuestos de faltas susceptibles de ser sancionadas con penas expulsivas.

c) Cuando el hecho constituye delito, el plazo de prescripción será el establecido por el Código Penal por la acción del delito de que se trate. En ningún caso será inferior a la establecida en los incs. a) y b)".

Como se ve, la ley establece tres plazos de prescripción. Sin embargo, dos de ellos se refieren a las "faltas", y el restante a los supuestos de "delitos".

Por consiguiente, no puede quedar ninguna duda de que en este último caso debe aplicarse el inc. 3° y, por lo tanto, que "el plazo de prescripción será el establecido por el Código Penal por la acción del delito de que se trate"(41).

En materia de faltas, en cambio, el tema es un poco más complicado, ya que -"repito-"la ley establece dos plazos. ¿Cómo se soluciona este punto?

El Dr. Eduardo Palacios da la respuesta que me parece acertada: "El Consejo de la Magistratura no puede prejuzgar ante

la presentación de cada denuncia que no constituya delito, el tipo de sanción que eventualmente pudiera corresponder, por lo que no cabría diferenciar, en punto a la prescripción, entre faltas leves o graves. Teniendo en consecuencia dos plazos de prescripción diferenciados en los actos que no constituyen delitos, esto es un año y tres años, estimo que la correcta interpretación surge de lo dispuesto por la Constitución provincial en su art. 192, inc. 5°, al establecer que el Consejo de la Magistratura evalúa el desempeño y aptitudes personales de los magistrados y funcionarios ingresantes al Poder Judicial al cabo de sus tres primeros años de función. En caso de resultar insatisfactorio, eleva sus conclusiones al Superior Tribunal de Justicia o al Tribunal de Enjuiciamiento a sus efectos. Es evidente que la Constitución prevé que por tres años todos los actos de los magistrados y funcionarios son revisables, sin distinción de gravedad, dado que no hace distinción entre aquellas conductas que pueden merecer una sanción correctiva del Superior Tribunal de Justicia de las que deben ser investigadas por el Tribunal de Enjuiciamiento. Si bien esta norma se refiere a los magistrados y funcionarios ingresantes al Poder Judicial, es claro que su interpretación es mucho más amplia, dado que el propio Consejo de la Magistratura extiende tal revisión no sólo a los ingresantes al Poder Judicial, sino también a todo magistrado o funcionario que, aun perteneciente al Poder Judicial, acceda a un nuevo cargo. Asimismo, y con relación a los demás magistrados y funcionarios que no se encuentren encuadrados en este proceso de revisión, no puede pensarse que pudieran tener un plazo distinto de prescripción de las acciones sancionatorias, pues ello implicaría una inaceptable desigualdad ante la ley"(42).

Por ello, el plazo de prescripción de la acción debe ser de tres años (43).

5.- El comienzo del plazo (dies a quo) para el cómputo de la prescripción de la acción. Dificultades.

Habiendo definido el término de prescripción de la acción sancionatoria por faltas cometidas por jueces y funcionarios judiciales, queda ahora por resolver otro punto no menos importante que el anterior, esto es, establecer el plazo inicial, es decir, "el instante indivisible a partir del cual se pone en movimiento el mecanismo de la prescripción"(44) o, en otras palabras, a partir de cuándo debe comenzar a computarse el plazo de prescripción de tres años indicado anteriormente.

También aquí se han sostenido dos criterios:

1) El primero de ellos señala que debe contarse a partir de la fecha en que tuvo lugar el hecho, y tal interpretación se basa en el art. 270 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia del Chubut (45).

2) El segundo, en cambio, entiende que el plazo de prescripción sólo puede contarse a partir de la comunicación fehaciente que recibe el Consejo de la Magistratura, no interesando a tales fines la fecha de ocurrencia de los hechos, ya que durante el período en el que no se haya tenido conocimiento de los hechos que motivan la acción disciplinaria, mal puede ésta ejercerse (46).

El problema que presenta esta postura es que la acción podría mantenerse viva y sin definirse por mucho tiempo, cuando justamente la finalidad del instituto es la opuesta, o sea, la de consolidar situaciones pendientes en un término prudencial (47) y que ellas "queden cubiertas por el olvido y sepultada por el silencio de los años", al decir de Giorgi.

Creo, en realidad, que sobre este punto debemos recordar nuevamente las máximas que sobre la materia sentaron los antiguos -"fundamentalmente, la lógica incommovible de los

romanos-“y que, de un modo u otro, han trascendido al derecho positivo actual.

Tales máximas son las siguientes:

1) La prescripción comienza desde el día que nace la acción (a dia natce actioni).

2) La acción que aún no ha nacido no se prescribe (actio- nis nodum natce, non prescribitur), lo que equivale a decir que la prescripción no corre si no está abierta y expedita la vía para demandarla (48).

"La prescripción no puede comenzar antes -“explica un autor-“ porque el tiempo dado para la prescripción debe ser un tiempo útil para el ejercicio de la acción (...) Si así no fuera, podría suceder que el derecho quedara perdido antes de poder ser reclamado: lo que sería tan injusto como absurdo"(49).

En virtud de ellas, tengo claro que ninguna de las posturas indicadas anteriormente es correcta para resolver esta cuestión.

La solución debe partir de una posición ecléctica, que contemple las máximas enunciadas anteriormente, y que respete los derechos de ambas partes involucradas, esto es, del juez o funcionario judicial, y de la sociedad.

Por eso entiendo que el criterio correcto a sentar en esta materia es que la prescripción de las acciones disciplinarias por faltas debe comenzar a correr:

1) Desde la asunción del cargo de juez o funcionario judicial, en caso de que se trate de una falta cometida con anterioridad a tal circunstancia.

2) Desde la ocurrencia del hecho, si el juez o funcionario judicial ya estaba en el desempeño del cargo.

Explicaré por qué:

1) No puede pretenderse que el cómputo de la prescripción debe nacer con la ocurrencia del hecho en todos los casos, ya que si la persona no ostentaba en dicho momento el cargo, no existía posibilidad alguna de ejercer la acción.

2) Hemos dicho y sostenido que la prescripción no corre si no está abierta y expedita la vía para accionar; la prescripción no puede comenzar antes, porque el tiempo dado para la misma deber ser un tiempo útil para el ejercicio de la acción.

3) Si la persona no había asumido en el cargo, no era ni juez ni funcionario judicial. Ergo, no podía ser sujeto pasivo de una acción disciplinaria o expulsiva.

4) El punto de partida de la prescripción en tales casos, pues, debe ubicarse en el momento a partir del cual puede existir responsabilidad disciplinaria o política y ha nacido la consiguiente acción para hacerla valer, lo que ocurre -“como vimos- “a partir de la asunción en el cargo. Reiteramos: la prescripción liberatoria no puede separarse de la pretensión jurídicamente demandable, y el plazo respectivo sólo comienza a computarse a partir del momento en que ella puede ser ejercida, es decir, coincide con el momento del nacimiento de la acción.

5) La aplicación de los principios según los cuales la prescripción corre desde que la ocurrencia del hecho está supeditada a que se encuentre expedita la acción pertinente, lo que -“como vimos- “no se da en el supuesto enunciado.

6) El art. 192, inc. 5º, de la Constitución provincial avalaría también esta conclusión.

7) Se debe distinguir, empero, si la conducta fue anterior o posterior a la asunción en el cargo. En el primer caso, si ella fue conocida por el Consejo de la Magistratura al momento del examen y de la selección, no podría volver a examinarse, por el principio non bis in idem. En los demás casos regirían los principios enunciados anteriormente.

8) La tesis sustentada es la llamada tesis de la realización del derecho; se funda en que, como lo dispone el art. 2935 del cód. civil italiano (y otras semejantes del derecho comparado), la prescripción comienza a correr el día en el cual el derecho puede ser hecho valer.

6.- Conclusiones.

1) El problema de la prescripción básicamente atiende a un aspecto de la seguridad jurídica. En palabras del jurista Víctor Pérez: "El problema, en el caso de la prescripción puede esquematizarse en los siguientes términos: con el transcurso del tiempo, unida a la inercia aludida, se desarrolla una creciente situación de incerteza (que, en cuanto tal tiene una carga axiológica negativa para el Derecho, dado que la certeza es uno de sus pilares). Por existir un interés en la certeza, esto es, por ser la certeza un valor jurídico de nuestro sistema, la solución al problema debe buscarse en función de ella. El medio para obtenerla es el establecimiento de un plazo más allá del cual el interés incierto pasa a ser un límite irrelevante, lo que significa que es interés de la comunidad que se establezca un límite temporal con el cual termine la situación de incerteza"(50).

2) No existe, en la normativa provincial, un plazo expreso determinado para la prescripción de la acción para el enjuiciamiento de magistrados y funcionarios judiciales. No obstante, tanto en el derecho nacional como en el provincial, se advierte una tendencia a eliminar la inseguridad a la que lleva la tesis de la imprescriptibilidad.

3) La doctrina acepta, prácticamente de modo unánime, que puede recurrirse a la analogía para resolver esta problemática; sin embargo, con el mismo punto de partida, los autores llegan a conclusiones opuestas.

4) La norma integrativa debe tener en cuenta la pertenencia constitucional de la cuestión de que se trata. Por consiguiente, el tema de la prescripción, en estos casos, debe basarse en las normas del procedimiento administrativo provincial.

5) En caso de "delito", el plazo de prescripción es el establecido por el Código Penal por la acción del delito de que se trate.

6) En los supuestos de "faltas", en cambio, el plazo de prescripción es de tres años, y el mismo empieza a correr desde la asunción del cargo de juez o funcionario judicial, en caso de que se trate de una falta cometida con anterioridad a tal circunstancia, o desde la ocurrencia del hecho, si el juez o funcionario judicial ya estaba en el desempeño del cargo. El debate, como se ve, también se centra alrededor del plazo.

7) Se debe distinguir, empero, si la conducta fue anterior o posterior a la asunción en el cargo. En el primer caso, si ella fue conocida por el Consejo de la Magistratura al momento del examen y de la selección, no podría volver a examinarse. En los demás casos regirían los principios enunciados anteriormente.

(1) Honorable Legislatura del Chubut, Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut, t. II, pág. 536.

(2) Cabe destacar, empero, que la cuestión no es nueva ni novedosa. Ya en el año 1980, Edgardo Saux, en uno de los pocos trabajos específicos sobre este punto, advertía sobre la necesidad de realizar, tanto en el ámbito nacional como provincial, "una cla-

ra y escueta regulación del instituto", lo cual evitaría "la proliferación de opiniones doctrinarias y jurisprudenciales controvertidas que se han ido entretejiendo alrededor de la vexata questio de la operatividad de la prescripción de la acción dentro de la esfera del Derecho administrativo-disciplinario" (conf. Saux, Edgardo I., De la prescriptibilidad de la acción y de la pena en el derecho administrativo disciplinario, LL, 1980-B-918). En igual sentido ver Ramírez, Luis y Ziulu, Adolfo Gabino, El jurado de enjuiciamiento, JA, 1997-II-1030.

(3) Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho administrativo, t. III, págs. 538/541; Laband, Paul, Le droit public de l'empire allemand, Paris, 1900; Jeze, G., Les principes généraux de droit administratif, 3ª ed., Paris, 1927. Versión castellana: Principios generales del derecho administrativo, traducción de J. N. San Millán Almagro, Buenos Aires, Depalma, 1948-1950, etcétera.

(4) Ver CS, in re "Alejandro Nicolás Trimarco", Fallos: 256:97, LL, 112-361. Ver, también, STJ Córdoba, in re "Checa, Juan", en LL, 32-409.

(5) Conf. Parry, Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, Taller de Impresiones Oficiales, La Plata, 1919, pág. 340.

(6) Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho..., cit.

(7) En materia de derecho disciplinario, ver también CNCiv., Tribunal de Superintendencia Notarial, R. 2067, in re "Artigas, Enrique Jorge y otros s/presentación relacionada c. Escribano Pereyra Lucena, José Luis", 23-6-00: "No procede la prescripción de la sanción disciplinaria, ya que no le son aplicables los principios generales del Código Penal, ni sus disposiciones al respecto. Pues el transcurso del tiempo no debe privar a la administración pública del ejercicio de su poder disciplinario, en tanto en dicho ámbito priva lo atinente a la aptitud para la correcta prestación del servicio público".

(8) Saux, Edgardo I., De la prescriptibilidad..., cit.

(9) Ripert-Boulanger, Obligaciones, segunda parte, págs. 514 y 615, cits. por los Dres. Ricardo Lens y José O. Romero en la de-

fensa efectuada en la causa "Superior Tribunal de Justicia del Chubut s/denuncia" (expte. n° 58/04 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut).

(10) Moisset de Espanés, Luis, Prescripción, 2ª ed., Advocatus, pág. 36; López Herrera, Edgardo (dir.), Tratado de la prescripción liberatoria, Buenos Aires, LexisNexis, 2008, t. I, pág. 91; Llambías, Jorge, Tratado de derecho civil. Obligaciones, t. III, pág. 324; Colmo, Alfredo, De las obligaciones en general, t. I, pág. 633 y LL, 1995-A-305, entre muchos otros. Ver, también, el art. 4019 del cód. civil: "Todas las acciones son prescriptibles con excepción de las siguientes...". No hay que olvidar, al respecto, que la prescripción es una figura fundada en el valor seguridad.

(11) Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, t. III-B, pág. 457.

(12) CS, in re, "Elena Carmen de Cantón c. Nación s/pensión", en Fallos: 175:379.

(13) Ídem.

(14) Acuerdo 128. Jurado de Enjuiciamiento, Neuquén, 24-11-08; Capón Filas, Rodolfo, Acoso laboral en el Poder Judicial. Caso Elisabet Cristina Rivero de Taiana, en http://www.vistadecausa.com.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=448&Itemid=85.

(15) Comisión de Acusación del Consejo de la Magistratura Nacional - Dictamen n° 105/2005 - Minoría (Fdo.: Jorge O. Casanovas - María Lelia Chaya - Luis E. Pereira Duarte -"por sus fundamentos-").

(16) Marienhoff, Miguel S., Tratado..., cit., pág. 456.

(17) CNCrim. y Correc., sala VI, 23-12-94, "Cevasco, L.", en JA, 1996-II-síntesis.

(18) Marienhoff, Miguel S., Tratado..., cit., pág. 456.

(19) Trib. Enjuic. La Rioja, 7-10-82, "Grimaux, José C. y otro", en JA, 1983-III-105.

(20) Colautti, Carlos E., Reflexiones acerca del juicio político y los jurados de enjuiciamiento ante la primera sentencia del Jurado de Enjuiciamiento Federal, en LL, 2000-E-1093.

(21) Marienhoff, Miguel S., Tratado..., cit., pág. 459.

(22) Acuerdo 128. Jurado de Enjuiciamiento, Neuquén, 24-11-08; Capón Filas, Rodolfo, Acoso laboral..., cit. Ver, también, Gentile, Jorge H., Algunas precisiones sobre el juicio político.

(23) CS, in re "Petruccelli, Fidel P. y otra c. Municipalidad de la Capital", 13-6-89, en JA, 1990-II-93.

(24) CS San Juan, sala II, 15-5-06, en LL Gran Cuyo (septiembre), pág. 1055.

(25) En el Martín Fierro se lee: "Es la memoria un gran don, calidá muy meritoria; y aquellos que en esta historia sospechen que les doy palo, sepan que olvidar lo malo también es tener memoria" (II, 4883-4888). Es que, como decía Troplong, "todo debe tener un fin, y el Estado está interesado en que los derechos no queden demasiado tiempo en suspenso" (Troplong, M., Droit civil expliqué. De la prescription, Paris, Charles Hingray Libraire-Editeur, t. I, pág. 17, n° 15).

(26) Algunos fallos destacan concretamente la relación existente entre la analogía y el principio de igualdad jurídica. Ver, al respecto, Cám. 1ª Bahía Blanca, LL, 124-1097.

(27) Salvat, Raymundo M., Tratado de derecho civil argentino. Parte general, Buenos Aires, Jesús Menéndez, 1917, pág. 50; Messineo, Francesco, Manual de derecho civil y comercial, Buenos Aires, Ejea, 1954, pág. 16; Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni, Eduardo A. (coord.), Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, Astrea, 1979, t. 1, pág. 87 y LL, 1975-B-20.

(28) Salvat, Raymundo M., Tratado de derecho..., cit.

(29) Bueres, Alberto J. y Highton, Elena I., Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, t. 1, pág. 32.

(30) Ver CNCiv., sala D, LL, 99-534; Salas, Acdeel Ernesto, Código civil y leyes complementarias anotados, Buenos Aires, Depalma, 1975, t. I, pág. 17 y Cifuentes, Santos, Código Civil. Comentado y anotado, La Ley, t. I, pág. 15, entre muchos otros.

(31) CNCiv., sala D, LL, 99-534; Cám. 2ª La Plata, sala III, LL, 105-712 y Rivera, Julio César (dir.), Código civil comentado, Rubinzal-Culzoni, pág. 77.

(32) Ver, al respecto, CS, en ED, 47-796; ED, 41-636; ED, 15-89, entre muchos otros.

(33) Garrone, José Alberto, Diccionario jurídico Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, t. I, pág. 147; Busso, Eduardo B., Código Civil anotado, Buenos Aires, Ediar, 1944, t. I, pág. 153.

(34) Saux, Edgardo I., De la prescriptibilidad..., cit. y Aftalión, Enrique R., Los límites entre el derecho penal común, el derecho penal administrativo y el disciplinario, en LL, 1977-C-739 y El derecho penal administrativo como derecho penal especial, en LL, 74-844. En contra: Campagnale, Humberto (h.), La investigación administrativa. Derecho disciplinario y derecho penal, el fallo obrante en LL, 1978-B-991.

(35) Conf. Saux, Edgardo I., De la prescriptibilidad..., cit., y, especialmente, LL, 3-594.

(36) Cám. 1ª Tucumán, 27-2-75, "P., J. C.", en LL, 1975-D-45.

(37) En igual sentido ver Palacios, Eduardo Carlos, Prescripción acciones sancionatorias, inédito.

(38) Núñez, Ricardo, La ley, única fuente del derecho penal argentino, IV Boletín de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, año V, 1-2, Imprenta Universidad Nacional de Córdoba, 1941, pág. 94. En igual sentido ver Vera Barros, Oscar N., Cuaderno de los institutos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, n° 21, año 1958: "La norma integrativa debe buscarse en la misma fuente jurisdiccional del poder represivo de que se trate. Las fuentes del poder legislativo regulador de la prescripción corresponden a la misma esfera de la regulación respectiva pertinente; y si esta facultad pertenece a la Provincia en virtud del poder no delegado a la Nación, o en el ámbito de sus propias instituciones, la legislación provincial sobre prescripción también será del resorte de sus cuerpos legisferantes...".

(39) Ver escrito de los Dres. Ricardo Lens y José O. Romero en la defensa efectuada en la causa "Superior Tribunal de Justicia del Chubut s/denuncia" (expte. n° 58/04 del Consejo de la Magis-

tratura de la Provincia del Chubut) y Palacios, Eduardo Carlos, Prescripción..., cit.

(40) Cabe recordar, asimismo, que por la acordada 2871/91, dictada el 12-9-91, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut dispuso la aplicación supletoria de esta ley y del Reglamento Interno General (acuerdo 2601) para toda la actividad administrativa que se desenvuelva en el ámbito del Poder Judicial de la Provincia del Chubut, lo que refuerza aún más la posición que sustentamos.

(41) El Tribunal de Enjuiciamiento de la Provincia del Chubut, empero, señaló en una oportunidad que si la conducta delictiva se realizó antes de la asunción en el cargo, el nombramiento es nulo, por no reunir la aspirante las condiciones para ello. "Debido a que la Constitución Nacional ni en su art. 53 ni en el art. 15, inc. e) de la ley 4461, establecen cuándo se deberían haber cometido los delitos comunes, ellos podrían haberse configurado también antes de la asunción de la magistratura, prescriptos o no (...) (el) requisito esencial de falta de malos antecedentes rige con mayor razón para los postulantes a magistrados judiciales, a quienes la sociedad confía la defensa de la libertad, honra y patrimonio del ciudadano o habitante de esta bendita tierra, según doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La Dra. ... no era idónea moralmente para haber cubierto el cargo de jueza en 1999, puesto que la idoneidad requerida por el art. 16 de la Constitución Nacional, para ser admitido como empleado público comprende genéricamente la aptitud técnica, la salud, la edad y la moral. (Por consiguiente) el nombramiento (...) ha sido nulo, por cuanto la existencia de un sumario criminal contra ella (...) así lo indican. Es un principio indiscutible que cuando más responsabilidades requiere un cargo público, mayores son las exigencias para acceder a él. El art. 982 del cód. civil a contrario sensu requiere las cualidades o condiciones necesarias y esenciales para la validez del nombramiento de un funcionario público. Es una especie de reglamentación del art. 16 de la Constitución Nacional referida a la idoneidad del aspirante a la función pública. Pues bien, estas exigencias deben ser examinadas como una condición esencial previa

a la designación del aspirante. De ahí que ante la inexistencia de las condiciones los tratadistas consideran nulo el nombramiento..." (Tribunal de Enjuiciamiento de la Provincia del Chubut, causa: "Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut s/denuncia jueza de familia de la ciudad de Esquel" (expte. N° 24 - F° 41 - Año 2002 - Letra C).

(42) Palacios, Eduardo C., Prescripción..., cit.

(43) Ver, en este sentido, escrito de los Dres. Ricardo Lens y José O. Romero en la defensa efectuada en la causa "Superior Tribunal de Justicia del Chubut s/denuncia" (expte. n° 58/04 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut) y Palacios, Eduardo C., Prescripción..., cit.

(44) López Herrera, Edgardo (dir.), Tratado..., cit., pág. 128.

(45) Art. 270 de la ley I, n° 18: "El término de prescripción se computará a partir de la fecha en que tuvo lugar el hecho objeto de la causa". Es también la postura que sigue Palacios (Prescripción..., cit.).

(46) Conf., mutatis mutandi, Trib. Disciplina Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, en pleno, 12-11-1990, Acta n° 33, en JA, 1991-III-182.

(47) Barbado, Analía, La prescripción adquisitiva y liberatoria, pág. 35.

(48) Argañarás, Manuel J., La prescripción extintiva, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1966, pág. 50 y Moisset de Espanés, Luis, Prescripción, cit., pág. 36.

(49) Planiol, Marcel, Traite Élémentaire de Droit Civil, t. II, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, Paris, 1921.

(50) Citado por Gilberth Alfaro Morales, Prescripción en procedimientos disciplinarios y caducidad del procedimiento, sin referencias.

Recursos contra las decisiones de los Consejos de la Magistratura (1)

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <http://www.elderecho.com.ar/>

Publicado en: El Derecho Constitucional 2010-531

[Consultado el 12/02/2020]

1.- Introducción. Las posturas sobre el tema.

El tema de los recursos en materia de concursos en los respectivos Consejos de la Magistratura fue abordado en las Primeras Jornadas del Foro Federal de Consejos de la Magistratura y Jurados de Enjuiciamiento de la República Argentina, realizadas los días 29 y 30 de abril de 2010 en la ciudad de Ushuaia.

Allí se concluyó que, atento a su importancia, debía continuarse con la reflexión y análisis de esta cuestión en futuras reuniones (2).

Lo que se discute, en definitiva, es si las decisiones de aquellos órganos son o no susceptibles de remedios administrativos o judiciales y, en su caso, cuáles son los recaudos necesarios para que ello ocurra.

Existen, al respecto, dos posturas antagónicas.

La primera de ellas afirma que las decisiones que se adopten en el marco del procedimiento de selección de magistrados y funcionarios judiciales son "irrecurribles", fundamentalmente desde el punto de vista de los recursos "externos" o judiciales.

Para negar la procedencia recursiva, se argumenta de la siguiente manera:

a) Tales recursos no deben ser admitidos en virtud de la celeridad que debe tener el trámite, el que de lo contrario podría derivar en imprevisibles dilaciones, comprometiendo seriamente la eficacia del sistema (3). Es que, "más allá del interés de terceros, es evidente que frente a un serio resentimiento del servicio de justicia, el interés público comprometido en la urgente cobertura de las vacantes existentes en los cargos de jueces podría verse afectado" por cualquier medida que se adopte en el marco de tales recursos (4). Por lo tanto, en caso de prosperar un planteo de esa naturaleza, la decisión afectaría a las instituciones e interferiría en un proceso de evidente importancia institucional, convirtiendo el mecanismo de selección en un peregrinaje procedimental con resultados impredecibles.

b) Debe aplicarse, por analogía, la doctrina tradicional de la Corte Suprema de Justicia en materia de decisiones de los Tribunales de Enjuiciamiento, y de concursos para proveer cargos de profesores universitarios, que declara a las mismas irrecurribles (5).

c) Ingresar en la consideración y tratamiento de puntajes y razones de su otorgamiento, a los efectos de justipreciarlos y compararlos críticamente, importaría tanto suplir la labor propia y específica del Consejo de la Magistratura, como reemplazarlo en su tarea privativa y excluyente (6).

d) No cabe judicializar el procedimiento interno de selección de magistrados y funcionarios, porque ello implicaría crear el "gobierno de los jueces" y sustituir la voluntad del cuerpo designado específicamente por el constituyente para tal fin.

e) Las decisiones del Consejo de la Magistratura son actos "políticos", "institucionales"(7), "de gobierno" o "discrecionales" y, por lo tanto, ajenos a la incumbencia del Poder Judicial.

f) Los Consejos de la Magistratura gozan de independencia funcional para cumplir la importante tarea que les ha sido confiada. Por consiguiente, gozan también de una "zona de reserva indepen-

diente", libre de toda injerencia externa que pueda comprometer la imparcialidad de su actuación.

La otra corriente, en cambio, indica que tales resoluciones siempre pueden ser impugnadas ante el Poder Judicial.

Se fundamenta esta postura de la siguiente manera:

1. La imposibilidad de recurrir una decisión del Consejo de la Magistratura atenta contra los derechos de defensa y tutela judicial efectiva que gozan todos los habitantes en un Estado Constitucional de Derecho.

2. Las decisiones del Consejo de la Magistratura son actos administrativos, y, por lo tanto, ellos pueden ser impugnados desde la óptica de la invocación de vicios concretos de ilegitimidad.

3. Las facultades de los Consejos de la Magistratura pueden ser discrecionales pero no arbitrarias. Por ende, no hay obstáculo alguno para que el Poder Judicial ejerza el control de cualquier acto que se presenta como arbitrario o irrazonable.

4. Un sistema recursivo nulo o restringido no se compadece con la invocada finalidad de asegurar la transparencia que exige el sistema republicano de gobierno y que diera origen a la creación de los Consejos de la Magistratura en la Nación y en distintas provincias.

5. El principio de irrevisibilidad atenta contra el sistema de control de constitucionalidad instituido en nuestro país y contra la principal función del Poder Judicial, que consiste precisamente en asegurar las garantías y derechos de los justiciables contra todo acto ilegítimo que pudiera afectarlos.

2.- Una aclaración previa. Los recursos internos y externos.

En primer lugar debemos aclarar, en relación con esta cuestión, que, en orden a la impugnabilidad de sus actos, los recursos contra las resoluciones de los Consejos de la Magistratura pueden ser de dos tipos: administrativos o judiciales. Los primeros son aquellos que se interponen, generalmente, ante el mismo organismo y dentro del mismo procedimiento de selección. De ahí que los denominemos internos.

Los segundos, en cambio, son los recursos que se interponen ante un órgano distinto y externo al propio Consejo. Son los denominados "recursos judiciales".

3.- Algunas apreciaciones sobre los recursos internos

A diferencia de lo que ocurre con los recursos externos, muchas leyes o reglamentos de los Consejos de la Magistratura admiten la procedencia de recursos internos o administrativos contra las decisiones administrativas pronunciadas por estos cuerpos.

El fundamento de ello es otorgar la posibilidad de subsanar los errores que pueden contener las resoluciones de estos organismos, antes de que éstas adquieran un carácter inmutable.

Así, por ejemplo, la legislación cordobesa señala que "contra la resolución del Consejo de la Magistratura sólo se admite recurso de reconsideración por vicios de procedimiento. Debe presentarse dentro del plazo de tres días de notificada la resolución en donde consta el orden de mérito, por escrito, en forma fundada y ofreciendo las pruebas correspondientes. Admitido el recurso y producida la prueba, el Consejo de la Magistratura resolverá en el plazo de cinco días, siendo la resolución definitiva e irrecurrible".

En Santa Fe, por su parte, sólo se admiten las "razones de ilegitimidad" como únicas causales de revisión del procedimiento.

Y en Chubut –para dar otro ejemplo posible– si bien la posibilidad de interposición de recursos administrativos no está expresamente contemplada ni en la ley reglamentaria ni en el reglamento interno del Consejo de la Magistratura (fundamentalmente por la celeridad que se le imprime al procedimiento y para no entorpecerlo o paralizarlo), ellos han sido aceptados bajo el nombre de "recursos de reconsideración", a fin de garantizar el derecho de defensa y de debido proceso.

Se ha dicho, al respecto, que la consagración de estos recursos, en la normativa específica de los Consejos de la Magistratura, es la mejor solución al tema, porque ello permite enmendar errores sin que se pueda sustituir el criterio del propio órgano encargado de seleccionar a los jueces y funcionarios judiciales.

Sin embargo, tal respuesta también plantea un problema importante, que es que toda autorregulación siempre supera la órbita de ella, y no se puede pretender que el Consejo se corrija a sí mismo.

Por lo tanto –señalan algunos autores–, lo más atinado sobre este aspecto es abrir también la posibilidad del camino judicial.

4.- Los recursos "externos" o judiciales.

Génesis del problema.

En materia de recursos "externos" o judiciales, en cambio, el tema es distinto, ya que muchas Constituciones nada dicen al respecto, o bien establecen el principio de "irrecurribilidad" de las decisiones de los Consejos de la Magistratura.

La Constitución de la Provincia del Chubut, por ejemplo, señala que el Consejo de la Magistratura "juzga en instancia única y sin recurso en el concurso para nombramientos de magistrados y funcionarios judiciales, elabora un orden de mérito y los designa conforme las previsiones de esta Constitución" (art. 192, Constitución Provincial)(8).

El adjetivo "irrecurable" que se utiliza en distintas normas con relación a las decisiones adoptadas por los Consejos de la Magistratura, como diría Bidart Campos, equivale a enunciar que ellas, en sí mismas —o sea en lo que deciden— revisten el carácter final y definitivo, y que sobre ese punto ningún tribunal goza de competencia para intervenir en la competencia del órgano que tiene encomendada esa decisión por la Constitución (9).

Y aquí es, precisamente, donde se origina el problema: ¿puede el Poder Judicial, no obstante esa "irrecurable", controlar las decisiones de los Consejos de la Magistratura? ¿Cómo debe analizarse este tema?

La respuesta, sin lugar a dudas, debe resolverse haciendo una interpretación global del ordenamiento jurídico, y teniendo en cuenta los antecedentes jurisprudenciales dictados sobre la materia.

5.- Los antecedentes jurisprudenciales.

El tema, afortunadamente, ya ha tenido valiosos antecedentes en la jurisprudencia de nuestro país.

Así, por ejemplo:

1. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de expedirse sobre esta cuestión en la causa caratulada "C. L., G."(10). En dicho fallo el Máximo Tribunal, haciendo suyos los argumentos del Procurador Fiscal, señaló que la irrecurable de las decisiones del plenario del Consejo de la Magistratura en concursos para la selección de jueces era adecuada en función de las características de este sistema, que se desarrolla en un marco de discrecionalidad reconocido por la ley. Entendió, sin embargo, que "este principio sólo debería ceder ante una grave violación de las formas sustanciales del procedimiento o arbitrariedad manifiesta", pudiendo este caso equipararse, aunque con algún matiz en cuanto a las circunstancias que permiten hacer excepción a dicho principio, al juicio de destitución de magis-

trados, resultando además aplicable, por analogía, la doctrina tradicional de la Corte en materia de concursos para proveer cargos de profesores universitarios, "dada la situación existente respecto de las características de procedimiento y facultades y atribuciones privativas de los órganos encargados de la selección".

En este caso, el actor pedía que se dejaran sin efecto diversos actos del Consejo de la Magistratura de la Nación destinados a cubrir una vocalía de Cámara. El accionante obtuvo el primer lugar en el concurso, pero luego aquel Cuerpo lo desplazó al segundo puesto y finalmente lo excluyó porque un informe del Banco Central de la República Argentina dio cuenta de que poseía deudas irrecuperables. El actor interpuso un amparo que obtuvo sentencia favorable en primera instancia pero que fue revocado por la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, argumentando que era incompatible con el buen ejercicio de la magistratura una situación económica harto comprometida, dado que "una persona excesivamente endeudada y con, al menos, imposibilidad de solventar sus deudas, no es enteramente libre". Disconforme, el accionante interpuso recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la queja finalmente resuelta por la Corte Suprema. Sus fundamentos, en todas las instancias, fueron los mismos: que lo decidido por el Consejo de la Magistratura conculcaba el debido proceso legal y constituía un notorio apartamiento del régimen jurídico aplicable, que le aseguraba el acceso al cargo en pugna, en condiciones de igualdad y sin discriminación por razones económicas. "Valorar las cualidades de una persona –dijo el actor– no es medir su situación económica, sino ponderar su inteligencia, prestancia, belleza, capacidad profesional, pero la riqueza o la pobreza no tienen que ver con el individuo, sino con las condiciones en que se desenvuelve".

La Corte Suprema, como vimos, desestimó la queja. Sin embargo, lo más interesante de este fallo radica en los votos en disidencia de los Dres. Fayt y Zaffaroni, que pregonaron hacer lugar a la queja y declarar procedente el recurso extraordinario.

El primer magistrado indicó –entre otros argumentos notables– que la irrecurribilidad establecida en la normativa aplicable no resultaba constitucionalmente valiosa a la luz de los contenidos mínimos reconocidos desde 1853 en el art. 18 de la Constitución Nacional a la garantía de defensa en juicio y que "sólo el reconocimiento de un indeclinable y limitado control judicial sobre los procedimientos llevados a cabo por el Consejo de la Magistratura para la selección de los aspirantes a jueces, se adecua y armoniza con los propósitos que dieron lugar al nuevo mecanismo institucional contemplado en la reforma de 1994".

Zaffaroni, por su parte, coincidió con lo dicho por Fayt, e hizo algunas otras apreciaciones vinculadas con la igualdad y la no discriminación.

2. En la misma tendencia jurisprudencial se ubica el fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, dictado en la causa "Valles, María Laura c. Provincia de Córdoba - Ilegitimidad - Recurso de Apelación"(11).

En una excelente sentencia, el Máximo Tribunal de Justicia provincial cordobés indicó, en tal sentido, que "si la unidad del ordenamiento jurídico regula la actividad del Estado, es lógico suponer que los actos del Consejo de la Magistratura queden atrapados implícita o explícitamente en este sistema. De ello se desprende que el control judicial debe revisar si efectivamente el accionar de dicho órgano (...) ha sido ejercido "dentro" de ese universo jurídico".

Sin embargo, también se encargó de destacar que dicho control no podía sustituir el opinable momento o núcleo de lo discrecional.

3. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por su parte, abordó este tema en distintas sentencias (conf. "Zarlenaga, Marcelo" [causa B 62.241]; "Riusec" [causa B 59.168]; "Maida"

[causa B 59.728]; "Guiridi" [sentencia del 28 de septiembre de 1999] y "Sambro Merlo" [sentencia del 15 de diciembre de 1999]).

En "Riusec" (sentencia del día 16 de febrero de 1999) sentó su doctrina legal: "Las decisiones del Consejo de la Magistratura son susceptibles de control por parte del Poder Judicial", destacando, no obstante, que un sector de su actividad, la vinculada con aquello que es de la competencia específica de aquel órgano, no puede ser revisada. Esto último no porque se trate de una "cuestión política no justiciable" que, como acertadamente se dijo en tal precedente, es una expresión de que "...puede dejar entrever –equivocadamente– que el Poder Judicial la esquivo y la detrae", sino porque está fuera de la competencia revisora del Poder Judicial en razón de que la Constitución ha encomendado a un órgano que es extraño a él la atribución para poder adoptar en instancia última y definitiva la decisión final.

4. El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur también se enroló en la postura que admite la posibilidad del contralor judicial de las decisiones adoptadas por los Consejos de la Magistratura.

Así, en la causa "Agostino, Gerardo y otros c. Provincia de Tierra del Fuego"(12), este Máximo Tribunal sureño consideró que evaluar la legalidad de las decisiones no significaba sustituir al Consejo de la Magistratura, único órgano facultado para la designación de jueces.

5. Idéntica línea siguió el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, ya que en la causa "Bajos, Fernando c. Provincia de Río Negro (Consejo de la Magistratura de la Segunda Circunscripción Judicial de Río Negro) s/demanda Contencioso Administrativa" indicó que "el Consejo de la Magistratura tiene soberanía en sus decisiones, que son irrecurribles, un atributo propio del cuerpo de electores de los Poderes del Estado, no pudiendo quedar a expensas de ningún procedimiento jurisdiccional excepto por grave violación de las reglas del debido proceso o arbitrariedad manifiesta según doctrina de la Corte".

Si bien es cierto que el caso no se refirió a la designación sino a la remoción de un juez, la doctrina sustentada resulta plenamente aplicable tanto para uno como para otro supuesto.

6. La misma posición fue adoptada por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, sala IV, en los autos: "Matera, Marta del R. c. Consejo de la Magistratura Nacional" (27-3-02), cuya doctrina fue seguida en jurisprudencia posterior de dicho fuero (autos "Gusmán, Alfredo Silverio c. Consejo de la Magistratura de la Nación s/amparo", resolución de fecha 2-8-02 dictada por la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, sala de Feria; "Alemany, Jorge F. c. Consejo de la Magistratura de la Nación s/amparo", resolución de fecha 19-4-06 y "Peralta, Carlos L. c. Estado Nacional", resolución de fecha 26-4-06, ambas dictadas por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, sala III, entre otras). En aquel precedente, dicho Tribunal sostuvo que si bien el art. 13, acápite c), de la ley 24.937, establece la "irrecurribilidad" de las decisiones adoptadas por la mayoría del plenario del Consejo de la Magistratura de la Nación en materia de concurso: "...no cabe interpretar que esa previsión elimine la revisión judicial o prive, en su caso, al afectado de la posibilidad de ocurrir a la vía establecida en el art. 43 de la Constitución Nacional —siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo— contra un acto que, como en el caso, emana de autoridad pública, si pudiese lesionar, restringir, alterar o amenazar —con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta— derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento jurídico (...) Es que, aun cuando se acepte que la decisión en la que conforma una terna —o, como en el caso, una lista complementaria— es el fruto del ejercicio de una atribución privativa y excluyente del Plenario del Consejo de la Magistratura, en modo alguno tal reconocimiento lleva a admitir que, en caso de producirse un uso antijurídico de dicha atribución por parte del órgano competente, esa actuación quede exenta de todo control por los jueces, si éste es requerido por el afectado. El criterio expuesto es, por otra parte, el que se adecua a las garantías de la defensa y la tutela judicial efectiva, que aseguran a las personas la posibilidad de acceder a un juez o tribunal

para hacer valer sus derechos, así como a obtener una decisión judicial razonablemente pronta, efectiva y eficiente".

7. En Santa Fe tampoco faltan decisiones de este tipo. La Cámara en lo Contencioso Administrativo n° 1 tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto en las causas "Ruiz, Mario Silvio c. Provincia de Santa Fe" (Expte. n° 128-2009); "Collado, Julia Elim c. Provincia de Santa Fe s/medida cautelar autónoma" (Expte. n° 8-2009) y "Soto, Alfredo Mario c. Provincia de Santa Fe s/medida cautelar" (Expte. 244-2009).

En "Ruiz", por ejemplo, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Federal, esta Cámara estableció la siguiente doctrina sobre el tema: las decisiones del Consejo de la Magistratura no admiten, en principio, revisión judicial, aunque dicha regla no es obstáculo para que se ejerza judicialmente el control de legalidad de los actos administrativos dictados en el curso de aquellos cuando sean manifiestamente arbitrarios.

Además, también expresó que "es sabido que la Provincia de Santa Fe organiza sus instituciones fundamentales conforme el principio —entre otros— de la sumisión del Estado a las propias normas jurídicas en cualquier campo de su actividad", razón por la cual, aunque se entendiera que lo cuestionado son "actos políticos" o "de gobierno", tal calificación no excluye sin más el control judicial.

8. En Chubut se pronunció, al respecto, la sala B de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia (13).

Así, en la causa "A.V. c. Consejo de la Magistratura s/amparo" (sentencia de fecha 11 de mayo de 2004), dicha sala concluyó que "en este diseño constitucional ha de destacarse que la Constitución del Chubut innova en lo atinente a los alcances de las atribuciones del Consejo, puesto que, a diferencia de lo previsto en el orden nacional y en otras provincias, no selecciona candidatos para integrar una terna, sino que directamente juzga en el concurso, elabora

un orden de mérito, somete el pliego del candidato seleccionado a la Legislatura y cumplido finalmente, si no hay rechazo fundado del pliego –en los términos del art. 166, Constitución Provincial– los designa. Estas atribuciones constitucionales importan el ejercicio de función administrativa (14). Ahora bien, el modo en que el Consejo ejerce esta prerrogativa constitucional no puede quedar exento de control jurisdiccional como se pretende. Primero, porque no está vedado por la Constitución de la Provincia del Chubut el control judicial de los procedimientos de selección de jueces en ninguna de sus etapas. Y pretender extraer tal conclusión del carácter indudablemente discrecional de la atribución de juzgamiento del concurso consagrada por el inc. 2º del art. 192 de la Constitución Provincial significa vaciar de contenido la garantía que asegura a las personas la facultad de acceder a un órgano jurisdiccional en defensa de sus derechos (arts. 18 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional; XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; 8º y 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y 18, inc. 9º, de la Constitución de la Provincia). Es decir, es improcedente. Si bien, como sostiene el apelante, no le asiste a ningún postulante un derecho a la designación, sí tiene un claro derecho subjetivo a que el procedimiento se desarrolle regularmente y concluya con una decisión motivada; de allí la procedencia del control judicial que garantiza su vigencia (...) Por cierto, no corresponde al Poder Judicial evaluar y calificar los antecedentes, exámenes de oposición y resultados de la entrevista personal de los postulantes para ocupar cargos de jueces y decidir sobre el mérito de éstos. Y ello es así porque la Constitución ha atribuido tales facultades en grado de exclusividad al Consejo de la Magistratura. El control judicial de esta actividad discrecional del Consejo debe limitarse a determinar si la misma resiste el test de razonabilidad al que debe ser sometida de cara a los principios generales del derecho. Es que, como ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es la razonabilidad con la que se ejercen las facultades discrecionales, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia".

9. Y Chaco también tiene antecedentes importantes sobre esta temática:

9.1. En la causa "Alcalá, Alicia Beatriz c. Consejo de la Magistratura s/acción de amparo" (Expte. N° 20644/08), la actora acudió a este mecanismo de tutela constitucional por estar en disconformidad con el dictamen del tribunal examinador, y porque el Consejo de la Magistratura le negó el acceso a la documentación y la entrega de fotocopias vinculadas con el concurso. La sala 2ª de la Cámara de Apelaciones de Resistencia desestimó la acción de amparo argumentando que "resulta inadmisibles emplear el amparo como suerte de medida de no innovar para paralizar la ejecutoriedad del acto, desde que no es apto para irrumpir en asuntos de las instituciones vigentes. En efecto, ello importaría exceder el ámbito propio del Poder Judicial, al pretender como fin último que se modifique el criterio del Consejo de la Magistratura en una materia que le resulta propia, esto es, el sistema de calificación empleado para dar cumplimiento a las funciones previstas en la Constitución Provincial. En otros términos, los procedimientos establecidos para la selección de magistrados y funcionarios no admiten que la jurisdicción asuma la decisión final sobre las notas obtenidas por los concursantes, por tratarse de cuestiones inherentes al órgano que ejerce dicha facultad constitucional".

El actor interpuso recurso extraordinario de inconstitucionalidad ante el Superior Tribunal de Justicia del Chaco, pero fue desestimado por motivos formales.

Como se ve, este caso hace excepción a la pacífica doctrina sustentada por los otros precedentes judiciales.

9.2. En la causa "Vavich, Carlos Oscar c. Consejo de la Magistratura de la Provincia Del Chaco s/acción de amparo" (Expte. N° 11.292/02) el actor requirió la nulidad de un acta de dicho cuerpo que dejaba sin efecto el dictamen emitido en un concurso realizado y convocó a un nuevo examen para cubrir el cargo. Agregó, al respec-

to, que retrotraer el trámite a un estadio anterior implicaba desconocer un derecho que se había incorporado a su patrimonio y que, por ende, era indisponible para terceros sin incurrir en arbitrariedad y fractura del principio de legalidad.

La sala 1ª de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Resistencia admitió la judiciabilidad del acto del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chaco señalando que tal organismo resultaba alcanzado en la expresión "autoridad pública", que debe ser interpretada con criterio amplio y comprensivo de todo organismo estatal y de toda entidad investida legalmente de funciones cuyo cumplimiento o control corresponde al Estado.

Además, hizo lugar a la demanda de amparo, declarando inconstitucional y, en consecuencia, inaplicable respecto del Dr. Vavich la decisión del Consejo de la Magistratura de llamar a un nuevo concurso.

9.3. Idéntico planteo efectuó el Dr. Antonio Daniel Sánchez, otro afectado por la decisión adoptada por el Consejo de la Magistratura del Chaco que indiqué en el punto anterior.

La causa fue caratulada "Sánchez, Antonio Daniel c. Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chaco s/acción de amparo y medida cautelar" (Expte. n° 10.801/02).

9.4. En la causa "Vargas, Cecilia Araceli c. Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chaco y/o quien resulte responsable s/acción de amparo" (Expte. n° 21.948/08), la actora impugnó el examen inherente a un concurso considerando que el dictamen de la Comisión Examinadora carecía de motivación y, por lo tanto, el acto era nulo en razón de su arbitrariedad. Sin embargo, con posterioridad desistió de la acción.

9.5. Igual situación se dio en la causa "Sandoval, Héctor Horacio c. Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chaco y/o quien resulte responsable s/acción de amparo" (Expte: N° 21950/08) que

tramitó ante la sala 1ª de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Resistencia.

9.6. En las causas "Del Río, Víctor Emilio y Sorabella, José Ricardo c. Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chaco s/medida cautelar de no innovar" (Expte N° 10.580/02 de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala Tercera" y "Del Río, Víctor Emilio y Sorabella, José Ricardo c. Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chaco s/acción de amparo" (Expte. N° 10.561/02 de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala Tercera, de Resistencia), los actores solicitaron la declaración de inadmisibilidad y consecuente sanción de nulidad del dictamen emitido por la Comisión Examinadora del Concurso, por vicios formales del procedimiento.

Sin embargo, en oportunidad de dictar sentencia, la Cámara interviniente consideró que la cuestión había devenido abstracta.

6.- La opinión de la doctrina.

La doctrina también se ha ocupado de este tema. Y los trabajos que se refieren a esta cuestión admiten el control judicial de las decisiones de los Consejos de la Magistratura.

a) Doctrina nacional

1. Benigno Ildarraz señala, con relación al Consejo de la Magistratura nacional, que "el acceso a un control judicial adecuado y suficiente se encuentra asegurado tanto por el texto constitucional directo como por la fuente de los tratados internacionales que se integran a ella como si fueran la Constitución misma. Por tanto, aun en su actividad institucional y primordial, no puede quedar inmune al control judicial expresado en la garantía de "tutela judicial efectiva" de los derechos y garantías de quienes pudieren resultar afectados"(15).

2. Spota también se adhiere a esta posición, indicando que los cuestionamientos emergentes del proceso de selección de magistrados

y funcionarios judiciales no tienen otra solución que llevar el diferendo por la vía de la solución judicial. Coartar el acceso a la jurisdicción, cualquiera sea la interpretación dada al texto en análisis, es afectar lisa y llanamente el derecho de defensa de los aspirantes y quebrar el cúmulo de garantías otorgadas por la Constitución (16).

3. En idéntico sentido se pronuncia Julio Comadira en su trabajo *El control judicial de las decisiones del Consejo de la Magistratura*, con particular referencia a los procedimientos de selección de magistrados (17).

4. Laura Monti, haciendo un análisis de los precedentes judiciales sobre esta cuestión, afirma que "como principio, se ha decidido que es susceptible de juzgamiento, incluso en cuanto al fondo, el ejercicio de una atribución específica conferida a un órgano de singular naturaleza como el Consejo de la Magistratura, determinando si ha sido hecho dentro del ámbito y con arreglo a las formalidades establecidas por la propia Constitución"(18).

b) Doctrina extranjera

Conforme se desprende del fallo dictado por la sala III de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en los autos caratulados "Peralta, Carlos Luis c. Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación - Consejo de la Magistratura - Resol. 12.704 (ex 38/03) Concurso 93 s/Amparo Ley 16.986" (Expte. n° 18.978/04, sentencia de fecha 27-4-05), en el derecho extranjero se le ha dado alcance administrativo tanto a actos emanados en ejercicio de actividades administrativas del Poder Judicial como de los Consejos de la Magistratura (19).

En Italia se ha considerado por la Corte Constitucional actos administrativos controlables por el Poder Judicial los emanados del Consejo Superior de la Magistratura (20).

c) Doctrina de la Provincia del Chubut

En la provincia del Chubut también se ha escrito sobre esta cuestión:

1. El Dr. Edgardo Hughes, ex miembro del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, en un trabajo específico sobre esta temática(21), indicó que "entre sus facultades exclusivas (...) para que cumpla sus fines institucionales, están las de juzgar en el concurso de antecedentes y oposición, dice la Constitución en única instancia, en pleno y sin recurso, lo que ha de entenderse en hermenéutica, que conjugue armónicamente todo el plexo constitucional provincial y nacional, especialmente lo que hace a derechos y garantías fundacionales, con tales facultades, y preservando todo el esquema institucional, que no brinda incongruencias o normas contrapuestas, y menos aun inconstitucionales (...) Ha de entenderse, en consecuencia, que tal juzgamiento y consecuente falta de recurso (...) compadecen con el óbice para un recurso en la misma instancia destinado a sustituir su juicio de valor legal y regularmente emitido respecto del resultado del concurso o con vías recursivas que persiguen el mismo fin. Cosa diversa es la promoción de acciones como la de amparo del art. 54 de la Constitución provincial, la declarativa de inconstitucionalidad del art. 179, inc. 1º, del mismo cuerpo legal, otras vías recursivas que pretendan el mismo análisis, o el recurso extraordinario federal previsto por la ley nacional 48..."

2. El Dr. Raúl Heredia, en su clásico libro *Un Consejo de la Magistratura de base parcialmente popular*, por su parte, afirma que si bien la Constitución provincial dice que la evaluación del Consejo del Chubut es "irrecurrible", hay que dejar a salvo "la posibilidad de que se acuda a la vía jurisdiccional por quien es afectado por una decisión en cuanto ésta pudiera lesionar el debido proceso, porque no se impugnaría así la decisión, sino que se atacaría un procedimiento irregular". Pero —aclara— "los jueces no pueden sustituir al Consejo en la selección, evaluación y nombramiento"(22).

3. A igual posición arriban José Leonardh y Silvina M. Glagny: "Es impensable que la norma constitucional citada lleve en su seno la exclusión del control de arbitrariedad, o la pretensión de tener por ajustadas a derecho todas las decisiones de los componentes del órgano, como asimismo todos los actos que de él emanan, aun los de naturaleza estrictamente administrativa, como ser los referidos a la aplicación de su propio reglamento administrativo, porque esta gestión también está sometida al control de legalidad por los órganos competentes..."(23).

4. En mi libro *Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut*(24) y en otro trabajo anterior(25) me manifesté en idéntico sentido, indicando que la irrecurribilidad establecida por la Constitución de la Provincia del Chubut no implicaba negarle al Poder Judicial la facultad de revisar si el órgano había actuado con competencia; si había respetado los límites impuestos por la Constitución o por la ley; si había permitido el acceso en igualdad de oportunidades, o si había cumplido con el procedimiento preestablecido.

7.- Las decisiones de los Consejos de la Magistratura pueden ser objeto de recursos judiciales.

Estoy convencido –como dije– de que las decisiones de los Consejos de la Magistratura, por más que medie una norma expresa que establezca su carácter de "irrecrribiles", pueden ser motivo de contralor judicial, desde que:

1) La contundencia de las sentencias indicadas anteriormente y la opinión mayoritaria de la doctrina dejan claramente establecido el derecho del particular agraviado de poder requerir al Poder Judicial el control del procedimiento de selección de magistrados y funcionarios judiciales efectuado por el Consejo de la Magistratura ante un acto arbitrario o ilegítimo.

2) Las cuestiones como las aquí consideradas deben resolverse contemplando las garantías de defensa, de debido proceso, y de tutela

judicial efectiva que posibilitan a los justiciables el acceso a la Justicia para hacer valer sus derechos y obtener una resolución judicial efectiva, "toda vez que ello dimana de garantías consagradas —explícita o implícitamente— en los arts. 1º, 18, 28 y concordantes de la Constitución Nacional; art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"(26). Todos estos instrumentos internacionales, recordemos, gozan también de jerarquía constitucional en virtud de lo normado por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

3) "El control jurisdiccional de constitucionalidad comprende, en principio, el examen de todos los actos y hechos de los órganos del gobierno federal y de los gobiernos locales, en cuanto violen normas de la Constitución Nacional. No está reducida la órbita de su ejercicio, pues, al examen de las normas jurídicas, y menos aun, de las normas de creación legislativa"(27). Por lo tanto, si los actos de los poderes Legislativo y Ejecutivo no están exentos de control por parte del Poder Judicial, ¿por qué habrían de estarlo los actos del Consejo de la Magistratura? No existe motivo válido alguno, en consecuencia, para eximir a las decisiones de estos cuerpos del control judicial.

4) Aun cuando se les adscriba a las decisiones adoptadas por un Consejo de la Magistratura el carácter de actos "políticos", "institucionales", "de gobierno", "discrecionales" o de cualquier otra categoría, ello no quita la posibilidad del referido control, pues "toda la actividad (del Estado) debe realizarse dentro del ámbito jurídico vigente, por lo que la actividad discrecional no puede ser arbitraria"(28). De esta manera, como siempre existen límites jurídicos a las facultades discrecionales de la administración, para que el juez pueda determinar si estos límites han sido violados o no, es obvio que debe analizar el acto.

5) Si bien es cierto que un concursante no tiene derecho a ser designado juez o funcionario judicial por el solo hecho de participar

en un concurso, sí tiene derecho a la regularidad del procedimiento de selección (29).

6) Si la actividad del Consejo de la Magistratura se enmarca en la juridicidad, de allí deviene la potestad de los jueces para controlar si el ejercicio de su función condice con el orden jurídico vigente (30). Como bien lo señaló el Tribunal Supremo español, "...no puede admitirse en nuestro derecho que existan actos de los poderes públicos no sometidos al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, exentos del control jurisdiccional. Desde luego, ello no excluye que existan actos de los máximos órganos constitucionales que tengan asimismo un máximo contenido político, los cuales no son controlables respecto del fondo de la decisión en sede jurisdiccional, sino ante la instancia política correspondiente. Pero en cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico, estos elementos son susceptibles de control jurisdiccional"(31).

7) Por el principio de "paralelismo de las competencias", es decir, por las similitudes y semejanzas que guardan, el tema puede equipararse, en orden al principio de irrevisibilidad que lo rige, con el juicio de destitución de magistrados (32). Por lo tanto, si bien es cierto que la Corte Suprema ha dicho que tales procesos no admiten, en principio, revisión judicial, el Tribunal Címero también se ha encargado de destacar que dicha regla se desvanece cuando los actos administrativos dictados en el curso de aquellos violan la garantía del debido proceso y/o el derecho de defensa, o son manifiestamente arbitrarios.

8) La actuación del Consejo de la Magistratura no puede desprenderse de los principios de todo el ordenamiento jurídico. En consecuencia, "una interpretación que arroje como resultado el reconocimiento de un novedoso bloque temático, cuyo ejercicio por parte de la autoridad pública competente sea inmune a todo control jurisdiccional, como sucedería si se atribuyera a la norma (...) la consecuencia de impedir el acceso de los interesados a una instancia judicial propiamente dicha (...) produciría agravio constitucional"(33).

9) Además, toda labor interpretativa: 1) debe en primer lugar alcanzar un resultado que concilie todo el sistema y, dentro de este, muy especialmente, debe tender a resguardar el orden jerárquico de las normas que lo componen; y 2) debe preferir la opción que mejor concuerde con los derechos y garantías constitucionales (34).

De igual manera, desde siempre se ha expresado que un conflicto no debe ser resuelto por la aplicación aislada de una norma, máxime cuando conduce a soluciones disvaliosas o reñidas con el ordenamiento jurídico en su totalidad.

10) La actuación del Consejo de la Magistratura tampoco puede desprenderse de los principios del proceso estatal, en cuya realización participa. Cito, nuevamente, en este sentido, el voto en disidencia del Dr. Fayt: si la creación de los Consejos de la Magistratura y su incorporación a los distintos textos constitucionales obedece a la necesidad de transparentar el sistema, garantizar la idoneidad y elegir a los mejores sin pautas discriminatorias ni exclusiones ilegítimas, "no se concilia en modo alguno con esos elevados propósitos y directamente se enfrenta con ellos, la formulación de una regla según la cual toda la actuación de ese órgano configura un bloque o conjunto temático que goza de inmunidad judicial". "La democratización en el acceso a la magistratura judicial, la participación ciudadana en los procedimientos de selección, la profundización de las exigencias científicas y éticas de los candidatos a jueces, el compromiso de éstos con los valores fundamentales del instrumento político que nos rige y la transparencia del nuevo sistema, a fin de recuperar la fe en las instituciones republicanas, sólo constituirían una expresión de buenos deseos carentes de obligatoriedad, una declaración abstracta, si se dejaran librados a la autorregulación del órgano estatal competente que, por su naturaleza, inexorablemente se desplazara hasta el límite de sus atribuciones y superara la órbita de ellas, tal como lo demuestra el dato empírico resultante de la historia de las instituciones..."(35).

11) "Aquel principio frustraría también una magnífica oportunidad para que el Consejo de la Magistratura pueda demostrar –ante

los impugnantes y ante la sociedad— el modo en que ha cumplido fielmente con el preciso e indeclinable mandato encomendado por la Constitución y por las leyes reglamentarias de seleccionar cuidadosa y desapasionadamente a los aspirantes a magistrados, con sustento en la idoneidad y en los valores republicanos, mediante un proceso con reglas claras y conocidas, honesto, limpio y riguroso"(36).

En síntesis: "Las atribuciones que, de modo exclusivo, las Constituciones han reconocido en cabeza de los Consejos de la Magistratura, no sitúan los actos realizados en ejercicio de esa función al margen de la Constitución Nacional ni importan una declaración implícita de inmunidad de control"(37).

8.- El control judicial de las decisiones adoptadas por los Consejos de la Magistratura debe tener un alcance limitado.

Ahora bien: no obstante admitir la procedencia del control judicial de las decisiones adoptadas por los Consejos de la Magistratura en el marco de los procedimientos internos para la selección de magistrados y funcionarios judiciales, también estoy convencido de que ese control no puede ser ilimitado sino que, por el contrario, debe estar sujeto a precisos límites.

Para llegar a la conclusión indicada, tengo en cuenta que:

1) Esta postura es la que mejor concilia las corrientes antagónicas que analizamos anteriormente, ya que, por un lado, garantiza los derechos de defensa, de debido proceso y de tutela judicial efectiva y, por el otro, se asegura que los Consejos de la Magistratura no sean sustituidos en sus decisiones por otros órganos o Poderes del Estado.

2) Las respuestas judiciales, como vimos, también limitan ese control a los elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico.

3) No corresponde a los jueces sustituir el criterio de dichos órganos, únicos facultados para seleccionar magistrados y funcionarios judiciales, ni reemplazar a los Consejos de la Magistratura en su tarea privativa y excluyente.

4) Por el ya aludido principio de "paralelismo de competencias", el tema puede equipararse, "aunque con algún matiz en cuanto a las circunstancias que permiten hacer excepción a dicho principio, al juicio de destitución de magistrados"(38).

En consecuencia, en esta cuestión –como en tantas otras– es necesario "buscar el equilibrio entre lo que puede y no puede controlar el juez. Los extremos son riesgosos: el control total implicaría el gobierno de los jueces y la invasión de poderes que le corresponden a la administración, mientras que el control restringido o escaso es pernicioso para el Estado de Derecho y las situaciones jurídico-subjetivas de los administrados"(39).

Es que, no debemos olvidarlo, estamos entrando en un típico caso de "difícil acceso" para los Tribunales de Justicia, toda vez que se trata de un supuesto de control de atribuciones constitucionales otorgadas a un organismo específico, y que están vinculadas a una peculiar actividad, como lo es la selección y designación de jueces y funcionarios judiciales. Por lo tanto, dicho control debe hacerse con "atenta consideración"(40) y "necesaria prudencia"(41), procediendo únicamente ante "transgresiones de suficiente nitidez y gravedad"(42), o en casos en que los actos administrativos dictados en el curso del procedimiento hayan sido manifiestamente arbitrarios.

Debe concluirse, entonces, que los jueces sólo pueden analizar la legitimidad del procedimiento en sus límites elásticos de razonabilidad (no arbitrariedad)(43); no discriminación(44); igualdad de oportunidades y de trato (fundamentalmente en lo que hace a la existencia de criterios uniformes para evaluar y calificar a los postulantes), motivación(45), desviación de poder, buena fe, legitimidad (ausencia del vicio de error, etc.), principios generales del derecho y equidad.

Recurro, nuevamente, al fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: la posibilidad de control judicial de los actos del Consejo de la Magistratura "no implica revisar su esencia o núcleo interno, sino sólo su límite externo e inserción en el sistema ordinamental. Consecuentemente, el control se extiende sobre los aspectos reglados, legal o constitucionalmente, la competencia, el procedimiento, la forma, la motivación, la causa, la finalidad, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, entre otros aspectos. Lo que no puede revisar ni sustituir el juez es el contenido intrínseco, la libertad de apreciación política de la oportunidad, mérito o conveniencia, ni la posibilidad de elección entre varias opciones válidas dentro de la juridicidad, porque ello implicaría violentar la división de poderes y su zona de reserva. De allí que es adecuado hablar de control del procedimiento de conformación de estos actos dentro de la juridicidad constitucional"(46).

Y a igual conclusión, destaco, llegó Fayt en su voto en disidencia en el fallo varias veces citado a lo largo de este trabajo:

"De este modo, los diversos aspectos que atañen a la valoración de las calidades de los candidatos, tanto en la faz profesional como personal, como hombres y mujeres formados en el derecho y en los valores de la República, deben quedar reservados, en principio, a la ponderación exclusiva y final del órgano investido con la competencia para la selección e inmunes a la injerencia judicial. Éste constituye el primer definido y esencial límite que los jueces no pueden superar, so pena de invadir la esfera de atribuciones propias del órgano al que el constituyente encomendó, de manera específica, tan delicada misión, infringiendo así el mandato constitucional que pesa sobre el Poder Judicial. Sólo cuando se verifique una trasgresión nítida y grave del ordenamiento jurídico o, en especial, de las disposiciones que rigen el procedimiento de selección, o en los supuestos excepcionales en los que lo decidido traduzca un ejercicio indisimulablemente irrazonable de aquellas atribuciones, al punto de que se observe una parodia del concurso que exigen las normas constitucionales e infraconstitucionales en juego, se tornará viable el examen judicial de los actos impugnados, al solo efecto de privarlos de validez y sin avanzar sobre las

decisiones finales que en ejercicio de la atribución en examen continúan siendo función insustituible del Consejo de la Magistratura"(47).

En síntesis: como ya lo indicara en otros de mis trabajos, "debe distinguirse entre lo que es decisión del órgano competente y lo que es judicialmente controlable. Lo que el Poder Judicial no puede hacer es revisar "la evaluación de los concursos que haga el Consejo""(48). Esa decisión –acertada o no– es irrecurrible. Todo lo demás –revisar si el órgano ha actuado con competencia, si ha respetado los límites impuestos por la Constitución o por la ley, si ha permitido el acceso en igualdad de oportunidades, si ha cumplido con el procedimiento preestablecido– está sujeto al control por parte de la judicatura ante la petición expresa de parte interesada.

Es decir que, a los efectos del juzgamiento del concurso, los miembros de los Consejos de la Magistratura están habilitados para emplear su propio criterio de valoración y éste, en cuanto no traduzca un criterio descalificante en el marco que he precisado, no puede ser sustituido.

Los jueces, pues, jamás pueden suplantar la tarea del Consejo de la Magistratura ni reemplazar la voluntad de aquel órgano por la suya propia. No pueden, en consecuencia, decir quién es el postulante más idóneo para ocupar el cargo concursado, ni cambiar el orden de mérito, ni proponerle al cuerpo seleccionador la inclusión de un concursante en dicho orden. Todas estas cuestiones son irrevisables judicialmente.

Repetimos una vez más: los Consejos de la Magistratura gozan, en esta materia, de "soberanía evaluatoria".

Por lo tanto, "avanzar más allá, pretendiendo sustituir el opinable momento o núcleo interno de lo discrecional, implicaría traspasar los límites de la juridicidad y entrar en la llamada zona constitucional de reserva de la Administración"(49).

De esta forma, en caso de que se demuestre la existencia de vicios en el procedimiento o incumplimiento de algunos de los principios básicos que establece nuestro ordenamiento jurídico y que indicáramos anteriormente, considero que los jueces deben declarar la nulidad del acto viciado, extinguir los actos ulteriores, en cuanto hayan sido desencadenados por esa actuación írrita (art. 1050, cód. civil), y mandar reeditar el procedimiento o retrotraerlo hasta la etapa pertinente, pero nunca –repito– suplir o suplantar el criterio de dichos órganos en el ejercicio de sus funciones propias y exclusivas.

9.- Consideraciones finales.

Creo que todo lo que pude estudiar sobre este tema quedó plasmado en los capítulos anteriores, motivo por el cual, para concluir este trabajo, sólo puedo citar lo que expresara, allá lejos y hace tiempo, Alexis de Tocqueville: "Es a menudo tan pernicioso quedarse como excederse; por ello, los jueces no deben ser solamente buenos ciudadanos, hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados. Es necesario encontrar en ellos hombres de Estado; es necesario que sepan discernir el espíritu de su tiempo".

Voces: recursos - consejo de la magistratura - poder judicial - educación - constitución nacional - acto administrativo - provincias - constituciones provinciales - derecho comparado - jurisprudencia

(1) El autor es Abogado (U.B.) con orientación administrativa privada (Diploma de Honor). Profesor de Derecho Constitucional (por concurso), a cargo de cátedra, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia "San Juan Bosco", Sede Esquel. Miembro Titular del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut (período 2010-2014). Presidente del Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de Esquel (período 2008-

2012). Miembro del Tribunal de Enjuiciamiento de la Provincia del Chubut (2009).

(2) Ver acta de las citadas jornadas realizadas por el FO.FE.C.M.A., de fecha 30 de abril de 2010.

(3) Este argumento fue, por ejemplo, el utilizado por la Provincia de Santa Fe en oportunidad de contestar una medida cautelar en el marco de un proceso de selección solicitada por un concursante (conf. "Ruiz, Mario c. Provincia de Santa Fe s/medida cautelar autónoma", sentencia de fecha 5 de marzo de 2009 de la Cámara Contencioso Administrativa n° 1, en A. y S., T. 15, n° 231, Expte. C.C.A. 1, n° 18, año 2009).

(4) "Soto, Alfredo Mario c. Provincia de Santa Fe s/medida cautelar" (sentencia de fecha 4 de diciembre de 2009 de la Cámara Contencioso Administrativa n° 1, en A. y S., T. 19, n° 18).

(5) Sobre este último punto, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que "los procedimientos arbitrados para la selección del cuerpo docente no admiten revisión judicial por tratarse de cuestiones propias de las autoridades que tienen a su cargo el gobierno de la Universidad..." (CS, "Granillo Fernández, Héctor Manuel c. Universidad Nacional de La Plata s/amparo", septiembre de 2005).

(6) CNCiv. y Com. Fed., sala de FERIA, 2-8-02, "Gusmán, Alfredo Silverio c. Consejo de la Magistratura de la Nación s/amparo", aunque ese Tribunal aclara que el control judicial sería procedente en caso de existir "ilegitimidad o arbitrariedad manifiestas".

(7) A esta posición, por ejemplo, arribó el Segundo Encuentro Nacional de Consejos de la Magistratura y Organismos Asimilables, organizado por el Superior Tribunal de Justicia y el Consejo de la Magistratura de la Provincia de San Luis el día 17 de septiembre de 1999. También Oribones caracteriza como "político" al acto de seleccionar y, tras el acuerdo legislativo, designar jueces, defensores y fiscales (conf. Oribones, Sergio, Selección de cargos profesionales por el Consejo de la Magistratura del Chubut y la "carrera judicial", en Boletín n° 3, Programa de extensión cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, año 2, julio de 2000, pág. 31).

(8) En igual sentido ver, por ejemplo, art. 222 de la Constitución de Río Negro. (9) Bidart Campos, Germán J., Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Buenos Aires, Ediar, t. IV, pág. 508.

(10) CS, "C. L., G.", 25-3-06, en JA, 2006-IV-440.

(11) TSJ Córdoba, "Valles, María Laura c. Provincia de Córdoba - Ilegitimidad - Recurso de Apelación" (Expte. 06/2008), sentencia de fecha 23 de septiembre de 2008.

(12) STJ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 28-9-06, "Agostino, Gerardo y otros c. Provincia de Tierra del Fuego", en LL Patagonia, 2006-655.

(13) También existieron otros fallos que declararon la judiciableidad del tema en esta Provincia: conf. Juzgado de Comodoro Rivadavia en los autos caratulados: "Blanc Gerzicich de Scapellato s/acción de amparo" (Expte. 1898-966-1995) y "Moreno, Carlos Alberto c. Consejo de la Magistratura s/amparo" (Expte. N° 1913-968-1995).

(14) Ver, en igual sentido, STJ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 26-4-02, "M. M.", y SC Buenos Aires, 27-12-02, in re "Z. M.", en ED, 2003-22.

(15) Ildarraz, Benigno, en Cassagne, Juan Carlos (dir.), Procedimiento y proceso administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, pág. 698.

(16) Spota, Alberto, Lineamientos de la ley reglamentaria del Consejo de la Magistratura, en LL, 1996-B-771.

(17) Comadira, Julio, El control judicial de las decisiones del Consejo de la Magistratura, con particular referencia a los procedimientos de selección de magistrados, en Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, pág. 541, especialmente pág. 545.

(18) Monti, Laura M., La jurisprudencia en materia de control de los actos y omisiones de los Consejos de la Magistratura, en JA, 2003-II-536.

(19) Conf. García-Trevijano Fos, José Antonio, Los actos administrativos, Madrid, 1986, pág. 24; Santamaría Pastor, Juan Alfonso, Principios de derecho administrativo, vol. II, 2ª ed., Madrid, 2000, pág. 142; Delvolvé, Pierre, L'acte administratif, París, 1983, pág. 71; Chapus, René, Droit Administratif Generale, París, 2000, págs. 951-952.

(20) Conf. Landi, Guido - Potenza, Giuseppe - Potenza e Italia, Vittorio, *Manuale di Diritto Administrativo*, 11ª ed., Milan, 1999, pág. 198; Sandulli, Aldo, *Manuale di Diritto Administrativo*, 12ª ed., Nápoles, 1980, pág. 11.

(21) Hughes, Edgardo R., *Constitución de la Provincia del Chubut reformada en 1994. Breves reflexiones sobre el Consejo de la Magistratura, su funcionamiento y las vías recursivas vinculadas con sus decisiones*, en ED, 168-953.

(22) Heredia, José R., *Un Consejo de la Magistratura de base parcialmente popular*, CEIPA, 1995, págs. 42 y 43.

(23) Leonardh, José - Glatigny, Silvina M., *Supremacía de la Constitución y el Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut*, edición de los autores, 1996, págs. 39 y 40.

(24) Gerosa Lewis, Ricardo T., *Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut*, FB, Esquel (Chubut), 2009, t. II, pág. 257.

(25) Gerosa Lewis, Ricardo T., *El Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut. Un modelo nuevo y distinto*, en *La Ley Patagonia*, año 4, número 1, febrero de 2007, págs. 731/748, y en el *Boletín n° 10 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut*, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, págs. 9 a 41.

(26) STJ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 28-9-06, "Agostino, Gerardo y otros c. Provincia de Tierra del Fuego", en *LL Patagonia*, 2006, pág. 654, con comentario laudatorio de Iribarren, Pablo, *La fundamentación de la decisión para la elección de los jueces en los Consejos de la Magistratura*.

(27) Ghigliani, Alejandro E., *Del "control" jurisdiccional de constitucionalidad*, Buenos Aires, Depalma, 1952, pág. 61.

(28) CNCont.-adm. Fed., sala I, 16-4-98, "Marengo, Guillermo Julio c. Estado Nacional".

(29) Ver, al respecto, el fallo de la sala B de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial del Sur de la Provincia del Chubut, con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, in re "A.V. c. Consejo de la Magistratura s/amparo" (sentencia del 11 de mayo de 2004).

(30) TSJ Córdoba, "Valles, María Laura c. Provincia de Córdoba - Ilegitimidad - Recurso de Apelación" (Expte. 06/2008), sentencia de fecha 23 de septiembre de 2008.

(31) Tribunal Supremo Español, sentencia del 22 de enero de 1993.

(32) CS, "C. L., G.", 25-3-06, en JA, 2006-IV-440.

(33) Ídem.

(34) Fallos: 250:427 y sus citas. "La primera fuente de interpretación de la ley es su letra, pero además, la misión judicial no se agota en ello, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la intención del legislador y del espíritu de la norma; todo esto, a su vez, de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional" (Fallos: 305:538, entre muchos otros).

(35) Voto en disidencia del Dr. Fayt en el fallo de la CS, "C. L., G.", 25-3-06, en JA, 2006-IV-440.

(36) Ídem.

(37) Ídem.

(38) CS, "C. L., G.", 25-3-06, en JA, 2006-IV-440.

(39) TSJ Córdoba, "Valles, María Laura c. Provincia de Córdoba - Ilegitimidad - Recurso de Apelación" (Expte. 06/2008), sentencia de fecha 23 de septiembre de 2008.

(40) "Ruiz, Mario c. Provincia de Santa Fe s/medida cautelar autónoma" (sentencia del 31 de agosto de 2009 de la Cámara Contencioso Administrativa n° 1, en A. y S., T. 17, n° 95, Expte. C.C.A. 1, n° 128, año 2009).

(41) "Soto, Alfredo Mario c. Provincia de Santa Fe s/medida cautelar" (sentencia de fecha 4 de diciembre de 2009 de la Cámara Contencioso Administrativa n° 1, en A. y S., T. 19, n° 18).

(42) Voto en disidencia del Dr. Fayt en el fallo de la CS, "C. L., G.", 25-3-06, en JA, 2006-IV-440.

(43) Cuando en determinadas situaciones fácticas el constituyente o legislador admite una posibilidad de elección en el administrador o en un órgano administrativo o constitucional, permitiéndole apreciar las circunstancias de cierto margen de ductibilidad o la conveniencia y

oportunidad de las medidas, la actividad administrativa ingresa en la zona de la discrecionalidad. En ejercicio de la actividad, la administración o el órgano pertinente actúa con mayor libertad, su conducta está determinada por la finalidad legal a cumplir, pero siempre deberá desenvolverse dentro del ámbito jurídico legal o constitucional, puesto que el acto jurídico discrecional es, por principio, legítimo. Por ello, sólo compete a los Tribunales expedirse acerca de la razonabilidad de la medida adoptada, debiendo limitarse a examinar si media arbitrariedad en el acto (conf., al respecto, CNCiv., sala I, 12-11-1997, "Asociación Civil Hubbard de Dianética c. I.G.J. s/recurso administrativo").

(44) Aquí, por ejemplo, los jueces podrían analizar si existió un amplio nivel de publicidad de los concursos que permita a todos los interesados acceder a los mismos.

(45) Sobre la fundamentación de las decisiones de los Consejos de la Magistratura ver, especialmente, SC Buenos Aires, "Zarlenga, Marcelo c. Consejo de la Magistratura s/acción de amparo" (B 62.241, sentencia de fecha 27 de diciembre de 2002) y STJ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 28-9-06, "Agostino, Gerardo y otros c. Provincia de Tierra del Fuego", en LL Patagonia, 2006, pág. 654, con comentario laudatorio de Iribarren, Pablo, La fundamentación de la decisión para la elección de los jueces en los Consejos de la Magistratura.

(46) "Diversas razones concurren para apuntalar semejante aco-
tamiento en la intensidad del consecuente contralor judicial. Una de ellas estriba en la dificultad operativa que suele presentarse al juzgador para reproducir o acreditar la situación en que se desarrolló la prueba —en particular, si median pruebas orales no grabadas o con tramos de examen o entrevista oral—. Otra tiene que ver con la aparente complicación que se presenta a los tribunales para revisar una evaluación a partir del agravio puntual expuesto por el impugnante, lo cual puede sesgar la apreciación del contexto global de la ponderación efectuada por el órgano seleccionador. La presencia de estas aristas problemáticas, o bien el respeto al ejercicio de las competencias privativas de selección conferidas al Consejo, pueden llevar a establecer que la ponderación (o valoración en sí misma) que el cuerpo colegiado

hace de los méritos y antecedentes de cada postulante se encuentra ajena al control judicial" (voto del Dr. Soria en el fallo de la SC Buenos Aires, "Zarlenga, Marcelo c. Consejo de la Magistratura s/acción de amparo" (B 62.241, sentencia del 27 de diciembre de 2002).

(47) Voto en disidencia del Dr. Fayt en el fallo de la CS, "C. L., G.", 25-3-06, en JA, 2006-IV-440.

(48) Heredia, José R., Un Consejo de la Magistratura..., cit., pág. 38.

(49) TSJ Córdoba, "Valles, María Laura c. Provincia de Córdoba - Ilegitimidad - Recurso de Apelación" (Expte. 06/2008), sentencia de fecha 23 de septiembre de 2008. Ver, también, Haro, Ricardo, Las cuestiones políticas: prudencia o evasión judicial, en LL, 1991-D-1066.

La evaluación del desempeño de los magistrados ingresantes al Poder Judicial en la Constitución de la Provincia del Chubut y la garantía de inamovilidad

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <http://www.elderecho.com.ar/>

Publicado en: El Derecho Constitucional 2010-632

[Consultado el 12/02/2020]

1.- La garantía de inamovilidad (1)

La Constitución de la Provincia del Chubut, siguiendo igual camino que la Ley Suprema nacional, consagra el principio de inamovilidad vitalicia de todos los magistrados y funcionarios judiciales, así como también de los miembros del Ministerio Público (art. 165).

La inamovilidad "vitalicia" o "permanente", como se sabe, determina que los jueces conserven el cargo mientras dure su buena conducta. Lo contrario es la "amovilidad", que indica que los funcionarios pueden ser removidos libremente (2). Como bien se ha dicho, la inamovilidad constituye una garantía para la independencia del Poder Judicial (3), un "requisito propio" que inclusive "la hace efectiva y la actualiza desde el nombramiento mismo. Es la cualidad de la función jurisdiccional que posibilita y garantiza la no subordinación del juez a los poderes competentes para su designación" (4).

Es que "difícilmente se obtendría independencia de jueces cuyas funciones fueran temporales. Los nombramientos periódicos, por bien regulados que estuvieran y por quienquiera fueran hechos, de uno u otro modo serían fatales para la independencia judicial". Y esto es así porque si los jueces deben "ser independientes e impávidos en el cumplimiento de deberes de tanta responsabilidad (...) tienen que no

depender de voluntad alguna, ya de individuo, ya de grupo de individuos, y no deben sentirse dependientes de ningún poder humano para continuar en su puesto. Si después de nombrados dependieran en cualquier sentido del Ejecutivo, del Legislativo o del favor popular, es dudoso que el fiel de la balanza judicial se mantuviera inmóvil, y se alteraría la confianza en la justicia"(5).

En virtud de la inamovilidad, los magistrados y funcionarios alcanzados por la norma no pueden ser trasladados (6), suspendidos o removidos de sus funciones, sino en las condiciones prescriptas por la Constitución y "mientras dure su aptitud (7) y buena conducta". De este modo, los jueces quedan alejados de las contiendas políticas, de cuyo resultado podría depender la conservación de sus empleos, y adquieren –como ya se ha señalado– la independencia necesaria para el fiel desempeño de su misión, sin temor a represalias como consecuencia de sus fallos.

2.- Críticas al principio de inamovilidad "vitalicia"(8)

Más allá de las razones expuestas, el principio de inamovilidad "vitalicia" tampoco ha quedado exento de críticas. Así, se ha dicho:

a) El error de designación no es reparable, y un juez inepto causa males infinitos que no son posibles de cortar, porque el juicio político es un expediente de ilusoria eficacia (9).

b) La elección por un número de años puede ser necesaria para poner en aptitud al juez de marchar con el progreso general de los conocimientos y, más especialmente, para que se instruya en los diversos modos de obrar de las instituciones bajo las cuales vive, en cuya administración tiene una parte, pero cuyas partes están enteramente conexiones (10).

c) Es un grave error creer que la independencia del Poder Judicial está suficientemente cimentada por la inamovilidad de los jueces. Éste es un resorte, pero no el único ni suficiente por sí mismo. Es más,

puede resultar contraproducente, si no se asegura mediante un adecuado sistema de reclutamiento y designación de los magistrados y funcionarios judiciales, la idoneidad de los mismos. Si el judicial es independiente, pero no es idóneo, es tan deficiente e ineficaz como cuando es idóneo, pero no es independiente (11).

d) La inamovilidad puede servir para enquistar en el Poder Judicial a jueces mediocres, indignos o simplemente cansados, inferiores a la misión y función que están llamados a desempeñar, que, aunque sean inamovibles, no sabrán aprovechar de esa garantía para proceder con altura e independencia, sucumbiendo a las presiones del ambiente, del poder político, de cualquier asechanza que logre conmover su mediocridad (12).

e) La inamovilidad atenta contra el principio de periodicidad de funciones. "Si en los pueblos representativos, todos los poderes del país son amovibles, ¿por qué no lo sería también el poder judicial? Si el pueblo tiene derecho, en las repúblicas, de exigir la variación periódica de sus mandatarios, del cuerpo legislativo que hace sus leyes, del poder ejecutivo que las ejecuta, ¿por qué no tendrá el mismo derecho tratándose del Poder Judicial que las aplica?"(13).

Y por eso, precisamente, a lo largo de la historia también han surgido distintas ideas o proyectos tendientes a restringir temporalmente tal inamovilidad o a ponerle determinados requisitos o condiciones.

3.- La evaluación prevista en el art. 192 de la Constitución Provincial y los interrogantes que plantea.

En estos últimos tiempos, algunas constituciones provinciales, aprovechando las reformas efectuadas, han establecido exámenes de convalidación o evaluaciones periódicas como condición para que los magistrados judiciales conserven su inamovilidad. En este sentido, el art. 192 de la Constitución Provincial, en uno de sus incisos, le otorgó al Consejo de la Magistratura la atribución de evaluar "el desempeño y

aptitudes personales de los magistrados y funcionarios ingresantes al Poder Judicial al cabo de sus primeros tres años de función", y "en caso de resultar insatisfactorio", dispone que debe elevar sus conclusiones "al Superior Tribunal de Justicia o al Tribunal de Enjuiciamiento a sus efectos".

Tal circunstancia, como no podía ser de otra manera, ha generado varios interrogantes: ¿tiene ese inciso relación alguna con el tema que estamos tratando? ¿Condiciona esta evaluación el principio de inamovilidad? ¿Pueden las provincias apartarse de la garantía que en tal sentido prevé la Constitución Nacional?

4.- La cabal interpretación de esta "evaluación".

Sobre la cabal interpretación que debe hacerse de esta manda constitucional, los miembros del primer Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, en la sesión del día 25-3-1996, señalaron lo siguiente: "Sobre este particular hubo coincidencia en que los constituyentes consagraron la inamovilidad permanente de los magistrados y funcionarios judiciales, más allá de las discusiones sobre este aspecto que transitaron tanto por espacios públicos como dentro del mismo seno de la Convención. El rol del Consejo de la Magistratura, por tanto, es el de revisar el desempeño de un magistrado o funcionario que ingresa al Poder Judicial en un cargo de aquellos que requieren acuerdo legislativo y, cumplida esta encomienda, emitir un juicio de satisfacción o insatisfacción. En el primer caso, esta decisión que se comunica al Superior Tribunal de Justicia, no tiene otra trascendencia y se agota en sí misma. En el segundo, es necesario hacer un segundo juicio sobre el disvalor de las acciones que se juzgan como insatisfactorias y si este disvalor es grave, a punto tal que se advierte una causa obstativa para que el examinado continúe en el desempeño de sus funciones, la comunicación, con sus antecedentes, debe ser hecha al Tribunal de Enjuiciamiento. Por el contrario, si el disvalor no llega a este punto, y amerita reexamen por parte de la autoridad de superintendencia, a fin de que administre, si comparte el juicio, correctivos y

sanciones, la remisión habrá de hacerse al Superior Tribunal de Justicia"(14).

Es decir, no estamos en presencia de un supuesto de inamovilidad transitoria (15). Tampoco de un "período de prueba" como el establecido por la Convención Constituyente de San Juan del año 1927(16) ni "de una confirmación que suspenda la designación ad vitam hasta su obtención, como el período de noviciado en la designación de funcionarios sin acuerdo, sino de una evaluación integral en un tiempo donde, según estima el constituyente, el designado debería haber logrado un asentamiento en la función (17).

El procedimiento evaluativo previsto por este artículo es, en realidad, un reaseguro que establece la Constitución Provincial como forma de garantizar el principio de idoneidad. Se trata, en rigor de verdad, de un monitoreo, "de una condición de funcionalidad que debe ser sorteada satisfactoriamente por el agente nombrado en un período determinado"(18) o, más precisamente, de una investigación que tiene por objetivo determinar el desempeño funcional que ha tenido el magistrado o funcionario judicial a lo largo de esos tres años y de incitar los mecanismos constitucionales de sanción o remoción en los casos que así lo ameriten. Para ello –dijo el Tribunal de Enjuiciamiento de 2009 que tuve el honor de integrar– "el mismo órgano constitucional que en su momento meritó las aptitudes del funcionario al tiempo de designación, es quien –transcurrido el período establecido– debe evaluar si tales expectativas han sido debidamente aplicadas a una correcta gestión".

"Así, a través de pedidos de informes a distintos organismos vinculados con la actuación del evaluado, sumado a un prolijo escrutinio que se realiza de la actividad realizada y a los demás datos que se obtengan mediante otros medios, el Consejo estará en condiciones de establecer si la designación fue o no acertada, y emitir un juicio definitivo sobre la satisfacción o insatisfacción alcanzada. En este último caso, es el que la ley habilita la competencia (del) Tribunal de Enjuiciamiento"(19).

5.- La evaluación del art. 192 de la Constitución Provincial no es inconstitucional.

No obstante lo expuesto, algunas voces se han alzado manifestando que tal evaluación resulta inconstitucional.

La tesis que sostiene la mentada inconstitucionalidad parte del siguiente argumento: la evaluación prevista en el art. 192 de la Constitución Provincial es incompatible con el principio de inamovilidad de los jueces, dado que éste sólo está supeditado al requisito de su buena conducta, y sólo puede ser apreciado por el Jurado de Enjuiciamiento, y no por el Consejo, previa denuncia o acusación, lo cual viola en forma directa los arts. 1º, 5º, 18, 31 y 110 de la Constitución Nacional y 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos y el resto de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional enunciados en el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental. O sea que, siguiendo la doctrina de algunos autores, entiende que las provincias no pueden establecer otro sistema distinto del federal en materia de inamovilidad, ya que, en tal caso, se estarían vulnerando los principios de equilibrio y de separación de poderes (20).

En tal sentido, por ejemplo, María Angélica Gelli señala que "el requisito de validar los cargos mediante exámenes periódicos (...) resulta (...) incompatible con el sistema establecido expresamente en la Constitución Nacional, a fin de asegurar la independencia y eficacia en la prestación del servicio de justicia", toda vez que se dispone de "un sistema riguroso y exclusivo para asegurar esa idoneidad y preservar, a su vez, la inamovilidad de los jueces", a través del "juicio público de responsabilidad" que constituye el juicio político o el "jury de enjuiciamiento"(21).

Cabe destacar, al respecto, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de tratar un tema similar en virtud de una presentación realizada por la Federación Argentina de la Magistratura y la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Neuquén, en contra de una norma parecida –pero no idéntica– a la

que nos ocupa, que consagra la Constitución de la Provincia del Neuquén. En tal ocasión, empero, el Máximo Tribunal no se pronunció sobre el fondo de la cuestión por considerar que tanto la inclusión del Consejo de la Magistratura en el diseño institucional de la provincia demandada, como las funciones que el poder constituyente le ha asignado a ese órgano —entre las que se encuentra la de evaluar periódicamente la idoneidad y el desempeño de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial— son asuntos que conciernen al procedimiento jurídico político de organización de ese Estado sostuvo que resultaban ajenos a la competencia originaria de la Corte en tanto y en cuanto el cuestionamiento que de ellos se formulaba no remitía directa y exclusivamente a la aplicación de prescripciones constitucionales de carácter nacional, leyes del Congreso, o tratados, sino al examen de temas de índole local y de competencia de los poderes locales(22).

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Neuquén, en cambio, hizo lugar a una medida cautelar en un fallo reciente y suspendió un sistema similar —pero no idéntico— de evaluación, por considerar que prima facie violaba la garantía de inamovilidad e independencia de los jueces, conllevando a una inadmisibles presión sobre los magistrados que, sin lugar a dudas, afecta su desempeño con el consiguiente impacto en el servicio de justicia (23).

Particularmente, opino que la evaluación prevista por la Constitución de la Provincia del Chubut es perfectamente constitucional y no vulnera garantía o principio alguno previsto por la Constitución Nacional.

Ello por cuanto:

1) Como ya dije, no estamos en presencia de un supuesto de inamovilidad transitoria.

2) Lo que se evalúa es el desempeño de un magistrado o funcionario que ingresa al Poder Judicial en un cargo de aquellos que requieren acuerdo legislativo y, cumplida esta encomienda, se emite un juicio

de satisfacción o insatisfacción. O sea que el control es sobre la actividad de los jueces y no sobre los jueces.

3) La solución consagrada por el constituyente provincial se encuentra dentro de sus facultades autonómicas. Es decir, tiene respaldo en el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales.

4) La Constitución provincial no tiene que ser una copia exacta y precisa de la Constitución Nacional. No hay que olvidar, en este sentido, que "la Constitución Federal de la República Argentina se adoptó para su gobierno como Nación y no para el gobierno particular de las Provincias, las cuales según la declaración del art. 105, tienen derecho a regirse por sus propias instituciones, y elegir por sí mismas sus gobernadores, legisladores y demás empleados; es decir, que conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación..."(24).

5) La norma de la Constitución de la Provincia del Chubut no resulta idéntica ni igual a la establecida en la Constitución de la Provincia del Neuquén, ya que ésta consagra una evaluación periódica y de manera casi indeterminada, mientras que aquélla sólo instituye una evaluación única, y sólo para los ingresantes al Poder Judicial, motivo por el cual no puede señalarse que ello conlleve a una "inadmisibile presión" ni que pueda afectar "su desempeño con el consiguiente impacto en el servicio de justicia".

6) La competencia del Consejo de la Magistratura, en tal sentido, exhibe "una suerte de delegación indirecta ciudadana del derecho a controlar a sus funcionarios". Es decir, es una "herramienta institucional" con que cuenta "tanto el poder como el propio ciudadano para verificar el desarrollo de la conducta judicial dentro de los principios que fija (el) texto constitucional"(25).

7) Por lo demás, cabe destacar que "la determinación del buen o mal desempeño de un magistrado o funcionario judicial, así como sus aptitudes personales para el cargo es de una extraordinaria importan-

cia social y por ello (...) esta ponderación encomendada al Consejo de la Magistratura para determinar valores de actividad, comportamiento y actitudes en el desempeño de una función, es sin duda clave para obtener la adecuada respuesta social del servicio de justicia"(26).

La evaluación prevista por el art. 192 de la Constitución de la Provincia del Chubut, pues, es parte de un sistema instituido que –sin afectar las garantías de independencia e inamovilidad judicial– tiende a remediar las consecuencias de los nombramientos desacertados. No hay que olvidar, en este sentido, que "el crimen mayor que se puede cometer contra la justicia, después de la injusticia, es hacer que el pueblo pierda su fe en ella, haciéndose escéptico y desconfiado"(27). Y por ello, precisamente, en esta materia resulta imperioso tomar todas las precauciones posibles y organizar medios adecuados para la remoción de magistrados deficientes.

Voces: poder judicial - constituciones provinciales - constitución nacional - provincias - consejo de la magistratura - tratados y convenios - derechos humanos.

(1) Sobre este tema ver especialmente Fayt, Carlos, *El self-moving. Garantía de independencia del Poder Judicial. La inamovilidad de los jueces*, Buenos Aires, *La Ley*, 2000; G. Martin-Sarzeaud, *Recherches historiques sur l'inamovibilité de la magistrature*, Paris, *Libraires de la Cour de Cassation*, 1881 y Reca, Graciano, *Inamovilidad de los jueces*, Buenos Aires, *Talleres Gráficos Argentinos L. J. Rosso*, 1933. Sobre el concepto y fundamento de la inamovilidad judicial ver, específicamente, García, Adolfo, *El Poder Judicial. Estudio filosófico y bases prácticas para su organización completa en España*, Madrid, *Reus*, 1929, pág. 32 y sigs.

(2) "Amovibles, por ejemplo, eran los jueces ingleses antes de 1688, cuando permanecían en sus cargos mientras contaban con el beneplácito del rey. Amovibles eran los jueces españoles bajo la mo-

narquía absoluta, que con frecuencia permanecían toda la vida en el cargo pero podían perderlo en cualquier momento por la voluntad discrecional del monarca" (conf. Reca, Graciano, Inamovilidad..., cit., pág. 6).

(3) Asegurar la independencia del Poder Judicial es el motivo principal del principio de inamovilidad. Sin embargo, cabe señalar que también se han esgrimido otros argumentos en su favor. Así, se ha dicho que el período extenso de ejercicio de la magistratura, sumado a la idoneidad que debe poseer el juez, otorgan madurez y eficacia para el ejercicio de las funciones, y que la permanencia en el cargo alienta a juristas capacitados para desempeñar tareas judiciales, que rechazarían si ellas fueran de precaria duración (conf. Zarini, Helio, Análisis de la Constitución Nacional, 3ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1993, pág. 420).

(4) Dromi, José R., El Poder Judicial, Tucumán, UNSTA, 1982, pág. 49.

(5) Hostos, Eugenio M., Lecciones de derecho constitucional, París, 1908, pág. 448. En igual sentido se expresa Story: "Si los jueces son nombrados a cortos intervalos, sea por el Poder Legislativo, sea por el Ejecutivo, ellos estarán cierta y forzosamente en la dependencia del poder que los nombra. Si desean obtener un empleo o conservarlo, estarán dispuestos a dejarse influir por el poder que predomina en el Estado y a obedecerle. La justicia será administrada con mano desfalleciente; decidirá conforme a las opiniones del día y olvidará que los preceptos de la ley reposan sobre bases inmutables" (Story, J., cit. por Baeza, Carlos, Exégesis de la Constitución Argentina, Buenos Aires, Ábaco, 2000, t. 2, pág. 431). Sin embargo, fue Hamilton quien reseñó de la mejor manera posible las bases conceptuales de esta tesitura: "Los nombramientos periódicos, cualquiera que sea la forma como se regulen o la persona que los haga, resultarían fatales para esa imprescindible independencia (judicial). Si el poder de hacerlos se encomendase al Ejecutivo, o bien a la Legislatura, habría el peligro de una complacencia indebida frente a la rama que fuera dueña de él. Si se atribuyese a ambas, los jueces sentirían repugnancia a disgustar a cualquiera de ellas, y si se reservase al pueblo o a personas elegidas por él con ese objeto especial, surgiría una propensión exagerada a pensar en

la popularidad, por lo que sería imposible confiar en que no se tuviera en cuenta otra cosa que la Constitución y las leyes" (conf. Hamilton, Alexander - Madison, James - Hay, John, *The Federalist*, New York, The Modern Library, 1937. Versión castellana: *El Federalista*, J. M. Castillo [trad.], Buenos Aires, Imprenta del Siglo, 1868).

(6) Es que, como ya lo señalara Desjardins en sus *Etudes sur l'inamovilité de la magistrature* (Paris, 1880), los traslados obligados constituyen una de las trampas al principio de la inamovilidad de los jueces, al lado de los ascensos obligados y de las jubilaciones de oficio". Por lo tanto, ni siquiera un ascenso, que representa aparentemente un progreso de la carrera judicial, puede justificar el desplazamiento de un magistrado de su cargo, contra su propia y exclusiva voluntad (conf. Herrera, Julio, *Hacia una mejor justicia. Organización de la justicia federal*, 2ª ed., Buenos Aires, 1948, pág. 278). Al respecto, Alasseur, en su tesis sobre *L'inamovilité des juges et les constitutions française* dice que, para que la inamovilidad sea completa, debe comprender la imposibilidad de traslados y de ascensos contra la voluntad del interesado.

(7) La "aptitud", como dice Heredia, quiere significar tanto la habilidad física y psíquica, como la que se relaciona con los conocimientos jurídicos –aptitud técnica– e inclusive la que tiene que ver con la idoneidad moral, "que también queda implicada en esta fórmula empleada por este artículo" (conf. Heredia, José R., *La reforma en la Provincia del Chubut*, CEIPA, 1995, pág. 313).

(8) Los argumentos a favor de la estabilidad transitoria y a favor de la estabilidad permanente se encuentran descriptos de manera insuperable en Sagüés, Néstor P., *Poder Judicial: ¿Inamovilidad permanente o inamovilidad transitoria?*, en LL, 1982-B-751.

(9) Argumento citado por Montes de Oca, Manuel A., *Lecciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Imprenta y Litográfica La Buenos Aires, t. II, pág. 419.

(10) Grimke, Federico, *Naturaleza y tendencia de las instituciones libres*, París, Librería de Rosa y Bouret, 1870, t. II, pág. 149.

(11) Dana Montañó, Salvador M., *La independencia del Poder Judicial y la futura Constitución de Santa Fe*, en LL, 105-1119.

(12) Dana Montaña, Salvador M., La importancia de la independencia del Poder Judicial y de la inamovilidad de los jueces, como garantía de la misma, en LL, 92-991.

(13) Palabras del Convencional Ocantos en la Convención Constituyente de Buenos Aires de 1870-1873, citado por Reca, Graciano, Inamovilidad de los jueces, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos L. J. Rosso, 1933, pág. 77.

(14) Ver Acta n° 16 del 25-3-96.

(15) Para Sagües, inclusive, sería inconstitucional que las provincias establecieran otro sistema distinto del federal en materia de inamovilidad, ya que en tal caso se vulnerarían los principios de equilibrio y de separación de poderes (conf. Sagües, Néstor P., Poder Judicial..., cit.). En igual sentido, ver González Calderón, Juan A., Derecho constitucional argentino, Buenos Aires, Lajouane, 1931, t. III, pág. 421. En contra: Bidart Campos, Germán J., Manual de la Constitución reformada, Buenos Aires, Ediar, 1997, t. III, pág. 343.

(16) Conf. Reca, Graciano, Inamovilidad..., cit., pág. 85.

(17) Pérez Galimberti, Alfredo, Remoción, suspensión y sanción disciplinaria de magistrados y funcionarios judiciales en la Constitución de Chubut, en Boletín n° 2, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, año 1, vol. 1, n° 2, noviembre de 1999, pág. 67.

(18) Tribunal de Enjuiciamiento de la Provincia del Chubut, "Reuter, Javier Enrique s/Legajo de Evaluación N° 10/09 CM" (Expte. N° 39/2009), sentencia de fecha 22-6-10.

(19) Ídem.

(20) Ver, en este sentido, Sagües, Néstor P., Poder Judicial..., cit. En igual sentido, ver González Calderón, Juan A., Derecho constitucional..., cit., t. III, pág. 421.

(21) Gelli, María Angélica, Los exámenes de convalidación de los magistrados y la independencia judicial, en LL, 2010-B-1311.

(22) CS, 23-2-10, in re: "Federación Argentina de la Magistratura y otra c. Provincia del Neuquén s/acción declarativa de inconstitucionalidad", en El Derecho, Serie Especial Derecho Constitucional, 12-7-10, pág. 19.

(23) Conf. STJ Neuquén, 18-5-10, in re "Trincheri, Walter Richard y otro c. Provincia de Neuquén". Este fallo fue comentado por González Colantuono, Pablo A., Independencia judicial: ¿Un dilema de funciones estatales o de derechos?, en *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, 27-9-10, pág. 63 y por Márquez, Armando M., Evaluación de idoneidad y desempeño de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial, en *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, 27-9-10, pág. 69.

(24) CS, "Resoagli, Luis c. Provincia de Corrientes", 31-7-1869, Fallos 7:373; 317:1195; 327:3852; 329:5814, entre otros.

(25) González Colantuono, Pablo A., Independencia judicial..., cit., pág. 65.

(26) Saliva, Rafael A., Editorial, en Boletín n° 8 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, año 2, diciembre de 2002, pág. 7.

(27) Herrera, Julio, Hacia una mejor justicia..., cit., pág. 113.

La figura del juez de refuerzo en la provincia del Chubut

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: LLPatagonia 2010 (junio), 207

Cita Online: AR/DOC/4520/2010

[Consultado el 12/02/2020]

Sumario

I. Introducción.- II. Concepto.- III. Características.- IV. Causas que pueden motivar la designación de un juez de refuerzo.- V. Procedimiento para la designación de un juez de refuerzo. Condiciones impuestas por la Constitución de la Provincia del Chubut.- VI. Requisitos.- VII. Funciones.- VIII. Retribución.- IX. El Juez de Refuerzo y la garantía del juez natural.- X. Consideraciones finales.

I.- Introducción.

La Constitución de la Provincia del Chubut, como no podía ser de otra manera, ha consagrado al "servicio de justicia" (1) como un servicio de carácter permanente, es decir, con solución de continuidad y sin que circunstancias coyunturales puedan afectarla, suspenderla, o interrumpir su cometido.

Sin embargo, ocurre muchas veces que por distintas causas (vacancia temporaria o permanente, recusaciones, excusaciones, licencias, etc), los juzgados o tribunales encargados de impartirla se encuentran imposibilitados de hacerlo en forma adecuada y de acuerdo con lo previsto por la normativa constitucional y legal vigente, lo que implica -en la práctica- una eventual paralización o un severo entorpecimiento de tal servicio.

Lo expuesto, sin lugar a dudas, atenta contra la agilidad que debe esperarse en la tramitación de los procesos judiciales y, lo que es peor aún, conspira contra el derecho a la tutela judicial efectiva, que precisamente aspira a que los justiciables puedan obtener una respuesta de los órganos jurisdiccionales en tiempo y forma (2).

Por ello, y como forma de evitar el caos institucional que podría crear tal situación, los diferentes sistemas políticos han ideado distintos procedimientos o creado determinadas figuras tendientes a solucionar el problema que genera todo impedimento que inhabilita a un juez para ejercer su destino.

Félix Alberto Montilla Zavalía, en un enjundioso estudio (3), enseña que "para suplir la vacancia de un juez se han acuñado, básicamente, cinco denominaciones:

"1.) *Conjuez*: utilizada legalmente por primera vez por el art. 23 de la ley 50: es el abogado que no integra el órgano judicial, que ha sido llamado...para suplir en caso de recusación o inhibición de un magistrado. Su actuación es singular y se circunscribe a la causa que se somete a su juicio".

"2.) *Juez suplente*: término utilizado por primera vez en la ley de la Confederación Argentina del 28 de agosto de 1858. Las disposiciones normativas se refieren a este tipo de magistrado como: a.) Abogado designado conforme el procedimiento constitucionalmente establecido para nombrar magistrados con la finalidad de suplir una vacancia temporal. b.) Abogado que es designado, sin el procedimiento constitucionalmente establecido, para suplir una vacancia definitiva o temporal, pero con mandato temporalmente acotado hasta que se elija, mediante el sistema constitucional, al titular del órgano que suple. c.) Magistrado del mismo grado, o excepcionalmente de grado inferior que, por imperio de la Ley, suple a otro magistrado recusado o inhibido".

"3.) *Juez subrogante*: la legislación argentina utilizó el término subrogante por primera vez en la ley 24.937. Subrogar significa 'sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa'. Por lo tanto su significado es similar al de 'suplente'..."

"4.) *Juez en comisión*: término acuñado por la praxis constitucional. Existen tres interpretaciones: a.) Abogado nombrado para suplir una vacancia definitiva sin que se hubiera observado, por fuerza mayor, el procedimiento constitucionalmente establecido para ello... b.) Magistrado en funciones que, dispuesta la intervención política al órgano judicial, su designación se tornaba carente de estabilidad o de inamovilidad. c.) Abogado designado como magistrado por un gobierno de facto".

"5.) *Juez transitorio*: término acuñado por la ley 25.976. Es aquel magistrado designado para suplir una vacancia transitoria limitada temporalmente..."

Ahora bien: más allá de que la legislación provincial también establece algunas de estas figuras y la implementación de un régimen de subrogaciones para asegurar una correcta administración de justicia, como otra alternativa para solucionar o por lo menos para paliar el problema indicado anteriormente, la Constitución de la Provincia del Chubut crea una institución novedosa en este sentido: los jueces de refuerzo.

II.- Concepto.

Los jueces de refuerzo -también denominados "jueces de apoyo" por el Superior Tribunal de Justicia del Chubut o "magistrados provisionales" en un proyecto elaborado en la Provincia de Entre Ríos- están previstos en el art. 182 de la nueva Constitución Provincial de 1994 (4).

Se trata de abogados o funcionarios judiciales que tienen como misión descongestionar la sobrecarga de trabajo que tienen los

Tribunales de Justicia a través del dictado de sentencias, y de evitar la reiteración de los debates de los juicios orales.

Es decir que -como lo indica Edgar María de la Fuente- son una especie de "magistrados sui géneris" que actúan como "verdaderos e integrales cooperadores en la función de impartir justicia" (5). Complementan el servicio de justicia en cualquier órgano judicial que lo requiera y evitan, así, el movimiento de interinatos y suplencias, con mayores costos económicos y de tiempo (6).

Su actuación, como lo señala con total exactitud el art. 5 de la Ley V, N° 75 (Antes Ley 4.245) (que reglamenta la designación y actuación de jueces de refuerzo en los procesos de conocimiento regidos por el Código Procesal Civil y Comercial) tiene "carácter excepcional" y su fundamento en situaciones de imposibilidad de cumplimiento de los plazos legales para dictar sentencia definitiva en los procesos judiciales. Por lo tanto, su función se limita al dictado de la sentencia definitiva dentro de los términos de la ley y, dictada la misma, los autos deben ser devueltos al órgano jurisdiccional de origen para la prosecución de su trámite. Sólo se designan para el dictado de sentencias definitivas en procesos de conocimiento. En el caso de los procesos criminales y correccionales, integran el Tribunal o Juzgado en la etapa de debate y emiten su voto o dictan sentencia, respectivamente.

La idea que preside esta figura, pues, "es contar con un mecanismo absolutamente excepcional que sirva para cubrir aquellos -para decirlo vulgarmente- cuellos de botella que pueden producirse en un órgano jurisdiccional y que provocan un retardo en la prestación del servicio de justicia que puede implicar una negación del derecho de acceso a la jurisdicción. Esta figura excepcional permite, entonces, que en casos excepcionales se den soluciones excepcionales, que no pasan por crear órganos jurisdiccionales cuando la naturaleza de la deficiencia no amerita esa solución" (7).

Por consiguiente, su objetivo queda más que claro: es un mecanismo de carácter auxiliar que viene a complementar, más no a reemplazar, al procedimiento constitucional de designación de jueces. Y no aspira, por ende, a modificar o subvertir el orden de subrogancias sino que pretende dar una respuesta inmediata a una situación crítica.

Los jueces de refuerzo, pues, se limitan al dictado de las sentencias definitivas a fin de descongestionar la sobrecarga y desigualdades en el número de causas en trámite. Es decir, sólo son "jueces de sentencia"

De esta forma, lo único que hacen es reemplazar a los jueces subrogantes en la realización de este último acto procesal y, una vez cumplida su función, tienen que devolver la causa a éstos para su prosecución.

III.- Características.

a.) *Es una figura excepcional:* El juez de refuerzo no está concebido para circunstancias normales o para enervar o suplir el régimen o mecanismo de suplencias o subrogancias que establece la legislación vigente. Muy por el contrario, es un remedio excepcional de política judicial y, por lo tanto, recién cuando se dan determinadas contingencias que por su extensión o gravedad impiden la correcta prestación del servicio de justicia puede entrar a jugar esta figura. La idea es solucionar una situación excepcional y de tipo coyuntural a esas problemáticas que se plantean ante los organismos de justicia.

Por consiguiente, los jueces de refuerzo sólo pueden designarse en caso de "vacancia definitiva" de un órgano judicial (por destitución, muerte, renuncia o jubilación del magistrado titular); en caso de "vacancia temporal" (causada por una licencia o enfermedad *prolongada* del juez), o en el supuesto de existencia de gran cantidad de causas que se encuentren en estado de dictar sentencia y que determinen la imposibilidad de hacerlo en tiempo y forma. Y sólo en

tanto y hasta tanto subsista la circunstancia que conspira contra la correcta administración de justicia.

Los jueces de refuerzo, por consiguiente, no pueden ser designados para los supuestos de "vacancia singular" de un órgano jurisdiccional, es decir, para intervenir en una causa particular en la cual no haya juez por haberse inhibido el titular del Juzgado, o haber sido recusado por las partes [\(8\)](#).

Es que la figura -como podemos observar- apunta a solucionar una situación de tipo general que afecte a todas las causas o a una gran cantidad de ellas que tramiten por ante un órgano judicial determinado, y no para solucionar una situación de tipo individual o particular.

b.) *No forma parte de los "cuadros" del Poder Judicial:* el juez de refuerzo no goza de estabilidad vitalicia ni de intangibilidad en sus remuneraciones. Tampoco integra los "cuadros" propiamente dichos del Poder Judicial. Su designación es temporal y por un período que puede ser breve o extenso. Por lo tanto, su actuación es circunstancial y cesa en sus funciones cuando el magistrado titular se reincorpora, o cuando se soluciona la circunstancia coyuntural que motivó su designación.

La idea de los jueces de refuerzo, repito, no es la de integrar el Poder Judicial sino la de evitar la denegación de justicia asociada a la paralización de los tribunales vacantes o sobrecargados de trabajo.

Por lo tanto, su designación sólo tiene sentido si es llevada a cabo por un tiempo determinado y para las funciones específicas que enumera la Constitución Provincial, ya que aún cuando su adopción pueda ser recomendable, no funciona como sustituto perfecto de la figura de los jueces subrogantes de modo que permita concluir en la innecesariedad de estos últimos.

c.) *Su función es limitada*, ya que únicamente deben dictar sentencias a fin de descongestionar la sobrecarga y desigualdades en el número de causas en trámite y, eventualmente, participar en un juicio oral con el objeto de evitar la reiteración de los debates (art. 182 de la Constitución Provincial).

El juez de refuerzo, repetimos, es sólo un "juez de sentencia".

IV.- Causas que pueden motivar la designación de un juez de refuerzo.

Los jueces de refuerzo, como vimos, tienen por objeto descongestionar la sobrecarga de los órganos jurisdiccionales y las desigualdades en el número de causas en trámite ante ellos.

Por lo tanto, las razones que justifiquen su designación pueden ser las siguientes:

1.) "Vacancia definitiva" de un órgano judicial (por destitución, muerte, renuncia o jubilación del magistrado titular)

2.) "Vacancia temporal" causada por una licencia o enfermedad *prolongada* del juez, o por una suspensión en el cargo (art. 212 de la Constitución Provincial). También por "las situaciones que surgen del uso de la facultad de Superintendencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, donde por sumarios administrativos se pueden aplicar suspensiones de hasta 30 días..." (9).

3.) Existencia de gran cantidad de causas que se encuentren en estado de dictar sentencia y que determinen la imposibilidad de hacerlo en tiempo y forma, lo que generalmente sucede por tres circunstancias:

3.a.) Por un crecimiento exacerbado de la litigiosidad que no tiene su correlato en la infraestructura adecuada de organismos que de respuesta adecuada a los justiciables (10).

3.b.) Por la existencia de juzgados únicos con competencia múltiple que se ven desbordados en sus tareas.

3.c.) Por la existencia de jueces que se subrogan entre sí donde cada uno tiene que hacerse cargo de los expedientes en los cuales -por razones legales- no puede intervenir el otro.

V.- Procedimiento para la designación de un juez de refuerzo. Condiciones impuestas por la Constitución de la Provincia del Chubut.

El iter que conlleva a la designación de un juez de refuerzo debe buscarse en distintas normas y puede sintetizarse así: 1.) Convocatoria pública a inscripción a los abogados y a los magistrados y funcionarios judiciales, y confección de una lista de jueces de refuerzo 2.) Decisión de disponer la actuación de los jueces de refuerzo. 3.) Designación del juez de refuerzo.

1.) *Convocatoria pública a inscripción a los abogados y a los magistrados y funcionarios judiciales, y confección de una lista de jueces de refuerzo:* Según el art. 31 de la Ley V, N° 70 de Integración y Procedimiento del Consejo de la Magistratura (Antes Ley 4.086), "a pedido del Superior Tribunal de Justicia, se convocará públicamente a inscripción, por un término no menor a quince días, a los abogados y magistrados y funcionarios judiciales retirados o jubilados de la provincia, quienes deben acreditar los requisitos constitucionales para el desempeño en el cargo y, en lo pertinente, adecuar su presentación a lo previsto por el Reglamento Anual de Concursos. Vencido el plazo de presentación, el Presidente convocará al Pleno para examinar los antecedentes de los postulantes, recibirlos en audiencia de evaluación y designar, sobre tales bases, a los Jueces de Refuerzo para cubrir la necesidad del servicio de justicia, requerida".

Varias consideraciones se imponen al respecto:

1.) Si bien la redacción del tercer párrafo del art. 182 de la Constitución Provincial sólo habla de la posibilidad de designar "abogados" como Jueces de Refuerzo, se ha entendido que tal concepto debe ser interpretado en su sentido más amplio y abarcar también a los magistrados y funcionarios judiciales jubilados o retirados, y aún a los funcionarios del Poder Judicial que se encuentren en ejercicio de sus funciones, aunque no posean acuerdo legislativo, pero que reúnan las condiciones constitucionales para ser jueces. Y así lo establece, en forma expresa, el art. 7° de la Ley V, N° 75.

Cabe señalar, al respecto, que esta cuestión fue motivo de arduas polémicas, ya que la ley original que reglamentaba el tema (n° 4.245) nada decía al respecto y hasta daba a entender que esta función quedaba limitada para los abogados matriculados.

Sin embargo, este escollo fue superado con el cambio introducido por la Ley 5.150 y de acuerdo al proyecto enviado por el Superior Tribunal de Justicia, que expresamente modificó el art. 7° de la ley 4.245 y señaló que "la actuación como juez de refuerzo no será incompatible con el ejercicio de la profesión; las percepciones de remuneraciones públicas o privadas, ni con la percepción de pasividades del Estado Nacional, Provincial ni Municipal, Entes Autárquicos o Sociedades o Empresas Públicas. *Ni tampoco lo será respecto a los funcionarios del Poder Judicial, aún cuando no posean acuerdo legislativo, pero reúnan las condiciones constitucionales para ser jueces*".

En tal oportunidad, el miembro informante indicó que: "el artículo 182 de la Constitución Provincial, cuya letra y espíritu está proyectado hacia los abogados de la matrícula, no prohíbe taxativamente que los abogados del Poder Judicial, que reúnan los requisitos constitucionales, puedan aspirar a ocupar el cargo de jueces de refuerzo".

2.) Los aspirantes deben adecuar su presentación a lo previsto por el Reglamento Anual de Concursos del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut.

De esta manera, todos los postulantes deberán acreditar inexcusablemente el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para el cargo al que aspiran, y detallar sus antecedentes, acompañando los comprobantes de la información suministrada, en el siguiente orden. 1. Datos personales y familiares: a) Apellido y nombres completos del postulante. b) Domicilio real actual y anteriores en el plazo de cinco años, número de teléfono y fax. c) Fecha y lugar de nacimiento. d) Si es argentino nativo o naturalizado: En este último caso, fecha y autoridad que otorgó la naturalización. e) Tipo y número de documento de identidad que posea. f) Estado Civil. g) Nombre y apellido completo de los padres, cónyuge e hijos 2. Cargo al que aspira: a) Acreditación de los requisitos exigidos por la Constitución de la Provincia. 3. Antecedentes Científicos, Técnicos y Profesionales: a) Estudios cursados. Se consignarán todos aquellos que el interesado puede comprobar por la pertinente certificación. b) Empleos o funciones desempeñados de carácter público, honorario o rentado por designación o elección. Se indicará su carácter (titular, suplente, interino, etc.), ascensos, licencias extraordinarias concedidas en los últimos cinco -5- años, sanciones disciplinarias aplicadas y causas de cesación. c) Poder Judicial. En su caso fecha de ingreso al Poder Judicial o Ministerio Público, cargos desempeñados, licencias extraordinarias concedidas en los últimos cinco -5- años, pérdidas de jurisdicción, sanciones disciplinarias aplicadas, con indicación de fecha y motivo. Resumen anual de las estadísticas correspondientes al organismo donde se desempeñara en el curso de los últimos tres años, debidamente certificado. Si el postulante registrara Legajo en el Consejo de la Magistratura, se adicionará. d) Empleos o funciones de carácter privado. Tratándose de ejercicio profesional de la abogacía, descripción de la jurisdicción ante la que actuara, fuero, tipo y volumen de trabajos. e) Ejercicio de la docencia. Cargos desempeñados, describiendo modo de designación, períodos, y licencias extraordinarias de que hubiera gozado. f) Todo otro dato objetivamente comprobable en orden al

desempeño laboral y profesional. g) Trabajos publicados, con especificación de naturaleza, títulos, editorial, obra y lugar en que aparecieron. h) Conferencias dictadas, con certificación de fecha, lugar e institución patrocinante. i) Congresos, mesas redondas o cualquier otro acto colectivo de carácter científico o técnico en que haya participado, indicando la representación investida, fecha en que tuvieron lugar, institución patrocinante, tema desarrollado, designaciones que hubiera recibido, trabajos presentados, distinciones académicas, menciones honoríficas, etc. j) Instituciones científicas o profesionales a las que pertenezca, con indicación de nombre, domicilio de su sede, carácter de la institución, calidad que inviste en ella, y cargos que hubiera desempeñado. k) Instituciones comerciales y civiles de la que forma parte o en las que tuviera intereses. Sólo se admitirá la documentación recepcionada en Secretaría, en original o fotocopia certificada. Todos los datos que brinde el postulante cumplimentando los requisitos de su postulación, tendrán el carácter de declaración jurada [\(11\)](#).

Además los aspirantes deben presentar certificado médico de aptitud psicofísica emanado de un organismo de salud pública, como así también los siguientes certificados:

a) Del Colegio o de los Colegios de Abogados y/o de los Poderes Judiciales, según cual fuere el organismo que tenga el gobierno de la matrícula, donde conste fecha de matriculación, si mantuvo durante ese lapso la habilitación para el ejercicio profesional y antecedentes disciplinarios. En caso de que existieren sanciones disciplinarias deberá acompañar copia certificada de la causa y de la resolución que hubiera recaído sobre ella. En todos los casos la documentación será complementada con una declaración jurada completada y suscripta por cada uno de los postulantes antes de cada concurso.

b) De antecedentes expedido por el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal.

c) El concursante deberá declarar si ha estado sujeto o se encuentra sujeto a proceso penal actual, debiendo en su caso informar juzgado o ministerio público fiscal interviniente, estado del proceso, si existió requerimiento fiscal de instrucción y/o requerimiento de elevación de la causa a juicio y/o acto procesal análogo y/o en su caso si existió sentencia condenatoria, debiendo presentar copia certificada de las actuaciones [\(12\)](#).

3.) El pleno (es decir, todos los integrantes) del Consejo de la Magistratura debe examinar los antecedentes de los postulantes, recibirlos en audiencia de evaluación y designar, sobre tales bases, a los Jueces de Refuerzo.

Si bien esa "audiencia de evaluación" no es técnicamente un concurso de oposición y antecedentes, en realidad cumple con la misma finalidad y consiste, generalmente, en un coloquio y/o en un examen escrito en el cual el aspirante tiene oportunidad de demostrar sus conocimientos o habilidades [\(13\)](#).

Una vez efectuada la audiencia de evaluación, el Consejo de la Magistratura debe confeccionar una nómina de jueces de refuerzo (conf. art. 2º, inc. c.) de la Ley V, N° 75), la cual será utilizada por el Superior Tribunal de Justicia para seleccionar el juez respectivo en oportunidad de disponer la actuación del juez de refuerzo.

De esta manera, queda bien en claro que el juez de refuerzo debe estar "predeterminado", pues esto es precisamente lo que asegura la garantía del "juez natural" [\(14\)](#).

Y ello también es coherente con la finalidad del instituto, que aspira precisamente a que cuando se requiera la asistencia de estos "jueces de apoyo", la misma esté disponible en forma inmediata.

Todo esto estaba clara y correctamente estipulado en la ley originaria que reglamentaba el tema (ley 4.245), ya que su art. 7 señalaba que "el Consejo de la Magistratura, de conformidad con el proce-

dimiento que adopte, elaborará un listado de abogados que reunieran las condiciones para desempeñarse como Juez Letrado y otro de quienes estén en condiciones de desempeñarse como Juez de Cámara", por Circunscripciones, mientras que el art. 8 disponía que "el Superior Tribunal de Justicia, al hacer uso de la atribución del artículo 2º de esta ley, practicará un sorteo del listado de jueces de refuerzo correspondiente a la Circunscripción Judicial en que tenga asiento el órgano jurisdiccional a reforzar".

Sin embargo -nos enseña LOBOS-, tal sistema "traía grandes complicaciones e ineficacia para el cumplimiento de la finalidad pretendida, toda vez que se obligaba a llamar a inscripción una vez por año, no pudiéndose completar, generalmente, el listado por Circunscripciones, lo que obligaba a practicar tres o más llamados anuales, que en varias ocasiones no fueron cubiertos por falta de necesidades del servicio. Estas razones motivaron al Pleno del organismo a elevar a la Legislatura Provincial un proyecto de reforma, que en base a la experiencia recogida, modificara parcialmente al sistema de designación, lo que fuera acogido por la Ley N° 4.673, que establece que los Jueces de Refuerzo son designados por el Consejo de la Magistratura, a pedido del Superior Tribunal de Justicia, debiendo reunir los postulantes los requisitos de los jueces titulares de los órganos jurisdiccionales ante los que actuarán" [\(15\)](#).

Más allá de la bondad de los motivos y de la finalidad perseguida, entiendo que tal reforma conspiró contra la correcta interpretación de la figura.

Es que, como vimos, la confección de una lista -como lo preveía la ley originaria y como entiendo que debe seguir haciéndose-, al predeterminar a la persona que puede ocupar tal cargo, asegura la garantía del juez natural y deja de lado la posibilidad de cualquier elección arbitraria o de cualquier suspicacia en la decisión de designar un juez de refuerzo.

2.) *Decisión de disponer la actuación de los jueces de refuerzo*: le corresponde al Superior Tribunal de Justicia, y puede ser dispuesta de oficio, a petición del órgano jurisdiccional a reforzar, o a pedido de parte (art. 3º, Ley V, N° 75). Es una facultad propia y privativa de este órgano constitucional.

Sin embargo, la Constitución Provincial también le establece a la cabeza del Poder Judicial determinadas condiciones sobre este punto. Ellas son:

1.) La decisión debe ser adoptada por "el pleno" del Superior Tribunal de Justicia, es decir, con todos sus integrantes. No puede hacerlo, por ende, una sola de sus salas.

2.) La decisión de disponer la actuación de jueces de refuerzo debe tomarse por tiempo limitado, ya que la propia Constitución establece que ella puede disponerse "por determinados lapsos".

3.) El Superior Tribunal de Justicia, en oportunidad de ejercer esta facultad, debe respetar lo que señale la reglamentación vigente. O sea, debe respetar la Ley V, N° 75 (Antes Ley 4245, modificada por las leyes 4.673 y 5.150) que reglamenta "la designación y actuación de jueces de refuerzo en los procesos de conocimiento regidos por el Código Procesal Civil y Comercial y los procesos criminales y correccionales en la etapa de debate y sentencia" (art. 1º Ley V, N° 75) [\(16\)](#).

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, el art. 2º de la Ley V, N° 75 (Antes Ley 4.245) dispone que, al hacer uso de tal atribución, el Superior Tribunal de Justicia debe determinar:

a.) El Juzgado o Cámara en que se desempeñará el o los jueces de refuerzo.

b.) El período de actuación (ya que, como vimos, se trata de una función limitada en el tiempo).

c.) El profesional que actuará como juez de refuerzo, el que será desinsaculado de la lista confeccionada por el Consejo de la Magistratura conforme lo dispone el artículo 192 inciso 6° de la Constitución Provincial.

d.) Los procesos judiciales en los cuales el juez de refuerzo designado dictará sentencia".

La desinsaculación, como vimos, debe hacerse de una lista previamente confeccionada por el Consejo de la Magistratura. Hago hincapié en este tema porque, en la práctica y como traté de explicarlo, ello no ocurre así (por la circunstancia apuntada anteriormente) sino que, por el contrario, en la actualidad el Superior Tribunal de Justicia inicia el pedido y partir de allí se pone en práctica el mecanismo del Consejo de la Magistratura, lo que a todas luces -repito una vez más- violenta la garantía del juez natural y despoja de seguridad jurídica a la actuación de estos jueces, haciendo aplicable la doctrina sustentada por la Excma. Corte Suprema de Justicia en la causa "Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación" [\(17\)](#).

Y es más: para hacer más objetiva la desinsaculación, considero que tal selección debe hacerse por sorteo público en orden preferente entre quienes hayan concursado y aprobado la "audiencia de evaluación" prevista por el "Reglamento Anual de Concursos de Antecedentes y Oposición y de evaluación de ingresantes al Poder Judicial" del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, para garantizar la objetividad del procedimiento y evitar cualquier sospecha al respecto.

3) *Designación del juez de refuerzo.* La decisión de disponer la actuación de los jueces de refuerzo le corresponde al Superior Tribunal de Justicia, en pleno. Sin embargo, la designación de ellos debe hacerla el Consejo de la Magistratura (art. 192, inc. 6° de la Constitución Provincial y art. 6° de la Ley V, N° 75).

Es decir que una vez desinsaculado el juez de refuerzo por parte del Superior Tribunal de Justicia, aquél debe ser designado por el Consejo de la Magistratura

La designación se perfila como el acto jurídico a través del cual el candidato es nombrado para desempeñar el cargo judicial (18), y se hace a través de una acordada, que "es el instrumento por el cual se formalizan las decisiones del organismo" (19).

Tal designación, de acuerdo con el art. 10 de la Ley V, N° 75, sólo puede efectuarse luego del llamamiento de autos para sentencia en primera instancia y luego del sorteo a que alude el artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial en segunda instancia. La designación suspende el curso del plazo para dictar sentencia hasta el momento en que aquélla quede firme. La designación se notifica a las partes por cinco días a efectos de que ejerzan el derecho a recusar con expresión de causa, de conformidad con los artículos respectivos del Código Procesal Civil y Comercial.

Y en los procesos criminales y correccionales, la designación del juez de refuerzo debe efectuarse antes de la citación a juicio y ponerse en conocimiento del Ministerio Público Fiscal y las partes conjuntamente con la citación, a fin de que dentro de los términos previstos por el Código Procesal Penal recusen al juez de refuerzo si lo estiman pertinente (art. 11).

Vale destacar, sobre este aspecto, que la Acordada n° 1152/10 del Consejo de la Magistratura (de fecha 17 de febrero de 2010) modificó el Reglamento de Organización y Funcionamiento de dicho organismo y agregó el siguiente párrafo: "Recibido el pedido del Superior Tribunal de Justicia el Consejo de la Magistratura verificará que el mismo se ajuste a la reglamentación legal vigente (Ley V, N° 75).

Con esta modificación -sugerida por el suscripto a la Comisión de Reglamento del Consejo de la Magistratura- se quiso lograr que las designaciones de los jueces de refuerzo cumplan con el art. 2°

de dicha ley, fundamentalmente: que se fije su período de actuación, y que se establezcan los procesos judiciales en los cuales el juez de refuerzo designado dictará sentencia.

VI.- Requisitos.

Tanto la Constitución Provincial como la Ley V, N° 75 reglamentaria de esta figura establecen que los jueces de refuerzo deben reunir los mismos requisitos de los jueces titulares de los órganos jurisdiccionales ante los que actuarán.

Cabe recordar, al respecto, que los requisitos para ser juez o funcionario judicial están consagrados en el art. 164 de la Ley Suprema Provincial y son idénticos para todos los grados en que se escalona el Poder Judicial, a saber (20):

a.) *Ciudadanía argentina*, lo cual excluye a quienes no la tienen (21).

b.) *Título de abogado*, que acredita como base conocimientos técnicos de la ciencia del Derecho, es decir, versación jurídica. Esta validación oficial a la capacitación educativa es un criterio objetivo que determina la comprensión mínima exigible para el dominio de una ciencia (22).

c.) *Antigüedad en el ejercicio de la abogacía o cargo judicial*: La antigüedad mínima exigida varía según el grado: doce años para los miembros del Superior Tribunal de Justicia, Procurador General o Defensor General; diez años para Juez de Cámara o funcionario judicial equivalente y siete años para Juez Letrado de Primera Instancia o funcionario judicial equivalente.

El problema que se presenta con relación a este punto es interpretar si la antigüedad en el "ejercicio de la abogacía" debe entenderse -o no- como "antigüedad en el título".

Sobre el tema, el Superior Tribunal de Justicia dijo lo siguiente: "Si bien es cierto que no hay duda que antigüedad en el título de abogado y antigüedad en el ejercicio de la abogacía no son sinónimos, ello no autoriza a interpretar que el ejercicio debe ser de la profesión de abogado excluyendo la magistratura o la función judicial. En igual sentido, si el cargo tribunalicio cumplido por el candidato requería título de abogado para desempeñarlo (por ejemplo, como secretario de juzgado, fiscal, defensor, etc.) ha existido actuación en virtud de tal diploma" (23).

"Los años de ejercicio deben interpretarse no como de ejercicio de la profesión liberal correspondiente al abogado; puede bastar el ejercicio de cualquier cargo, función o actividad -públicos o privados- que exigen la calidad de abogado" (24).

"Que sentado ello, ha de señalarse respecto a la manda constitucional (art. 164 de la Constitución Provincial) que cuando deban analizarse los requisitos o calidades que un magistrado debe reunir...ha de considerarse que se ejerce la profesión de abogado, tanto litigando ante el estado, como ejerciendo la magistratura o funciones judiciales, en cargos que requieran poseer título de abogado, con exclusividad" (25).

"Se observa que la finalidad del precepto es asegurar desde la experiencia la idoneidad del juez, la que no se ve alterada en absoluto con esta interpretación" (26).

Dado que es la propia Constitución la que regula los requisitos para ser juez o funcionario judicial, ellos no pueden ser ampliados por ley (27). Se trata de una materia sustraída por el poder constituyente a la competencia del poder constituido (28).

VII.- Funciones.

Los jueces de refuerzo, como ya hemos visto, han sido previstos para cumplir las siguientes funciones:

a.) En primer lugar, "para evitar la reiteración de los debates" en los tribunales de juicio oral (art. 182 de la Constitución Provincial).

Por el principio de inmediación (en virtud del cual se procura asegurar que el juez o tribunal se encuentre en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso), es absolutamente imprescindible que los jueces de refuerzos presencien el desarrollo de todo el debate.

Por ello, precisamente, el art. 6º de la Ley V, N° 75 expresamente dispone que "en el caso de los procesos criminales y correccionales, integran el Tribunal o Juzgado en la etapa de debate y emiten su voto o dictan sentencia, respectivamente", lo cual deben hacerlo "dentro de los plazos legales" ya que de lo contrario pierden el derecho a percibir los honorarios pendientes de pago por dicha causa (art. 13 Ley V, N° 75).

b.) Y, en segundo término, para "dictar sentencias a fin de descongestionar la sobrecarga y desigualdades en el número de causas en trámite".

Como lo destaca Heredia, se trata de un medio eficaz destinado a alivianar la actividad jurisdiccional "cuando resulte inevitable la creación de nuevos órganos, que recargan los presupuestos y más de una vez multiplican los problemas existentes" (29).

Las causas o motivos de esa sobrecarga de trabajo, repetimos, pueden ser varias: enfermedad, muerte, renuncia, suspensión o destitución del juez titular de un juzgado, ingreso excesivo de expedientes, etc. (30).

Lo que se pretende, en consecuencia, es "cubrir una urgencia real e inmediata" (31), solucionar "una necesidad eventual" (32).

Ahora bien: ¿La función del juez de refuerzo debe limitarse al dictado de sentencias definitivas o, por el contrario, pueden también cumplir idénticas funciones que las que realiza el Juez Titular?

El tema, destaco, ha dado origen a varios planteos y problemas. Inclusive fue motivo de debate en el ámbito del Consejo de la Magistratura (33) y de diversas presentaciones por parte del Colegio Público de Abogados de Esquel en oportunidad de designarse un juez de refuerzo en el Juzgado Civil, Comercial y Laboral en el año 2009 (34).

Dos son las posturas:

1.) Según una posición, los jueces de refuerzo no sólo están habilitados para el dictado de las sentencias sino que también pueden actuar en otros trámites normales del proceso.

Se basa en el principio "quien puede lo más puede lo menos" y es la interpretación que ha efectuado, sobre el tema, el Superior Tribunal de Justicia: "El razonamiento que lleva esta interpretación es sencilla ya que sería una contradicción que quien puede emitir el fallo, atributo máximo de la jurisdicción, se encuentre inhabilitado para ejercerlo en un grado menor como son los actos anteriores a la decisión. Debe recordarse que el Texto Fundamental ha legislado al respecto a los efectos de prever situaciones que pongan en peligro el servicio de justicia sea por sobrecarga o desigualdad, y así ha recogido el mandato la ley reglamentaria cuando predica que los jueces tienen carácter excepcional y su fundamento está en la imposibilidad de realizar la ley de modo adecuado, mecanismo atinado si lo hay, de garantizar derecho especialmente reconocidos en la Carta Provincial (artículo 18.9) como lo son el de las personas de acceder a la jurisdicción y a la defensa de sus capacidades en un tiempo razonable (artículo 44 ídem) (35).

De igual manera, el Máximo Tribunal también señaló, en otras oportunidades, que esta creación constitucional -jueces de Refuerzo-, no es sino uno de los medios, ajenos hasta el momento a la ortodoxia

del sistema, que procura materializar en una significación distinta la realización de la justicia, buscando un modelo más perfecto, o mejor diseñado para su adecuado funcionamiento, para satisfacer así a la comunidad que a su vez es su Juez, y que espera de este Poder el cumplimiento efectivo del mandato -incluidos en los preámbulos de las Cartas Magnas Nacional y Provincial- de afianzar la justicia, de asegurar la paz jurídica y social, con un predicado de mayor eficacia (36). Se diseña así un sistema que permite cubrir las necesidades inmediatas de la administración de justicia y se aplica el instituto del Juez de Refuerzo para satisfacerlas, siempre en el marco de una interpretación dinámica y sistemática del texto constitucional y de las leyes reglamentarias. Puede entonces ese Magistrado provisional, cumplir acabadamente todas las tareas que son de competencia de sus pares (37). Es que, sería una contradicción que quien puede emitir el fallo, atributo máximo de la jurisdicción, se encuentre inhabilitado para ejercerlo en un grado menor como son los actos anteriores a la decisión.

Además, los sostenedores de esta postura se han basado en una interpretación operativa y no literal de la norma constitucional. "Deben considerarse las directivas, máximas, reglas o cánones de interpretación porque la argumentación jurídica opera con un alto contenido de patrones argumentativos que se van ensamblando según las finalidades del discurso (Enrique Zuleta Puceiro "La Interpretación de la Ley" p. 79 Ed. La Ley). Entre la directiva transcategoría o intencional, la Corte tiene dicho que, "por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de los jueces indagar lo que estas dicen jurídicamente. En esta interpretación no cabe prescindir de la palabra de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere" (LA LEY, 1983-C, 553; LA LEY, 131-771). En esa inteligencia, las leyes resultan irrazonables cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta inequidad. Consecuentemente, los jueces debemos inclinarnos a aceptar la legitimidad, si tenemos la certeza de que expresan con facilidad la conciencia jurídica y moral de la comunidad y es tema específico del

Poder Judicial e indispensable para el ejercicio de su ministerio, la determinación del sentido jurídico de las normas en función de las circunstancias del caso. Es que, las leyes deben interpretarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que la informan y de la manera que mejor se compadezcan con los principios y garantías constitucionales en tanto con ellos no se fuerce indebidamente la letra o el espíritu del precepto que rige el caso (Conf. LA LEY, 1992-C- 476) [\(38\)](#).

2.) Según la posición antagónica, en cambio, los jueces de refuerzo deben limitarse al dictado de sentencias definitivas.

Apoyan su postura en la finalidad perseguida por el instituto, y en los textos de la Constitución Provincial ("los jueces de refuerzo tienen como misión dictar sentencias a fin de descongestionar la sobrecarga y desigualdad en el número de causas en trámite") y de la ley reglamentaria (arts. 5, 10 12 de la Ley V, N° 75).

Entiendo que esta posición es la correcta. Ello, por los siguientes motivos:

a.) La propia Constitución Provincial señala que la función de los jueces de refuerzo es la de "dictar sentencias". Por lo tanto, y más allá del fundamento y de la naturaleza jurídica de los jueces de refuerzo (que determina la improcedencia de la tesis antes enunciada, como se explicará más adelante), hay que tener presente -siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- que en la aplicación de la Constitución cada palabra debe tener su fuerza debida y su propio significado, porque resulta evidente de todo su conjunto, que ninguna palabra ha sido innecesariamente usada ni inútilmente agregada". Por consiguiente, si la Constitución habla de "dictar sentencias", le debemos dar a esa frase todo el valor que tiene y no ampliarlo a otro tipo de actos, más aún teniendo en cuenta que la ley reglamentaria específicamente alude a "sentencias definitivas" [\(39\)](#).

Es cierto, sí, que la norma constitucional resulta más amplia en cuanto al sentido previsto para la competencia de los jueces de re-

fuerzo que la Ley V, N° 75 que reglamenta su ejercicio (la Constitución, como vimos, dice "dictar sentencias", mientras que la ley reglamentaria expresa "dictar sentencias definitivas"). Pero ello no debe hacernos caer en el error de señalar que ésta es inconstitucional, ya que la ley reglamentaria elige una alternativa razonable de entre las posibles y ella, además, es coherente con la finalidad que persigue el art. 182 de la Ley Suprema Provincial.

b.) La finalidad de la norma fundamental también abona esta postura. Es que los jueces de refuerzo no han sido instituidos como "jueces suplentes" por la Constitución Provincial, sino únicamente como "jueces de sentencia" destinados a descongestionar la sobrecarga y desigualdad en el número de causas en trámite.

El hecho de que, por razones que ignoramos, la figura se haya desvirtuado en la práctica, no autoriza bajo ninguna circunstancia otorgarles a los jueces de refuerzo una función no querida por la Constitución Provincial.

c.) Además, hay que tener presente que el sistema de nombramiento de los jueces de refuerzo difiere sensiblemente del sistema de designación de los demás jueces (entre los cuales se encontrarían los jueces subrogantes), porque se trata de solucionar provisionalmente la situación generada por una circunstancia coyuntural, con la finalidad de que no se vea menoscabada o impedida la función judicial.

Por lo tanto, de ejercer el juez de refuerzo las mismas funciones que la de un juez subrogante, estaría ejerciendo un cargo sin cumplir las prescripciones constitucionales para su designación, afectándose las garantías del debido proceso y del juez natural.

d.) Su actuación es excepcional y, por consiguiente, sus competencias deben ser interpretadas con criterio restrictivo.

e.) La tesis contraria ocasiona más problemas que soluciones. Es que la designación de un juez de refuerzo puede generar -en virtud

de la actuación paralela- un verdadero conflicto con el juez titular o subrogante del juzgado respectivo. Por consiguiente, lo que quiso la Constitución provincial -como forma de evitar una superposición de competencias- es que aquél se limite o circunscriba a dictar las sentencias definitivas en un determinado número de causas que se encuentren en ese estadio procesal, y dejar todo lo demás -esto es, el despacho diario, el manejo de personal, etc. a cargo del juez titular o subrogante del juzgado respectivo, según corresponda.

f.) La Ley V, N 75 refuerza todo lo dicho, ya que:

1.) Indica que el Superior Tribunal de Justicia debe determinar, al momento de disponer la actuación de jueces de refuerzo, los procesos judiciales en los cuales dictará sentencia.

2.) Expresa que una vez dictada la sentencia definitiva de procesos de conocimiento, "los autos deben ser devueltos al órgano jurisdiccional de origen para la prosecución del tramite".

3.) Dispone, en su artículo 10, que la designación del juez de refuerzo solo puede efectuarse luego del llamamiento de autos para sentencia en primera instancia y luego del sorteo al que alude el artículo 271 del Código Procesal, Civil y Comercial en segunda instancia, lo que hace imposible que pueda realizar actos procesales previos a esa etapa [\(40\)](#).

4.) Distingue en todo su articulado al "juez de refuerzo" con el juez de la causa, para que no quede ninguna duda de la función específica que le incumbe a aquéllos.

5.) Consagra expresamente que otros actos procesales, como por ejemplo la notificación de la sentencia y la continuación del trámite, son competencia del juez de la causa y no del juez de refuerzo (art. 10).

6.) Señala que, para cumplir con la misión encomendada, "los autos le son entregados en préstamo a tal fin", lo que da a entender que no se le puede exigir al juez de refuerzo la presencia física permanente en el Juzgado, ni que trabaje en el ámbito físico de éste.

g.) La figura del juez de refuerzo, como ya hemos dicho, no funciona como sustituto perfecto de la figura de los jueces subrogantes de modo que permita concluir en la innecesariedad de estos últimos.

Y tampoco obsta lo expuesto la circunstancia de que el art. 9º de la Ley V, N° 75 exprese en su último párrafo que en el caso que el juez de refuerzo sea un funcionario del Poder Judicial, desarrollará "las actividades del Juez que refuerza" y percibirá la diferencia salarial entre los cargos, ya que:

1.) Dicha norma se refiere a la retribución del juez de refuerzo y no a las funciones específicas de éste, las cuales están establecidas claramente en el art. 5 de la Ley V, N° 75. De esta manera, la norma especial debe prevalecer sobre la norma general. Además, hay que destacar que el art. 9 en su texto original no contenía esta última parte, sino que ella fue agregada mediante la Ley 5.150 que modificó la Ley 4.245. Y, en lo que aquí nos interesa, puede observarse en el Diario de Sesiones que lo que se quiso hacer en tal oportunidad fue equiparar la remuneración de los jueces de refuerzo con la remuneración de los jueces que iban a reemplazar ("partiendo del principio de que a igual trabajo corresponde igual remuneración", dijo el miembro informante), pero bajo ninguna circunstancia modificar las funciones de los jueces de apoyo que, por otra parte y como vimos, están expresamente establecidos en la Constitución Provincial.

2.) Tal artículo aparece "descolgado" de las restantes normas que contiene la Ley V, N° 75 y no respeta al resto de su articulado. Tampoco aparece coherente con la finalidad y el texto de la Ley Fundamental, motivo por el cual es manifiestamente inconstitucional y no puede ser aplicada (arg. art. 10 de la Constitución Provincial).

3.) La citada disposición es, además, inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad. ¿Por qué un funcionario judicial puede desarrollar las mismas actividades del Juez que refuerza y por qué no puede hacerlo un abogado de la matrícula que, como vimos, fue inclusive la persona en la que se pensó originariamente para satisfacer a esta nueva figura?

Finalmente, hay que decir que ningún Acuerdo o Resolución del Superior Tribunal de Justicia puede servir de base para ampliar las facultades que la Constitución Provincial y la ley reglamentaria han establecido para los Jueces de Refuerzo.

Es que si bien es cierto que el Máximo Tribunal es el órgano cabeza del Poder Judicial y por ende cuenta, en el régimen de la Constitución Provincial, con iniciativa parlamentaria (art. 176 de la Const. Prov.) y con un control atípico de constitucionalidad (art. 175 de la Const. Prov.), carece de la facultad reglamentaria de las leyes, que pertenece al Poder Ejecutivo. Menos puede suplir las omisiones del legislador por sí, esto es, sin expresa previsión de la misma ley. La atribución del art. 178 de la Constitución Provincial para dictar acordadas conducentes al mejor servicio de justicia, claro está, no quiebra el principio de la separación de poderes ni de allí puede extraerse la facultad de reglamentar leyes o de legislar autónomamente. Mucho menos de efectuar interpretaciones "contra la ley" [\(41\)](#).

VIII.- Retribución.

El tema está previsto en el art. 9º de la Ley V, N° 75: "los jueces de refuerzo sólo percibirán retribución por el período de su actuación efectiva ante un órgano jurisdiccional".

En cuanto al monto de la remuneración, la ley originaria (N° 4245) establecía que "en ningún caso esa retribución podrá exceder del setenta por ciento (70%) de la remuneración que, por todo concepto, excepto antigüedad, corresponda percibir al juez que refuerza".

Sin embargo, la ley 5150 modificó este punto y, "partiendo del principio de que a igual trabajo corresponde igual remuneración" (como lo señaló el miembro informante), indicó en el artículo 11° que "la retribución tiene carácter de honorario profesional a cargo del Estado Provincial y se liquidará mensualmente en función a las tareas que desarrollen. En ningún caso podrá exceder la remuneración que por todo concepto, corresponda percibir al juez de la causa. En el caso que fueran funcionarios del Poder Judicial, desarrollarán las actividades del juez que refuerza y percibirán la diferencia salarial entre los cargos. La inclusión en el listado a que alude el artículo 7° no da derecho a honorario ni retribución alguna".

IX.- El Juez de Refuerzo y la garantía del juez natural.

La garantía del juez natural contemplada en el art. 18 de la Constitución Nacional y arts. 18 y 44 de la Constitución Provincial, sólo abarca o comprende aquellos casos en que se sustrae arbitrariamente una causa a la jurisdicción del juez que continúa teniéndola para casos semejantes.

Dicha garantía, pues, no resulta afectada por la intervención de nuevos jueces en los juicios pendientes, como consecuencia de reformas en la organización de la justicia o en la distribución de la competencia [\(42\)](#).

En consecuencia, los jueces de refuerzo no conculcan garantía constitucional alguna porque, como dijimos anteriormente, están pre-determinados.

Es que el principio de juez natural debe ser entendido como juez de la Constitución, esto es, el designado conforme a ella. Por consiguiente, la sucesiva intervención -por subrogancia o por necesidades de política judicial- de magistrados designados con arreglo a la Constitución y con competencia en la materia, no puede ser considerada -como vimos- como violatoria de aquél principio.

Además, cabe destacar que la intervención del Juez de Refuerzo lo es para el futuro y no tiene influencia alguna sobre actos ya consumados.

Dicho en otras palabras: la garantía del juez natural no importa que siempre sea la misma persona la que deba intervenir en todos los actos a lo largo del proceso por cuanto lo que se protege es al justiciable contra la constitución de tribunales creados con posterioridad al hecho que originó el juicio y para entender en ello; lo que la Constitución prohíbe es el tribunal ex post facto, el especial o extraordinario (43).

X.- Consideraciones finales.

La figura del juez de refuerzo fue pensada para solucionar problemas coyunturales que muchas veces se dan en la Justicia por distintas situaciones.

En la práctica, empero, ella se ha desvirtuado a tal punto de confundirse dichos jueces con los "jueces transitorios", "jueces suplentes" o "jueces subrogantes".

Por más loables que sean los motivos o fundamentos que se den al respecto, tal circunstancia es desde todo punto de vista inaceptable, ya que así se estaría admitiendo una suerte de derogación tácita de la Constitución y de la ley.

Es que los órganos encargados de disponer la actuación de tales jueces y de designarlos (Consejo de la Magistratura y Superior Tribunal de Justicia), como sabemos, integran parte de los poderes del Estado. Por lo tanto, a ellos también les es aplicable el concepto de "Administración".

Y por eso, precisamente, me parece muy conveniente citar aquello que señaló Carranza Latrubesse al momento de efectuar una impugnación sobre este tema: "En nuestro sistema constitucional, na-

cional y provincial, como una garantía típica del constitucionalismo moderno, constitutivo del Estado de Derecho, la Carta estatal constituye el valladar contra los excesos de aquella, a fin de que el individuo, ciudadano y habitante, pueda desenvolverse en libertad sin otra sujeción que el mandato de la ley, según el principio de reserva claramente sostenido en el art. 19 de la Constitución Nacional. Se dice, así, y con sistemática razón jurídica y política, que la actuación de la Administración es esencialmente "reglada". Esto significa que la voluntad de (estos Cuerpos) se conforma *-rectius*, debe conformarse- con estricta sujeción a las normas que regulan su funcionamiento y su razón de ser en el esquema de los órganos de gobierno. No puede admitir voluntades que, por encima de la reglamentación y de la ley, conviertan en normas otras que las propias establecidas para su actuación y desenvolvimiento, para la justa y adecuada satisfacción de su propósito constitucional" (44).

(1) Al decir "servicio de justicia" no queremos ni debemos negarle a la judicatura su verdadero carácter de "poder". Es que, como bien lo señala VANOSSI, "hay poder político no solo cuando se tiene poder para establecer o poder para sancionar, como lo tiene el parlamento o lo tiene el (ejecutivo) cuando aplica, sino también cuando se tiene el poder para impedir, poder que tienen los jueces cuando impiden la aplicación de una ley declarándola inconstitucional en un caso concreto" (conf. VANOSSI, Jorge Reinaldo: "Teoría constitucional", T.II, Supremacía y control de constitucionalidad, 2ª edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, págs. 83, 185, 342 y 343).

(2) GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás: "Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut", T.II, Ed. FB, Esquel, Chubut, 2009, pág. 228.

(3) MONTILLA ZAVALIA, Félix Alberto: "La suplencia de la magistratura judicial. Conjuuez; juez suplente; juez subrogante; transitorio o interino y juez en comisión. Consecuencias prácticas de aplicar

la doctrina del fallo "Rosza" y la doctrina de la acordada de la CS 7/2005", en E.D. del día 27 de julio de 2009, pág. 5.

(4) "Sin lugar a dudas -dijo HEREDIA en su intervención en la Convención Constituyente de 1994- esta figura es una de las creaciones que aporta esta Constitución. Casi no hay antecedentes en la Argentina; recién se ha comenzado ahora a trabajar en el tema. Es un instituto que ha sido saludado por casi todos los Superiores Tribunales de Justicia y Asociaciones de Magistrados como un aporte destinado a la agilización del servicio de justicia" (Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente de 1994, pág. 501).

(5) DE LA FUENTE, Edgar María: "Juez de Refuerzo. Experiencias de una nueva figura procesal", en Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Boletín n° 4, Año 2, diciembre de 2000, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, págs. 69 y 71 y en D.J. 1997-2-715.

(6) MURGA, Milton R., en "El Diario" de Paraná (Entre Ríos) del día 24/09/07. El autor actuó como Juez de Refuerzo en la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Trelew en el año 2004.

(7) Intervención del entonces Diputado Provincial Dr. Gustavo MENNA en oportunidad de debatirse la Ley Provincial n° 4.245 (hoy Ley V, N° 75) (Diario de Sesiones del día 5 de diciembre de 1996).

(8) La Ley V, N° 75, empero, parece admitir la designación de un juez de refuerzo para un caso concreto cuando en su artículo 3° indica que su actuación puede ser dispuesta por el Superior Tribunal de Justicia "a pedido de parte".

(9) LOBOS, Juan Carlos: "Jueces de Refuerzo", en Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Boletín n° 6, Año 3, diciembre de 2001, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, pág. 19.

(10) Conf. "Convencionales recibieron una propuesta de miembros del STJ", en el "Diario Junio Digital" del día 7 de septiembre de 2009.

(11) Art. 2 del Reglamento Anual de Concursos de Antecedentes y oposición y de evaluación de ingresantes al Poder Judicial del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut (Acordada N°

543/04 C.M. y sus modificatorias Acordadas N° 775/06 C.M. y N° 985/08 C.M.).

(12) Acordada N° 985/08 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut.

(13) Sobre este tema ver mi trabajo "El Consejo de la Magistratura de la provincia del Chubut. Un modelo nuevo y distinto", en La Ley Patagonia, Año 4, número 1, febrero de 2007, págs. 731/748, y en el Boletín n° 10 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, págs. 9 a 41.

(14) HEREDIA, José Raúl: "Jueces de Refuerzo", en el Boletín del Colegio de Abogados de Comodoro Rivadavia, n° 1, mayo de 1996, pág. 11.

(15) Conf. LOBOS, Juan Carlos: "Jueces de Refuerzo", en Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Boletín n° 6, Año 3, diciembre de 2001, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, pág. 27. Sobre tales bases también se modificó el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de la Magistratura, que quedó finalmente redactado de la manera que hemos indicado.

(16) Antes de dictarse la ley 4.245, el Superior Tribunal de Justicia reglamentó la tarea del Juez de Refuerzo designado para la ciudad de Puerto Madryn mediante Acuerdo n° 3.121/96. En él se estipulaba la remuneración, la cantidad de sentencias que debía dictar, los procesos en los cuales debía hacerlo, la posibilidad de "realizar cuantos actos procesales y jurídicos sean necesarios para arribar a tal resultado", el tiempo límite para concluir su función, su horario de actividad (el cual se establecía "libremente", aunque por razones de seguridad del Juzgado las puertas estarían abiertas para él desde las 13 horas hasta las 20 hs. en el horario vespertino), etc. Resulta imprescindible destacar, asimismo, que en dicho Acuerdo el Máximo Tribunal Provincial también señalaba que los expedientes ingresados con posterioridad a sentencia continuarían a cargo de la jueza subrogante, y que luego del dictado de la sentencia definitiva el expediente seguiría a cargo del juez subrogante o -eventualmente- del nuevo juez titular, si hubiese existido avocamiento del mismo. Este Acuerdo interpretó cabalmente

el espíritu y los fines del instituto del juez de refuerzo. Sin embargo y por desgracia, las resoluciones administrativas posteriores no siguieron su línea conceptual y se apartaron claramente de sus lineamientos, como así también de la finalidad perseguida por esta figura, lo que en la práctica desnaturalizó la actuación que debían tener los jueces de refuerzo (ver, al respecto, Resolución Administrativa 9562 SA; Resolución Administrativa 8537 SA, entre otras).

(17) CSJN, 23/05/2007, "Rosza, Carlos A. y otro s/. recurso de casación", en LA LEY, 2007-C, 520. En este fallo el Máximo Tribunal de nuestro país declaró la inconstitucionalidad del régimen impugnado por colisionar con el sistema constitucional de designación pero consideró válidas tanto las actuaciones cumplidas por el suplente como los nombramientos realizados en virtud de aquél.

(18) Conf. CAFFERATA, Fernando José: "El Consejo de la Magistratura y la necesaria renovación del Poder Judicial", en LA LEY, 1997-B-1097).

(19) LOBOS, Juan Carlos: "Consejo de la Magistratura del Chubut", en Boletín n° 1, Vol.1, n° 1, año 1, abril de 1999, Programa de extensión cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, pág. 31.

(20) GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás: "Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut", T.II, Ed. FB, Esquel (Chubut), 2009, pág. 176.

(21) Por eso FERRAJOLI, con muy buen criterio, sostiene que "la ciudadanía y la capacidad de obrar han quedado hoy como las únicas diferencias de status que aún delimitan la igualdad de las personas humanas" (conf. FERRAJOLI, Luigi: "Los fundamentos de los derechos fundamentales", Ed. Trotta, Madrid, 2001).

(22) LOBOS, Juan Carlos: "Consejo de la Magistratura del Chubut", en Boletín n° 1, Vol.1, n° 1, año 1, abril de 1999, Programa de extensión cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, pág. 17.

(23) Ver SAGÜES, Néstor P.: "Elementos de Derecho Constitucional", T.I, Ed. Astrea, 1993, pág. 475.

(24) Ver BIDART CAMPOS, Germán J.: "Tratado Elemental de Derecho Constitucional", T.II, Ed. Ediar, 1967, pág. 221.

(25) En igual sentido se ha expresado el S.T.J. Santa Fe en los autos caratulados "Majul Attme y otras" (12-6-1989, en J.A. 1989-III.545), como así también el Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut (conf. acta n° 154 de fecha 29/08/06).

(26) S.T.J. Chubut, in re: "O.E. c/. Colegio Profesional de Ingeniería, Arquitectura y Agrimensura del Chubut s/. nulidad-repetición", Expte. N° 14073/92, sentencia de fecha 1 de febrero de 1996, publicada en el Boletín Judicial n° 15, Año 3, marzo/julio de 1996, pág. 54.

(27) En igual sentido BIDART CAMPOS, Germán: "Tratado Elemental de Derecho Constitucional", T.II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1991, pág. 303.

(28) ZARINI, Helio Juan: "Constitución Argentina. Comentada y concordada", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, pág. 416.

(29) HEREDIA, José Raúl: "Jueces de Refuerzo", en el Boletín del Colegio de Abogados de Comodoro Rivadavia, n° 1, mayo de 1996, pág. 11.

(30) Un análisis de estas causas puede verse en LOBOS, Juan Carlos: "Jueces de Refuerzo", en Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Boletín n° 6, Año 3, diciembre de 2001, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, pág. 11.

(31) DE LA FUENTE, Edgar María, "Juez de Refuerzo...", op.cit., pág. 72.

(32) LOBOS, Juan Carlos, "Jueces de Refuerzo", op.cit., pág. 15.

(33) Ver Acta n° 182 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut de fecha 10 de agosto de 2009.

(34) Ver, al respecto, la solicitada del Colegio Público de Abogados de Esquel en el Diario El Chubut del día 17 de septiembre de 2008, Sección Esquel, pág. 8.

(35) STJCh., Acuerdo Plenario n° 3.827/09.

(36) Conf. STJCh., Resolución Interlocutoria Sala Civil de fecha 30/12/04.

(37) Conf. STJCh., sentencia de fecha 13/5/09, SAIJ Q0022213.

(38) Juzgado en lo Civil, Comercial y Laboral de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut, Esquel, "Castillo, Ana Aurora

c/. Aguilar Oyarzo, José Victoriano s/. daños y perjuicios", resolución de fecha 28 de septiembre de 2009.

(39) Vienen a mi memoria las palabras de aquél académico de Francia que fuera Jean GUITTON en su libro "Diálogos con Pablo VI" (Fayard, Paris, 1967, pág. 152) cuando decía que "las palabras son lo que nunca deberían dejar de ser, la designación de lo que es".

(40) En el mejor de los casos, entonces, los jueces de refuerzo estarían habilitados para disponer medidas de mejor proveer y para dictar las correspondientes aclaratorias respecto de las sentencias que hubiesen dictado (como lo señaló el Superior Tribunal de Justicia en el primer acuerdo sobre el tema -Acuerdo n° 3.121 del 25 de noviembre de 1996), pero nunca para realizar otros actos procesales.

(41) HEREDIA, José Raúl: "Los comportamientos institucionales, el derecho y la vigencia de las constituciones. A propósito de la ley 4.550 y las acordadas 3202 y 3204 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut", en LA LEY, 2000-D, 380.

(42) SCBuenos Aires, causa 00AC-036800, Sumario 35907, JUBA del 24-03-87.

(43) Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala 1ª, 18/09/2001, "Ganduglia, Ramón".

(44) Impugnación de fecha 28 de agosto de 2009 del Dr. CARRANZA LATRUBESSE a una designación efectuada por el Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut.

La antigüedad en el ejercicio de la abogacía o de un cargo judicial como requisito para ser juez en la provincia del Chubut

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <https://bit.ly/3dzB8JE>

Publicado en: El Derecho Constitucional 2010-698

[Consultado el 12/02/2020]

1.- Introducción. Los requisitos constitucionales para acceder al Poder Judicial.

El artículo 164 de la Constitución de la Provincia del Chubut prescribe que: “Para ser miembro del Superior Tribunal de Justicia, Procurador General y Defensor General se requiere ser ciudadano argentino, tener título de abogado y acreditar por lo menos doce años de ejercicio de la abogacía o de la magistratura judicial. Para ser Juez de Cámara, Fiscal o Defensor de Cámara, se requiere ser ciudadano argentino, tener título de abogado y acreditar por lo menos diez años de ejercicio como abogado, magistrado o funcionario judicial. Para ser Juez Letrado, Fiscal o Defensor, se requiere ser ciudadano argentino, tener título de abogado y acreditar cuando menos siete años de ejercicio como tal, como magistrado o como funcionario judicial. Los demás funcionarios jurídicos, letrados o no, deben reunir los requisitos que las leyes establecen”.

Tres son, entonces, los requisitos que se exigen constitucionalmente para ser juez o funcionario judicial, a saber:

a.) Ciudadanía argentina.

b.) Título de abogado, que acredita como base conocimientos técnicos de la ciencia del Derecho, es decir, versación jurídica. Es-

ta validación oficial a la capacitación educativa es un criterio objetivo que determina la comprensión mínima exigible para el dominio de una ciencia (2), y se establece para el mejor ordenamiento de los juicios y para una más sabia aplicación de la ley.

c.) Antigüedad mínima en el ejercicio de la abogacía o cargo judicial, la cual varía según el grado: doce años para los miembros del Superior Tribunal de Justicia, Procurador General o Defensor General; diez años para Juez de Cámara o funcionario judicial equivalente, y siete años para Juez Letrado de Primera Instancia o funcionario judicial equivalente.

Dado que la propia Constitución es la que regula los requisitos para ser juez o funcionario judicial, ellos no pueden ser ampliados por ley. (3) Se trata de una materia sustraída por el poder constituyente a la competencia del poder constituido. (4)

2.- El requisito de la “antigüedad en el ejercicio de la abogacía o cargo judicial”. Importancia del tema.

El problema que se presenta con relación a este artículo es desentrañar qué significa antigüedad en el ejercicio de la abogacía o cargo judicial, toda vez que este requisito ha dado lugar a varias interpretaciones.

El tema es extremadamente difícil y presupone opciones de fondo en numerosas direcciones.

¿Antigüedad en el título y antigüedad en el ejercicio de la abogacía son sinónimos? ¿Cualquier cargo –judicial o privado- implica ejercicio profesional? ¿Debe considerarse la actuación de los meritorios o los años de revista de los empleados judiciales como ejercicio de la profesión de abogado? ¿Es la docencia o la investigación una forma de ejercer la abogacía a los fines que señala este artículo?

El tema –y problema-, vale destacar, no es solamente académico, sino que:

1.) Decidir acerca del problema de las calidades de los jueces para desempeñar sus funciones adquiere una importancia superlativa, toda vez que en ello se encuentra comprometida la propia actividad.(5)

2.) Establecer concretamente –esto es, mediante una pauta objetiva o parámetro idóneo- qué significa ejercicio de la abogacía o cargo judicial hace a la seguridad jurídica y al principio de justicia toda vez que permite al posible concursante conocer de antemano la regla que se tendrá en cuenta en tal sentido, y que no será excluido del concurso por cambios de criterio. No se puede ser errantes en este aspecto: los postulantes deben tener un criterio claro para poder presentarse en igualdad de condiciones ante el Consejo de la Magistratura.

3.) Si el Consejo de la Magistratura resuelve incluir en un concurso a un postulante que no cuenta con la práctica del ejercicio profesional, el acto que lo dispusiera sería nulo en su objeto por ser éste violatorio de la Constitución Provincial. (6)

4.) Puede existir responsabilidad penal de los miembros de los cuerpos que participan en el proceso de selección y designación de magistrados y funcionarios judiciales si nombran a una persona que no reúne los requisitos que establece la Constitución Provincial (art. 253 del Código Penal).

5.) Según algunos autores, ante la falta de las calidades requeridas para ser juez, el magistrado puede ser recusado por alguna de las partes. (7)

6.) Otra postura –más severa-, en cambio, indica que “el imperativo de ser juzgado por un Tribunal que esté regularmente constituido, es la base en la que reposa el debido proceso”. Por lo tanto,

“cuando uno de los integrantes del Tribunal (carece) de aptitud constitucional para integrarlo y (concorre) a la realización del debate y eventualmente a la deliberación que condujo a la sentencia, hay violación de elementos esenciales del procedimiento... y por ende la tramitación es susceptible de extirpación. Se trata de una nulidad absoluta e insanable”. (8)(9)

3.- Una primera aproximación al tema: el ejercicio profesional puede ser como abogado, como magistrado, o como funcionario judicial.

De acuerdo con el texto de la Constitución Provincial, algo está claro: salvo con relación a los Ministros del Superior Tribunal de Justicia, el requisito de “ejercicio profesional” puede ser tanto de abogado como de magistrado (10) o de funcionario judicial. (11)

Es que la magistratura y la función judicial no son más que dos formas distintas a la del litigante de ejercer la profesión. (12)

Por eso, precisamente, el Superior Tribunal de Justicia de nuestra Provincia señaló que “si bien es cierto que no hay duda que antigüedad en el título de abogado y antigüedad en el ejercicio de la abogacía no son sinónimos, ello no autoriza a interpretar que el ejercicio debe ser de la profesión de abogado excluyendo la magistratura o la función judicial... Ha de señalarse respecto a la manda judicial (art. 164 de la Constitución Provincial) que cuando deban analizarse los requisitos o calidades que un Magistrado debe reunir... ha de considerarse que se ejerce la profesión de abogado, tanto litigando ante el estrado, como ejerciendo la magistratura o funciones judiciales, en cargos que requieran poseer título de abogado, con exclusividad. Se observa que la finalidad del precepto es asegurar desde la experiencia la idoneidad del juez, la que no se ve alterada en absoluto con esta interpretación”. (13)

Y esto es así porque “quien emprende la carrera judicial, ha decidido cómo llevar adelante la profesión elegida: en lugar de litigar,

en lugar de abogar (una de las modalidades del ejercicio que popularizó este nombre castizo), su elección lo ha llevado por el camino del ius dicto, el “decir el derecho” de los romanos, que ha llegado a nosotros como jurisdicción...”. (14)

Lo que se persigue, en consecuencia, es que lleguen a la magistratura personas con “práctica judicial”, sin importar si se trata de jueces o abogados.

4.- La antigüedad en el ejercicio de la abogacía.

En el caso de la antigüedad en el ejercicio profesional de la abogacía, el primer problema que se presenta es desentrañar –justamente- que debe considerarse “ejercicio profesional”.

El tema no es sencillo, ya que –como es sabido- la profesión de abogado es una de las más vastas que existen en orden a sus posibles incumbencias y no sólo se es abogado si se litiga o se sirve como operador del Poder Judicial. (15)

Las interpretaciones posibles son las siguientes:

1.) “Los años de ejercicio deben interpretarse no como de ejercicio de la profesión liberal correspondiente al abogado; puede bastar el ejercicio de cualquier cargo, función o actividad –públicos o privados- que exigen la calidad de abogado”. (16)

Los partidarios de esta tesitura se basan en los siguientes fundamentos:

1.1. En que tal interpretación es la más generosa en la línea del principio de “favor participationis”: no puede negarse a todo el universo de abogados que no ejerce de manera liberal la posibilidad de concursar para un cargo de juez.

1.2. “Quien ha cursado estudios superiores de derecho, y tiene por ello un título universitario habilitante, además de litigar y ejercer el arte de la “jurisdicción”, puede enseñar el derecho desde una cátedra; puede investigarlo enteramente dedicado a un instituto científico; puede servir a los intereses del estado como diplomático; o puede ser un consultor de personas físicas o jurídicas, que jamás litigue o incluso carezca de matrícula, ya que al no hacerlo no la necesita”. (17)

2.) El ejercicio profesional se circunscribe, en esta materia, al ejercicio de la profesión liberal. Es decir: sólo debe tenerse en cuenta –a estos efectos- la actividad como litigante que ha desarrollado quien pretende ingresar a la magistratura, toda vez que “la experiencia a que hace referencia la norma constitucional, es la concreta experiencia en el ejercicio abogadil” (18) y en la interpretación constitucional siempre debe prevalecer el contenido teleológico. (19)

No puedo negar que los argumentos dados por la interpretación amplia conmueven. Sin embargo, para una correcta dilucidación del tema deben tenerse en cuenta las consideraciones que realizó la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el caso “Maida” (20)

2.1. Lo que pretende la Constitución –es decir, la finalidad de la norma- es que quienes aspiren a desempeñar alguna magistratura hayan previamente experimentado “en la práctica” el ejercicio de la profesión de abogado.

2.2. La matriculación es un requisito “sine qua none” para poder “practicar” la abogacía. Así lo establece claramente el artículo 2º de la Ley de Colegiación Pública (Ley IV, N° 11, Digesto Provincial (Antes Ley 4.558)): “para ejercer la profesión de abogado en jurisdicción de la Provincia del Chubut ser requiere: 1) Poseer título habilitante expedido y legalizado por autoridad competente y 2.) Hallarse inscripto en la matrícula de uno de los Colegios de Abogados que por esta ley se crean...”.

2.3. En virtud de lo expuesto, quienes han obtenido un título universitario de abogado no están obligados a ejercer la profesión, pero si quieren hacerlo deben presentar su pedido de inscripción en algunos de los Colegios Públicos de Abogados. Es decir, es la legislación vigente la que imposibilita cualquier ejercicio profesional de la abogacía si no se cumplimenta aquella matriculación.

De esta manera, no puede quedar ninguna duda que “tener” el título de abogado no es igual a “ejercer” la profesión de abogado. Como bien señala ROMERO, “ejercicio no es lo mismo que antigüedad; es la realización de la profesión que autoriza el título”. (21) En consecuencia, “antigüedad en el título” y “antigüedad en el ejercicio no son sinónimos” y, por lo tanto, aún cuando una persona haya terminado la carrera de abogacía, esgrima el título respectivo o realice alguna actividad vinculada con éste, tal circunstancia no es suficiente para llenar el requisito establecido por la Constitución de la Provincia del Chubut.

Y ello es así porque lo que pretende la norma constitucional, como vimos, es que exista una verdadera “preparación profesional” que convierta al egresado de nuestras facultades de Derecho, en hombre ya asentado en la abogacía.(22)

Dicho en otras palabras, para “ejercer la profesión” deben darse dos recaudos: existencia de título y matriculación. El título “habilita”, pero es la matrícula respectiva —otorgada por los Colegios Públicos de Abogados de las distintas circunscripciones judiciales— la que “autoriza” al ejercicio profesional. Si falta este último requisito, pues, no puede señalarse que una persona haya “ejercido” la profesión de abogado de la forma que pretende la norma constitucional, esto es, en actividad litigante que permita conocer el sistema judicial “desde el otro lado del mostrador”, ya que justamente faltaría la condición habilitante prevista por la normativa legal vigente para que ello ocurra.

Por consiguiente, no basta el ejercicio de cualquier cargo, función o actividad —públicos o privados— que exigen la calidad de

abogado para que quede cumplido este requisito constitucional. Muy por el contrario, en la Provincia del Chubut –al igual que en otras provincias- la ley que regula la materia establece que sólo el abogado matriculado puede “ejercer” la profesión de tal a los efectos que nos ocupan.

5.- ¿Puede considerarse la docencia universitaria como “ejercicio de la abogacía?”

La pregunta ya fue contestada en el punto anterior: por más que hayan desarrollado tareas de neta índole jurídica, ni el profesor de derecho, ni el investigador científico, ni un consultor de empresas, ni un abogado diplomático o embajador que no se hayan matriculado y ejercido la profesión liberal pueden computar ese tiempo a los fines de cumplir con el recaudo constitucional.

Cabe destacar, empero, que con relación a la docencia universitaria en especial, el Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut discutió en distintas oportunidades el tema y, finalmente, en una posición que no comparto, prevaleció como última postura la de considerar que “el ejercicio de la docencia universitaria en carreras de derecho (también se debe) computar a los fines de la antigüedad en el ejercicio de la profesión”. (23)

Vuelvo a repetir lo dicho anteriormente: la finalidad que persigue la norma constitucional es la de garantizar la experiencia concreta en el ejercicio abogadil, y ello sólo se logra –en lo que aquí nos ocupa- litigando ante los estrados judiciales y requiriendo el dictado de fallos y sentencias (con todo el trajinar que ello significa).

Además, admitir la posibilidad de considerar la docencia universitaria como “ejercicio profesional” –como lo hizo el Consejo de la Magistratura- nos hace entrar en una corriente resbaladiza y en un claro caso de discriminación: ¿Por que sí la docencia universitaria y por que no las tareas de asesoramiento; o las de investigador, o las de consejero de empresas?

No existen razones lógicas o jurídicas –como sí existen con relación al abogado profesional que ejerce ante los tribunales el oficio de lograr que se reconozcan coercitivamente derechos y deberes- que permitan otorgarle a algunos –los docentes universitarios- lo que se le niega a otros.

6.- El inicio del cómputo de la antigüedad.

Otro problema que se presenta sobre esta cuestión es con relación al punto de partida del cómputo de tal antigüedad. También existen, al respecto, diversos criterios de interpretación:

1.) Para algunos la antigüedad profesional requerida por la manda constitucional debe computarse desde la fecha de graduación (o sea, desde la finalización de los estudios o de la aprobación de la última materia). Basan esta tesis en dos circunstancias:

1.1.) En primer lugar, en el criterio sustentado por el Superior Tribunal de Justicia cuando gobernaba la matrícula profesional, toda vez que en esa época este órgano otorgaba una “matrícula provisoria” ante la presentación de una “constancia de título en trámite”, que autorizaba a ejercer la profesión.

1.2.) Y, en segundo término, porque entienden que “considerar la fecha de expedición del título para el cómputo, implica una solución injusta y desigual”, dado que “el trámite de expedición del título (es) una cuestión administrativa ajena a la voluntad y responsabilidad del interesado, debiendo favorecerse la participación en los concursos y la mayor cantidad de postulantes”. (24)

2.) Otros, en cambio, sostienen que el punto de inicio es desde la fecha de expedición del diploma universitario. Para ello se basan en lo que señala Germán BIDART CAMPOS, quien dice que “sería suficiente la antigüedad constitucional reunida desde la obtención del título habilitante, aunque no existiera ejercicio de la profesión o de cargos derivados de ella”. (25)

3.) Una tercera postura afirma que debe tomarse en cuenta la fecha de efectiva matriculación, ya que es ésta la que marca el inicio del ejercicio de la profesión de abogado.

Cabe destacar, al respecto, que algunas leyes del derecho argentino que resuelven expresamente el problema siguen esta línea de pensamiento.

Así, por ejemplo, la Ley 582 de la Provincia del Chaco señala que: “A los efectos determinados por el artículo 163 de la Constitución de la Provincia considerase antigüedad en el ejercicio de la profesión de abogados, la que resulte del término corrido a partir de la fecha de inscripción del título en la Matrícula respectiva dentro del territorio del país”. (26)

El tema aquí tampoco es sencillo, más aún teniendo en cuenta que, desde los albores del funcionamiento del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, existió ausencia de unanimidad sobre el punto y las interpretaciones han variado en virtud de sus distintas conformaciones.

Sin embargo, entiendo que la última interpretación enunciada es la correcta. Explicaré por qué:

1.) El título profesional –como dije– es el que habilita (conf. art. 42 de la ley 24.521) (27), pero la matrícula es la que autoriza. Y esto surge cabalmente del ya citado art. 2º de la Ley de Colegiación Pública (Ley IV, N° 11, Digesto Provincial (Antes Ley 4.558)). (28)

2.) Es decir: no puede dudarse que una persona es abogada cuando culmina su carrera, pero la Constitución habla de ejercicio de la abogacía y en caso de tratarse de la profesión liberal la ley reglamentaria señala que aquella debe matricularse.

3.) O sea, el propio constituyente distinguió en la redacción, ya que no tiene en cuenta la antigüedad en la posesión del título, sino en el “ejercicio” de la abogacía.

4.) La finalidad de la norma fundamental también abona esta postura. Es que, en definitiva, lo que se pretende –como ya lo hemos señalado en forma reiterada- es que quienes vayan a ejercer la magistratura o una función judicial tengan conocimientos adecuados del arte de la litigación y de la forma en que funcionan los Tribunales de Justicia. Por lo tanto, lo que se quiere es que se haya adquirido experiencia en tal sentido, lo que solo puede lograrse a través de la “gimnasia diaria” y del contacto permanente con los expedientes judiciales.

Es verdad, sí, que las formalidades, como la matriculación, no acreditan el ejercicio profesional per sé. Sin embargo, no menos cierto es que la ley establece una presunción al respecto, cual es que quien se matricula lo hace al efecto de ejercer la profesión, y por lo tanto, quedará a cargo de un eventual impugnante la demostración en contrario.

7.- La antigüedad en el ejercicio de un cargo judicial. El caso de los empleados judiciales con título y de los meritorios.

Ya hemos señalado que, de acuerdo con el texto de la Constitución Provincial, el requisito de “ejercicio profesional” puede ser tanto de abogado como de magistrado o de funcionario judicial. En este sentido, como vimos, el Superior Tribunal de Justicia dijo que “...ha de considerarse que se ejerce la profesión de abogado, tanto litigando ante el estado, como ejerciendo la magistratura o funciones judiciales, en cargos que requieran poseer título de abogado, con exclusividad”. (29)

Es decir que si el cargo tribunalicio cumplido por el candidato requería título de abogado para desempeñarlo (por ejemplo, como secretario de juzgado, fiscal, defensor, etc.) ha existido actuación en virtud de tal diploma... ”. (30)

Ahora bien: el problema que se presenta aquí es determinar si también puede considerarse ejercicio de la abogacía o de la función judicial en los términos del art. 164 de la Constitución Provincial, el desempeño de empleo administrativo en el Poder Judicial, poseyendo título de abogado.

Cabe destacar, al respecto, que una vez más se trata de un tema recurrente y que fue motivo de distintas interpretaciones. Sin embargo, la tesis negativa se ha impuesto.

“El empleo en cargo administrativo, aún dentro del Poder Judicial –se dijo hace mucho tiempo, pero con palabras que todavía tienen vigencia-, no tiene como exigencia la posesión de título de abogado”. Por lo tanto “no debe considerarse ejercicio de esta profesión y tampoco lo constituye en calidad de funcionario judicial. La experiencia a que hace referencia la norma constitucional, es la concreta experiencia en el ejercicio abogadil, dentro o fuera del servicio de justicia y no la simple posesión de título. De lo contrario, todo empleado que tuviere un título profesional de cualquier índole debería reputarse funcionario judicial, y sólo es así cuando el título es requisito de la función”. (31)

La Constitución Provincial, en este sentido, “es taxativa” y no menciona a los empleados judiciales. Por lo tanto, “no se puede tomar como ejercicio de la profesión al actuar como empleado en cargos que no requieren el título de abogado, aunque se lo tenga”. (32) Es que, como ya hemos manifestado, la norma constitucional, cuando habla de ejercicio como “funcionario judicial”, se refiere pura y exclusivamente a los cargos letrados, o sea, a aquéllos cargos en los cuales se exige la calidad de abogado como condición para ocuparlos.

Es cierto, sí, que muchas veces los empleados administrativos con título de abogado –fundamentalmente aquéllos que tienen cargos elevados (prosecretarios, abogados adjuntos, etc.)- cuentan con iguales conocimientos que los que tienen los propios funcionarios judiciales y que además muchas veces ellos ejercen su actividad única-

mente en tareas de neta índole jurídica. Sin embargo -y sin desmerecer esa valiosa experiencia hay que destacar que la exigencia constitucional es de carácter general y no permite, por lo tanto, entrar en las particularidades de cada caso concreto.

Por otra parte, cabe destacar que el ejercicio de un cargo administrativo en el Poder Judicial, aún cuando se tenga título de abogado, no puede ser considerado ejercicio de la profesión de abogado, por cuanto la Ley IV, N° 11 del Digesto Provincial (Antes Ley 4.558) le impide a los empleados judiciales, por incompatibilidad absoluta, ejercer la profesión de abogado (art. 3° , inc. a.), punto 2).

Por lo tanto, es evidente que cuando dentro de la administración de justicia se cumple un rol que no requiere contar con título de abogado, aunque se lo tenga, ello no puede computarse como ejercicio profesional o como ejercicio de un cargo judicial a los efectos de la antigüedad requerida por la manda constitucional.

Es que si bien es cierto que en la administración de justicia se hace necesaria la acción de empleados para el eficaz desarrollo de su misión específica y que muchas veces algunos de ellos –sobre todo aquellos que ocupan los cargos más elevados- ejercen efectivamente una “función judicial”, únicamente debe entenderse por “funcionario judicial” a “todos aquellos que desempeñan cargos en donde se pone a prueba de manera directa y cotidianamente su formación profesional específicamente jurídica posibilitando decididamente que la función de la magistratura se lleve a cabo. Así se puede concebir que un proceso se cumpla sin el auxilio de médicos, peritos o encargados de la parte administrativa, mas no es posible pensar que el mismo se desarrolle sin Secretarios o Defensores. En una palabra hay funciones que hacen esencial o intrínsecamente al desenvolvimiento del proceso y a que éste logre su finalidad para definir lo suyo de cada uno (ejemplifiquemos con la tarea de Fiscales o Defensores); o también puede agregarse en el mismo sentido, que hay funciones que aportan directamente y en el plano estrictamente jurídico a que los jueces

cumplan su cometido de determinar lo justo en cada caso (ejemplifiquemos con la tarea de los secretarios)” (33)

Y si ello es así con relación a los “empleados judiciales con título”, con mayor razón lo es para los denominados “meritorios”: por más que éstos se hayan recibido y “vuelquen” sus conocimientos jurídicos y universitarios, para ejercer como tales no se requiere título de abogado. Ergo, su trabajo no puede ser tenido en cuenta para la antigüedad requerida por la Constitución.

Así lo señaló el Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut en su sesión de fecha 16 de noviembre de 2009. (34)

8.- ¿Son acumulables ambos ejercicios?

Aunque la Constitución Provincial no lo señale expresamente, entiendo que en el supuesto de que una persona haya ejercido primero como abogado y luego como magistrado o funcionario judicial (o viceversa), ambos ejercicios deben sumarse a los efectos de determinarse la antigüedad, ya que en esos casos se ha acumulado “experiencia profesional” y, por lo tanto, tal interpretación es la que más se adecua a la finalidad perseguida por el recaudo constitucional en análisis.

Como lo señaló con total exactitud la Suprema Corte de Justicia de Santa Fé, “la finalidad de la norma es asegurar la idoneidad y, ambas funciones, la de abogado y magistrado, o funcionario en ejercicio, obligan al estudio, la práctica y la aplicación constante del derecho, desde fuera o desde dentro del despacho. Tanto el magistrado como el abogado han de recurrir a la biblioteca para estudiar la ley y sus diversas interpretaciones y traducir ese aprendizaje por escrito u oralmente”. Además, “una interpretación contraria conduciría al absurdo. Un abogado con 9 años de ejercicio de profesión y 9 como magistrado, no podría ser miembro de la Corte Suprema no obstante tener 18 años de experiencia jurídica. En cambio, sí podría serlo un

abogado o un juez con 10 años de ejercicio en sus respectivos desempeños”. (35)

9.- Conclusiones.

1.) Determinar concretamente qué debe entenderse como “ejercicio de la profesión de abogado” y “ejercicio de la función judicial”, a los efectos previstos por el art. 164 de la Constitución Provincial, es un tema de suma importancia, toda vez que en ello está comprometida la propia actividad del Poder Judicial.

2.) El ejercicio profesional requerido por la citada manda constitucional, puede ser como abogado, como magistrado, o como funcionario judicial.

3.) La antigüedad en el ejercicio de la abogacía debe interpretarse como antigüedad en el ejercicio de la profesión liberal.

4.) Para “ejercer” la abogacía se requiere estar matriculado. Si no hay “matriculación” no hay “ejercicio profesional”, y desde la fecha en que se obtiene la misma se debe comenzar a computar la antigüedad requerida.

5.) La antigüedad del título de abogado, por ende, es irrelevante en la cuestión que nos ocupa.

6.) La docencia universitaria, al igual que otras modalidades análogas, secundarias o derivadas, no puede ser considerada “ejercicio de la abogacía” a los fines de cumplir con el recaudo constitucional.

7.) Se debe entender como “ejercicio de la función judicial” sólo a aquéllos cargos que requieren poseer título de abogado con exclusividad.

8.) No se puede computar como ejercicio profesional o de un cargo judicial el empleo administrativo en el Poder Judicial que no re-

quiera contar con título de abogado, aunque se lo tenga. Tampoco las tareas como “meritorios”.

9.) La antigüedad en el ejercicio de la profesión, pues, debe computarse “desde la inscripción en la matrícula respectiva del Colegio Público de Abogados, o desde que el abogado con título accede a un cargo en el Poder Judicial que requiera título de abogado”. (36)

10.) Los años de ejercicio de profesión o magistratura y de profesión o función judicial deben sumarse a los efectos de computar la antigüedad.-

2. LOBOS, Juan Carlos: “Consejo de la Magistratura del Chubut”, en Boletín n° 1, Vol.1, n° 1, año 1, abril de 1999, Programa de extensión cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, pág. 17.-

3. Ver BIDART CAMPOS, Germán: “Tratado Elemental de Derecho Constitucional”, T.II, Ed. Ediar, Bs.As., 1991, pág. 303. Cabe recordar, en este sentido, que en el año 1887, al fallar en el caso “Sojo” (Fallos 32:125), la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo una referencia obiter dictum a esa posibilidad, descartándola en estos términos: “Es principio inconsulto en esta materia, que una disposición legal para casos determinados implica la exclusión de los demás, porque de otro modo la disposición sería inútil como dice Story. Así sería evidentemente inexacto deducir que el Congreso en virtud de sus facultades generales de legislación cuando la Constitución ha especificado los requisitos...., pudiera agregar (otros), porque la Constitución no lo ha prohibido. Es de la esencia del sistema constitucional que nos rige, la limitación de los poderes públicos a sus atribuciones y facultades demarcadas como derivadas de la soberanía del pueblo, por su expreso consenso” (conf., al respecto, BIDEGAIN, Carlos: “Cuadernos de Curso de Derecho Constitucional”, T. IV, Ed. Abeledo Perrot, 2003, pág. 246).-

4. ZARINI, Helio Juan: “Constitución Argentina. Comentada y concordada”, Ed. Astrea, Bs.As., 1998, pág.416.-

5. Como bien lo señaló el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, “un principio elemental de confianza en la conducta estatal –la contracara de la presunción de validez de los actos que el propio Estado desarrolla- hace que las personas presupongan que los funcionarios que ostentan los atributos de un cargo, hayan sido nombrados regularmente” (conf. S.T.J.Ch., in re: “HUILINAO, Silvio Isidoro – PASCUARIELLO, Carlos Alberto s/ denuncia”, sentencia de fecha 14 de octubre de 2010, voto del Dr. Plegar).-

6. S.C. Bs.As., 27/12/2002, in re: “Zarlenga, Marcelo c/. Consejo de la Magistratura s/ acción de amparo” (Expte. n° B 62.241).-

7. Ver, al respecto, PRÓCULO: “Por principio general, las recusaciones... son garantías de imparcialidad en la justicia, cualquiera sea la clase de actuación, si el recusado obra en función de juez, árbitro o jurado.... En el caso juzgado la recusación parece fundarse en la falta de calidades del magistrado recusado, y el fallo no dice qué calidades. Si se trata de calidades legales, consideramos que la recusación es procedente, y que la interpretación debe serlo a favor del recusante. En efecto: aunque esto sea susceptible de oportunismo o abuso, es evidente que el litigante o recurrente tiene derecho a ser juzgado por el que tiene las calidades legales. Con esto no cuestiona el nombramiento ni usurpa atribuciones de otros poderes, sino que se funda en las garantías de la ley, ya que esas calidades no se han establecido a favor de ningún tribunal ni persona que ejerce cargos, sino en la buena y eficiente justicia” (L.L. 93-378). Sin embargo, no ha sido ésta la doctrina seguida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que invariablemente ha señalado que “lo atinente a las calidades de los magistrados para el desempeño de su ministerio es, como principio, cuestión que incumbe a los poderes públicos, y no es debatible en juicio ni por vía de recusación” (CSJN, 14/11/1960, in re: “Bianchi, Alejandro y Cía c/. Gobierno Nacional”, en L.L. 103-234. En igual sentido ver RAMELLA, Pablo: “Derecho Constitucional”, Ed. Depalma, 1985, pág. 787).-

8. S.T.J.Ch., in re: “HUILINAO, Silvio Isidoro – PASCUARIELLO, Carlos Alberto s/ denuncia”, sentencia de fecha 14 de octubre

de 2010, voto del Dr. Pleger. En contra de esta postura se ha señalado que la designación irregular de un juez por incumplimiento de los requisitos constitucionales no invalida los actos cumplidos mientras no se produzca la revocación, la cual –por otra parte- no debe debatirse en un juicio sino sustanciarse ante el poder político u órgano competente. CLARÍA OLMEDO, en este sentido, señala que “la referencia al nombramiento del juez o tribunal hace mención concretamente al acto público o administrativo completo de la designación de la persona o personas que se desempeñan como órganos jurisdiccionales en el cumplimiento de los actos del proceso... Con esta indicación la norma no va más allá de lo referente a la regularidad formal del nombramiento; no tiene aún en cuenta las exigencias o requisitos previstos en abstracto. En efecto: mientras el nombramiento exista formalmente, no prosperará la nulidad de los actos cumplidos en un concreto proceso penal fundada en la inobservancia de las revisiones referidas a aquél... Esto no impide que la parte pueda plantear la cuestión, pero la decisión de ella corresponde a la sede administrativa. En una palabra: los tribunales ordinarios no tienen competencia para juzgar sobre la habilitación constitucional de los jueces” (CLARÍA OLMEDO: “Derecho Procesal Penal”, T. 4, 1966, pág. 205). Sobre este punto ver, especialmente, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fé, in re: “Majul ATTME y otras”, 12/06/1989, en J.A. 1989-III-545 y jurisprudencia y doctrina allí citada. En dicha resolución ese Tribunal señaló que, de resultar violados los requisitos impuestos por la Constitución Provincial, era su obligación así declararlo y comunicarlo al Procurador General para que éste formule la pertinente denuncia para el juzgamiento por el tribunal especial competente y, fundamentalmente, para “evitar el menoscabo y desprestigio de la función judicial”. No es, repito, la posición de nuestro Máximo Tribunal de Justicia provincial, toda vez que en la ya citada causa “HUILINAO, Silvio Isidoro – PASCUARIELLO, Carlos Alberto s/ denuncia” (sentencia de fecha 14 de octubre de 2010) señaló expresamente que el defecto en la calidad o condición de Juez o Tribunal es “un vicio insuperable” que “por su gravedad no se puede reparar” y que produce la nulidad de los actos, toda vez que tal irregularidad afecta “la garantía del debido proceso, en virtud de infringir a su vez la garantía del

juez natural”. En igual sentido ver CREUS, Carlos: “Invalidez de los actos procesales penales. Nulidad. Inadmisibilidad. Inexistencia. Causales. Efectos. Subsanción. Casuística. Supuestos legales. Análisis jurisprudencial”, Ed. Astrea, 2ª edición, 3ª reimpresión, Bs.As., 2004, pág. 32, quien afirma que “reconocer la validez del acto formal de designación de quien no posee los requisitos legalmente exigidos para ejercer el cargo es una consecuencia inaceptable, sobre todo teniendo presente que ello puede importar la comisión de un delito de la autoridad que nombra o bien de quien acepta ser nombrado. Tendríamos entonces un delito que produciría efectos válidos en la misma esfera de bienes jurídicos que él ataca”.-

9. También se ha dicho que la sentencia dictada por un juez que no reúne los requisitos constitucionales es un acto inexistente por aplicación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que afirma que “la omisión de formalidades sustanciales en el dictado de un fallo determina su inexistencia como tal, al ser violatorio, en consecuencia, del art. 18 de la Constitución Nacional” (CSJN, Fallos 156:283; 223:486; 233: 111; 312:139, entre muchos otros). Sin embargo, la distinción no tiene mucha razón de ser, ya que dicha categoría es asimilable en sus efectos al acto nulo de nulidad absoluta.-

10. “Se llama magistrado, en el sentido más lato de la palabra, a toda persona que ejerce un cargo elevado en el gobierno, aunque sus facultades no sean judiciales. En sentido más limitado, son magistrados solamente los miembros del Poder Judicial, sea que dicten fallos, sea que los requieran, como los miembros del Ministerio Público Fiscal. En una acepción más restringida, todavía, no hay otros magistrados que los jueces” (DE LA COLINA, Salvador: “Derecho y Legislación Procesal. Materia civil y comercial”, T. I, 2ª edición corregida y aumentada, Ed. J. Lajouane & Cía, 1915). En el sentido de este artículo, magistrado es quien ejerce la magistratura.-

11. En el caso de los Ministros del Superior Tribunal de Justicia, empero, el artículo 164 se encarga de especificar que el ejercicio profesional sólo puede ser “de la abogacía o de la magistratura judicial”, excluyendo en consecuencia la antigüedad en el ejercicio como “funcionario judicial”.-

12. En contra ver ROMERO, César Enrique: “Derecho Constitucional”, T.II, pág. 279.-

13. S.T.J.Ch., in re: “Orlansky, Elías c/. Colegio Profesional de Ingeniería, Arquitectura y Agrimensura del Chubut s/ nulidad – repetición” (Expte. n° 14.073-O-1992), sentencia de fecha 1 de febrero de 1996.-

14. Cám. Apel. Circunscripción Judicial del Sud, Comodoro Rivadavia, 22/5/1996, in re: “Blanc Gerzicich de Scapellato, María Susana Beatriz s/ acción de amparo”.-

15. Cám. Apel. Circunscripción Judicial del Sud, Comodoro Rivadavia, 22/5/1996, in re: “Blanc Gerzicich de Scapellato, María Susana Beatriz s/ acción de amparo”.-

16. Ver BIDART CAMPOS, Germán J.: “Tratado Elemental de Derecho Constitucional”, T.II, Ed. Ediar, 1967, pág. 221.-

17. Cám. Apel. Circunscripción Judicial del Sud, Comodoro Rivadavia, 22/5/1996, in re: “Blanc Gerzicich de Scapellato, María Susana Beatriz s/ acción de amparo”. En el mismo sentido el Dr. Vigo, en su voto en la causa “Majul Attme y otras” (Corte Suprema de Justicia de Santa Fé, 12-6-1989, en J.A. 1989-III.545), expresó lo siguiente: “Aprecio que es posible teóricamente perfilar cuatro modelos característicos o paradigmáticos de ejercer la profesión de abogado, a saber: el abogar ante los órganos jurisdiccionales a favor del reconocimiento de ciertos derechos, el decidir imperativamente conforme al derecho establecido en cada caso lo suyo de cada uno, el enseñar el derecho a aquellos que se están capacitando para el futuro ejercicio profesional jurídico; y el asesorar a personas individuales o colectivas acerca de las conductas jurídicas posibles de ser adoptadas. Se trata indudablemente de cuatro arquetipos destinos laborales factibles de ser adoptados por el abogado, aunque es posible puntualizar algunas otras modalidades análogas, secundarias o derivadas de las indicadas. De todas maneras el distingo puntualizado sirve para señalar alternativas de ejercicio del título de abogado, que incluso pueden ejercerse con exclusividad una de las otras a tenor de vocación, talentos, oportunidades, necesidades y características personales del profesional que se trate”.-

18. Conf. Acta N° 7 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut.-

19. Conf. LINARES QUINTANA, Segundo V.: “La Constitución interpretada”, 1960, pág. 19.-

20. S.C. Bs.As., 3/5/2000, in re: “Maida, Juan Adolfo s/ amparo” (Expte. n° B 59.728).-

21. ROMERO, César Enrique: “Derecho Constitucional”, T.II, pág. 279.- 22 HERRERA, Julio: “Hacia una mejor justicia. Organización de la justicia federal”, 2ª edición, Bs.As., 1948, pág. 55.-

23. Ver Acta N° 194 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut.-

24. Ver, al respecto, Acta N° 4/09 del Consejo de la Defensa Pública de la Provincia del Chubut.-

25. Conf. BIDART CAMPOS, Germán: “Tratado Elemental de Derecho Constitucional”, T.II, Ed. Ediar, Bs.As., 1991, pág. 3030. Carlos BIDEGAIN también participa de este criterio, indicando que “los...años de ejercicio de la abogacía no deben ser cumplidos, necesariamente, en la profesión liberal”. Sin embargo, el citado autor a renglón seguido advierte que no sería suficiente la mera antigüedad desde la obtención del título universitario, si no ha habido una efectiva actividad de ese carácter (conf. BIDEGAIN, Carlos: “Cuadernos de Curso de Derecho Constitucional”, T. IV, Ed. Abeledo Perrot, 2003, pág. 317).-

26. “Hacia Consejos de la Magistratura prestigiosos”, 1as. Jornadas Chaqueñas de Consejos de la Magistratura y Jurados de Enjuiciamiento de las provincias argentinas y de la Nación. Compendio de legislaciones provinciales”, pág. 64.-

27. Art. 42 de la ley 24.521: “Los títulos con reconocimiento oficial certificarán la formación académica recibida y habilitarán para el ejercicio profesional respectivo en todo el territorio nacional, sin perjuicio del poder de policía sobre las profesionales que corresponde a las provincias...”.

28. Dice VIGO: “El título sólo brinda la posibilidad del ejercicio, lo que quiere la Constitución es que se haya efectivizado el ejercicio” (ver su voto en el fallo dictado en los autos caratulados “Majul Attme y otras” (Corte Suprema de Justicia de Santa Fé, 12-6-1989, en J.A. 1989-III.560).-

29. En igual sentido se ha expresado el S.T.J. Santa Fé en los autos caratulados “Majul Attme y otras” (12-6- 1989, en J.A. 1989-III.545), como así también el Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut (conf. acta n° 154 de fecha 29/08/06).-

30. Ver SAGÜES, Néstor P.: “Elementos de Derecho Constitucional”, T.I, Ed. Astrea, 1993, pág. 475.-

31. Ver Acta N° 7 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut.-

32. Ver Acta N° 194 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, intervención del Consejero Dr. Eduardo Palacios.-

33. Ver voto del Dr. Vigo en la causa “Majul Attme y otras” (Corte Suprema de Justicia de Santa Fé, 12-6- 1989, en J.A. 1989-III.545).-

34. Ver Acta N° 185 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut.-

35. Corte Suprema de Justicia de Santa Fé, in re: “Majul ATTME y otras”, 12/06/1989, en J.A. 1989-III-554.-

36. Ver Acta N° 192 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, intervención del Consejero Eduardo Palacios.-

El proyecto de ley de protección de los glaciares y del ambiente Periglacial

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: LLPatagonia 2010 (agosto), 403

Cita Online: AR/DOC/5404/2010

[Consultado el 12/02/2020]

Sumario

I. La importancia del agua.- II. Los glaciares y el agua.- III. El proyecto de ley de protección de los glaciares y del ambiente periglacial aprobado por la Cámara de Diputados.- IV. Los glaciares como bienes de carácter público.- V. Actividades prohibidas y evaluación del impacto ambiental.-VI. Una ley de presupuestos mínimos.- VII. El verdadero fundamento del proyecto de ley.- VIII. Conclusión

I.- La importancia del agua.

Nadie puede dudar de la importancia notable que tiene el agua en lo que hace a las diferentes esferas. Así, en materia económica, representa un factor decisivo para el desarrollo de los pueblos. También constituye un componente de primer orden en lo que atañe al medio ambiente, ya que —entre otras funciones— sirve de base a los distintos ecosistemas. Y, como si esto fuese poco, es además un elemento primordial para todos los aspectos de la vida.

En fin: como bien lo explica un autor "son tan grandes y numerosas las utilidades que el hombre obtiene del agua, que resulta difícil agotar su enunciación. Aparte de constituir un elemento indispensable para la vida humana y animal, el agua sirve como vehículo para el comercio, como medio de comunicación, represen-

tando, en este orden de ideas, el más económico de los caminos; empleada como fuerza motriz, representa el más económico de los motores; aplicada a la irrigación, actúa como elemento de fertilización, como factor poderoso y a veces indispensable para el desenvolvimiento de la agricultura; constituye la base de la higiene personal y pública; a través de la pesca, representa un medio natural de subsistencia. Y no sólo ventajas de orden material reportan las aguas, sino que, sirviendo de campo para el deporte (natación, remo, etc.), proporcionan un grátísimo lugar de esparcimiento" (1).

Sin embargo, cabe destacar que esa importancia se hace más evidente en la actualidad ya que, como todos sabemos, hoy en día la actividad humana está alterando seriamente los recursos hídricos en lo que se refiere a su calidad y cantidad, lo que determina a su vez que ya se hable de la "crisis del agua" y que se haya dicho que en un futuro no muy lejano la escasez de este preciado elemento y el deterioro de sus fuentes hará que su disponibilidad se convierta en uno de los grandes desafíos de este siglo y en un motivo de próximas guerras (2).

El científico brasileño y experto en limnología José Galizia Tundisi, en este sentido, expresó que "el desenvolvimiento económico y social de cualquier país está fundamentado en las disponibilidades de agua de buena calidad y en la capacidad de conservación y protección de los recursos hídricos... En 2020, en la Tierra habrá 500 ciudades con más de 1 millón de habitantes y 33 megaciudades con más de 8 millones de habitantes, lo que coloca a la cuestión del agua, su conservación y su uso adecuado como prioritaria para cualquier país o región. El agua será, por lo tanto, un recurso natural amenazado" (3).

Y esta visión es también compartida por Mariano Alberto Hernández, quien afirma que "la crisis hídrica es en estos momentos, finalizando el siglo XX, una de las preocupaciones ambientales más serias del planeta. Pero será indudablemente la crisis ambiental por excelencia del próximo siglo" (4).

II.- Los glaciares y el agua.

Por impresionantes que nos puedan parecer hoy en día, los glaciares son sólo reducidos relictos de las extensiones glaciares de antaño.

Sin embargo, tal circunstancia de ninguna manera les quita la importancia y el rol fundamental que siguen ejerciendo en la actualidad.

En efecto: ocupando el 10% de las tierras emergidas, los glaciares suponen el 90% del agua dulce del planeta.

Este dato, como surge a simple vista, es más que significativo, más aun teniendo en cuenta que estamos viviendo en un mundo — como ya lo mencionáramos— en el cual cada vez hay menos agua potable, y cada vez ella está más contaminada.

Además, los glaciares contribuyen a equilibrar el clima del planeta; protegen la biodiversidad; sirven como fuente de información científica, y constituyen inigualables atractivos turísticos.

Y por ello, precisamente, desde hace ya varios años se han presentado en el Congreso de la Nación distintos proyectos de ley tendientes a brindarle protección a los glaciares.

III.- El proyecto de ley de protección de los glaciares y del ambiente periglacial aprobado por la Cámara de Diputados.

Hace pocos días la Cámara de Diputados le otorgó media sanción a un proyecto de ley consensuado, de protección de los glaciares y del ambiente periglacial.

Sin embargo, los legisladores sólo lograron aprobarlo en general, restando aún el tratamiento en particular de los artículos.

Este proyecto establece los presupuestos mínimos de protección de estos elementos naturales y sus adyacencias, buscando preservarlos "como reservas estratégicas de recursos hídricos para el consumo humano, para la agricultura, y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas" (art. 1°).

Es decir que, en la práctica, intenta brindar una necesaria tutela a las fuentes de agua, y otorgar un marco normativo que regule las actividades que puedan desarrollarse en su entorno.

A tales efectos, entiende por glaciar a toda masa de hielo perenne estable o que fluye lentamente, con o sin agua intersticial, formado por la recristalización de nieve, ubicado en diferentes ecosistemas, cualquiera sea su forma, dimensión y estado de conservación. Son parte constituyente de cada glaciar —sigue diciendo su artículo 2°— el material detrítico rocoso y los cursos internos y superficiales de aguas.

Asimismo define por ambiente periglacial en la alta montaña, al área con suelos congelados que actúa como regulador del recurso hídrico. En la media y baja montaña al área que funciona como regulador de recursos hídricos con suelos saturados en hielos (5).

Como puede observarse, con la incorporación del "ambiente periglacial" se ha ampliado notablemente el ámbito de protección, circunstancia que no es casual ya que —como se explicará más adelante— lo que se pretende es evitar que estas importantes y vitales superficies queden desprotegidas y eventualmente a merced de grandes emprendimientos industriales o de la megaminería.

IV.- Los glaciares como bienes de carácter público.

La última parte del artículo 1° señala que los "glaciares constituyen bienes de carácter público".

Se ha escogido, en este sentido, el criterio correcto, ya que para determinar la condición jurídica de los glaciares y del ambiente periglacial se tuvo en cuenta la necesidad, conveniencia e importancia de los mismos, como así también su utilidad pública.

El valor de ellos desde el punto de vista ambiental y social es tan grande que esa sola causa justifica su afectación al dominio público de la comunidad.

Además, y desde el punto de vista político, su significado es más que trascendente: la ley es la expresión de la voluntad general. Por lo tanto, al declarar como "bien de carácter público" a los glaciares, el pueblo de la República Argentina, a través de sus legítimos representantes, expone su pensamiento sobre esta temática y ratifica una vez más su decisión ineludible de tutelar de manera íntegra y ejemplar su patrimonio natural.

Por otra parte, esta manifestación solemne que hace el legislador sobre un asunto de interés trascendental, fijando su posición al respecto, obliga a los Poderes Públicos a tener presente tal circunstancia en todos los actos de su competencia.

Y, finalmente, el hecho de que se considere a los glaciares y a su zona circundante como un bien de carácter público determina que su protección se convierta en un derecho de incidencia colectiva (6), lo que implica que el universo de legitimados para reclamar su tutela se amplíe enormemente, quedando habilitados para ello —por ende— el Defensor del Pueblo, las asociaciones ambientalistas registradas conforme a la ley, y cualquier ciudadano afectado (arg. art. 43 de la Constitución Nacional) (7).

V.- Actividades prohibidas y evaluación del impacto ambiental.

Conforme el artículo 6 del proyecto de ley con media sanción en la Cámara de Diputados, en los glaciares quedan prohibidas las ac-

tividades que puedan afectar su condición natural o las funciones señaladas en el artículo 1º, las que impliquen su destrucción o traslado o interfieran en su avance, en particular las siguientes:

1.) La liberación, dispersión o disposición de sustancias o elementos contaminantes, productos químicos o residuos de cualquier naturaleza o volumen. Se incluyen en dicha restricción aquellas que se desarrollen en el ambiente periglacial.

2.) La construcción de obras de arquitectura o infraestructura con excepción de aquellas necesarias para la investigación científica y las prevenciones de riesgo.

3.) La exploración y explotación minera e hidrocarburífera. Se incluyen en dicha restricción aquellas que se desarrollen en el ambiente periglacial.

4.) La instalación de industrias o desarrollo de obras o actividades industriales. Se incluyen en dicha restricción aquellas que se desarrollen en el ambiente periglacial.

Como puede observarse, el proyecto de ley realiza una enumeración meramente ejemplificativa, es decir, no se trata de un catálogo cerrado o taxativo. Así lo da a entender su propio texto cuando utiliza la frase "en particular". Por lo tanto, cualquier actividad que pueda afectar la condición natural de los glaciares o del ambiente periglacial, esté o no enunciada en la lista indicada anteriormente, debe considerarse prohibida.

De igual manera y en la misma dirección, el proyecto también prevé que todas las actividades proyectadas en los glaciares y en el ambiente periglacial, que no se encuentren prohibidas, deban ser sometidas a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental (E.I.A.) y evaluación ambiental estratégica, según corresponda conforme a su escala de intervención, en el que deberá garantizarse una instancia de participación ciudadana (8) de acuerdo a lo establecido en

la Ley General del Ambiente Nacional, en forma previa a su autorización y ejecución.

La "evaluación del impacto ambiental" (E.I.A.), como es sabido, es una de las herramientas básicas que ha diseñado la técnica jurídica en materia de prevención de daños ambientales, y consiste en exigir que en forma previa a la iniciación de un emprendimiento u obra que pueda causar perjuicios importantes al ambiente y como condición indispensable para autorizarlo, el mismo sea objeto de un examen por parte de la autoridad administrativa tendiente a conocer las consecuencias que dicho proyecto causará en el ambiente y las formas posibles de disminuir, reducir o suprimir esos efectos.

Consiste, pues, en el análisis que realiza el Estado a partir del conjunto de la documentación presentada por el titular del emprendimiento (estudio de impacto ambiental), la información y estudios recabados por aquél, y las ponencias presentadas en audiencia pública, que conducen al dictamen final.

Se trata, como dice la doctrina, de un "instrumento de conocimiento al servicio de la decisión" (Arq. Nancy Mac Kay) o de un "procedimiento previo para la toma de decisiones" (Coenen Jorissen; Mosset Iturraspe; etc.) que debe realizarse en forma obligatoria y como condición necesaria para la obtención de la autorización administrativa correspondiente.

La E.I.A. de acuerdo a la redacción del proyecto, es aplicable tanto a proyectos o actividades del sector público como del privado, quedando exceptuadas de tal requisito únicamente las actividades que el propio proyecto enumera (de rescate o derivado de emergencias; científicas, realizadas a pie o sobre esquíes, con eventual toma de muestras, que no dejen desechos en los glaciares el ambiente periglacial, y las deportivas, incluyendo andinismo, escalada y deportes no motorizados que no perturben el ambiente).

Además, es preciso indicar que debe someterse obligatoriamente a esta evaluación no sólo la iniciación de una actividad susceptible de afectar los glaciares y el ambiente periglacial, sino también cualquier modificación o alteración del mismo. Y debe aclararse, además, que la exigencia rige para todas las etapas del proyecto, es decir, desde el momento de la selección del sitio hasta la terminación de la obra o el cese de las actividades.

Finalmente, cabe destacar que la E.I.A. debe hacerse en forma previa, es decir, no puede ser simultánea o posterior a la obra o actividad.

VI.- Una ley de presupuestos mínimos.

Antes de la reforma constitucional de 1994 no había disposición alguna que tratara el tema de la competencia legislativa en materia ambiental, motivo por el cual se entendió que se trataba de una materia no delegada al gobierno federal y, por ende, de una atribución propia y exclusiva de las provincias.

Sin embargo, la Nación dictó en distintas oportunidades normas referidas a esta cuestión y también hicieron lo propio las provincias y los municipios, circunstancia que originó un verdadero caos normativo por la superposición de leyes, decretos y ordenanzas.

Esta situación quedó resuelta con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, ya que a partir de entonces la segunda parte del artículo 41 fija claramente la regla que debe seguirse en esta materia: "Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales". Es decir que, en la actualidad, es la propia Constitución Nacional la que establece la delimitación y el reparto de competencias en esta temática.

De acuerdo con esta disposición, pues, la Nación está facultada para establecer un piso mínimo de tutela que regirá en forma uniforme en todo el país (es decir, es la autoridad competente para dictar la legislación de base), y las provincias tienen la facultad de mejorar ese nivel de protección para hacerlo más efectivo, o sea, de ampliar o de darle mayor extensión a las normas federales para atender a sus propias particularidades o para garantizar de una mejor manera sus ecosistemas.

Los principales objetivos que persigue este régimen mixto — como bien lo explica Mariana Valls — son los siguientes (9):

1.) "Asegurar los principios rectores del ordenamiento jurídico ambiental que regirán uniformemente en el territorio de toda la Nación (principio justificado en la naturaleza interjurisdiccional del problema ambiental".

2.) "Impedir que en el territorio de las provincias se atraigan inversiones, pregonando políticas más permisivas en materia ambiental que disminuyan la protección exigidas en otras".

3.) "Permitir que las particularidades locales o regionales sean tratadas por sus respectivas autoridades, en obediencia al reparto de competencias entre la Nación y las provincias y a las características propias del ambiente".

Además, "esta protección universal (la que está a cargo de la Nación, aclaro) hace aplicación del principio de igualdad ante la ley, porque el hombre...es igual en todas partes y merece el mismo grado de amparo, cualquiera sea su residencia" (10).

Conforme se desprende de su primer artículo, la ley de protección de los glaciares y del ambiente periglacial cuyo proyecto ya obtuvo "media sanción" en la Cámara de Diputados es una ley de "presupuestos mínimos".

Por lo tanto, como consecuencia del principio que estatuye la Constitución Nacional en la segunda parte de su artículo 41 (que algunos autores llaman de "complementación" o de "armonización de políticas conservacionistas" (11), otros de "subsidiariedad" (12) y los menos de "conurrencia") y de lo que señala al respecto el proyecto de ley de protección de glaciares y del ambiente periglacial en su artículo 1°, se dan las siguientes peculiaridades (13):

1.) Estos "presupuestos mínimos" tienen validez y uniformidad para todo el país. Es decir, rigen en todo el territorio de la Nación Argentina.

2.) Las autoridades locales (provinciales) pueden ampliar el piso mínimo pero de ninguna manera reducir o desconocer la normativa básica de la ley de protección de los glaciares y del ambiente periglacial, ya que al ser ésta una ley nacional, ello significaría una violación lisa y flagrante de la Constitución Nacional y del principio de supremacía establecido en ella (art. 31) (14).

3.) La ampliación de la tutela ambiental que pueden efectuar las provincias comprende la facultad de todos sus órganos de gobierno de promover, facilitar y desarrollar en mayor y mejor medida los derechos relativos a este tema, como así también los instrumentos de gestión y la legislación referida a cada uno de los recursos en particular.

Esta apreciación no es menor, ya que echa por tierra la posibilidad enunciada en algunos medios periodísticos ideada por algunas industrias para sortear este escollo ambiental: promover que cada provincia tenga su propia ley sobre protección de glaciares, que restrinjan el área de protección de éstos.

Es que, como vimos, al ser una ley de "presupuestos mínimos", sus disposiciones son de orden público y rigen para todo el país, no pudiendo las provincias —en consecuencia— dictar leyes u otras disposiciones normativas que disminuyan el marco de tutela dada por el proyecto en análisis.

VII.- El verdadero fundamento del proyecto de ley.

En rigor de verdad, el proyecto de ley sancionado en la Cámara de Diputados trata de otorgarle una respuesta rápida a una demanda urgente: preservar las "fábricas de agua" de los emprendimientos megamineros en la Cordillera.

En efecto: como es sabido, la irrupción de la minería transnacional a gran escala en nuestro territorio nacional (y fundamentalmente en nuestra Patagonia) ha provocado, desde sus inicios, no solo una transformación importante de las condiciones sociales y económicas de varias regiones, sino también —y fundamentalmente— un significativo impacto ecológico.

Es que el tipo de minería que se viene desarrollando más comúnmente en la actualidad para la extracción de minerales se denomina "a cielo abierto". Como su nombre lo indica, no se trata de túneles cavados en roca como en la antigüedad, sino que —por el contrario— se remueven in situ inmensas cantidades de tierra, conformando una o varias excavaciones de dimensiones inigualables.

Luego de ello el material removido (miles de toneladas de rocas) es transportado a la planta de tratamiento, donde lo pulverizan.

Ese polvo, que contiene los restos de roca y una gran cantidad de minerales varios, es sometido a un procedimiento que se denomina "lixiviación", y para ello es necesario contar con un volumen importantísimo de agua.

El agua, como vimos, es un recurso estratégico para la Argentina, y una de las reservas más importantes con las que cuentan los países son los glaciares.

El proyecto de ley, pues, tiende a proteger este recurso y a limitar la actividad de la minería, para evitar que esta industria pueda

"derretir" los glaciares o utilizar su agua o el agua existente en el "ambiente periglacial" en perjuicio de otros usos más importantes (15).

VIII.- Conclusión: el necesario equilibrio entre la protección del ambiente y el desarrollo industrial.

El proyecto de ley que logró media sanción en el Congreso fue, lógicamente, cuestionado por las empresas mineras, señalando que es "discriminatorio" ya que prohíbe la minería en amplias zonas del territorio argentino (16), algunas de las cuales se encuentran "sumidas en el aislamiento o la pobreza" (17).

Es una verdad innegable que todos los pueblos aspiran al desarrollo de sus posibilidades; un desarrollo que permita mejorar las condiciones actuales y obtener un crecimiento a futuro.

Sin embargo, también es cierto que ese progreso no debe poner en riesgo al medio ambiente o causar daños irreparables en alguno de sus elementos.

Es por eso, precisamente, que se hace necesario armonizar ambos conceptos y lograr que exista una interrelación entre "ambiente y desarrollo".

Desde esta perspectiva entiendo que el proyecto de ley que cuenta con media sanción en la Cámara de Diputados no puede ser calificado de discriminatorio, ya que no prohíbe la minería como actividad en sí, sino que lo hace únicamente en los glaciares y en las áreas periglaciales. Y para ello tiene en cuenta las circunstancias apuntadas anteriormente, es decir, el valor que tiene el agua como recurso estratégico y la fragilidad de tales ecosistemas.

Como bien se ha dicho, "las múltiples necesidades de la vida humana exigen por lo común para su satisfacción evaluar entre diversos valores, muchas veces contrapuestos, y optar, por la medida en que cada uno es tenido en cuenta..." (18).

De esta manera, el "derecho al desarrollo" (como lo ha proclamado enfáticamente la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 41/128) y su necesaria consecuencia, el crecimiento económico, debe a su vez compatibilizarse con el derecho al medio ambiente y a la calidad de vida de los habitantes, lo que significa que todas las actividades humanas deben también considerar el mantenimiento y el mejoramiento del entorno ecológico en la realización de sus fines específicos (19).

La protección ambiental, pues, "constituye una parte integral del proceso de desarrollo económico", razón por la cual éste debe cumplirse de manera que las futuras generaciones puedan cubrir sus necesidades de forma equitativa con las presentes.

Y ello es así porque "si se siguen produciendo y explotando recursos sin tener en cuenta los daños que provocan al medio ambiente, sobrevendrá, entre muchas otras consecuencias no queridas, el agotamiento de los recursos y en consecuencia a la larga el fin de la humanidad. Pero, por otro lado, el temor a que esto último suceda no puede inducirnos a incurrir en el proceder opuesto, es decir, la detención de actividades en aras de preservar los recursos pues ello lleva a otro tipo de destrucción" (20).

Como se ve, lo importante en estos temas, es lograr "un honesto y virtuoso punto de equilibrio" (21).

(1) MARIENHOFF, Miguel S.: "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II, Obras, número 9, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1971, pág. 51.

(2) "Las guerras del siglo XXI serán por el agua", dijo Ismael SERAGELDIN, ex-directivo de la Sociedad Mundial del Agua. En el

mismo sentido, Ignacio RAMONET ha expresado que "irremediablemente, el agua será motivo de tensiones sociales y económicas que podrían llegar a convertirse en guerras... No carecemos de indicios para pensar que el agua lleva camino de convertirse en una riqueza escasa o un bien raro. Sin duda, las tensiones que suscita aquí y allí no son más que signos tempranos de conflictos más graves. El agua dulce constituye uno de los retos más evidentes del siglo XXI, a menos que en el próximo decenio se descubra un procedimiento poco costoso para desalinizar el agua de mar... Pero, aunque en un grado mucho menor, mares y océanos no tardarán en convertirse en retos del mismo orden" (RAMONET, Ignacio: "Guerras del Siglo XXI. Nuevos miedos, nuevas amenazas", Ed. Mondadori, Bs. As., 2002). Sobre este punto, ver también BUNGE, Mario: "Hasta la próxima guerra", en el Diario "La Nación" del 2 de enero de 2001, pág. 15. Asimismo, resulta muy importante la lectura del artículo de Telma LUZZANI titulado "El gran desafío del siglo es calmar la sed" ("Zona de la Política, la sociedad y las ideas" (Suplemento del Diario "Clarín" del día 3 de agosto de 2003)), ya que en el mismo se afirma que los países que tengan este recurso serán blancos de un saqueo forzado que puede darse a través de la apropiación territorial por medio de la compra de tierras, o bien a través de la privatización del agua. La primera circunstancia, sin lugar a dudas, merece tenerse presente en nuestra Patagonia, ya que en los últimos tiempos hemos sido testigos mudos de las adquisiciones de campos con espejos de agua que han realizado muchos extranjeros, sin que el gobierno haya adoptado medidas preventivas al respecto.

(3) Conf. TUNDISI, José Galizia: "Limnología no Século XXI: Perspectivas e Desafios", Conferencia de Abertura do VII Congresso Brasileiro de Limnología, Instituto Internacional de Ecología, Sao Carlos, Brasil, pág. 3.

(4) Conf. HERNANDEZ, Mariano Alberto: "La crisis hídrica y las expectativas de los países sudamericanos. Nuevos recursos hídricos", en Instituto de Estudios e Investigaciones sobre El Medio Ambiente: "Latinoamérica. Medio Ambiente y Desarrollo", pág. 133. Es que, tal como lo informó el Diario "La Nación" del día 22 de marzo de 2002, debe tenerse presente que ya en el año 2002 el 21,5% de los argentinos (casi 8 millones de personas) carecía de agua segura; que

sólo el 67% se abastecía por fuentes confiables y en forma domiciliaria; que el 11,5% apenas tenía acceso a una fuente pública de agua cercana a su casa; que había —en el mundo- 1200 millones de personas sin acceso a agua potable; que entre 2000 y 3000 millones de personas vivían sin sistemas de desagüe adecuados y que se cree que la escasez afectará en los próximos 25 años a 5400 millones de personas.

(5) La Diputada Marta MAFFEI, refiriéndose a este tema, aclaró: "Decimos ambiente periglacial y definimos específicamente los espacios congelados de alta montaña que son reguladores del recurso hídrico. En realidad estamos hablando de glaciares de escombros. Lo que ocurre es que hay mucha bibliografía que no reconoce como glaciar a este espacio periglacial. Para evitar el conflicto, lo pusimos como espacio periglacial de alta montaña de suelos congelados de forma permanente y que actúa como regulador de recursos hídricos. No cualquier suelo mojado actúa como regulador de recursos hídricos".

(6) Es que, como bien lo señaló la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, el criterio decisivo para determinar su inclusión dentro de la categoría de derechos colectivos "es el bien común, entendido este concepto como el conjunto de condiciones que permiten el disfrute de los derechos humanos y el cumplimiento de los deberes que les son conexos, en donde la seguridad jurídica, la justicia, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la libertad, la igualdad en principio de no discriminación y la procura existencial mínima para poder vivir dignamente, esto es el conjunto de condiciones que contribuya a hacer agradable y valiosa la vida (calidad de vida), constituyen la manifestación misma de los derechos colectivos (Resolución del Tribunal Supremo de Venezuela, Sala Constitucional, sobre la acción de amparo de PDVSA ante el accionar del colectivo "Gente del Petróleo", 19 de diciembre de 2002). Esta Sala también dijo, en otros fallos, que "el bien común no es la suma de los bienes individuales, sino de todos aquellos bienes que en una comunidad sirven al interés de las personas en general de una manera no conflictiva, no exclusiva y no excluyente, como es la conservación de una ciudad limpia y ornamentada, o el acceso y disfrute de eficientes y óptimos servicios públicos, todos los cuales responden a la idea del bien común en la medida que su goce por unos no disminuye el de los de-

más y porque no puede negarse a ninguno de sus habitantes en beneficio de los demás".

(7) Conf. QUIROGA LAVIE, Humberto: "El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus en la reforma de la Constitución Nacional", en A.A.V.V., "La reforma de la Constitución explicada por miembros de la comisión de redacción", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, pág. 154. Respecto de la noción de "afectado" que brinda el art. 43 de la Constitución Nacional —y sin perjuicio de las diversas teorías que se han diseñado sobre ese punto— ver BIDART CAMPOS, Germán: "La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución", en E.D. 166-860; GOZAINI, Osvaldo Alfredo: "La legitimación para actuar en el juicio de amparo", en LA LEY, 1994-C, 967; TORICELLI, Maximiliano: "La legitimación activa en el art. 43 de la Constitución Nacional", en A.A.V.V.: "El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades (Art. 43 de la Constitución Nacional)", Ed. Depalma, Bs. As., 1999, pág. 33 y SAGÜES, Néstor P.: "Los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo", en A.A.V.V.: "El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades (Art. 43 de la Constitución Nacional)", pág. 19. También puede verse sobre este punto la posición restringida —que no comparto— de BARRA, Rodolfo C. en "La acción de amparo en la Constitución Reformada: la legitimación para accionar", en LA LEY, 1994-E, 1087 y "Los derechos de incidencia colectiva en una primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia", en E.D. 169-433.

(8) Sobre este tema ver GEROSA LEWIS, Ricardo Tomas: "La participación ciudadana en materia ambiental", en Revista de Derecho Ambiental, julio/septiembre 2005, Lexis-Nexis, Bs. As., 2005, págs. 37/48.

(9) VALLS, Mariana: "Derecho ambiental. Los grandes problemas ambientales que enfrenta la Argentina a fin de siglo", Ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 1999, pág. 47.

(10) CATALANO, Edmundo F.: "Código de Minería comentado", op. cit., pág. 371.

(11) GELLI, María Angélica: "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada", 2ª edición ampliada y actualizada, Ed. La Ley, Bs. As., 2003, pág. 364.

(12) HUTCHINSON, Tomás, en MOSSET ITURRASPE, Jorge, HUTCHINSON, Tomás y DONNA, Edgardo Alberto: "Daño Ambiental", op. cit., T.I, pág. 275, nota 23.

(13) GEROSA LEWIS, Ricardo Tomas: "La protección jurídica del medio ambiente en la Provincia del Chubut", Ed. FB, Esquel, Chubut, 2003, págs. 60 a 62.

(14) Sobre las posibilidades que tienen las provincias de enriquecer y mejorar el sistema de derechos ver especialmente BIDART CAMPOS, Germán J.: "Tratado Elemental de Derecho constitucional", T.V, "El sistema de derechos y el constitucionalismo provincial", Ed. Ediar, Bs. As., 1994.

(15) Ver, al respecto, BONASSO, Miguel: "Agua para las mineras o para los argentinos", en el Diario "Clarín", del día 14 de julio de 2010, pág. 14.

(16) Ver "Empresas mineras cuestionan la ley de glaciares aprobada en Diputados", en el Diario "Los Andes" del 18 de julio de 2010.

(17) ROMERO, Roberto Eduardo, Director de El Tribuno, domingo 18 de julio de 2010.

(18) E.D. 161-355, con nota de VALLS, Mario F. y VALLS, Florencia M.: "La jurisprudencia comienza a despejar incógnitas constitucionales en materia ambiental".

(19) Ver, al respecto, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: "Desarrollo y medio ambiente", en J.A. 1997-IV-1006. En el mismo sentido, vale recordar que cuando se discutió este tema en la Honorable Convención Constituyente de la Provincia del Chubut de 1994 se dijo que era necesario "encontrar un equilibrio viable y equitativo entre el medio ambiente y el desarrollo", que "sostenibilidad significa progreso, crecimiento, creación de riqueza y utilización de los recursos sin rebasar los límites de las posibilidades ecológicas", y que "un desarrollo que sólo beneficia a unos cuantos no es un desarrollo sostenible" (conf. Diario de Sesiones de la Reunión Plenaria n° 10 del 30 de septiembre de 1994).

(20) SABSAY, Daniel: Alberto: "La protección del medio ambiente en la Constitución Nacional", en "150 Aniversario de la Constitución Nacional", Número Especial del Suplemento de Derecho Constitucional, La Ley, Abril de 2003, pág. 92.

(21) BELLORIO CLABOT, Dino: "Tratado de Derecho Ambiental", T. I, Ed. Ad Hoc, pág. 37. Quizás sea conveniente recordar, en este sentido, la verdad de ARISTOTELES: el justo medio puede ser la solución nunca lograda pero siempre apetecible.

Inconstitucionalidad sobreviniente por falta de movilidad de los montos mínimos de los honorarios profesionales de los abogados

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: LLPatagonia 2010 (diciembre), 540

Cita Online: AR/DOC/7918/2010

[Consultado el 12/02/2020]

1.- La Ley XIII, N° 4 de la Provincia del Chubut (Antes Ley 2200) establece en la actualidad los montos mínimos de los honorarios profesionales a percibir por los abogados en cada uno de los procesos judiciales.

2.- La finalidad que tuvo en mira el legislador para reconocer la "retribución sostén" -como prefiere denominar ROUILLON a estos "montos mínimos"- fue la de consagrar un sistema compatible con los principios cardinales que rigen la materia, esto es, retribución justa, razonabilidad, no confiscatoriedad, vigencia del derecho de propiedad de los abogados, y respeto del carácter alimentario de sus retribuciones.

3.- A fin de ubicar la evolución de las normas en función de las cuales se llega al actual nivel remuneratorio mínimo de los abogados, es menester remontarse a la Ley Provincial N° 4335.

Esta ley, como se sabe, *sancionada el 20 de noviembre de 1997 (es decir, hace más de 10 años)*, realizó importantes modificaciones al régimen arancelario para el servicio profesional de abogados y procuradores, establecido por el Decreto Ley n° 2200.

Entre las modificaciones más trascendentes, la referida ley, luego de una situación análoga a la que se padece en la actualidad y en tren de lograr una recomposición remunerativa acompasada con la realidad económica del momento, fijó en su artículo 8° los honorarios mínimos de los trabajadores de la abogacía.

4.- Al fijar tales mínimos, pues, el legislador chubutense tuvo en cuenta la trascendencia de los valores en juicio, razón por la cual los determinó en una suma que garantizaba una digna retribución por la labor profesional.

5.- El establecimiento de honorarios mínimos, se ha dicho, tiene por objeto el respeto a la jerarquía de la profesión letrada y la intención de dignificar el ejercicio de la abogacía (1).

Para la Legislatura del Chubut, entonces, la labor de un letrado en un juicio de conocimiento o de ejecución, en un incidente o en un amparo, reviste tal envergadura como para que no pueda ser recompensada con un estipendio magro, si se quiere indecoroso.

"Lo mínimo -tal como lo destacó con precisión Oscar H. PEÑA- es exactamente la menor porción de una cosa, lo más reducido y pequeño (2).

"Un abogado digno no puede trabajar por honorarios míseros", destaca en su conocida obra Adolfo E. PARRY (3), mientras que Alfredo COLMO apunta a su vez que la asignación de un letrado de una retribución miserable "rebaja y aún prostituye la profesión y su ética"(4).

De esta visión específica proviene, precisamente, la estipulación de los mínimos que contiene el artículo 8 de la Ley XIII, N° 4 (según Digesto Provincial).

6.- Lo que hace a la "recompensa pecuniaria" del letrado, como lo destaca Enrique BUTTY, excede además por principio al mero

enfoque numérico, para ingresar en otro terreno, sin duda emparentado con la salvaguarda del decoro de la abogacía (5).

El dinero no define la categoría de la labor, pero un salario consistente de acuerdo con nuestros parámetros comunitarios, contribuye a resaltar los valores de una función imprescindible en la realización del derecho.

"Dicho emolumento, en cuanto mantenga niveles de objetiva significación, servirá además para desalentar la litigiosidad... Rafael BIELSA llega a hablar de un verdadero enriquecimiento sin causa por parte del deudor del honorario del abogado cuando éste no cobra adecuadamente su trabajo ("La abogacía", Cap. III)... El trabajo en sí mismo posee una dignidad reconocida con enfoque profundo en las encíclicas *Rerum Novarum* y *Laborem Exercens*, y su contraprestación mínima apropiada a cada profesión se traduce en esencia en una suerte de respeto a la actividad de que se trata" (6).

La ley arancelaria vigente consagra asimismo en este aspecto, como "derecho específico del abogado", el de "percibir remuneración no inferior a la que fijan las leyes arancelarias".

7.- Además, y esto es muy importante, desde siempre se ha tratado de asimilar los honorarios de los abogados al nivel remunerativo de los jueces (dado que tienen el mismo carácter, dedicación y esfuerzo profesional que el de los abogados) circunstancia que afirma el principio de que, a más de ser los principales colaboradores directos de los magistrados, están asimilados a éstos en cuanto al respeto y consideración que deber guardárseles (arg. art. 45 de la Constitución Provincial y art. 59 del CPCC).

8.- Pues bien: efectuadas estas aclaraciones, surge claramente que en la actualidad se ha perdido el propósito expuesto por el legislador al establecer los mínimos legales, ya que la inflación que ha sufrido nuestro país desde el año 1997 hasta la fecha determina que lo que

aparecía en aquella fecha como una remuneración justa, hoy en día constituya una compensación penosa e inadecuada.

Es que, de acuerdo con los índices y la tabla que acompaño, desde el año 1997 al año 2010 existió una inflación del 149,27%.

9.- En efecto: según surge de los índices que publica el Instituto de Estadística y Censos de la Nación Argentina (INDEC), el índice general de precios al consumidor correspondiente al mes de noviembre del año 1997 era de 48,17236, mientras que el índice correspondiente al mes de agosto del año 2010 es de 120,08.

La fórmula para calcular el aumento porcentual de los precios entre un mes "x" y un mes base "anterior", es la siguiente:

Índice del mes "x" dividido por el índice del mes base. Al resultado hay que restarle UNO y a ese resultado hay que multiplicarlo por 100.

En consecuencia, tomando los índices dados anteriormente, surge que:

Índice del mes x = agosto 2010 / índice del mes base = noviembre 1997
 $120,08 / 48,17236$
Resultado de la división = 2,4927157
Menos UNO = 1,4927157
Por CIEN = 149,27157
O sea: los precios al consumidor crecieron en ese lapso el 149,27% (*)

(*) Aunque en Argentina habría que utilizar una fuente alternativa, por la desviación que ha provocado en las estadísticas el organismo oficial.

Eso significa que el umbral retributivo mínimo para los juicios ejecutivos (es decir, el monto que en 1997 el legislador entendió como justo) sufrió una depreciación tal que determina, en la práctica, un "ostensible deterioro" de los emolumentos profesionales.

10.- Además, cabe señalar que en los años 1997/1998 el sueldo básico de un juez de primera instancia era de \$ 1.683,26, mientras que en el año 2010 es de \$ 3.957,07 (Fuente: Dirección de Administración del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut).

O sea que mientras que los magistrados tuvieron un aumento del 235,08% de sus haberes, los honorarios mínimos de los abogados (que, como vimos, deben ser equiparados a aquéllos en cuanto a la consideración y respeto que deben tener) se mantuvieron sin cambios.

11.- Y sigo: en el año 1997, el bono del Colegio Público de Abogados valía diez pesos (\$ 10), mientras que en la actualidad asciende a treinta pesos (\$ 30).

El aumento, en este caso, fue del 300%.

12.- Lo expuesto, pues, deja en claro que aplicar el monto de honorario mínimo legal previsto en el artículo 8º de la ley arancelaria vigente sin ningún tipo de actualización *es inconstitucional* por vulnerar el principio de retribución justa y el derecho de propiedad.

Es que, como es sabido, la retribución justa tiene también que ver con la depreciación que sufren los emolumentos profesionales por la inflación.

Ello, toda vez que siendo un crédito alimentario el honorario del abogado, la actualización de los mínimos legales responde a un claro imperativo de justicia, cual es el de eliminar los efectos perjudiciales que el envilecimiento de la moneda ocasiona a los trabajadores de la abogacía.

13.- En este sentido, el profesor BIDART CAMPOS manifestaba que cuando el derecho de propiedad, reconocido en la Constitución, recae sobre el dinero, protege no sólo su cantidad nominal, estampada en el billete o en la moneda, sino su valor real, su naturaleza representativa, su poder de adquisición y de cambio (7). Desde esta

perspectiva, entonces, el reajuste de tales montos se impone como obligatorio, ya que lo único que hace es mantener el valor económico real de la moneda frente a su progresivo envilecimiento.

14.- Además, está en juego la garantía de igualdad. Es que, de aplicarse los mínimos previstos por la ley arancelaria sin ningún tipo de movilidad o reajuste, existiría una resolución que desprecia el valor del trabajo del abogado con relación al trabajo de otros profesionales, más precisamente con el de los jueces que, como vimos, tanto la ley como la Constitución provincial los equipara en cuanto a la consideración y respeto que debe tenerseles.

Se trataría, pues, de acreedores *discriminados* que son objeto de fulminantes decretos pretorianos de confiscación de sus patrimonios, sin aviso ni defensa previa (8).

Según la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 24), "todas las personas -esto debiera incluir a las "personas abogadas" tienen derecho, sin discriminación, a 'igual protección de la ley'.

De igual manera, el art. 14 bis de la Constitución Nacional garantiza que "el trabajo en todas sus formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán...retribución justa".

Por lo tanto, se da aquí un caso que requiere la atención de la Justicia como cuerpo, por la trascendencia de los derechos comprometidos.

15.- Por otra parte, y como ya lo señalara, el mantenimiento de los montos mínimos previstos por la ley arancelaria vigente y su aplicación directa -sin ningún tipo de actualización - vulnera el derecho de propiedad del abogado y produce una manifiesta confiscación en clara violación del art. 17 de la Constitución Nacional, en tanto y en cuanto hace que el profesional perciba una moneda desvalorizada cuyo poder adquisitivo es muy inferior al que tenía en la época en que se estableció su importe.

16.- En efecto: el mecánico empobrecimiento que genera el efecto erosivo de la inflación, comporta la inflicción de una virtual confiscación cotidiana.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene elaborada doctrina sobre este concepto, y para verificarla se remite a distintas hipótesis de proporcionalidad.

Así, desde siempre ha señalado que una quita del 33% es el límite, fuera del cual estaría comprometida la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional.

"El mínimo legal no puede ser bajado en más del 33%, pues la ley que lo autorice pasa a ser inconstitucional para el caso concreto", señala con total exactitud un autor [\(9\)](#).

Por consiguiente, "si la ley exige al juez 'prudencia', no cabe duda que quitar al patrimonio más del 33% es 'imprudencia' e inconstitucionalidad, y retomando el tema de origen, si esto ocurre exclusivamente con un grupo social discriminado, los abogados, a quienes, por ser tales no se le aplican los mismos criterios de amparo del patrimonio que al resto de la población, se está ante un claro caso de persecución social" [\(10\)](#).

17.- Y eso no es todo. Porque además el principio de "afianzar la justicia y la garantía de una retribución justa" (Preámbulo y Art. 14 bis de la Constitución Nacional) exige que la equivalencia de las prestaciones recíprocas responda a la realidad de sus valores y a la finalidad de cada una de ellas; situación equitativa que aparece alterada cuando por circunstancias ajenas a los profesionales de la abogacía la moneda ha disminuido su valor real, su poder adquisitivo, en relación a los fines propios de naturaleza alimentaria, por factores -reitero- que no dependen del letrado.

18.- Cabe destacar, asimismo, que la Corte Suprema, en el caso "Bonorino Perú c/. Estado Nacional" del 15 de noviembre de

1985, confirmó la necesidad de mantener el valor actualizado de los salarios frente a la desvalorización monetaria. Dijo al respecto: "*si se produce el envilecimiento del signo monetario el no disminuir obliga a indexar las remuneraciones judiciales.*"

19.- Finalmente, dable es mencionar la naturaleza alimentaria del honorario de los abogados entendido como la contraprestación directa de su labor personal (11), habiendo la jurisprudencia postulado la categoría alimentaria del estipendio al señalar que "la necesidad de percibir salario es imprescindible", según se ha dicho (y "el salario de honor" de los abogados no pierde su calidad de tal), "para la satisfacción de impostergables requerimientos vitales" (12), completando la doctrina que "el abogado, con la retribución de su trabajo profesional -es muy importante el concepto- no solo atiende a la satisfacción de sus necesidades imprescindibles y las de su familia, sino el cúmulo de obligaciones inherentes al ejercicio de su profesión (formación, actualización, gastos de oficina, cargas tributarias e impositivas, etc) (13).

20.- En consecuencia, entiendo que los montos mínimos de los honorarios profesionales de los abogados no puede determinarse en función de lo legislado en el año 1997 y sin tener en cuenta, como dije, la inflación galopante que tuvo nuestro país desde entonces, cuya merituación constituye un deber del Juzgador. En tal directriz la doctrina enfatiza que "...el no reconocimiento del emolumento que corresponde al profesional, atento a la jerarquía del trabajo realizado, puede llegar a configurar también de su lado, un cercenamiento de la garantía de la propiedad -art. 17, CN-, que resulta comprensiva de la titularidad de todo derecho patrimonial y, por ende, de los honorarios devengados (14).

21.- Dicho en otras palabras: en virtud del paulatino deterioro operado en el valor adquisitivo de los importes nominales, que deriva del proceso inflacionario -expropiación no indemnizada- que afectara nuestro signo monetario y que genera la disminución de sus valores reales, hoy en día se ve frustrada la finalidad pretendida por el legislador al establecer los honorarios mínimos en la ley arancelaria vigente.

Como consecuencia de lo expuesto, esa "retribución de base" en la actualidad es demasiado baja, paupérrima, lesiva del rango sustancial del ministerio de los profesionales del derecho, y desdibujada del nivel mínimo de razonabilidad que corresponde al emolumento de quien desempeña esa alta función.

Se configura, así, un claro caso de inconstitucionalidad sobreviniente por ausencia de movilidad, que debe ser declarada por los jueces en función de lo dispuesto por el art. 10 de nuestra Constitución Provincial (15).

Y, por lo tanto, por aplicación del art. 21 de la Ley fundamental de nuestra Provincia, los magistrados deben arbitrar los medios necesarios para garantizar el derecho a una retribución justa y la garantía de propiedad de los letrados intervinientes en los juicios.

22.- En tal sentido, el procedimiento de reajuste de los honorarios mínimos se impone como imprescindible, debiendo éstos actualizarse de tal forma que permita alcanzar el mismo nivel adquisitivo que tenían cuando fueron establecidos, es decir, en el año 1997.

23.- Es que, como vimos, la aplicación al caso concreto del honorario mínimo previsto por el art. 8 de la Ley Arancelaria vigente resulta irrazonable y quiebra los principios y garantías consagradas en los arts. 14 bis, 17 y 28 de la Constitución Nacional.

De esta manera, repito, debe declararse la inconstitucionalidad sobreviniente -por falta de movilidad- del importe mínimo establecido en el citado artículo 8 de la Ley Arancelaria, y arbitrarse los medios necesarios para garantizar una adecuada remuneración de los trabajos profesionales, como razón última y por ser la única solución adecuada que mantenga vigente los derechos constitucionales indicados.-

(1) URE, Carlos E. y FINKERBERG, Oscar G.: "Honorarios de los profesionales del Derecho", Ed. Lexis Nexis, 2006.

(2) PEÑA, Oscar H.: "¿De qué hablamos cuando hablamos de mínimo?", Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, mayo 1997, 1-11.

(3) PARRY, Adolfo E.: "Ética de la abogacía", T.II, Ed. Jurídica Argentina", 1940, pág. 165.

(4) COLMO, Alfredo, Revista del Colegio Público de Abogados de Buenos Aires, T. 11, pág. 117.

(5) Cám. Nac. Com., Sala B, 13/3/1998, "Transacciones Privadas SRL c/. Lopez, Oscar Vicente.

(6) URE, Carlos E. y FINKERBERG, Oscar G.: "Honorarios de los profesionales del Derecho", Ed. Lexis Nexis, 2006.-

(7) Ver, en igual sentido, C.Nac.Cont. Adm. Fed., Sala 2ª, 7/11/1996, Radio Victoria Figueuna SA c/. Estado Nacional", causa 987/91).

(8) PUNTE, Roberto Antonio: "La confiscación discriminatoria e inconstitucional del patrimonio en las regulaciones de honorarios", EIDial - DC14A1.

(9) PUNTE, Roberto Antonio: "La confiscación discriminatoria e inconstitucional del patrimonio en las regulaciones de honorarios", EIDial - DC14A1.

(10) Idem.

(11) "Por vía de principio, el honorario del abogado tiene carácter alimentario, desde que se trata de la contraprestación que reciben los profesionales independientes por ejercicio de su profesión, y en ese sentido no difieren -en sustancia- de los sueldos y salarios que perciben quienes trabajan en relación de dependencia. El medio de subsistencia de los profesionales son los honorarios, del mismo modo que el salario es la contraprestación del trabajador dependiente" (L.T. Loutayf Ranea - Martinelli).

(12) SCBA, 5/12/2001, "Quintana, Teodoro", LLBA, diciembre 2001, 8-11.

(13) FINKELBERG, Oscar Guido: "El carácter alimentario de los honorarios profesionales", Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, mayo 2001, 45-14, citado por Carlos E. Ure

y Oscar G. Finkelberg: "Honorarios de los Profesionales del Derecho", Lexis Nexis, pag. 33.

(14) Juan Manuel y CAIRO, Silvina, "Honorarios de Abogados y Procuradores", Serie de Legislación Comentada Provincia de Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, pág. 178.

(15) Hago presente, al respecto, que tal pauta de control constitucional se enmarca en precedentes del Máximo Tribunal Federal en cuanto resolvieron que corresponde declarar la inconstitucionalidad de normas que -aunque no ostensiblemente incorrectas en su inicio- devienen indefendibles desde el punto de vista constitucional, pues el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos legales mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante el lapso que dure su vigencia en el tiempo, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la Carta Magna (C.S.J.N., Fallos: 301: 319; 316: 3104; in re "Itzcovich", sent. del 29-III-2005). De esta manera y como lo enseñaba el maestro BIDART CAMPOS, la inconstitucionalidad no es un vicio que se congela en su existencia con independencia absoluta del transcurso del tiempo, sino que la inconstitucionalidad tiene -muchas veces- dimensiones temporales. Una norma constitucional en un tiempo, luego puede dejar de serlo, cuando en el devenir del mismo sobrevienen nuevas valoraciones sociales que, al desacreditarla, la ponen por ese hecho en contradicción con la constitución. Así una ley puede ser constitucional al momento de entrar en vigor, y tornarse luego inconstitucional porque cambian objetivamente las circunstancias (conf. Bidart Campos, Germán J., La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional, Ediar, 1988, pág. 100 y ss.). Así abordada la cuestión de la inconstitucionalidad sobreviniente, desde la perspectiva dialéctica, se sostiene que "dictada la norma para una circunstancia histórica determinada, y justa para ese momento, si las circunstancias cambian, la norma puede devenir injusta" (Ghirardi Olsen A., Lecciones de lógica del derecho, Córdoba, pág. 129).

El traslado de jueces en la Provincia del Chubut

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <http://www.elderecho.com.ar/>

Publicado en: El Derecho Constitucional 2011-475

[Consultado el 12/02/2020]

1.- Introducción.

Las constituciones suelen consagrar una serie de garantías tendientes a lograr una justicia imparcial e independiente. Una de ellas, sin lugar a dudas, es la que establece la prohibición de los traslados compulsivos de los jueces.

Es que, como ya lo señalara Desjardins en sus *Estudes sur l'inamovilité de la magistrature* (París, 1880), los traslados obligados constituyen una de las trampas al principio de la inamovilidad de los jueces, al lado de los ascensos obligados y de las jubilaciones de oficio. Por lo tanto, ni siquiera un ascenso, que representa –aparentemente– un progreso en la carrera judicial, puede justificar el desplazamiento de un magistrado de su cargo contra su propia y exclusiva voluntad (1).

No debe extrañar, entonces, que la Constitución de la Provincia del Chubut, en la última parte de su art. 170, señale expresamente que "ningún juez es trasladado a jurisdicción distinta sin su consentimiento y la aprobación del Consejo de la Magistratura. Toda ley que suprime juzgados sólo se aplica si vacaren"(2).

2.- Concepto. Características.

El traslado es "el desplazamiento definitivo de un juez titular a una plaza vacante de su nivel y especialidad en el mismo u otro distrito judicial"(3).

En República Dominicana, la ley 327-98 –que regula este tema– lo define como "la transferencia de un juez, con su mismo grado, a otra jurisdicción de igual categoría".

El diccionario de la Real Academia Española, por su parte, dice que trasladar significa "hacer pasar a una persona de un puesto o cargo a otro de la misma categoría".

De esta manera, es evidente que "el ejercicio de esa facultad requiere que el magistrado se encuentre en posesión de su cargo, pues no es tal quien aún no ha satisfecho todos los recaudos que la Constitución, las leyes y reglamentos imponen"(4).

Y también que: a) el cargo a cubrir corresponda a la misma jurisdicción y categoría y b) que la competencia en materia y grado sea idéntica a la del cargo que actualmente ocupa el juez.

3.- Finalidades de este tipo de cláusulas constitucionales.

El principal objetivo de este tipo de cláusulas constitucionales, como vimos, es el de asegurar el principio de inamovilidad –esencial en nuestro sistema– y con ello garantizar la independencia de los magistrados (5). Lo que se pretende, en definitiva, es evitar que, bajo la apariencia de una modificación en la organización judicial, se envíe a un juez a una jurisdicción distinta, por motivos políticos o de cualquier otra índole, para que no incomode (6).

Por ello, la primera observación que puede hacerse es que el constituyente de la Provincia del Chubut erró en la técnica legislativa. Es que el art. 170 se refiere a la intangibilidad de las remuneraciones, una garantía que aunque también busca afirmar tal independencia, lo hace sobre un aspecto distinto. En consecuencia, lo correcto hubiese sido tratar el tema en el art. 165, que se refiere concretamente a esta temática.

Pero la finalidad pretendida no se agota en la enunciada precedentemente. Porque, en segundo término, la prohibición de traslados que establece la Constitución Provincial también tiene una función ordenadora.

En efecto: cuando el Superior Tribunal de Justicia le requiere al Consejo de la Magistratura del Chubut su intervención para cubrir una vacante que existe en el Poder Judicial, no sólo le indica el nivel orgánico y presupuestario, sino también el lugar en el cual el futuro magistrado se desempeñará luego de su juramento. Es decir, lo hace sobre una base para una determinada ciudad, no en general para cubrir un cargo en cualquier lugar de la provincia. El concurso es para un lugar específico, y los jueces, por consiguiente, son designados a una circunscripción determinada (7).

En consecuencia, utilizar un pase o movimiento interno no sería respetar la decisión que se tomó oportunamente de designar a un juez para un lugar determinado. Y es más, se podría, así, entrar en una rotación inadmisibles y no razonable, cayéndose en un desorden no conveniente para el Poder Judicial (8).

Por otra parte, ello también podría servir para eludir los escenarios de rígida competencia profesional, optando una persona por postularse a una plaza judicial muy poco apetecida en perspectiva de tentar luego la posibilidad de obtener el traslado.

Y, como si lo expuesto fuera poco, cabe destacar que el traslado también podría fungir como un mecanismo para violar el acuerdo legislativo otorgado oportunamente por la Legislatura (9).

4.- Posibilidad de traslado. Carácter restrictivo y excepcional. Requisitos.

Ahora bien, las circunstancias expuestas no implican decir que en Chubut está prohibido trasladar jueces. Por el contrario, de la redacción del art. 170 surge claramente que el constituyente previó ex-

presamente la posibilidad del traslado de los magistrados y funcionarios judiciales.

Sin embargo, tal circunstancia está planteada con carácter excepcional y condicionada, en principio, a dos recaudos de inexcusable cumplimiento. Por lo tanto, tal facultad debe interpretarse de manera restrictiva dado que –como ya lo sostuvimos– autorizar los traslados de manera laxa podría afectar la administración de justicia y, lo que es peor aún, dañar la independencia judicial.

Concretamente, y para que estos traslados sean válidos, la Constitución exige expresamente dos requisitos:

1. Consentimiento del juez. El espíritu de la Constitución provincial impulsa la idea de que el traslado de magistrados judiciales sólo es compatible con la garantía de la inamovilidad cuando a las necesidades del servicio de justicia, base de todo ajuste de la estructura puesta al servicio del ejercicio de cualquier función estatal y consecuencia del interés público que éste tiende a satisfacer, se agrega el consentimiento del magistrado trasladado. De esta manera como primera medida y en todos los casos –con todo lo absoluto que tiene esta expresión– se requiere el acuerdo libre y expreso del juez interesado, lo que determina que la posibilidad del traslado quede finalmente subordinada a la voluntad del magistrado y, de tal manera, se evite la vulneración de los principios que se pretende proteger.

2. Aprobación del Consejo de la Magistratura. Para que el acto quede perfeccionado, es necesaria también la aprobación posterior por parte del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut.

Por lo tanto, la Constitución provincial añade aquí una nueva función para este Cuerpo a las ya enumeradas en el art. 192.

Se pretende, entonces, que todas las cuestiones vinculadas con los integrantes del Poder Judicial en sentido amplio, se perfeccionen a través de actos complejos, lográndose así el principio del control recí-

proco en la búsqueda de soluciones consensuadas y ajustadas a derecho en aras del logro de la independencia de la Justicia.

De esta manera, una vez obtenido el consentimiento del juez o funcionario judicial, se debe elevar a aquella institución la solicitud correspondiente para que emita la autorización respectiva. Es decir que la decisión no queda limitada al ámbito del magistrado.

El Consejo de la Magistratura, y no otro, es quien debe autorizar el traslado. No existe, pues, ninguna posibilidad de que sea otro organismo el que pueda intervenir o dar el aval para ello (10).

La solución es lógica y coherente, ya que si el Consejo es quien tiene la facultad exclusiva para seleccionar y nombrar a un magistrado, con más razón ha de ser él quien tenga la facultad de aprobar los traslados.

Este órgano, pues, es el encargado de determinar, en definitiva, si el traslado hace al bien común y beneficia al interés general, así como también si es razonable y justificado y, fundamentalmente, si no es inconveniente para la administración de justicia, o sea, si no resiente el servicio de la circunscripción que se quiere abandonar.

5.- Sujetos alcanzados.

El art. 170, como vimos, establece que "ningún juez" puede ser trasladado a una jurisdicción distinta sin su consentimiento ni la aprobación del Consejo de la Magistratura.

Daría la impresión, entonces, de que la norma sólo rige respecto de aquellas personas que ejercen la magistratura (11).

Sin embargo, y como bien acota Sabsay, "la Constitución es el único instrumento jurídico compuesto de cláusulas que deben ser interpretadas de manera armónica y no aislada. Estamos frente a un cuerpo único, a una suerte de código que encierra las normas funda-

mentales de un estado, lo que obliga a que toda vez que haya que considerar lo que expresa una norma relativa a una determinada cuestión, el análisis correspondiente debe ser hecho a la luz de todas las restantes disposiciones que le son concordantes. A esta modalidad se la denomina interpretación integradora"(12).

Por consiguiente, si bien la Constitución provincial utiliza el término juez, hay que destacar que lo hace de manera genérica y comprensiva de todas las categorías aludidas en la primera parte del artículo, a fin de lograr una técnica legislativa que eluda las repeticiones innecesarias. Además, esta visión se ve confirmada por el hecho de que el Ministerio Público y la Defensoría integran el Poder Judicial (conf. art. 162, Const. provincial)(13).

En virtud de ello, considero que la norma en cuestión es aplicable a todos los miembros del Poder Judicial, sea que dicten fallos, como los magistrados en sentido estricto, o sea que los requieran, como los miembros del Ministerio Público o de la Defensa Pública.

6.- ¿A favor de quién se instituye esta garantía?

Se discute en doctrina a quién pertenece esta garantía contra los traslados compulsivos.

Dos son las posturas:

1. Una primera posición afirma que es una garantía para el juez, es decir, que pertenece al magistrado y que se instituye en su beneficio para evitar que sea trasladado compulsivamente sin su consentimiento y se afecte, así, su derecho a la inamovilidad (14).

2. Otros autores, en cambio, consideran que es una garantía de los justiciables y no una prerrogativa de los magistrados. Se ha dicho, en tal sentido, que ella tiende a proteger un interés público, "no para privilegiar a la clase de ciudadanos jueces, sino para garantizar a todos los ciudadanos que los jueces gozan de todas las condiciones

necesarias para mantener una posición independiente e imparcial cuando deban controlar los actos de los restantes poderes públicos"(15).

Creo, en realidad, que ella se instituye tanto a favor de los jueces como de los justiciables.

Es que la inamovilidad es concebida como un escudo para proteger la independencia del juez o funcionario que disfruta de ella, pero también se consagra como un derecho del justiciable, del usuario del servicio público de justicia, quien gracias a esa inamovilidad podrá tener acceso a un juez que no se encuentre encadenado a las presiones de grupos políticos o económicos con la capacidad de removerlo si no falla como se le indica.

Ciertamente, el juez es quién se beneficia en primer término, pero también lo hace toda la comunidad de manera indirecta (16).

7.- Organismo competente para solicitar el traslado de los jueces.

La Constitución Provincial no menciona en ninguno de sus artículos a qué organismo le compete solicitar el traslado de los jueces. Tampoco lo hace la legislación infraconstitucional.

Sin embargo, no menos cierto es que, por mandato constitucional, el Poder Judicial es el que administra sus propios recursos (económicos y humanos), y el que determina las necesidades funcionales que hay que cubrir en cada circunscripción.

Por consiguiente, apelando a ello y dado que la temática en estudio respondería a la organización o a la solución de problemas estructurales que pueden existir en el ámbito de dicho Poder, se puede colegir que le corresponde al Superior Tribunal de Justicia requerir el traslado de un funcionario o juez por motivos de mérito, oportunidad

o conveniencia (o sea, cuando lo juzgue útil) y para satisfacer, como dijimos, "necesidades funcionales" del sistema.

Entiendo, además, que el propio juez o funcionario judicial también podría requerir su traslado. Pero este requerimiento, en todos los casos, también debería canalizarse a través del Máximo Tribunal de nuestra provincia, quien de igual manera deberá analizar todas las circunstancias antes expuestas (17).

8.- ¿Puede establecerse el traslado de jueces y funcionarios del Poder Judicial en virtud del ejercicio de facultades disciplinarias?

Hemos visto que la inamovilidad no sólo abarca la permanencia en el cargo, sino que también garantiza la permanencia de éste al frente de un determinado asiento jurisdiccional.

Por consiguiente, es evidente que el traslado de jueces y funcionarios del Poder Judicial jamás puede establecerse como sanción disciplinaria o administrativa.

Es que, de ser así, no sólo se desnaturalizaría dicha medida, sino también –y fundamentalmente– se produciría una especie de remoción irregular, es decir, se separaría del cargo al funcionario o magistrado judicial sin cumplirse con el procedimiento prescripto por la Constitución Provincial.

9.- Causales o motivos de traslado.

Es difícil determinar las causales por las cuales puede pedirse –y aceptarse– el traslado de un juez a distinta circunscripción, toda vez que la Constitución Provincial nada dice al respecto, y no existe ley reglamentaria que brinde claridad sobre este tema.

En Perú, por ejemplo, se dictó un "Reglamento de Traslado de Jueces del Poder Judicial" que establece los lineamientos, pautas y

procedimientos para los desplazamientos definitivos de los jueces titulares, y estatuye como motivos válidos para ello problemas de salud, seguridad, o unidad familiar. El traslado por causal de salud procede cuando al juez le sobrevenga una enfermedad que comprometa gravemente su estado de salud que le impida ejercer el cargo en el lugar donde se ubica el órgano jurisdiccional; el traslado por causal de unidad familiar procede en los casos en que la familia del juez debe residir en forma permanente en el lugar de destino, a causa de un acontecimiento extraordinario, imprevisible e inevitable; y el traslado por la causal de seguridad procede en los casos en que se encuentre en serio riesgo la vida o la integridad física del juez, como consecuencia de la ejecución de actos violentos o con la amenaza verosímil de ejecutarse en su contra, siempre que estos actos sean consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional y, además, medie dificultad o imposibilidad de otorgarle protección personal.

El "Estatuto del Juez Iberoamericano", por su parte, señala que excepcionalmente puede admitirse el traslado del juez por necesidades de servicio o modificación de la organización judicial.

Y otras legislaciones también contemplan, como supuestos de admisión de los traslados, los casos de vacancia (18) y el refuerzo de otro órgano jurisdiccional.

Por consiguiente, y más allá de la poca claridad de la norma constitucional y de la inexistencia de ley reglamentaria, queda fuera de discusión que los traslados sólo deben hacerse, y admitirse, por motivos muy fundados. Aun cuando se considerara un "derecho" del juez, su ejercicio en todos los casos queda subordinado a las necesidades del Estado, siempre superiores al interés individual de las personas (19).

En consecuencia, sólo necesidades de servicio o necesidades funcionales debidamente comprobadas autorizarían el desplazamiento de un juez o de un funcionario judicial a otra circunscripción. De igual manera, y aunque no se especifique, en todos los casos el cargo a cu-

brir debe corresponder a la jurisdicción provincial, y tener la misma competencia en materia y grado que el cargo que actualmente ocupe el juez.

10.- ¿Se requiere un nuevo acuerdo de la Legislatura Provincial?

Ante la inexistencia de una ley reglamentaria que expresamente disponga lo contrario entiendo que el Consejo de la Magistratura debe remitir la resolución o acordada aprobatoria del traslado al Poder Legislativo a fin de que éste preste un nuevo acuerdo.

Es que, como ya lo señaláramos, el acuerdo se pide y el nombramiento se hace para ocupar un cargo judicial específico.

Al modificarse las circunstancias, pues, corresponde "desandar" el camino recorrido e integrar la voluntad del Consejo de la Magistratura con el concurso del otro órgano encargado de concurrir a la formación del acto complejo, esto es, la Cámara de Diputados provincial.

De lo contrario, el traslado también podría convertirse en un mecanismo para burlar el control político que le corresponde efectuar en estos casos a la Legislatura (20).

11.- Conclusión.

El análisis efectuado permite concluir que, en la Provincia del Chubut, la permanencia en la circunscripción judicial y en el cargo respectivo es la regla que rige la materia. El espíritu de la norma es la estabilidad. Pero ello no significa que no exista la posibilidad de traslado mediando justa causa, conformidad del magistrado, aprobación del Consejo de la Magistratura, o nuevo acuerdo de la Legislatura.

Lo único prohibido, pues, es el traslado compulsivo u obligatorio de los jueces, lo que asegura una vez más que éstos no puedan ser perturbados ilegítimamente en el ejercicio de su magistratura.

Voces: poder judicial - provincias - constitución nacional - poder legislativo - derecho comparado - consejo de la magistratura.

(1) Herrera, Julio, *Hacia una mejor justicia. Organización de la justicia federal*, 2ª ed., Buenos Aires, 1948, pág. 278.

(2) Una crítica a este tipo de cláusulas puede verse en Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Abeledo-Perrot, t. II, pág. 279 y sigs.: "El punto, sin embargo, puede presentar diversos matices que no se prestan a ser resueltos en términos tan generales y categóricos, puesto que se vincula a una cuestión de tanta relevancia institucional como es la referente a la oportunidad, la conveniencia y la técnica aconsejables en materia de organización judicial y de distribución de las competencias entre los distintos órganos judiciales del Estado. Por lo pronto, no parece dudoso que el poder constitucionalmente facultado para crear juzgados y tribunales tenga también suficientes atribuciones para suprimirlos en el supuesto de que desapareciera la razón determinante de la creación de tales órganos y estos carecieran de todo cometido a cumplir, o su actuación se viera limitada a extremos tales que hicieran manifiestamente antieconómico su mantenimiento (...) En tales hipótesis, no es dado a su titular o titulares hacer valer el derecho a la inamovilidad u objetar legítimamente su traslado a otro fuero o circunscripción territorial. La conclusión precedente se funda en que el derecho a la inamovilidad no constituye una mera prerrogativa personal acordada a los jueces, sino, esencialmente, una garantía derivada de la necesidad de asegurar una eficiente administración de justicia...". Con referencia al problema en los Estados Unidos, Tiffany sostuvo que "no es concebible que los autores de la Constitución hayan tenido la idea de imponer a la Nación la obligación constitucional de mante-

ner para siempre una organización imperfecta o defectuosa de las cortes inferiores, de temor de perturbar por ventura la vida oficial de un empleado judicial. Abolviendo empleo –continúa– el funcionario no es removido, pero su vida oficial termina con la terminación del empleo" (Tiffany, Joel, Gobierno y derecho constitucional, trad. Quiroga, Buenos Aires, 1874, págs. 402 a 405).

(3) Art. 1° del Reglamento de Traslado de Jueces del Poder Judicial, Lima, junio de 2010.

(4) Ver CS, 26-3-96, "Puppo, Jorge del Valle", en JA, 1997-I-431 y Fallos, 319:339, voto del Dr. Fayt.

(5) La Corte Suprema sostuvo que el derecho a la estabilidad comprende el derecho de permanencia en la sede (es decir, a nos ser trasladado) (Fallos, 201:245 y 203:5). Por su parte, el art. 16 del Estatuto del Juez Iberoamericano dice: "La garantía de inamovilidad del juez se extiende a los traslados, promociones y ascensos, que exige el libre consentimiento del interesado...". En el mismo sentido y siguiendo la jurisprudencia citada de la Corte Nacional, Segundo V. Linares Quintana sostiene que "la inamovilidad judicial prohíbe, sin consentimiento del juez, toda clase de traslado, aun dentro de la misma circunscripción territorial. Cabe recordar que el 2-4-45, con motivo del decreto dictado por el Poder Ejecutivo de hecho, el 28 de febrero del mismo año, trasladando al juez federal de Santa Fe, doctor Salvador M. Dana Montaña a San Rafael, Mendoza, y al juez federal de este último lugar, Luis Nemesio González, a Santa Fe, la Corte Suprema declaró que "los traslados que se le han comunicado violan la garantía de la inamovilidad de los jueces consagrada en el artículo 96 de la Constitución Nacional (Fallos: 201:245)" (conf. Linares Quintana, Segundo V., Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional, Buenos Aires, Alfa, 1963, t. IX, págs. 419 y 420). Los fundamentos de tal extensión asignada a la garantía de la inamovilidad de los jueces los brinda J. Ramiro Podetti, reflexionando, por un lado, en que "no resulta dudoso que el acuerdo debe pedirse y el nombramiento debe hacerse para ocupar un específico cargo judicial", y por el otro, en que "la garantía de la inamovilidad (...) sería ilusoria si los jueces pudieran ser trasladados sin su consentimiento de un fuero a otro o de un lugar a otro. Aparte de la versación están los obstáculos derivados de la familia y

vinculados al aspecto económico del traslado" (Podetti, Ramiro, Tratado de la competencia, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1973; ver Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza, recurso por ilegitimidad presentado ante la creación e integración de la Cámara de Apelaciones en lo Penal). En la Provincia del Chubut y con relación específica al art. 170 de la Constitución Provincial, Alfredo Pérez Galimberti señala que "el artículo en cuestión está destinado a proteger la garantía del juez imparcial e independiente. Todas las previsiones del constituyente apuntan en este sentido. Se designa a los jueces con acuerdo legislativo, se pagan puntualmente sus remuneraciones, no se las disminuye, no se lo traslada sin su consentimiento –y el del Consejo de la Magistratura–, no se lo expulsa de su cargo sin enjuiciamiento por jurado, y no se aplica una ley que cierra un juzgado si el juzgado no se encuentra vacante" (Pérez Galimberti, Alfredo. La organización de la justicia penal y la Constitución del Chubut).

(6) Ver Pérez Galimberti, Alfredo, La organización..., cit.

(7) Conf. CS, 26-3-96, "Puppo, Jorge del Valle", en JA, 1997-I-431 y Fallos, 319:339, disidencia de los Dres. Belluscio y Petracchi: "El nombramiento es para un cargo específico y no consiste, en cambio, en la atribución genérica del carácter del 'juez' sin adscripción concreta a un cargo".

(8) Intervención del Dr. Jaime Gruskyn en la sesión del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut (ver acta n° 202).

(9) No hay que olvidar, en este sentido, que los acuerdos legislativos se brindan para que el juez ejerza la competencia en un distrito o circunscripción o, como indica Bidart Campos, para un cargo "determinado" (conf. Bidart Campos, Germán, Manual de la Constitución reformada, Buenos Aires, Ediar, 1997, t. III, pág. 270). Ver, también, Gerosa Lewis, Ricardo T., El Consejo de la Magistratura y el Tribunal de Enjuiciamiento en la Provincia del Chubut, cap. V, en prensa.

(10) La alusión es procedente toda vez que, en el año 2009, el Defensor General de la Provincia del Chubut autorizó el traslado de un defensor público sin la aprobación del Consejo de la Magistratura.

(11) A nivel nacional y con relación a la garantía de inamovilidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación –antes de la reforma de

1994— señaló que "el privilegio establecido en el art. 96 de la Constitución no comprende a los fiscales ni a los defensores, sino solamente a los jueces" (Fallos: 187:687 y 191:65). En igual sentido, el Dr. Fayt señaló que "tal concepto (la inamovilidad) corresponde tan sólo al juez encargado de juzgar".

(12) Conf. dictamen emitido por el Dr. Daniel Sabsay al Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut de fecha 17-9-09. En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que "la Constitución debe ser analizada como un conjunto armónico dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás o, dicho de otro modo, que las normas constitucionales no deben ser interpretadas en forma aislada o inconexa, sino como parte de una estructura sistemática considerada en su totalidad" (CS, 3-7-09, in re "Candi S.A. c. AFIP y otro").

(13) Ídem.

(14) Ver, en este sentido, Díaz, Clemente, Instituciones de derecho procesal, Abeledo-Perrot, t. II, pág. 206.

(15) Pérez Galimberti, Alfredo, La organización..., cit.

(16) Conf. Alsina, Hugo, Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1957, pág. 273.

(17) Ver, al respecto, Acta n° 202 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, en la cual este organismo se declaró incompetente para disponer el traslado y derivó el pedido al Superior Tribunal de Justicia.

(18) Vale recordar, en este sentido, lo que señalara el Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza en el recurso por ilegitimidad presentado ante la creación e integración de la Cámara de Apelaciones en lo Penal: "Etimológicamente, 'vacante' proviene del latín *vacans*, participio presente del verbo *vaco*, que significa "estar vacío". Jurídicamente, significa tanto 'empleo, dignidad o puesto que está por proveer' como 'tiempo que pasa sin hacerse la provisión' (Escriche, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Madrid, 1876, t. IV, pág. 1210); en sentido más actual, se dice que es la 'situación en que se halla un órgano del poder público o un cargo privado, cuando carece de titular' (Couture, Eduardo J., Vocabulario jurídico, 3ª ed.,

act. Landoni Sosa, Buenos Aires, IBdeF, 2004, pág. 715)". La vacancia, pues, siempre tiene lugar con posterioridad a la creación del cargo y puesta en funcionamiento del órgano, con la instalación de su primer titular. Es decir, contempla el caso de vacío del cargo judicial por cesación del titular del órgano respectivo.

(19) Conf. Palacio, Lino E., Derecho procesal civil, cit., pág. 281: "Desde luego que la supresión de juzgados o tribunales y, eventualmente, el traslado de sus titulares a otra circunscripción territorial, se hallan condicionados, en cuanto a su validez, a la existencia de serias e impostergables necesidades públicas..."

(20) Sobre este tema ver Herrendorf, Daniel E., De jueces trasladados; cortes nuevas, y otros cambios, en ED, 137-665; Bidart Campos, Germán J., La necesidad del acuerdo del Senado para cada cargo judicial, en ED, 137-665 y CS, 22-3-90, in re "Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional s/necesidad de pronunciamiento con relación a situación del juez Dr. Miguel J. del Castillo, resolución 232/90", en ED, 137-666, fundamentalmente el voto en disidencia del Dr. Bacqué: "...cabe concluir, necesariamente, que el acuerdo expedido (...) no puede sino entenderse como circunscripto a los estrictos términos en que fue prestado. Una solución distinta sería contraria al principio de división de poderes, que rige nuestras instituciones, según el cual el silencio por parte de un órgano en una cuestión que le compete a sus exclusivas facultades constitucionales, no puede ser interpretado como una aprobación implícita de su parte de lo actuado en dicha cuestión por otro órgano (conf. Tribe, Laurence, American Constitutional Law, 2ª ed., Nueva York, págs. 239/241)". En contra, ver la jurisprudencia acuñada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos: 288:386 y 387, según la cual "el acuerdo senatorial otorgado permite designar o trasladar al interesado en otro cargo de igual jerarquía siempre que medie su consentimiento..." (Cabe destacar, empero, que estos precedentes resolvieron casos de traslados dispuestos en gobiernos de facto).

Vía recursiva extraordinaria contra las resoluciones dictadas por el tribunal electoral de la provincia del Chubut

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: LLPatagonia 2011 (junio), 281

Cita Online: AR/DOC/1783/2011

[Consultado el 12/02/2020]

Sumario

I. Introducción.- II. El tema en debate. Las distintas posiciones.- III. La posición del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut.- IV. Una cuestión previa: la naturaleza jurídica del Tribunal Electoral.- V. Las decisiones del Tribunal Electoral pueden ser motivo de revisión judicial.- VI. Las decisiones del Superior Tribunal de Justicia, excepcionalmente, también pueden ser impugnadas ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.- VII. Consideraciones finales

I.- Introducción.

Las decisiones adoptadas por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut en virtud de las diversas presentaciones efectuadas por distintos partidos políticos contra las resoluciones dictadas por el Tribunal Electoral con motivo de las elecciones provinciales acaecidas en marzo de 2011 establecen una oportunidad propicia para abordar una cuestión interesante y muy poco debatida hasta el momento: ¿existe una instancia de revisión en materia electoral en la Provincia del Chubut? Y, en su caso: ¿Cuál es la vía recursiva pertinente?

El tema, inclusive, se hace más complejo si tenemos en cuenta que la Legislatura no ha cumplido, hasta el día de la fecha, con el dictado de la Ley Electoral provincial, y que la Constitución de nuestra Provincia, en su artículo 260, establece que este órgano tiene como funciones "calificar las elecciones de autoridades provinciales, *juzgando en definitiva sobre su validez*".

Además, y como bien lo explica Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, no existe una posición uniforme en esta materia en la jurisprudencia nacional, toda vez que "tradicionalmente, los Superiores Tribunales de provincia han sostenido la irrevisibilidad de las resoluciones dictadas por las Juntas Electorales provinciales.... Otros tribunales, en cambio, implícitamente admiten la revisibilidad, aunque luego en el fondo rechacen la impugnación.... Algunos tribunales, incluso, han abierto su jurisdicción para el dictado de medidas cautelares en contra de lo dispuesto por la Junta Electoral...(Y) la Corte Federal parece respetar el principio de la irrevisibilidad... no obstante (que también) ha producido importantes brechas a favor de la revisibilidad y abre su jurisdicción para revisar lo decidido por estos órganos electorales"[\(1\)](#).

II.- El tema en debate. Las distintas posiciones.

Lo que se discute, en definitiva, es si las decisiones del Tribunal Electoral pueden ser o no susceptibles de remedios judiciales y, en su caso, cuál es la vía procesal pertinente.

Existen, al respecto, dos posturas antagónicas.

1.) La primera de ellas afirma que las resoluciones que se adopten en el marco del proceso electoral son "irrecurribles", fundamentalmente desde el punto de vista de los recursos "externos" o judiciales.

Para negar la procedencia recursiva, se argumenta de la siguiente manera:

1.1.) No hay prevista ninguna vía recursiva en la normativa vigente. Es decir, la legislación no contempla una instancia de revisión -o doble instancia- contra las resoluciones del Tribunal Electoral (2).

1.2.) La propia Constitución Provincial, como vimos, dice que este órgano juzga "en definitiva" en esta materia, es decir, sin posibilidad de revisión por otra instancia superior (3).

1.3.) Si bien el Código Electoral Nacional establece como alzada de los órganos electorales del fuero federal a la Cámara Nacional Electoral, no existe en Chubut un órgano judicial equivalente que pueda receptar los recursos interpuestos.

1.4.) Tales recursos no deben ser admitidos en virtud de la celeridad que debe tener el proceso electoral, el que de lo contrario podría derivar en imprevisibles dilaciones comprometiendo seriamente la institucionalidad y la eficacia del sistema (4).

1.5.) No cabe "judicializar" la política porque ello implicaría crear el "gobierno de los jueces" y sustituir la voluntad del cuerpo electoral por la de los magistrados, que se convertirían, así, en una suerte de "gran elector" (5).

1.6.) Las decisiones del Tribunal Electoral son actos "políticos" o "discrecionales" y, por lo tanto, ajenos a la incumbencia del Poder Judicial.

1.7.) El Tribunal Electoral goza de independencia funcional para cumplir la importante tarea que les ha sido confiada. Por consiguiente, goza también de una "zona de reserva independiente", libre de toda injerencia externa.

2.) La otra corriente, en cambio, indica que tales resoluciones siempre pueden ser impugnadas ante el Poder Judicial.

Se fundamenta esta postura de la siguiente manera:

2.1.) La imposibilidad de recurrir una decisión del Tribunal Electoral atenta contra un sinnúmero de ramilletes de derechos que deben efectivizarse en un Estado Constitucional de Derecho (de defensa, a la tutela judicial efectiva, a la doble instancia, etc.).

2.2.) Las decisiones del Tribunal Electoral son actos administrativos y, por lo tanto, ellos pueden ser impugnados desde la óptica de la invocación de vicios concretos de ilegitimidad o irrazonabilidad.

2.3.) Las facultades del Tribunal Electoral pueden ser discrecionales pero no arbitrarias. Por ende, no hay obstáculo alguno para que el Poder Judicial ejerza el control de cualquier acto que se presente como arbitrario o irrazonable.

2.4.) Un sistema recursivo nulo o restringido no se compadece con la finalidad de asegurar la transparencia que exige el sistema republicano de gobierno.

2.5.) El principio de irrevisibilidad atenta contra el sistema de control de constitucionalidad instituido en nuestro país y contra una de las funciones principales del Poder Judicial, que consiste precisamente en encausar los desbordes institucionales con motivo del ejercicio de competencias o prerrogativas públicas.

III.- La posición del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, como ya se señalara, fue el órgano receptor de las distintas presentaciones y recursos directos interpuestos contra las decisiones y resoluciones dictadas por el Tribunal Electoral, manifestándose finalmente a favor de la tesis de la recurribilidad.

Para ello, el Máximo Tribunal provincial señaló lo siguiente: "Si bien la Constitución Provincial no determina las formas impugnativas del Tribunal Electoral Provincial, por su eminente naturaleza política

y administrativa, ajena al Poder Judicial, hace que las cuestiones de derecho que fueran controvertidas y decididas por el mismo, en tanto que su sentido imponga interpretar el plexo constitucional, deban contar con la posibilidad de una revisión rápida y eficaz por ante un Tribunal jurisdiccional. Lo dicho, importa una lectura amplia y comprometida del derecho de acceso a la justicia, en miras a su efectividad (conf. María S. Sagüés, El Derecho de acceso a la justicia, en Tratado de Derecho Constitucional - Pablo Luis Manili -Director, Tomo I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 121). En efecto, el tema en debate interesa al ejercicio del control de constitucionalidad inherente al poder de interpretación reconocido como función primordial de las Cortes Supremas de Justicia. Existe pues, en el caso traído a debate, por su naturaleza electoral la gravedad institucional que habilita la intervención de este Superior Tribunal en su función de contralor de constitucionalidad que adquiere siempre una innegable dimensión política (Haro, Ricardo, "La función institucional del juez constitucional", en Tratado de Derecho Constitucional - Pablo Luis Manili -Director, Tomo I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, págs. 155/185). Está comprometido el régimen electoral, por lo que deben preservarse los principios básicos de la Constitución en casos que - como este - conmueven a la sociedad entera (Fallos, 257:132) - con lo cual se configura un indudable interés comunitario total (Spota, La Corte Suprema como parte del poder político del Estado, LA LEY, 1990-B-983) [\(6\)](#).

De igual manera, en la causa "Partido Justicialista s/recurso c/resolución N° 68/11 T.EP." (Expte. N° 22270, f°33, Año 2011), el Máximo Tribunal -en oportunidad de expedirse sobre los recursos directos intentados contra las resoluciones que el Tribunal Electoral dictó con relación a los pedidos de nulidad de distintas mesas- dijo textualmente: "si bien es cierto que la vía que se intenta no se encuentra específicamente reglada en las normas aplicables al caso, dos ideas fuerza conducen a la decisión que se tomará: a) la jurisprudencia sentada por este Tribunal en el Expte. N° 22.211 - F° 23 - Año 2011 - Letra F - "Frente para la victoria s/ plantea recurso" y b) la idea de que así como se debe preservar la transparencia de los comicios y su

genuino resultado para no defraudar a la sociedad -principio por el cual siempre se debe velar y en cuyo cumplimiento deben estar comprometidos todos los actores del proceso electoral e incluso el sistema judicial- se debe asegurar que los justiciables puedan hacer uso pleno de su derecho de defensa, aun en procesos que presentan características peculiares (voto del doctor Petracchi en autos Mendoza, Mario Raúl s/nulidad de mesas - Frente por la Paz y la Justicia. 23/04/2008 T. 331, P. 866)"(7).

IV.- Una cuestión previa: la naturaleza jurídica del Tribunal Electoral.

Antes de ingresar a analizar el tema y dar mi posición al respecto, considero indispensable abordar una cuestión previa: la naturaleza jurídica del Tribunal Electoral.

Como ya lo señalara en otro trabajo, se trata de un organismo constitucional de carácter permanente que tiene a su cargo la organización y funcionamiento de los comicios, y la custodia de los derechos políticos de los ciudadanos y de los partidos políticos, siendo además el órgano de aplicación de la Ley XII, N° 2 (Ley Provincial de Partidos Políticos) y quien, conforme lo establece la constitución (art. 260) y las leyes que regulan su funcionamiento y le asignan competencia (Ley XII, N° 3 y Ley XII, N° 2), tiene asignada la tarea de custodia de los principios constitucionales y legales relativos a la materia electoral (8).

Es decir, fue creado para entender en esta rama específica, acumulando dentro de sus funciones asuntos que tienen que ver con lo administrativo-registral; con lo referente a la fiscalización del proceso electoral, al contralor de la vigencia efectiva de los derechos, atributos, poderes, garantías y obligaciones de los partidos, sus autoridades, candidatos, afiliados, y funciones jurisdiccionales (9).

Respecto de su integración, cabe señalar que el referido art. 259 de la Constitución Provincial establece que será un organismo colegiado, toda vez que se compone por magistrados (el Presidente del Superior Tribunal de Justicia y el Juez de Primera Instancia de Rawson, en turno, con competencia en lo civil), un funcionario judicial (el Procurador General de la Provincia), y dos legisladores (los Vicepresidentes Primero y Segundo de la Legislatura o sus reemplazantes legales).

En virtud de ello, es decir, por las funciones que cumple y por su peculiar integración, algunos autores lo consideran como un órgano auxiliar del Poder Judicial.

"Su régimen es judicial -dicen SESIN y PEREZ CORTI- atento su normativa expresa y en consideración a su integración compuesta mayoritariamente por magistrados judiciales. Esta última circunstancia es fundamental ya que en su mayoría se integran por jueces. Ello irradia o contagia la naturaleza jurídica al tribunal electoral respectivo... La integración con legisladores... no varía la característica señalada desde que la conformación mayoritaria de magistrados judiciales tiñe de judicial al resto de sus componentes. La minoría sigue la suerte de la mayoría"[\(10\)](#).

Creo, sin embargo, que el hecho de que el Tribunal Electoral sea un organismo auxiliar del Poder Judicial y que en algunos casos cumpla funciones jurisdiccionales no lo convierte en parte de su estructura.

Es que, en primer lugar, no pueden identificarse los actos con los órganos [\(11\)](#).

Además, la Constitución Provincial no lo menciona expresamente en la enumeración que efectúa en su artículo 162, ni lo contempla dentro de la Sección III de nuestra Carta Magna.

Es cierto, sí, que este órgano cumple -como ya hemos dicho- una función dual (administrativa y jurisdiccional). Pero ni esta circunstancia, ni el hecho de estar integrado por magistrados y funcionarios judiciales lo convierte en parte de aquél Poder.

Por consiguiente, no puede decirse que este organismo integre o forme parte de los cuadros del Poder Judicial.

En rigor de verdad, entiendo -como lo hizo el Superior Tribunal de Justicia del Chubut- que el Tribunal Electoral es un órgano de naturaleza política-administrativa y, por consiguiente, que constituye una institución totalmente diferenciada de cualquier otro poder del Estado [\(12\)](#).

V.- Las decisiones del Tribunal Electoral pueden ser motivo de revisión judicial.

Efectuada la aclaración precedente, comparto con BIDART CAMPOS que "las cuestiones que versan sobre derechos políticos, sobre derecho electoral y sobre partidos políticos, son justiciables" [\(13\)](#). Y pienso, en consecuencia, que las decisiones del Tribunal Electoral pueden ser motivo de revisión judicial -en grado de apelación extraordinaria- ante el Superior Tribunal de Justicia.

Explicaré por qué:

1.) Como ya se expresara, si bien el Tribunal Electoral constituye un organismo con competencia para desarrollar tareas de índole administrativas (como por ejemplo formar y depurar el registro de electores, realizar escrutinios, etc.) y también jurisdiccionales (por ejemplo juzgar sobre la validez del acto eleccionario y resolver sobre las impugnaciones efectuadas sobre el mismo), no es en sentido estricto un organismo judicial, pues no forma parte de ese Poder. Por consiguiente, es evidente que sus decisiones no pueden quedar sustraídas del conocimiento de éste, máxime teniendo en cuenta que una de sus funciones principales es la de fungir de "poder moderador" y, por

consiguiente, la de encausar los desbordes institucionales con motivo del ejercicio de competencias o prerrogativas públicas, a través de la juridicidad y el derecho.

2.) Es más: ya sea se considere al Tribunal Electoral como un órgano judicial o como un órgano administrativo, corresponde la intervención de la judicatura. En el primer caso, para asegurar la doble instancia (14), y en el segundo para garantizar la revisión judicial de las decisiones administrativas.

3.) No hay poder sin control, y esto vale también para el poder del Tribunal Electoral.

4.) Si bien es cierto que no existen previsiones constitucionales ni legales para recurrir las resoluciones del Tribunal Electoral (o sea, no hay normas de jerarquía constitucional o legal que autoricen la intervención del Poder Judicial en grado de revisión o apelación respecto de las decisiones que le competen a aquél organismo), no menos cierto es que la falta de regulación expresa en tal sentido a nivel nacional no puede -de modo alguno- obstaculizar y/o vedar el acceso a la jurisdicción, en tanto y cuando "éste resulta ser un derecho inderogable y de raigambre constitucional, y la carencia de legislación formal y directa de las vías recursivas, no puede constituir una valla para que las resoluciones del Tribunal Electoral sean revisables en sede judicial" (15). Es más: los tratados con jerarquía constitucional incorporados a través del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional obligan a arbitrar vías de acceso a la justicia para la determinación y el amparo de los derechos políticos (16). Corresponde, pues, aplicar el artículo 21 de la Constitución Provincial y "abrir" la instancia de revisión en cada caso en concreto para asegurar el "recurso a la jurisdicción" (17).

5.) En este tipo de cuestiones, por lo general (y para no decir siempre) se halla en juego la regularidad institucional. Es que no puede negarse que en ellas se encuentra afectada la vigencia de la representación política. Y es esa gravedad institucional y jurídica la que autoriza a dejar de lado la existencia de "ápices procesales" frustrato-

rios del control de constitucionalidad para justificar, también, la intervención del máximo tribunal provincial en este tipo de casos [\(18\)](#).

6.) Conforme lo explicó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los causas "Strada"[\(19\)](#) y "Di Mascio"[\(20\)](#), es requisito inexcusable de la procedencia del recurso extraordinario federal, el fenecimiento de las disputas en sede local, lo que implica el agotamiento de todas las instancias hábiles allí establecidas". Por lo tanto, el pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia resulta necesario para acceder, eventualmente, a la instancia extraordinaria prevista por la Ley 48 [\(21\)](#).

7.) Aún cuando se les adscriba a las decisiones adoptadas por el Tribunal Electoral el carácter de actos "políticos", "institucionales", "discrecionales" o de cualquier otra categoría, ello no quita la posibilidad del referido control, pues "toda la actividad (del Estado) debe realizarse dentro del ámbito jurídico vigente, por lo que la actividad discrecional no puede ser arbitraria"[\(22\)](#). De esta manera, como siempre existen límites jurídicos a las facultades discrecionales de la administración, para que el juez pueda determinar si estos límites han sido violados o no, es obvio que debe analizar el acto.

8.) Si la actividad del Tribunal Electoral se enmarca en la jurisdicción, de allí deviene la potestad de los jueces para controlar si el ejercicio de su función condice con el orden jurídico vigente. Como bien lo señaló el Tribunal Supremo Español, "...no puede admitirse en nuestro derecho que existan actos de los poderes públicos no sometidos al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, exentos del control jurisdiccional. Desde luego ello no excluye que existan actos de los máximos órganos constitucionales que tengan asimismo un máximo contenido político, los cuales no son controlables respecto del fondo de la decisión en sede jurisdiccional, sino ante la instancia política correspondiente. Pero en cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico, éstos elementos son susceptibles de control jurisdiccional"[\(23\)](#).

9.) La actuación del Tribunal Electoral no puede desprenderse de los principios de todo el ordenamiento jurídico. En consecuencia, "una interpretación que arroje como resultado el reconocimiento de un novedoso bloque temático cuyo ejercicio por parte de la autoridad pública competente sea inmune a todo control jurisdiccional, como sucedería si se atribuyera a la norma... la consecuencia de impedir el acceso de los interesados a una instancia judicial propiamente dicha..., produciría agravio constitucional"[\(24\)](#).

10.) Aunque se traten de "cuestiones políticas" ó, mejor dicho, de casos "de alto voltaje político", en ellas siempre hay involucradas cuestiones jurídicas que, por consiguiente, también exigen una resolución acorde a derecho.

11.) Las circunstancias expuestas no convierten al Poder Judicial - ni al Superior Tribunal de Justicia- en una especie de "gran elector", sino que ellas sólo apuntan a observar si los estándares legales y constitucionales fueron cumplidos en el caso concreto [\(25\)](#). Es que, como bien lo señalaron los Ministros FAYT y BOSSERT, "es un principio de derecho político y electoral básico, que debe garantizar la justicia electoral, el asegurar la expresión genuina de la voluntad del pueblo a través del cuerpo electoral. Ese postulado reconoce su raíz en la soberanía del pueblo y en la forma republicana de gobierno que la justicia debe afirmar". "Si mediante el acto electoral se pretende 'fundar un poder' -en los términos de lo que la ciencia política entiende por él- y si éste se basa incuestionablemente en un sistema de creencias, toda perturbación en su causa fuente afecta su legitimidad y, en consecuencia, su efectiva vigencia"[\(26\)](#).

El Poder Judicial y más precisamente el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, pues, no obstante la inexistencia de una norma que le otorgue competencia clara en tal sentido, debe asumir la alta función de tutelar el sistema en el que se asienta la legitimidad de quienes tendrán a su cargo la carga de conducir los destinos de la Provincia, pues -como también dijo la Corte Suprema en otro de sus fallos- "es de sustancial importancia mantener la pureza del sufra-

gio, que sirve de base a la forma representativa de gobierno y reprimir todo lo que de cualquier manera, pueda contribuir a alterarla, dando al pueblo representantes que no sean los que él ha tenido la voluntad de elegir"(27).

Y es más: aunque se acepte que 'la doble instancia no es un requisito constitucional', puede decirse -paragonando a DURANTE- que para evitar la efectiva 'privación de justicia' en tópicos de trascendencia, que comprometen asuntos de 'gravedad institucional' y mientras no se dicte la ley electoral provincial, el Superior Tribunal de Justicia, en su condición de 'tribunal de garantías constitucionales' debe superar los ápices del 'excesivo rigorismo formal', a fin de elucidar 'cuestiones políticas justiciables' en tanto y en cuanto versan sobre 'puntos regidos por la Constitución"(28)

VI. Las decisiones del Superior Tribunal de Justicia, excepcionalmente, también pueden ser impugnadas ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Ahora bien: más allá de lo decidido sobre este punto por nuestro Máximo Tribunal de Justicia (29), entiendo que las decisiones que adopte el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut también -aunque de manera excepcional- pueden ser susceptibles de ser impugnadas por la vía del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Y ello es así cuando "las eventuales deficiencias que pueda presentar el pronunciamiento comprometen la vigencia del sistema establecido en la Constitución Nacional"(30).

En este sentido, el Máximo Tribunal ha señalado que "si bien, por vía de principio, las cuestiones en que se halla en juego la interpretación de normas de derecho público local son ajenas al recurso extraordinario federal, cuando el fallo no constituye una derivación razonada del derecho vigente y altere el régimen representativo popular establecido por la ley provincial a raíz de la interpretación propiciada, cabe que el Tribunal aplique su doctrina de excepción sobre la arbitrariedad de la sentencia. Es que ante las deficiencias que com-

prometan la cabal vigencia de la forma republicana y representativa de gobierno, la Corte Federal no avasalla las autonomías provinciales, sino que procura la perfección de su funcionamiento, con lo que en conclusión, asegura el cumplimiento de la voluntad del constituyente"(31).

VII.- Consideraciones finales.

No puedo culminar este trabajo sin dejar de señalar - compartiendo lo dicho en el mismo sentido por el Superior Tribunal de Justicia en sus distintos pronunciamientos- que muchas de las cuestiones ocurridas en las elecciones de marzo de 2011 se debieron al incumplimiento por parte de la Legislatura de dictar una Ley Electoral Provincial que fije las bases y principios de ese importante proceso (art. 256 de la Constitución Provincial).

Zumban todavía en mis oídos las palabras del Ministro de Justicia Dr. Fernando Royer: "53 años de vida institucional tiene nuestra Provincia, 16 con la nueva constitución sancionada en el año 1994, 10 Legislaturas fueron constituidas democráticamente, 270 fueron los diputados elegidos constitucionalmente y aún no se ha legislado en materia electoral"(32)

Resulta urgente, pues, sancionar esta normativa específica. No sólo para cumplir con el mandato constitucional, sino también para ahuyentar situaciones similares a las que ocurrieron en nuestra provincia y que, por desgracia, fueron noticia a nivel nacional.

(1) Ver su voto in re: S.T.J. Mendoza, "Partido Afirmación para una República Igualitaria" (ARI) en Actuaciones N° 475", causa n° 86.525/86.311, 11/03/2007. Es decir que las cuestiones electorales son otro de los temas en los cuales, a través de los años, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue manifestando un nota-

ble vuelco hacia la judiciabilidad. Ver, al respecto, HARO, Ricardo: "Control de constitucionalidad", 2ª edición, Ed. Zavallía, pág. 183 y BAEZA, Carlos R.: "Cuestiones políticas. El control de constitucionalidad y las autolimitaciones de la Corte Suprema", Ed. Abado de Rodolfo Depalma, Bs.As., 2004, pág. 241.

(2) Ver, en este sentido, S.T.J. Mendoza, en pleno, in re: "Partido Socialista - Junta Electoral de la Provincia s/ inconstitucionalidad", 08/07/1959: "No encontrándose previsto expresamente el recurso de revisión en contra de las resoluciones de la Junta Electoral, el mismo no debe otorgarse, pues los recursos extraordinarios deben interpretarse restrictivamente". Conf., también, S.T.J.Ch., sentencia 196/1991: "Las decisiones del Tribunal Electoral no son apelables ante este STJ cuya competencia está limitada por el art. 171 de la Constitución Provincial y el art. 32 de la Ley Nro. 37 Orgánica de la Justicia".

(3) Esta postura, por ejemplo, es la que señala Juan Carlos GUERRA en su artículo "Régimen electoral en la Provincia del Chubut", publicado en el Diario "El Chubut" del día 20 de abril de 2011, pág.10. Para otros defensores de esta posición, en cambio, el Tribunal Electoral es un órgano auxiliar del Poder Judicial y ejerce funciones jurisdiccionales, no pudiendo -en consecuencia- admitirse recurso alguno por cuanto los mismos no están reglados en el ordenamiento jurídico.

(4) Este argumento fue, inclusive, uno de los utilizados por el Tribunal Electoral de la Provincia del Chubut para denegar el llamado a elecciones complementarias.

(5) Se ha dicho, en este sentido, que "la judicialización de la política" conduce casi inevitablemente a la "politización de la justicia", transformando el sistema gubernamental en un dominio de los jueces o en una "judiciocracia" (S.C.Catamarca, 17/10/86, "Unión Cívica Radical c/. Provincia de Catamarca", en J.A. 1987-IV-281).

(6) Acuerdo Plenario N° 3930/11 de fecha 15 de febrero de 2011 dictado en los autos caratulados: "FRENTE PARA LA VICTORIA s/ Plantea Recurso (Expte. N° 22.211 - F° 23 - Año 2011 - Letra F.

(7) S.T.J. Ch., in re: "Partido Justicialista s/ recurso c/ resolución N° 66/11 T.E.P.", sentencia de fecha 31 de marzo de 2011.

(8) GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás: "Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut", T.II, Ed. FB, Esquel, 2009, p. 406.

(9) www.chaco.gov.ar/TribunalElectoral/Institucional.ht

(10) SESIN, Domingo Juan y PÉREZ CORTI, José María: "Organismos electorales", Ed. Advocatus, 2006, págs. 111 y 112.

(11) Hay que recordar, en este sentido, que el Poder Judicial también realiza actos administrativos y actos de naturaleza legislativa (acordadas), como así también que el Poder Legislativo -por ejemplo- también efectúa funciones jurisdiccionales en el caso del juicio político.

(12) Ver Acuerdo Extraordinario Plenario Nro. 3930/2011. Ver, también, Cám. Apel. Noroeste del Chubut, Esquel, in re: "Partido Acción Chubutense y otro c/. Tribunal Electoral Provincial s/. acción de amparo", sentencia de fecha 4 de marzo de 2011.

(13) BIDART CAMPOS, Germán J.: "La judiciabilidad y la legitimación procesal en materia de derechos políticos, y de cuestiones electorales y partidarias", en E.D. 152-792.

(14) Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha mostrado reacia a conceder jerarquía constitucional a la garantía de la doble instancia más allá del plano penal (ver Fallos 310:1424 y sus citas; Fallos 323:2357, entre mucho otros), hay que destacar que tal posición contrasta con lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que las garantías previstas en el art. 8.2 de la CADH -entre ellas, la doble instancia- debe ser aplicada a todos los fueros (conf., al respecto, BAZÁN, Víctor: "Principios del recurso extraordinario federal, acceso a la Corte Suprema de Justicia y protección de los derechos fundamentales", E.D., Suplemento de Derecho Constitucional, 19 de abril de 2011, pág. 2). Por lo demás, cabe recordar que la Corte ha admitido desde antiguo que cabe la apelación extraordinaria respecto de pronunciamientos de funcionarios y organismos no judiciales, cuando se trata del ejercicio de funciones jurisdiccionales, siempre que no exista recurso ante los tribunales judiciales. "Se procura así -concluía el Máximo Tribunal- la preservación y no la extensión de la competencia de esta Corte, el mantenerla respecto de resoluciones detraídas al conocimiento judicial". Ver, en este sentido, Fallos 285:410).

(15) Fundamentos dados por los apoderados del Frente para la Victoria en los distintos recursos presentados ante el Superior Tribunal de Justicia con motivo de las elecciones señaladas.

(16) En este sentido es elocuente la resolución N° 01/90 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los casos 9768, 9780 y 9828 referidos a México, de la que se desprende que los estados parte del Pacto de San José de Costa Rica deben habilitar un recurso efectivo ante un tribunal judicial para garantizar el ejercicio de los derechos políticos (conf. BIDART CAMPOS, Germán J.: "Una resolución sobre derecho electoral en el sistema interamericano del Pacto de San José de Costa Rica", en E.D. 148-210.

(17) Ver, en este sentido, S.T.J. Corrientes, 17/1/1993, "Apoderado y Electores de la Alianza Frente de la Esperanza s/. acción constitutiva de tipo cautelar", en E.D. 152-673 y BIDART CAMPOS, Germán J.: "Los derechos humanos y la legitimación procesal" (primera parte), en E.D. 152-784.

(18) "Se configura una grave ofensa del orden constitucional local y de los principios que el art. 5° de la Constitución Nacional impone a las provincias resguardar -dijo la Corte Suprema de Justicia- si el tribunal omite examinar la cuestión sustancial sometida a su conocimiento, vinculada al cumplimiento de las normas constitucionales que regulan la aplicación del sistema representativo republicano en el ámbito provincial referentes a la designación de gobernador y vicegobernador, limitándose a invocar normas de rito, ajenas a los temas de derecho público sujetos a su decisión" (C.S.J.N., 26/12/1991, "Electores y apoderados de los Partidos Justicialista, UCR y Democracia Cristiana s/. nulidad de elección de gobernador y vicegobernador" (voto del Dr. Eduardo Moliné O'Connor), en Fallos 314:1915).

(19) C.S.J.N., 03/04/1986, in re; "STRADA, Juan L. c/. Ocupantes del perímetro ubicado entre las calles Deán Funes, Saavedra, Barra y Cullen", en E.D. 117-589, con nota de Germán BIDART CAMPOS: "Las vías provinciales previas al recurso extraordinario".

(20) C.S.J.N., 01/12/1988, in re: "Di Mascio, J.R.", en E.D. 131-385, con nota de Germán BIDART CAMPOS: "Toda cuestión constitucional federal en procesos tramitados ante tribunales provinciales debe ser resuelta por el Superior Tribunal de Justicia".

(21) Ver, en este sentido, DURANTE, Alfredo L.: "Control de legalidad y de razonabilidad en las decisiones de la Junta Electoral Bonaerense", en E.D. 121-99 y "Revisión judicial de las decisiones de la Junta Electoral Bonaerense", en E.D. 119-406); MORELLO, Augusto Mario: "Sentencias definitivas, reenvío y control constitucional en materia electoral", en E.D. 146-881; VEGARA, Omar A. y CARELLO, Luis A.: "La doctrina 'Strada' y la multiplicación de las instancias", en E.D. 125-787 y BIDART CAMPOS, Germán A.: "¿Deben y pueden cumplir los Superiores Tribunales Provinciales decidir causas con cuestiones federales cuando no hay recurso local que los haga competentes?", en E.D. 134-534, entre muchos otros. Ver también los fallos dictados en las causas 'Acción Chaqueña' (E.D. 144-452); 'Pacto Autonomista Liberal' y 'Partido Demócrata Cristiano de Córdoba' (E.D. 144-360).

(22) Cám. Nac. Cont. Adm. Federal, Sala I, 16/04/1998, "Marrenco, Guillermo Julio c/. Estado Nacional".

(23) Tribunal Supremo Español, sentencia de fecha 22 de enero de 1993.

(24) C.S.J.N., "C.L., G.", 25/03/2006, en J.A. 2006-IV-440.

(25) Ver voto del Dr. Pleger en el fallo del S.T.J. por la nulidad de la Mesa 174, sentencia de fecha 8 de abril de 2011.

(26) CSJN, 2/11/95, "Unión Cívica Radical s/ nulidad Junta Nacional Electoral", en J.A. 1997-I-345.

(27) Fallos 9:314.

(28) DURANTE, Alfredo L.: "Revisión judicial en las decisiones de la Junta Electoral Provincial", en E.D. 119-407.

(29) S.T.J.Ch., "Frente para la Victoria s/ plantea recurso", Expte. 22.211-23-2011, sentencia de fecha 4 de marzo de 2011: "las resoluciones dictadas por las juntas electorales provinciales en materia de su específica competencia no son revisables por vía del recurso extraordinario federal".

(30) C.S.J.N., 13/5/1993, "Alianza Frente de la Esperanza".

(31) CSJN, 13/5/93, "Alianza Frente de la Esperanza".

(32) S.T.J.Ch., 4/3/2011, "Frente para la Victoria s/ plantea recurso", Expte. N° 22211/2011.

La posibilidad de alegar en el proceso de amparo (con especial referencia a la provincia del Chubut)

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: LLPatagonia 2011 (octubre), 470

Cita Online: AR/DOC/2575/2011

[Consultado el 12/02/2020]

Sumario

I. Introducción. Las posturas sobre el tema.- II. Las partes pueden presentar un escrito con alegaciones antes del dictado de la sentencia. Una tesis "armonizadora".- III. Una solución "alternativa".- IV. Conclusión

I.- Introducción. Las posturas sobre el tema.

Se discute si en el proceso de amparo cabe la posibilidad de alegar.

Como es sabido, el alegato es "el acto mediante el cual cualquiera de las partes, en apoyo de una determinada petición, afirma o niega la existencia de un hecho o la aplicación o inaplicabilidad de una norma jurídica a ese hecho. Constituye una declaración de ciencia, aunque inevitablemente contenida en una declaración de voluntad petitoria, a la cual sirve de motivo o argumento"[\(1\)](#).

Las interpretaciones posibles son las siguientes:

1.) Para una postura, este tipo de escritos no está permitido en esta clase de procesos. Para fundamentar esta teoría, se señala que:

1.1. Las leyes respectivas no prevén la presentación de alegatos. En Chubut, por ejemplo, la Ley V, N° 84 (Ley de Amparo) señala expresamente que vencido el término de prueba el juez debe dictar sentencia sin más trámite, en el término de 3 días.

1.2. Deben aplicarse subsidiariamente las normas del proceso sumarísimo establecidas en el Código Procesal Civil y Comercial. Y estas normas dicen claramente que en este tipo de juicios "no procederá la presentación de alegatos" (conf. art. 502, inc. 4° del CPCC Ch).

1.3. Una posición contraria atentaría contra la naturaleza del amparo. Por lo tanto, al negarse la procedencia de los alegatos se busca evitar la dilación de un trámite que se caracteriza por su celeridad y rapidez.

2.) Otra posición, en cambio, dice que las partes siempre tienen la posibilidad de alegar en este tipo de procesos.

Para ello se argumenta que:

2.1. El alegato es el último acto procesal que pueden emitir las partes con antelación al dictado de la sentencia. Su función consiste en otorgar a las partes la oportunidad para expresar sus argumentos sobre el valor de las pruebas practicadas para demostrar que los hechos afirmados en sus escritos iniciales han quedado probados, y que, en cambio, las pruebas de la parte contraria no comprobaron los hechos afirmados por dicha parte; pero, además, sirve para manifestar los argumentos jurídicos que demuestren la aplicabilidad de las normas jurídicas invocadas como fundamento de su respectiva acción o su excepción. Por lo tanto, si bien es cierto que el alegato no constituye una pieza esencial o necesaria al desarrollo del proceso, siendo fa-

cultativo de la parte el producirla o no, su no emisión redunda en la natural merma del derecho de defensa de quien lo omite, por lo que las leyes procesales que no prevean una oportunidad razonable para expresarlos o los juzgadores que no la otorguen, afectarían —o violarían— la garantía de defensa.

2.2. La circunstancia de que las leyes de amparo indiquen que vencido el término de prueba el juez debe dictar sentencia sin más trámite de ninguna manera permite afirmar que tal prerrogativa esté prohibida ni tampoco que la etapa de éstos sea innecesaria o que se deba prescindir de ella. Regiría en el caso el artículo 19 de la Constitución Nacional, según el cual "todo lo que no está prohibido, está permitido".

2.3. "La utilidad del alegato debe imponerse a la desidia o arbitrariedad del legislador".

II.- Las partes pueden presentar un escrito con alegaciones antes del dictado de la sentencia. Una tesis "armonizadora".

Como bien lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversas oportunidades, cuando los jueces, en el proceso de aplicación del Derecho, se encuentran con normas que establecen regulaciones que entran en conflicto o contradicción para decidir el tema tratado, lo primero que deben hacer es intentar lograr una "armonización" de ellas.

Es, entonces, en la coordinación donde debe hallarse el verdadero criterio hermenéutico, de manera que todas subsistan en armónica coherencia..."(2).

En consecuencia, en cuanto sea posible, siempre es preferible optar por una exégesis no abrogatoria sino conciliadora de los preceptos, de tal manera que las respuestas estén inspiradas en pautas de compatibilización, y no de oposición.

Partiendo de esta premisa, pues, y teniendo en cuenta los fundamentos esgrimidos por cada postura, entiendo que es posible que las partes, en un proceso de amparo, puedan presentar un escrito ("alegato"), antes del dictado de la sentencia definitiva y sin que ello suspenda el plazo respectivo, con intención de interpretar el orden fáctico y jurídico del caso concreto para alcanzar una declaración tan legítima como útil y sencilla que facilite el entendimiento y solución del problema jurídico a resolver y eliminar, por tanto, la dificultad derivada de sus múltiples posibilidades de comprensión y desenlace.

Explicaré por qué:

1.) El problema indicado se sucede porque entran en conflicto dos ideas esenciales: por un lado, la de preservar el derecho de defensa, y por el otro, la de asegurar la máxima celeridad que debe presidir a este tipo de acciones.

2.) Como forma de superar ambas posturas, entonces, hay que buscar una solución que concilie las dos posiciones, esto es, la posibilidad de alegar sin evitar la dilación del trámite.

3.) Y, en este sentido, es evidente que una presentación efectuada antes del dictado de la sentencia pero sin paralizar el trámite permitiría ejercer el derecho sin violar el principal fundamento esgrimido por los sostenedores de la tesis negatoria, esto es, "el carácter de máxima urgencia propio de este proceso", toda vez que ella no interrumpiría el plazo para dictar sentencia, ni pondría trabas para ello. Además, en el peor de los casos, el juez siempre tiene la facultad o no de leerlo (3).

Y es más: en un sentido similar Fenocchietto señala que si bien el artículo 502, inc. 4º indica que no procede la presentación de alegatos, en atención a la naturaleza del proceso, "nada impide que se escuche en una breve exposición de los letrados respecto de las cuestiones litigiosas planteadas y el mérito o demérito de la prueba recibida" (4).

Por lo demás, cabe destacar que con esta solución:

1.) No hay violación alguna al principio de igualdad procesal entre las partes, toda vez que se le da a todos los contrincantes idéntica facultad, es decir, la prerrogativa de presentar esta pieza procesal.

2.) Una presentación de este tipo no causaría perjuicio alguno, toda vez que, como dije, ella no paralizaría el trámite del proceso ni el plazo para dictar sentencia.

III.- Una solución "alternativa".

Una solución "alternativa" sobre este tema la brinda el catedrático peruano Roberto González Alvarez [\(5\)](#).

Según este jurista, por el principio de dispositividad procesal y antes de emitida la sentencia, las partes pueden presentar un escrito con una expresión que resulte funcional para el caso (v.gr. "se tome en consideración"; "exposición", etc.) que contenga las valoraciones, análisis o críticas propias de un alegato. Y este escrito no podría ser motivo de rechazo o desestimación por el juez.

Ello —dice este autor— en virtud de que estas "manifestaciones espontáneas" tienen una función meramente ilustrativa, y se basa en la idea de dar a las partes la oportunidad —última oportunidad— de expresar sus valoraciones y conclusiones finales, en el respeto —repito— de la dispositividad procesal y, finalmente, en la consagración de la libertad del justiciable vuelta derecho de acción.

IV.- Conclusión.

Conforme lo manifestado, pues, entiendo que en el juicio de amparo las partes están facultadas para presentar un escrito que, sin perjuicio del nombre que le asignen ni su forma, tenga la misma finalidad que el alegato y así haya de ser considerado.

Ello, claro está, con la única limitación que el mismo se presente antes del dictado de la sentencia, y que tal circunstancia no suspenda o paralice el curso del proceso.

(1) PALACIO, Lino Enrique: "Derecho Procesal Civil", T. IV, Ed. Abeledo Perrot, pág. 320.

(2) CSJN, in re: "Servini de Cubría, María R. s/amparo", en J.A. 1992-IV-47, voto del Dr. BELLUSCIO.

(3) Conf. CALAMANDREI, Piero: "De las buenas relaciones entre jueces y los abogados en el nuevo proceso civil", trad. De Santiago Santís Melendo, Depalma, Bs. As., 1943, pág. 56.

(4) FENOCCHIETO, Carlos: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T.2, Ed. Astrea, pág. 741 y FASSI-MAURINO: "Código Procesal Civil y Comercial", T. 3, pág. 801.

(5) GONZALEZ ALVAREZ, Roberto: "Alegación y alegato en el proceso civil: avances y retroceso de una institución tan importante como descuidada", en "Revista del Instituto Panamericano de Derecho Procesal".

La legitimación activa en la acción de amparo de la provincia del Chubut. El reconocimiento de una acción popular

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <http://www.elderecho.com.ar/>

Publicado en El Derecho Constitucional 2011-643

[Consultado el 12/02/2020]

1.- El problema de la legitimación (1)

La posibilidad que tienen los particulares de poder recurrir a la Justicia en defensa de un derecho y de obtener de ésta una respuesta satisfactoria está condicionada a la existencia de legitimación procesal. Ella representa –al decir de Gozaíni– "la llave para abrir el proceso"(2).

La legitimación, explica Marienhoff, "en general significa la aptitud de ser parte en un determinado proceso o asunto judicial. Y tal aptitud se determina por la posición en que se encuentre el actor respecto de la pretensión que da lugar al proceso o asunto, entendiendo aquí por pretensión lo que el actor pide que le sea reconocido jurisdiccionalmente (...) Sólo las personas que se encuentran en determinada relación con la pretensión pueden ser parte en el proceso en que la misma se deduce"(3).

Por lo tanto, para ejercer en juicio la tutela de un derecho, es absolutamente imprescindible que exista un nexo que vincule a la persona con la prerrogativa que se entiende afectada, lesionada o amenazada (4).

De esta manera, si el sujeto que pone en marcha la acción no es aquel que según el ordenamiento jurídico está habilitado para hacerlo (es decir, que está legitimado), el juez puede rechazar in limine la demanda o, con mayor razón, hacer lo propio al momento de dictar sentencia (5).

2.- Actualidad e importancia del tema.

En virtud de lo expuesto, es evidente que el tema en cuestión es de gran actualidad, a tal punto que Morello dijo, con total acierto, que la legitimación procesal constituía la gran vedette de estos tiempos.

Es que, como bien indica Bidart Campos, de "poco o nada sirven las garantías y las vías idóneas si el acceso a la justicia se bloquea en perjuicio de quien pretende su uso y se le deniega la legitimación"(6).

Precisamente por esto, la tendencia actual es la de ampliar la nómina de legitimados en todos los campos jurídicos. Porque "el habitante de hoy exige un protagonismo mayor, no sólo en cuanto a sus derechos personales, sino que también entiende, y cada día más, que la cosa pública le pertenece, que es parte de ella y que tiene la función de controlar su buen desenvolvimiento"(7).

Ya no se le da tanta importancia al preciosismo del debate. A diferencia del pasado, el litigante, el afectado –para usar el vocablo riguroso del art. 43 de la CN– deja de estar atenuado, pospuesto, en una segunda línea de gravitación, para ocupar un lugar destacado –destacadísimo– en el sistema jurídico.

El derecho, pues, comienza a abrirle las ventanas a los ruidos de la sociedad y, tomándole el pulso a la dimensión de los reclamos, desplaza la óptica del enfoque a favor del consumidor del servicio de justicia. Se da, así, una atención preferente a estas personas. Y esto, como no podía ser de otra manera, tiene un impacto trascendental en esta temática, pues en la práctica –y como veremos– va a traducirse en una ampliación de los legitimados activos y en la obligación de los

jueces de brindar soluciones a temas que antes directamente no debían tratar.

3.- El tema en la Ley de Amparo de la Provincia del Chubut.

Siguiendo justamente esta tendencia, la Ley de Amparo de la Provincia del Chubut (ley V, N° 84) se pronuncia expresamente sobre esta temática y, haciendo una distinción entre amparo individual y amparo colectivo, amplía enormemente el universo de legitimados cuando la protección se refiere a derechos o intereses de incidencia colectiva en general (título IV, ley V, N° 84, arts. 20, 21, sigs. y conc.), solución que, como no podía ser de otra manera, guarda estricta congruencia con lo normado por la Constitución Nacional (art. 43) y por la Constitución de la Provincia del Chubut (arts. 57, 111, etcétera).

4.- La legitimación activa en el amparo individual.

Cuando hablamos de legitimación activa nos estamos refiriendo concretamente a quién o a quiénes pueden interponer esta acción para recabar del Poder Judicial la protección del derecho amenazado, lesionado o, con palabras de Morello, a quién o a quiénes "pueden tocar el timbre y ser oídos por el tribunal".

La ley V, N° 84, como dijimos, hace una distinción al respecto, según se trate de un amparo individual o de un amparo colectivo.

En el primer caso, esto es, cuando la decisión, acto, hecho u omisión de la autoridad pública o de los particulares restringe, altera, amenaza o lesiona un derecho personal, propio, específico y concreto de un individuo, sólo ese individuo –que técnicamente se denomina "damnificado" o "particular damnificado"– es quien puede reclamar la tutela del derecho (art. 3°, ley V, N° 84) (8).

Es decir, sólo quien sufre el perjuicio "en carne y hueso" (el titular del derecho lesionado de manera personal y directa) es quien puede incitar la acción de los tribunales. Y esto es así porque el derecho en

crisis es de alguna manera "exclusivo" y carece de trascendencia o incidencia "colectiva".

5.- La legitimación activa en el amparo colectivo.

En el amparo colectivo (esto es, cuando se lesionan o amenazan derechos o intereses de incidencia colectiva en general), en cambio, la esfera de legitimados para interponer una acción de amparo se amplía sustancialmente, reconociéndole también derecho a accionar judicialmente a sujetos potencialmente distintos de los perjudicados en forma directa.

Así, el art. 21 de la ley V, N° 84 señala expresamente que en estos casos "están legitimados para ejercer e impulsar las acciones previstas en el presente título el Estado Provincial, los Municipios y Comunas, el Ministerio Público Fiscal, el Ministerio Público Pupilar, el Defensor del Pueblo, las entidades legalmente constituidas para la defensa de los intereses difusos o colectivos y cualquier persona jurídica o de existencia visible que accione en nombre de un interés colectivo".

De esta manera, y como se explicará más adelante, se instituye una verdadera "acción popular" en esta materia.

Ahora bien: ¿Qué son los derechos o intereses de incidencia colectiva? ¿Cuándo estamos en presencia de una prerrogativa de este tipo?

Se ha dicho, en este sentido, que los derechos o intereses difusos(9) –también denominados "fragmentarios", "supraindividuales", "metaindividuales", "de masa", "comunitarios", "transpersonales" o "derechos de incidencia colectiva en general" (según la denominación que utiliza nuestra Constitución Nacional en su art. 43 y la Ley de Amparo provincial en sus arts. 20, 21 y 22)(10)– son aquellos "que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrante de grupos, clases o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, de una misma

prerrogativa. De forma tal que la satisfacción del fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta, simultánea y globalmente, a los integrantes del conjunto comunitario"(11).

Tres son los rasgos principales que caracterizan a estos derechos o intereses:(12)

1) En primer lugar, "una pluralidad de titulares indeterminados o de difícil determinación". Es decir que en este caso no hay un único, exclusivo y excluyente titular del derecho, sino que —por el contrario— existe un grupo, colectividad o pluralidad de personas que tienen la intención y el interés de proteger el mismo porque comprometen valores fundamentales.

2) En segundo término, la "ausencia de una relación-base que una a los miembros del grupo" (que es precisamente lo que los diferencia de los intereses colectivos, en los cuales hay un vínculo asociativo preexistente que agrupa a tales personas).

3) Y, finalmente, la "indivisibilidad del objeto de interés, puesto que cualquier intervención en su protección beneficia a todos o perjudica a todos". Se trata de bienes comunes, es decir, insusceptibles de apropiación exclusiva.

La Constitución Nacional efectúa una enumeración de estos derechos en la segunda parte del art. 43 (igualdad o no discriminación, medio ambiente, derecho de los usuarios y consumidores y defensa de la competencia). Y lo propio hace la ley V, N° 84 en su art. 22.

Se trata, empero, de enumeraciones meramente enunciativas (13); es decir, no constituyen un catálogo cerrado o taxativo. Así lo dan a entender los propios artículos cuando, en forma inmediata, señalan que también entra en esta categoría "cualquier otro derecho de incidencia colectiva en general".

Por lo tanto, todo otro derecho que participe de los rasgos o caracteres indicados anteriormente queda abarcado dentro de esta noción, aunque no se encuentre –repetimos– enumerado en el art. 43 de la CN y en los arts. 20, 21 y 22 de la Ley de Amparo provincial.

Así, deben considerarse comprendidos dentro del concepto de derechos o intereses difusos (14):

1) La protección y defensa del medio ambiente y el equilibrio ecológico con relación a hechos producidos o previsibles que impliquen su deterioro (art. 43, CN; art. 22, inc. a), ley V, N° 84)(15), toda vez que, como bien lo explica Lorenzetti, "el medio ambiente no interesa a un solo individuo, sino a un grupo de ellos. Se trata de un problema de acción colectiva y no individual"(16). En consecuencia, "al preservarlo para sí se lo preserva para todos en una interrelación recíproca y solidaria"(17).

2) La tutela de los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios (art. 43, CN y art. 22, inc. b), ley V, N° 84). En este sentido, la ley V, N° 84 expresamente establece que las acciones de prevención procederán con el fin de "impedir la circulación o comercialización de productos defectuosamente elaborados o disponer su exclusión del mercado de consumo cuando por no reunir las exigencias de calidad, seguridad y salubridad, comprometieren la salud, la persona o el patrimonio de los consumidores" (art. 23, inc. b)) o bien para "contribuir a la detección de productos defectuosamente elaborados" (art. 23, inc. c)).

3) La igualdad y consecuente no discriminación de las personas (que son "sólo dos aspectos de un mismo problema"(18)) (art. 43, CN; art. 22, inc. c), primera parte, ley V, N° 84). Es que en estos casos el daño se infiere con motivo de alguna calidad, característica u opinión compartida entre la víctima y otros sujetos. De ahí, entonces, que todos estos estén interesados en obtener la erradicación de los esos actos dañosos (19).

4) La defensa de la competencia. Concretamente, la ley V, N° 84 señala sobre este punto que las acciones preventivas procederán con el fin de "impedir las prácticas comerciales desleales, la publicidad engañosa y la comercialización de bienes y servicios en los que a través de cláusulas contractuales abusivas o con evidente desequilibrio entre los recíprocos derechos y obligaciones, según el prudente arbitrio judicial, se viole el principio de buena fe y se ocasionen evidentes perjuicios a quienes contraten tales bienes o servicios" (art. 23, inc. c)).

5) La protección del patrimonio cultural, histórico y artístico (20). La ley V, N° 84, en este sentido, dispone textualmente que en estos casos el amparo "procede para la protección y defensa ante cualquier hecho u omisión arbitraria e ilegal que genere lesión o amenace el patrimonio cultural, comprendiendo los bienes históricos, urbanísticos, arquitectónicos, artísticos, paisajísticos y arqueológicos".

Y esto es así porque, como bien lo señala el art. 113 de la Constitución de la Provincia del Chubut, "los bienes culturales, en cuanto hacen a la identidad cultural, constituyen un patrimonio social al que todo habitante tiene un acceso libre y responsable"(21).

Para la UNESCO, "patrimonio cultural es el legado que recibimos del pasado, lo que vivimos en el presente y lo transmitimos a las generaciones venideras".

Dentro de esta categoría, deben entenderse comprendidos: 1. Los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura, o pintura monumentales, elementos de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia. 2. Los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración con el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia. 3. Los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas, incluidos los lugares ar-

queológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico"(22).

Es que "los países junto con el "patrimonio natural" de sus respectivas geografías, poseen otro "patrimonio" que testifica su historia como pueblo. Esa geografía construida cohabita con cada integrante de la comunidad, está presente en cada rincón, pertenece a todos y a cada uno de los miembros de esa comunidad y conforma su "patrimonio cultural". El "patrimonio cultural" junto con el "patrimonio natural" constituye, a nuestro modo de ver, el "entorno" que le da "sentido de pertenencia" a un pueblo o nación, lo reconoce en una historia, en una geografía, y lo proyecta –en su especificidad– al futuro. Así visto "patrimonio" es "todo" lo que contribuye a formar y consolidar la identidad de un lugar y con ello facilita la relación del hombre con su medio"(23).

6) La salud pública, que es considerada por nuestro ordenamiento jurídico no sólo un derecho subjetivo privado sino también un bien que reviste interés público (24).

Constituye, por lo tanto, un verdadero derecho difuso que autoriza a cualquier persona a solicitar a las autoridades su protección (25).

Es que, como todos sabemos, la problemática que plantean las enfermedades no se agota en la persona que las padece sino que sus consecuencias se trasladan a toda la sociedad, pudiendo, por ende, poner en peligro a toda la comunidad.

7) La moral pública. En este sentido, se ha dicho que "toda comunidad se apoya en un núcleo de valores básicos que le dan identidad, permiten el desarrollo de saludables diferencias sin riesgo de disolución, operan como supuestos comunes en la convivencia y se traducen en usos y costumbres en cuyo clima, para bien o para mal, viven y crecen los individuos que la integran. La sociedad es así necesariamente educadora de sus miembros, que reciben su influencia condicionante sin perjuicio de la libertad personal que en definitiva

logren alcanzar y ejercer. De ahí que el Estado no pueda desatenderse ni se desatienda de la cuestión, y en virtud de ello oriente la educación, promueva determinadas actividades y prohíba o desaliente otras y custodie la moral pública, o sea como pautas de conducta objetivizadas, al margen de la suerte que puedan correr en el ámbito de la vida privada de cada persona, sólo reservada a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha caracterizado el bien público como el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros el logro más fácil de su propia perfección. Y así entendida, la noción del bien público no sólo hace referencia a las estructuras materiales de la vida estatal. Incluye, también, junto a otras condiciones sociales, políticas, jurídicas y culturales, criterios y pautas morales que hacen a nuestra identidad y ofrecen un marco valioso para el aprendizaje y desarrollo de la convivencia, integrando así el patrimonio espiritual de la comunidad (...) Más allá de las dificultades que pueda presentar su determinación no se advierten, pues, razones para excluir la moral pública del ámbito de los bienes comunes, susceptible de un interés colectivo o difuso"(26).

8) La legalidad constitucional. A nuestro entender y siguiendo a la Corte Constitucional de Colombia, existe un derecho fundamental de todas las personas a la integridad y primacía de la Constitución (27).

Por lo tanto —y no obstante saber que es una postura minoritaria—, consideramos que la legalidad constitucional es un verdadero derecho de incidencia colectiva, que hace que cualquier ciudadano interesado tenga legitimación procesal para defender la Constitución cuando no existe un individuo determinado que, según el ordenamiento jurídico, la titularice personalmente.

Ello, en tanto y en cuanto "la supremacía constitucional como derecho personal significa que cualquier persona —y todas— tiene derecho a que esa supremacía se respete, se haga efectiva, y de sufrir mella, se restaure"(28).

"Partimos de la premisa de que la Constitución Nacional es la norma fundamental del Estado, se encuentra en la cima del ordenamiento jurídico y además organiza y estructura al Estado. Es decir, determina los parámetros básicos de la conducta de los poderes públicos. Esa conducta me interesa como ciudadano porque repercute en mi vida diaria. Una norma o acto que infrinja la Constitución me despoja del orden y la seguridad, pero además lesiona mis legítimas expectativas de bienestar general, a cuyo fin se encuentra orientado el tramado racional de normas del texto fundamental"(29).

En consecuencia, en caso de burlarse una cláusula constitucional y de que no exista un individuo determinado que pueda ejercer la acción respectiva (básicamente, porque no tiene relación directa e inmediata con el derecho involucrado), es obvio que toda persona debe quedar legitimada para promover judicialmente tal proceso a fin de que se realice el control de constitucionalidad del acto, la norma o la decisión que se impugnan como opuestas a la Constitución suprema, ya que —repito— "vemos en la Constitución las reglas fundamentales de la organización del Estado que tienden racionalmente a la consecución eficiente y eficaz del bienestar general por el Estado. Por consiguiente, si se verifican actos contrarios a las reglas de la Constitución, todos los habitantes de la Nación estaríamos interesados en la anulación de dicho acto que nos compromete y afecta a todos por igual"(30).

De otra forma, se verificaría una situación jurídica de indefensión para la colectividad social entera, toda vez que se vería impedido el cuestionamiento judicial de la norma o acto en cuestión.

Dicho en otras palabras: los ciudadanos tienen derecho a la vigencia del principio de legalidad constitucional y a procurar su defensa en sede judicial. Y no debe pensarse que quien lo hace es sólo portador de un interés simple. Frente a la inexistencia de una relación jurídica específica en la que hay unos afectados concretos, todos los ciudadanos lo son y, por ende, todos tienen legitimación para solicitar el restablecimiento de principio señalado (31).

Ahora bien: la enumeración de los derechos de incidencia colectiva que hemos efectuado, como ya lo expresáramos, de ninguna manera puede considerarse taxativa, toda vez que —como bien lo explica Sagües— el catálogo de los derechos difusos no es cerrado ni rígido, sino cambiante, dado que "determinados rubros que otrora no eran visualizados como difusos pasan después al listado de ellos"(32).

Finalmente, y con relación a este tema, cabe destacar que la categoría de "derechos de incidencia colectiva en general" también "hospeda en el espacio de su contenido constitucional protegido a los derechos individuales homogéneos"(33).

En estos supuestos, un mismo hecho generador, fáctico o normativo, o varios hechos idénticos, generan daños a un sector de la sociedad o a una pluralidad de personas, que reclaman su reparación. Por lo tanto, esa idéntica situación colectiva (homogénea) y la circunstancia de compartir entre sí la identidad del sujeto pasivo permite que ellos sean tutelables grupalmente (legitimación grupal) a través de una "acción colectiva" o "acción de clase" por parte de los legitimados directos o indirectos determinados constitucionalmente (defensor del pueblo, afectados, asociaciones), así como también que el fallo que se dicte aproveche a todas las personas que se encuentran en idénticas circunstancias, aunque no hayan participado en el juicio, pues el carácter colectivo de la controversia obliga a dar también alcance colectivo para todos los que se encuentren en la misma condición que el reclamante(34).

Es decir que si bien en estos casos no hay un bien colectivo porque se afectan derechos individuales enteramente divisibles, hay un hecho único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y, por lo tanto, es identificable la causa fáctica homogénea. Y ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos es común a todos esos intereses. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva al legislador a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte (35).

6.- En busca de una compatibilización de los textos involucrados.

Ahora bien: la Ley de Amparo de la Provincia del Chubut (ley V, N° 84), como puede observarse, establece diferencias importantes con relación a la Constitución Nacional en materia de legitimación procesal cuando se trata de la protección y defensa de un derecho de incidencia colectiva.

Es que mientras aquélla, como vimos, amplía enormemente el universo de personas o entidades que pueden recurrir a la Justicia en estos casos (o sea, otorga una legitimación mayor), el art. 43 de la CN (con vigencia para toda la República y que, por ostentar la máxima jerarquía, obliga a las provincias a acatar sus postulados (36)) señala que en este tipo de amparo colectivo sólo tienen legitimación:

a) El Defensor del Pueblo, que es un órgano independiente instituido en el ámbito del Poder Legislativo de la Nación, que tiene dos funciones específicas: a) la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados por la Constitución Nacional y por las leyes (ante hechos, actos u omisiones de la Administración) y b) el control de la Administración Pública y de los entes que desempeñan funciones administrativas (conf. art. 86 de la CN)(37).

En este caso, pues, "estamos frente a una legitimación anómala o extraordinaria (pero complementaria e integrativa, necesaria y útil), toda vez que el Defensor del Pueblo no es el titular del derecho invocado como fundamento de sus pretensiones, por lo que su legitimación es de representación de la persona, grupo o sector afectado y en cuyo nombre pretende. Actúa en nombre propio ante el juez o la Administración con la finalidad de obtener la protección de los derechos de otros en defensa de intereses que afectan al orden público o social, lo que acontece cuando el Estado lo coloca junto con la parte que actúa en nombre propio, o en lugar de ella, para que formule una pretensión o se oponga a ella"(38).

b) Las asociaciones que tengan por objeto la defensa y protección del medio ambiente, las cuales –además– deben estar registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

c) El "afectado", que –de acuerdo con el criterio amplio que propugna la doctrina mayoritaria– no es cualquier persona sino aquella que "no habiendo sido aún dañada, se encuentra en el ámbito posible o potencial de ser dañada"(39). O sea, debe presentar un adecuado nexo con su situación personal, que puede ser real como potencial y que no será exclusivamente de él.

Queda claro, entonces, que la Constitución Nacional no quiso ni instituyó una acción popular (40), posiblemente por aquello que expresaba Sagüés, en el sentido de que "en sociedades poco prácticas y harto pleitistas, como la argentina, esa admisión corre el riesgo de auspiciar una catarata de litigios donde más que amparar el orden público, sus promotores intentan estorbar la acción del Estado, o satisfacer sus intereses personales"(41).

Muy por el contrario, si bien "abrió" la legitimación en estos supuestos y amplió el cuadro de representantes de los derechos o intereses difusos, la idea no fue proteger los mismos de manera ilimitada, irrestricta o indiscriminada; el derecho colectivo, para nuestra Ley Fundamental, debe traducirse en alguna afectación, aunque fuere indirecta o refleja, respecto del accionante, para poder ser defendido por éste.

Por su parte, la Constitución de la Provincia del Chubut dice en su art. 57 que "toda persona tiene legitimación para obtener de las autoridades la protección de los derechos difusos de cualquier especie reconocidos en esta Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado", mientras que el art. 111 autoriza a "todo habitante"(42) a interponer una acción de amparo para obtener de la autoridad judicial la adopción de medidas preventivas o correctivas, respecto de hechos

producidos o previsibles que impliquen el deterioro del medio ambiente.

Lo expuesto, pues, nos obliga a realizar un profundo análisis para compatibilizar todos los textos antes citados.

Para ello, no debemos olvidar que la normativa provincial (incluida la propia Constitución) está autorizada para ampliar el nivel de protección o para desarrollar en mayor medida los contornos y alcances de los derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional o por otras normas nacionales (43).

Por lo tanto, teniendo en cuenta tal circunstancia, surge sin hesitación alguna que la apertura y ensanchamiento de la legitimación activa que realizan las diversas disposiciones provinciales son perfectamente válidas y aplicables.

En consecuencia, la conclusión que puede brindarse al respecto es que están habilitados para interponer una acción de amparo en defensa y protección de los derechos de incidencia colectiva en general:

1) Toda persona física o jurídica (arts. 57 y 111, Constitución Provincial y art. 21, ley V, N° 84), sin que sea necesario indicar un interés concreto ni alegar proximidad geográfica u otra circunstancia para poder hacerlo(44). Se instituye, así, una verdadera "acción popular" en esta temática (45). La redacción de la norma constitucional es más que clara y, por ende, no admite interpretaciones de ningún otro tipo: la legitimación se le otorga a "toda persona" sin ningún otro condicionamiento, es decir, independientemente de que el hecho dañoso la afecte o pueda afectarla y no obstante las acciones que emprendan los organismos del Estado en este sentido(46).

Por lo tanto, quien efectúa el reclamo no tiene que demostrar ningún recaudo de acreditación causal ni necesita estar unido con los otros integrantes del grupo, categoría o clase de personas por "circunstancias de hecho".

Además, es preciso destacar que esa legitimación se consagra no sólo para actuar ante el Poder Judicial sino también en el ámbito administrativo, ya que el término "autoridad" debe ser entendido en sentido amplio, comprensivo de cualquier funcionario que realice tareas en cualquier órbita del estado.

Como puede observarse, en nuestra Provincia, los problemas de titularidad y legitimación respecto de la defensa de los derechos difusos o de incidencia colectiva han sido resueltos de manera expresa y magnífica por la propia Constitución Provincial. Como dirían Peyrano y Capella, para su operatividad "no es necesario que se justifique un "derecho subyacente" ni que su "exponente" tenga que estar afectado personalmente, simplemente porque el reconocimiento de una prerrogativa de goce y la consagración de un poder de acción para su defensa, no pueden atribuirse a persona determinada en forma "diferencial", propia, exclusiva y excluyente. Se trata, en definitiva, de una titularidad y legitimación que le compete a "todos los habitantes" (...) y no solamente a los afectados"(47).

La acción popular que permite el art. 57 de la Constitución de la Provincia del Chubut, así, "se convierte en una garantía de acceso a la jurisdicción, y el proceso colectivo como el esquema superador de un orden adjetivo ineficiente en la protección de derechos masificados o de una repercusión social gravitante"(48).

2) El Defensor del Pueblo de la Nación (arts. 43 y 86, CN).

3) El Defensor del Pueblo de la Provincia del Chubut (art. 21, ley V, N° 84 y ley V, N° 81(49)). Sin embargo, el Superior Tribunal de Justicia indicó que en estos casos, "la Defensoría del Pueblo, debe fundar, como primer recaudo para la admisión de su pretensión, la propia legitimación sustantiva para accionar: la relación existente entre el acto atacado y el riesgo de una lesión que debe definirse. Lo contrario (...) sería conferir un privilegio de acción sin concurrencia de sus presupuestos básicos, ejerciendo de ese modo una función exorbitante

y abusiva, consintiendo que actúe fuera del Estado de Derecho que a él mismo incumbe"(50).

4) Las asociaciones y entidades legalmente constituidas para la defensa de los intereses difusos y colectivos (art. 43, CN y art. 21, ley V, n° 84) (51).

5) El Estado Provincial (art. 57, Constitución Provincial y 21, ley V, N° 84).

6) Los municipios y las comunas (art. 21, ley V, N° 84).

7) El Ministerio Público Fiscal (art. 21, ley V, N° 84), toda vez que entre sus funciones están la de "promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad" (art. 120, CN) y la de "preparar y promover la acción judicial en defensa del interés público y de los derechos de las personas, entendiéndose como interés público tanto al interés del Estado cuanto la violación de los intereses individuales o colectivos" (art. 195, Const. Prov.)(52).

8) El Ministerio Público Pupilar (art. 21, ley V, N° 84), cuando se den las circunstancias de la representación promiscua y dentro de las condiciones habituales que regulan su actuación.

Voces: legitimación - amparo - constitución nacional – provincias.

(1) Gerosa Lewis, Ricardo T., Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut, Esquel (Chubut), FB, 2002, t. I, págs. 216 y 217.

(2) "La posibilidad jurídica de reclamar la protección jurisdiccional –dice Gozaíni– exige una determinada cualidad en quien lo pide. Esta atribución le permitirá no sólo poner en marcha el aparato juris-

dicional sino también convertirse en parte (...) Para convertirse en parte es preciso tener legitimación suficiente (...) La legitimación cubre así el rol de un presupuesto procesal: es el derecho reconocido a una persona para formular pretensiones (...) Como se ve, la introducción al proceso no es tan simple como se piensa" (Gozáini, Osvaldo A., Teoría procesal de la legitimación, LL, 1989-B-977).

(3) Marienhoff, Miguel, La legitimación en las acciones contra el Estado (Acción popular. Interés simple. Interés difuso. Acto administrativo discrecional), en LL, 1986-C-899.

(4) Gozáini, Osvaldo A., La legitimación procesal del Defensor del Pueblo (Ombudsman), en LL, 1994-E-1378.

(5) Conf. SC Mendoza, sala I, 18-12-99, "Caretta Pons de Zeballos, Cecilia A. y otros c. Consorcio de Propietarios Rivadavia 3842", en LL, 1992-C-200. Ver, también, Arazi, Roland, La excepción de falta de legitimación para obrar, en LL, 1985-A-953. En este sentido y con especial referencia al amparo, la Cámara de Apelaciones de Trelew señaló: "Sea que hubiere mediado o no denuncia de parte, tratándose la calidad o legitimación para obrar de un requisito esencial del derecho de acción, el juez debe examinar de oficio el tema, por cuanto —se reitera— constituye una típica cuestión de derecho. Por consiguiente, cuando una de las partes carece de esa calidad no será posible tomar una decisión de fondo, y el juez deberá limitarse a declarar que se halla inhibido para hacerlo. Se trata de una condición necesaria para poder dictar la sentencia de mérito sobre el fondo del asunto. Constituyendo la debida legitimación en la causa un impedimento sustancial para que el juez pueda dictar sentencia de fondo o mérito, si existe la posibilidad de verificar su falta por resultar ésta manifiesta, debe desestimarse in limine la acción por carecer de un presupuesto intrínseco de admisión formal de la acción de amparo deducida" (CApel. Trelew, sala B, sentencia interlocutoria 43/2005).

(6) Bidart Campos, Germán J., El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Buenos Aires, Ediar, pág. 309.

(7) Toricelli, Maximiliano, La legitimación activa en el art. 43 de la Constitución Nacional, en AA.VV., El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades, Buenos Aires, Depalma, 1999, pág. 34.

(8) Si bien esta norma utiliza la locución "toda persona", ello debe entenderse como "toda persona damnificada" o "toda persona concretamente perjudicada" por el acto u omisión que se impugna, pues de lo contrario no tendría ningún sentido el título IV de la misma que consagra a los legitimados activos en materia de derechos de incidencia colectiva en general. Sobre este punto resultan también aplicables las conclusiones que brinda Bidart Campos en su artículo La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución, ED, 166-860.

(9) Comparto lo que dice Emilio Ibarlucía en el sentido de que es más apropiado hablar de derechos, "dado que refuerza su protección" (conf. Ibarlucía, Emilio A., Hacia la precisión del concepto de derechos de incidencia colectiva (con motivo del caso "Mujeres por la vida" de la CS), en La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 30-4-07, pág. 6.

(10) Cafferata, Néstor, Los derechos de incidencia colectiva, en LL, 2006-A-1196.

(11) Stiglitz, Gabriel, La responsabilidad civil, Buenos Aires, La Ley, pág. 24.

(12) Stiglitz, Gabriel (dir.) y otros, Defensa de los consumidores de productos y servicios, 2ª ed., Buenos Aires, La Rocca, 1994, pág. 106. Ver, también, Gil Domínguez, Andrés, El caso "Mendoza": hacia la construcción pretoriana de una teoría de los derechos colectivos, en LL, Suplemento de Derecho Constitucional, 22-8-06, pág. 31.

(13) En igual sentido ver Carnota, Walter F., Derechos de incidencia colectiva en general, en LL, Suplemento de Derecho Constitucional, 24-2-03, pág. 37, quien afirma que el constituyente "formuló una enumeración meramente enunciativa, de supuestos objetivos (los más frecuentes) de procedencia".

(14) Gerosa Lewis, Ricardo T., Temas de derecho constitucional, 2ª ed., Esquel (Chubut), 2009, págs. 180 a 186.

(15) Sobre este tema ver Gerosa Lewis, Ricardo T., La protección jurídica del medio ambiente en la Provincia del Chubut, Esquel (Chubut), FB, 2003, caps. XIII y XI.

(16) Lorenzetti, Ricardo, La protección jurídica del medio ambiente, en LL, 1997-E-1469.

(17) Morello, Augusto M. - Stiglitz, Gabriel A., Daño moral colectivo, LL, 1984-C-1199.

(18) Kiper, Claudio, Derechos de las minorías ante la discriminación, Buenos Aires, Hammurabi, pág. 145.

(19) Como consecuencia de lo expuesto, "no será necesario que se discrimine a todo un sector para que opere la garantía, bastará que un solo individuo integrante sea discriminado, para que todo el sector se sienta afectado. También en este caso cualquier individuo integrante del sector, aun cuando no estuviere afectado directamente, podrá interponer la acción para evitar que el consentimiento del afectado no implique el consentimiento de todo el sector, que en forma colectiva ha sido afectado" (Quiroga Lavié, Humberto, El amparo colectivo, Rubinzal-Culzoni, 1998, pág. 208).

(20) Sobre este tema ver especialmente Urresti, Esteban J., Patrimonio cultural y tributación, en Revista Jurídica de Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Derechos humanos y tributación, Buenos Aires, 2001, págs. 627 a 682; Harvey, Edwin R., Estado y cultura, Buenos Aires, Depalma, 1980 y Legislación cultural de los países americanos. Bases para un relevamiento continental, Buenos Aires, Depalma, 1980.

(21) Además, "la preservación del legado histórico y cultural es una forma importante de defender la identidad nacional (...) Sin la defensa de nuestra cultura no hay Nación, sobre todo en el mundo de hoy en el que la globalización y los avances tecnológicos, que son conceptos opuestos a la idea de preservación de una imagen propia, hacen desvanecer la existencia misma de los estados nacionales. Para mantener una Nación con identidad propia hay que preservar la cultura, que es precisamente la que otorga esa identidad" (conf. proyecto de ley Sistema de patrocinio de museos, monumentos históricos y lugares históricos nacionales, de Miguel Abella y Adalberto Brandoni).

(22) Sobre este tema ver especialmente Zendri, Liliana, El patrimonio cultural y la identidad cultural, en JA del 30-5-01, Suplemento especial de Derecho Administrativo, pág. 33; Bidart Campos, Germán, Patrimonio histórico-cultural, acción de amparo, intereses difusos y legitimación procesal, ED, 159-361; Marienhoff, Miguel S.,

Régimen jurídico legal de los monumentos, lugares históricos y de interés científico, LL, 1979-B-972.

(23) Zendri, Liliana, El patrimonio cultural..., cit., págs. 33 y 34.

(24) El art. 66, inc. 8° de la Constitución de la Provincia del Chubut, por ejemplo, define a la salud como "un bien social".

(25) Sobre este punto ver especialmente Mertehikian, Eduardo, La "protección de la salud" como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al Estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido, en LL, 1998-F-303. Ver, también, Bidart Campos, Germán J., Lo explícito y lo implícito en la salud como derecho y como bien jurídico constitucional, en Mackinson, Gladys (dir.) y Fariñati, Alicia (coord.), Salud, derecho y equidad. Principios constitucionales. Políticas de salud. Bioética. Alimentos y desarrollo, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, pág. 27.

(26) CNCiv., sala I, 28-4-93, "Bosch, Francisco c. Inspección General de Justicia", en JA, 1994-I-512.

(27) Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, 1-10-92, in re "Mariño Ochoa, Luis E. y Palacios Sanchez, Alvaro", Sentencia n° C-543, en ED, 151-191.

(28) Bidart Campos, Germán J., La acción de tutela (amparo) en el nuevo derecho colombiano, en ED 151-185.

(29) Debono, Leonardo F., La legalidad constitucional como derecho de incidencia colectiva en la Provincia de Tucumán, en LLNO, año 11, n° 7, agosto de 2007, pág. 694.

(30) Ídem.

(31) Ver Gambier, Beltrán, Civismo y amparo. Derechos de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad, LL, 2000-B-274.

(32) Sagüés, Néstor P., Acción de amparo, intereses difusos y acción popular, JA, 1994-I-523.

(33) Gil Domínguez, Andrés, Los derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos, en La Ley 3-9-08, pág. 1. Ver también, del mismo autor, Neoconstitucionalismo y derechos colectivos, Buenos Aires, Ediar, 2005.

(34) Ucin, María C., Los derechos individuales homogéneos: una categoría autónoma y residual, en elDial.com, 24-10-05 y Giannini, Leandro, Los procesos colectivos y la tutela de derechos individuales

homogéneos. Los problemas que suscita la noción derechos de incidencia colectiva, en LL, 2008-A-97.

(35) CS, in re "Ministerio de Salud y/o Gobernación", Fallos 329:4741, voto del Dr. Lorenzetti. Ver, también, LL, 2006-F-422 y la nota a fallo de Pizzolo, Calogero, en LL, 2006-F-509.

(36) Conf. Spota, Alberto A., Análisis de la acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, en ED, 163-769; Rivas, Adolfo A., Pautas para el nuevo amparo constitucional, págs. 705/6 y Bidart Campos, Germán, Manual de la Constitución reformada, Buenos Aires, Ediar, 1997, t. II, pág. 385. Ver, también, las conclusiones a las que llegó la Comisión n° 5 del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en la ciudad de Santa Fe en el mes de junio de 1995: "El amparo es una garantía federal; la norma del art. 43 contiene las condiciones mínimas del instituto sin que la legislación ordinaria del Congreso o leyes locales puedan contraponerse".

(37) Sobre este tema ver especialmente Maiorano, Jorge L., El ombudman. Defensor de las instituciones republicanas, Buenos Aires, Macchi, 1987 y Gozaíni, Osvaldo A., El defensor del pueblo (Ombudsman), Buenos Aires, Ediar, 1989.

(38) Morello, Augusto M. - Sbdar, Claudia B., Acción popular y procesos colectivos. Hacia una tutela eficiente del ambiente, Buenos Aires, Lajouane, 2007, pág. 77 y Quiroga Lavié, Humberto, El amparo colectivo, cit., pág. 252.

(39) Quiroga Lavié, Humberto, El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus en la reforma de la Constitución Nacional, en AA.VV., La reforma de la Constitución explicada por miembros de la comisión de redacción, pág. 154. Sobre este punto, ver también –entre otros– Bidart Campos, Germán J., La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución, en ED, 166-861 y el excelente trabajo de Maximiliano Toricelli, La legitimación activa..., cit., págs. 33/85. Debe destacarse, al respecto, que el término utilizado por la Constitución Nacional ("afectado") no fue caprichoso y tuvo como finalidad específica limitar el acceso a la jurisdicción, ya que cuando se discutió en la Convención Nacional Constituyente de 1994 la posibilidad de incluir a cualquier habitante como legitimado activo, prevaleció

la posición que sostenía que habilitar una legitimación abierta e indiscriminada podía significar no sólo la industria del juicio, sino también la posibilidad de que intereses económicos colusionaran en perjuicio de la competencia económica, particularmente la industrial, que es la que presenta mayores hipótesis de contaminación" (conf. Quiroga Lavié, Humberto, El amparo, el hábeas data..., cit., pág. 148).

(40) Morello, Augusto M. - Sbdar, Claudia B., Acción popular y procesos colectivos..., cit., pág. 72; Sagüés, Néstor P., Los efectos expansivos en la cosa juzgada en la acción de amparo, en AA.VV., El amparo constitucional..., cit., pág. 20; Barra, Rodolfo C., La legitimación para accionar. Una cuestión constitucional, en AA.VV., Derecho Procesal Administrativo 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 604; Toricelli, Maximiliano, La legitimación activa..., cit., pág. 47; Sagües, Néstor P. - Serra, María M., Derecho procesal constitucional de la Provincia de Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pág. 108, entre muchos otros.

(41) Sagüés, Néstor P., Acción de amparo, intereses difusos..., cit., págs. 524/5.

(42) La única diferencia entre estas disposiciones es que el art. 111 se refiere exclusivamente al amparo ambiental, mientras que el art. 57 abarca todas las acciones en general, o sea, no sólo es aplicable para las judiciales sino también para las de tipo administrativo. Comparto, pues, la opinión que me expresara el Dr. Alberto Gustavo Menna (Convencional Constituyente Provincial en 1994) ante una consulta que le efectuara sobre este tema, en el sentido de que hay en el caso una suerte de superabundancia normativa que se debió, fundamentalmente, a la profusión de proyectos y a la falta de tiempo material para efectuar una revisión más acabada. Y también comparto su apreciación referida a que no queda ninguna duda de que ambas disposiciones impiden restringir la legitimación al "afectado". Sobre este tema ver Gerosa Lewis, Ricardo T., Análisis de la Constitución..., cit., págs. 354 a 356.

(43) Bidart Campos, Germán J., Tratado elemental de derecho constitucional argentino, t. V, El sistema de derechos y el constitucionalismo provincial, Buenos Aires, Ediar, 1994, pág. 39: "La declaración de derechos es un mínimo que las provincias tienen que acatar,

respetar y cumplir, pero que pueden superar con un plus de mejoras que suscita competencia provincial".

(44) Es decir, "sin limitación, sin exclusividad", como bien lo señaló el convencional provincial Alberto Gustavo Menna en la Reunión Plenaria n° 10 de la Honorable Convención Constituyente realizada el día 30-9-94.

(45) Como dice Esaín, "en este caso estamos ante ciudadanos a quienes se les permite el acceso directo a la justicia por medio de una acción basada en un derecho subjetivo de disfrute de los bienes que pertenecen a la colectividad y que la titularidad de ese derecho propio pertenece a todas las personas sin distinción y sin que entre ellas necesariamente exista un vínculo jurídico" (Esaín, José, El amparo ambiental y las diferentes acciones derivadas del daño ambiental de incidencia colectiva, en LL DJ del 3-6-06).

(46) Efectúo esta aclaración porque también podría señalarse que cuando la Constitución Provincial habla de "toda persona" en realidad quiere decir "toda persona interesada", lo que sin lugar a dudas limitaría sobremanera la legitimación activa. Sin embargo, esta interpretación es inviable por aquel principio general que dice que "donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete". Además, hay que recordar que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución Nacional y la Constitución Provincial reconocen deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y los acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por la Nación Argentina (conf. art. 22, Constitución Provincial). Y de estos instrumentos internacionales se colige claramente que ninguna norma debe interpretarse en el sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ellas (conf. Convención Americana de Derechos Humanos, art. 29, inc. a)), así como también que "las normas que consagran derechos y libertades deben ser interpretadas extensivamente, y las que los restringen deben ser interpretadas restrictivamente" (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-85 del 13-11-85, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, voto concurrente del juez Rodolfo E. Piza Escalante, citado por Collauti, Carlos E., El Pacto de San José de Costa Rica. Protección a los derechos humanos,

Buenos Aires, Lerner, 1989, pág. 75). Es que, como bien lo señaló Ronald Dworkin, "recortar un derecho es mucho más grave que extenderlo (...) una vez reconocido un derecho en los casos más claros, el gobierno debe actuar de manera tal que sólo se recorte ese derecho cuando se presenta alguna razón convincente, que sea coherente con las suposiciones sobre las cuales debe basarse el derecho original" (Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, 1984, pág. 296). Lorenzetti, empero, tiene otra postura: "Una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico obliga a remitir a la Constitución y ésta requiere la existencia de caso, es decir, de una controversia en relación con un derecho. Por esta razón es que cuando la legislación se refiere a 'todo habitante' o 'ciudadano', debe ser complementada con la exigencia de la acreditación de un perjuicio, aunque no individual sino a un bien colectivo, o individual homogéneo, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en la causa 'Halabi'" (conf. Lorenzetti, Ricardo, *Justicia colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, pág. 93).

(47) Peyrano, Jorge W. - Capella, José L., *Teoría del interés ambiental legítimo y autónomo*, en JA, 1996-IV-948. Reconozco, empero, que el tema no es sencillo y que las dos soluciones que se han propugnado sobre este punto tienen sus ventajas y desventajas. La que señala que sólo debería legitimarse a aquel sujeto que coparticipa o comparte el interés difuso con otros miembros de la sociedad y que por una circunstancia particular (por ejemplo, por la proximidad geográfica) está próximo a sufrir un daño por el agravio a ese mismo interés parte del principio según el cual "el interés es la base de la acción" y tiende a limitar la legitimación para lograr que el proceso se utilice únicamente por aquellos individuos que efectivamente son o pueden ser perjudicados y no por otras personas que tengan otros intereses (como lo puede ser, por ejemplo, la idea de obtener beneficios económicos indebidos). Sin embargo, al estrechar de tal manera la posibilidad de que todos los individuos —más allá de los afectados— puedan recurrir ante los órganos administrativos o judiciales en defensa de los derechos o intereses difusos, se corre el riesgo de que determinados casos queden sin defensa si los interesados —únicos legitimados— no accionan en tiempo y forma. La otra posición (que es la que adoptó nuestra Constitución Provincial), en cambio, entiende que cualquier

miembro de la comunidad, aun cuando no padeciera una afectación personal o directa, debería estar legitimado para tutelar los intereses difusos, y se basa en la notable trascendencia que tiene este bien para la calidad de vida de las personas y parte de la idea de que "si ha existido la preocupación de otorgar constitucionalmente un derecho, y a la vez, de consagrarlo como una obligación de los mismos que lo gozan, esto es 'todos los habitantes' (...) el medio de tutela que se consagre para hacer efectivo ese derecho-deber deberá resultar lo más amplio posible (...) Es que no sería lógico limitar la tutela que garantice el cumplimiento de una obligación, porque sería lo mismo que dificultar el acatamiento de un deber impuesto" (Peyrano, Guillermo F., La acción de amparo como medio de tutela de los intereses colectivos o difusos en el nuevo esquema constitucional argentino [Particularidades del "amparo ambiental"], en JA, 1996-IV-941). Un estudio muy serio sobre la necesidad de limitar la legitimación procesal puede verse en Vázquez, María G., La tendencia actual a ampliar la legitimación activa. Sus riesgos, en JA, 2006-II, fascículo n° 1, 5-4-06, pág. 7.

(48) Gozaíni, Osvaldo A., La legitimación para obrar y los intereses difusos, JA, 1996-III-843.

(49) Esta ley es la que creó en nuestra provincia este organismo y la que fija sus atribuciones y competencias.

(50) STJ Chubut, sentencia definitiva 14/01.

(51) "La legitimación procesal de las asociaciones que propendan a la finalidad de defender los derechos de incidencia colectiva cumple, como ya dijimos, la trascendente función de institucionalizar el carácter colectivo del derecho tutelado" (Quiroga Lavié, Humberto, Amparo colectivo, Rubinzal-Culzoni, 1998, pág. 213).

(52) Sobre este tema, ver Gerosa Lewis, Ricardo T., Análisis de la Constitución..., cit., t. II, pág. 271. Ver, también, Salgado, Alí J. - Verdaguer, Alejandro C., Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2000, págs. 186 y 187.

La competencia en el proceso de amparo

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en <https://bit.ly/3bt5VpT>

Publicado en: “El Reporte”, Escuela de Capacitación Judicial del Poder Judicial del Chubut, Año 6, N° 26 (abril 2012), p. 51/61.
[Consultado el 12/02/2020]

1.- Consideraciones previas. (1)

Si bien es cierto que la jurisdicción, como facultad de administrar justicia, incumbe a todos los magistrados, su ejercicio debió ser reglamentado. En virtud de ello, cada órgano jurisdiccional tiene la competencia que le asigna la ley de la creación y ordenamiento, donde se le han trazado sus límites como apretado cerco, dentro de los cuales debe desenvolver sus funciones.

De esta manera y como bien lo expresaba CARAVANTES, la jurisdicción es la potestad pública de que se hallan investidos los jueces para entender en los pleitos y fallarlos con arreglo a derecho, mientras que la competencia, en cambio, es solamente la medida o amplitud de la jurisdicción. De ello resulta que todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos competencia o aptitud para resolver un caso concreto.

Dicho en otras palabras: la jurisdicción la da la ley, principio de orden procesal, y dentro de ella, la competencia la limita.

Determinar, pues, cuál es el órgano competente resulta entonces ser una cuestión de suma importancia, toda vez que ante él deberá interponerse la pertinente demanda como así también –eventualmente– solicitarse las medidas cautelares pertinentes. (2)

2.- Clasificación.

A fin de establecer la aptitud de un magistrado para intervenir en un proceso determinado, se suele clasificar la competencia en razón del territorio, de la materia y del grado.

Competencia en razón del territorio: Hace referencia a la circunscripción territorial, al marco geográfico dentro del cual el juez puede ejercer su jurisdicción. Atiende a los problemas emergentes de la extensión territorial y busca solucionarle a las partes y al mismo juez los problemas derivados de la distancia.

Competencia en razón de la materia: Dentro de una misma circunscripción judicial existen jueces de distintos fueros y, según el tipo de proceso, le corresponderá entender a uno o a otro. (3)

De esta manera y a los fines de su determinación se toma en cuenta la naturaleza de la cuestión debatida, es decir, la índole del asunto sometido a la decisión jurisdiccional.

Por lo tanto, la fijación de la materia surge “ab initio” según sea civil, penal, laboral, etc., el hecho, acto o negocio jurídico constitutivo de la pretensión deducida. (4)

Competencia en razón del grado: Este tipo de competencia aparece vinculada a la organización judicial: el Poder Judicial se integra en base a una estructura piramidal, en cuya cúspide se encuentra el órgano superior, estando constituida por un conjunto de gradas jerárquicas, cuyo rango decrece a medida que se alejan del órgano superior (Superior Tribunal de Justicia, Cámaras de Apelaciones y Juzgados de Primera Instancia).

El grado, entonces, determina la posición que el órgano tiene en dicha estructura.

3.- El principio de competencia indiscriminada en materia de amparo.

El artículo 4º de la Ley N° V, N° 84 “establece las competencias de los jueces de la acción de amparo de modo absolutamente obvio y expreso” (5), disponiendo que ella puede interponerse “ante cualquier Juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que la lesión o restricción tuviere o debiere tener efecto, el que será plenamente competente para conocer de la acción...”. Se recepta, de esta manera, el principio excepcional de competencia indiscriminada, universal o supercompetencia, ya que se les concede a todos los jueces de la Provincia el derecho-deber de conocer en las acciones de amparo con las únicas limitaciones de que: 1.) Debe tratarse de un magistrado de primera instancia y 2.) Debe tratarse de un juez con jurisdicción en el lugar en que la lesión o restricción tuviere o debiere tener efecto.

4.- Competencia en razón de la materia.

Como bien lo destacan MORELLO y VALLEFIN, “desde su origen, la cuestión de la competencia material en el amparo suscitó una variada gama de posiciones doctrinarias y jurisprudenciales. El problema -en una suerte de conflicto entre celeridad y especialidad- consistió en determinar si el conocimiento de las demandas de amparo correspondía a todos los jueces sin distinción de fueros o si era menester atender al que fuera competente en la materia en donde el derecho constitucional que reclamaba su protección se manifestaba”.

Dos son, entonces, las posibilidades en este sentido:

a.) Una de ellas es la de otorgar competencia a todos los jueces, sin distinción de materias.

Para justificar esta solución, se fundamenta que:

a.1. Es un criterio eminentemente práctico y atiende especialmente a la naturaleza de los derechos afectados (6), motivo por el cual ello no puede ser sólo de competencia de algunos jueces, sino un deber

inexcusable de todos ellos cuando los interesados les requieran, con fundamento, el auxilio de la autoridad.

a.2. Tal circunstancia evita los conflictos de competencia (que traen dilaciones innecesarias que pueden afectar la rápida protección de los derechos que el amparo intenta brindar) y busca arribar a la pronta terminación de los procesos como lo requiere una adecuada administración de justicia.

Sin embargo, esta medida presenta dos inconvenientes importantes: uno de ellos es que permite “elegir” el juez (7) (forum shopping), ya que los actores buscarán al “juez más favorable” e interpondrán la demanda ante los magistrados que tengan precedentes acordes a sus pretensiones o que por otras circunstancias sean más propensos a acoger ese tipo de reclamos, lo que asegura una sentencia conveniente. (8) Y el segundo es que la falta de especialización del juez en la materia de que se trate puede afectar la calidad de la sentencia y el trámite del proceso. (9)

b.) La otra, en cambio, es la de declarar competente a los jueces correspondientes a la materia en donde el derecho que reclama su protección se manifiesta. El fundamento de esta teoría se basa también en dos principios:

b.1. En primer lugar, en “razones de eficiencia, dado que el mejor conocimiento de la rama que se elija (conocimiento que, bueno es señalarlo, no importa solamente la aprehensión intelectual de leyes, códigos y principios, sino la ambientación y adaptación mentales a los matices y particularidades de la disciplina,... (lo) que redunde en pro de la preparación del abogado o del juez”.(10)

b.2. Y, en segundo término, en razones de especialidad, dado que “el juez especializado en el juzgamiento de la materia jurídica en cuyo seno se da el agravio a los derechos constitucionales, parece más apto para detectarlo y repararlo” (11), mientras que lo contrario no conseguirá otra cosa “que introducir rémoras y confusiones en la vida de los

tribunales de justicia, organizados sobre la ley económica de la multiplicación de las necesidades y de la división del trabajo, llevando a fueros especializados cuestiones ajenas a sus prácticas y experiencia y obstaculizando el libre desarrollo de sus tareas específicas”. (12)

Tales razones, inclusive, hacen concluir a MEDINA OLACHEA que admitir la tesis contraria significaría una “invasión recíproca, directa o indirecta, de la labor de los jueces”, como así también “admitir un completo, peligroso y perjudicial trastocamiento del orden establecido por una vía excepcional e inesperada del ordenamiento jurídico...., introduciendo un total confusionismo en la labor judicial y entorpeciendo la tarea específica de los magistrados actuando en sus respectivos fueros”. (13)

Sin embargo, como bien lo afirma SAGÜES “la especialización por materias suscita inmediatamente un temor natural, cual es la proliferación de cuestiones de competencia, el retraso en la resolución del problema de fondo y de ahí, la desnaturalización del amparo”. (14)

Como ya lo destacara, la Ley V, N° 84, al igual que el Decretoley N° 583/63, prefirió seguir la segunda postura y dejar en manos de todos los jueces –sin distinción de materias- la posibilidad de entender en este tipo de acciones. (15) De esta manera priorizó la valiosidad garantista del proceso de amparo en virtud de la naturaleza tutelar, por sobre la valiosidad –de inferior nivel- de la competencia en razón de la materia. (16)

Se trata, sin lugar a dudas, de la tesis correcta, pues de esta manera –y como vimos- se elimina la posibilidad de plantear cuestiones de competencia que “son siempre dilatorias y que, en lo que al asunto interesa, podrían determinar, por la demora que acarrearán, la irreparable consumación del perjuicio que el amparo tiende a evitar”. (17)

Es que, en definitiva, esta garantía versa sobre una sola y genérica materia, que es el aseguramiento de la plena vigencia de la cons-

titución y la protección de los derechos humanos, lo que sin lugar a dudas es obligación de todos los jueces. (18)

Además, y como bien lo señalara la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, “la acción de amparo tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencia. La doctrina ha establecido que lo esencial del amparo pasa por determinar si la entidad del derecho conculcado justifica la apertura de la vía constitucional; no pasa lo fundamental por el procedimiento sino por el bien de la vida que se pretende tutelar”. (19)

Finalmente, debe decirse que las razones de especialidad alegadas por los partidarios de la tesis contraria tampoco resultan dirimientes, dado que “es la totalidad del ordenamiento jurídico que rige cada caso judicial y a la que se acude para la resolución y nunca a una sola de sus partes, tal como todo el peso de una esfera gravita sobre la superficie que la soporta, aunque sea uno solo el punto por el que toma contacto”. (20)

De esta manera, todo magistrado -sin distinción de fueros- es competente para entender una acción de amparo, motivo por el cual tanto los Juzgados Civiles, Comerciales, Laborales, de Ejecución, Universales, Rurales y de Minería como la jurisdicción penal (atento que la ley no efectúa diferencias al respecto) pueden conocer las demandas de este tipo. (21)

En este último caso, la Oficina Judicial de la circunscripción respectiva es la que debe dar la intervención correspondiente al Juez penal que corresponda.

5.- Competencia en razón del grado.

El art. 4º de la Ley V, N° 84 señala expresamente que en materia de amparo sólo son competentes los jueces de primera instancia.

No pueden, por ende, entender originariamente (22) este tipo de acciones las Cámaras de Apelaciones, ni el Superior Tribunal de Justicia. (23)

La solución ideada por la ley de amparo en este sentido (es decir, la de establecer como órgano jurisdiccional competente a los juzgados de primera instancia) fue la de otorgar al amparista –y al legitimado pasivo- una instancia ordinaria ulterior de revisión.

Cabe recordar, al respecto, que la Excelentísima Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut expresó, aún vigente el Dto. Ley 583/64 (pero cuyas palabras todavía son aplicables en esta materia), que "si bien dicha norma..., no limita la competencia en razón de la materia, sí lo hace en razón del grado, otorgándoles, exclusivamente, la facultad de ser juzgado de origen a los de la instancia que menciona. Que -amén de ello- y atento la naturaleza de los derechos que tiende a proteger la vía escogida, resulta, por lo demás, adecuado, asegurar al peticionante la doble instancia. (24)

6.- Competencia en razón del territorio.

En materia territorial, la Ley V, N° 84 exige que la acción de amparo se interponga ante cualquier Juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que la lesión o restricción tuviere o debiere tener efecto, el que será plenamente competente para conocer de la acción.

Como se ve, "el principio general es el de que la competencia se determina por el lugar en que la lesión o restricción tuviere o debiere tener efecto, cuya vigencia parte de la razonable suposición de que el juez del lugar en cuestión es el que en mejores condiciones se halla para resolver el conflicto en razón de su proximidad con los elementos del proceso, además de satisfacer en mayor medida el principio de inmediación, y se corresponde con la nota de celeridad que, por esencia, debe presidir el proceso de amparo. Se trata de una acción personal, y la solución legal atiende, asimismo, a la comodidad de los

litigantes, solución de justicia puesto que evita dentro de lo posible y deseable, las molestias y perjuicios que generalmente entraña substraer al demandado de sus jueces propios, contemplando igualmente la preferente situación del actor. Esta conjunción aparece así como razonable”. (25)

Sin embargo, en materia territorial y tratándose de asuntos patrimoniales, cede el principio de la improrrogabilidad de la competencia, aún en materia de amparo, autorizándose su prórroga si media conformidad de las partes. Consecuentemente se ha resuelto que no cabe hacer valer al juez oficiosamente una norma atributiva de competencia territorial, requiriendo articulación de la parte demandada.

En este sentido, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut señaló que “si bien no puede decirse que la acción incoada tenga por objeto una cuestión “exclusivamente patrimonial”, ya que la pretensión es de amparo y declarativa de inconstitucionalidad - aunque en definitiva sean intereses patrimoniales los involucrados doctrina y jurisprudencia vienen interpretando, que a tenor del art. 2 del CPCC, salvo que se opusiera algún principio de orden público, la competencia territorial es de carácter relativo y renunciable, y puede prorrogarse expresa o tácitamente, y está vedado al juez declararse incompetente de oficio, debiendo esperar la articulación de la declinatoria respectiva pese a lo dispuesto por el art. 4° CPCC... Que en materia de Amparo, se ha admitido la regla de la prorrogabilidad, por ser la más congruente con la economía de este instituto y con los principios generales del derecho procesal, debiendo reconocerse a los accionantes la facultad de radicar la demanda ante cualquiera de los jueces de los lugares en que la medida cuestionada se ejecuta... Que siendo así, corresponde declarar la competencia del Juzgado ante el que se impetró la acción”. (26)

7.- Desplazamiento de la competencia por el principio de prevención.

Ahora bien: puede ocurrir que, en forma simultánea o sucesiva, se planteen distintas acciones de amparo en virtud de un mismo hecho generador.

Esa pluralidad de acciones, sin lugar a dudas, puede generar conflictos de competencia entre los magistrados que intervienen en ella. Puede ocurrir que un juez decline intervenir en un caso porque hay otra acción similar en otro juzgado, o, inversamente, requiera a otros que le envíen los procesos para concretar su tramitación. También los abogados pueden tener lógicos incentivos para que su causa sea tramitada y resuelta por un juez en particular, produciéndose verdaderas batallas legales en ese sentido, que es justamente lo que en esta materia se quiere evitar en aras de la eficiencia de este remedio y de la celeridad del trámite.

Previendo tal circunstancia, la Ley V, N° 84 dispone en la última parte de su artículo 4°, que “cuando un mismo hecho, acto u omisión afectare el derecho de varias personas, entenderá en todas las acciones el Juez o Tribunal que hubiere prevenido”, es decir, el que se conoció anticipadamente a los otros el tema en cuestión por haberse interpuesto ante él la primera demanda de amparo.

“La prevención, pues, priva al juez natural y competente de alguna parte de su jurisdicción, y es la regla en este punto, que entre dos jueces que tienen derecho de conocer a prevención sobre una causa, aquél que se anticipa y la toma primero es el sólo competente para continuarla con exclusión del otro”. (27)

Es decir que, “por virtud de la prevención (un magistrado) ‘hace suyo el juicio’ y excluye a los demás jueces que de él pudieran conocer. Llámese prevención, porque previene y se adelanta a conocer antes que otros; cuya significación metafórica se toma de aquél acto, en que concurriendo dos o más, solicitando su preferencia para el lo-

gro de alguna cosa, por la antelación de su asistencia, lo consigue aquel que primero viene”. (28)

De esta manera, se produce un “desplazamiento de la competencia con sujeción al principio de prevención, cuyo fundamento, a su turno, reposa en evidentes razones de conexidad, concentración y economía procesales, que aconsejan que sea un juez único el que decida una situación o estado jurídico que es común a varios sujetos, y que surge de los mismos hechos (conexidad por razón de la causa por mediar una misma situación de hecho), cuya solución puede obtenerse a través de un pronunciamiento judicial también único”. (29)

Sin embargo y como bien lo explica RIVAS, la cláusula en cuestión debe ser bien interpretada y, por ende, también se deben hacer jugar los condicionamientos previstos por el art. 190 del Código Procesal Civil y Comercial, esto es, se debe hacer lugar a la acumulación de expedientes sólo si se corresponden con la misma competencia territorial y de grado, si en su tramitación pueden seguir por cauces comunes y si ello no provoca una demora perjudicial e injustificada para el amparista, toda vez que una interpretación “al pié de la letra” podría obligar a éste a litigar en un sitio quizás distinto –y alejado- al que tiene derecho según la regla general (en caso que el amparo tenga efecto en diversas jurisdicciones) o complicar los reclamos individuales que tendrían que seguir el ritmo – seguramente más lento- impuesto por lo menos por una potenciación cuantitativa de los pasos de la causa, sin nombrar el caso de que el primer amparo se encuentre mucho más atrasado que los otros deducidos, lo que llevaría a un retraso inadmisibile e incompatible con la regla constitucional. (30)

8.- Competencia provincial y federal.

Cabe aclarar, empero, que la Ley V, N° 84 sólo se refiere a la competencia de los juzgados provinciales por actos o conductas lesivas provenientes de autoridades locales. Se excluye, por ende, el control jurisdiccional sobre los actos o conductas realizadas por autoridades nacionales. Es decir que si el acto lesivo proviene de una

autoridad nacional, es competente la justicia federal; y si el acto proviene de una autoridad provincial, es competente la justicia provincial. (31)

9.- Planteo de incompetencia por el demandado.

Se discute si, declarada la admisibilidad formal del amparo, el demandado puede discutir la competencia del juez interviniente.

Tres son las posturas en este sentido:

1.) La primera de ellas afirma que ello es inadmisibile e irreconciliable con la naturaleza del amparo, pues tal circunstancia generaría un incidente de incompetencia (que es lo que justamente trata de evitar el art. 3° de la Ley V, N° 84) y atentaría contra la sumariedad y celeridad que deben darse en este tipo de procesos. (32)

2.) Otra posición, diametralmente opuesta, en cambio, indica que es posible dicho planteo por el accionado, pues ello no está expresamente prohibido por la Ley de Amparo provincial —a diferencia de lo que ocurre en la legislación nacional— y la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial prevista por el art. 16 de la Ley V, N° 84 lo admitiría.

3.) Finalmente, una tercera postura —que podemos denominar ecléctica— afirma que es admisible la interposición del planteo de incompetencia, siempre que no lo sea como excepción de previo y especial pronunciamiento y su resolución sea diferida para el momento del dictado de la sentencia definitiva.

SAGÜES, sin lugar a dudas, es quien mejor explica esta teoría: “Impedir al accionado el planteo de incompetencia importa en alguna medida hacer anodinas e intrascendentes para esa parte, las declaraciones del (art. 3°) (algunas de las cuales son habitualmente reputadas de orden público), respecto a la que carecería de medios para efectivizarlas. Ello importaría en primer lugar un contrasentido legal, incom-

patible con la contradicción y bilateralidad... Los principios procesales vigentes avalan la expectativa enunciada. La garantía constitucional de la defensa en juicio (art. 18 C.N.) provoca el llamado principio de bilateralidad, de controversia o contradictorio, “según el cual todos los actos de procedimiento deben ejecutarse con intervención de la parte contraria”. De tal postulado derivan según Hugo ALSINA, la contradicción (o derecho a oponerse a la ejecución del acto) y el contralor (o derecho a verificar su regularidad). Por su parte, el principio de igualdad –también de origen constitucional- impide que a algún litigante se le otorgue ventajas injustificadas. Precisamente, la paridad procesal de quien demanda protección judicial por vía de amparo, y de quien se atribuye un acto lesivo, exige dentro de la tesis de la competencia restringida por razón de la materia, grado y turno, la posibilidad de plantear la pretensión ante el juzgado que se estime competente (por el actor) y de cuestionar esa competencia (por el demandado). Tal parece ser el criterio... más acorde con la justicia en los procedimientos de amparo”. (33)

El Superior Tribunal de Justicia, sobre este tema, indicó que “no corresponde atender la excepción de incompetencia en este tipo de proceso o al menos -si se adoptara la postura doctrinaria más amplia- de considerarla no puede juzgarse como de previo y especial pronunciamiento”. (34)

La solución parece acertada. Es que existen trámites que no pueden tener cabida en el juicio de amparo por el alongamiento que ello implicaría, y la tesis expuesta resulta la más congruente con el carácter dinámico que debe poseer este instituto, toda vez que evita cualquier posibilidad de interponer dilatorias cuestiones de competencia que puedan dejar consumado el perjuicio que se intenta reparar.

10.- declaración de incompetencia de oficio por el tribunal.

Ahora bien: el hecho de que las partes no puedan articular cuestiones de competencia (por lo menos como de previo y especial pronunciamiento) a fin de evitar obstaculizar la celeridad del trámite,

no impide a los tribunales requeridos manifestarse sobre el particular, es decir, analizar la procedencia de su intervención con arreglo a las normas que rigen la materia.

O sea: tal prohibición no resulta aplicable a los magistrados, que siempre tienen el derecho –y deber- de determinar si tienen –o no- aptitud (competencia) para conocer y juzgar en el caso concreto sometido a su análisis y, en su caso, declararse incompetentes.

11.- Apelabilidad de la resolución que declara la incompetencia.

La resolución que declara la incompetencia del Tribunal no es susceptible del recurso de apelación en una acción de amparo, por no encontrarse comprendida dentro de los supuestos que contempla el art. 11 de la Ley V, N° 84. (35)

1. Sobre este tema ver LESCANO, David: “Jurisdicción y competencia”, Ed. Guillermo Kraft Ltda., Bs.As., 1941.-

2. No obstante, cabe precisar que el art. 198 del C.P.C. y C. dispone que “la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero no prorrogará su competencia”.-

3. ARAZI, Roland: “Elementos de derecho procesal”, parte general, 2ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Bs.As., pág. 47.

4. PALACIO, Lino Enrique y ALVARADO VELLOSO, Adolfo: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...”, T.I, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 60.

5. S.T.J.Ch., sentencia interlocutoria 09/2011.-

6, DÍAZ SOLIMINE, Omar Luis: “Juicio de amparo”, Ed. Hammurabi, Bs.As., pág. 78.-

7. CARRILLO BASCARY, Luis A.: “Introducción a la nueva Ley Provincial de Amparo de la Provincia de Santa Fé N° 10.546”, en Zeuz 53-251.-

8. Tal circunstancia, como señalan algunos autores, quita también objetividad. Dice BIDART CAMPOS: “el amparo debe incoarse ante el juez predeterminado, es decir, ante el que está previamente señalado –cualquiera sea- porque ello apareja mayor seguridad de imparcialidad. Es común que de antemano se conozca la posición de los magistrados con relación a la procedencia o improcedencia del amparo, y si bien ello no es de por sí objetable, nos parece que la parte interesada no ha de poder elegir por sí misma aquél de entre ellos que le parezca más favorable a su pretensión. El principio del juez natural tiende, precisamente, a eliminar la posibilidad de que entienda en el proceso un juez especialmente designado o escogido para el caso; el juez – en cuanto órgano estatal- debe ser anterior y predeterminado a la causa...” (BIDART CAMPOS, Germán J.: “Régimen legal y jurisprudencial del amparo”, Ed. Ediar, Bs.As., 1969, pág. 357 y 358). Sobre este tema ver, también, GALLARDO, Eduardo: “La competencia en el recurso de amparo”, en L.L. 118-1128 y DIBUR, José Nicasio y GARCÍA CAFFARO, José Luis (“Algunas reflexiones sobre la acción de amparo y la vigencia de los principios sobre la competencia material”, en J.A. 1965-IV-554), quienes indican que “las normas de actuación forense no deben crearle al justiciable condiciones propicias que puedan llegar a afectar la igualdad procesal, ni menos ofrecer oportunidades de este tipo”.-

9. Ver, en este sentido, MEDINA OLAECHEA, Pedro: “La competencia y otras cuestiones en torno al recurso de amparo”, en L.L. 107-1193.-

10. SAGÜES, Néstor P.: “Ley de amparo”, Ed. Astrea, Bs.As., 1979, pág. 246.-

11. DIBUR, José Nicasio y GARCÍA CAFFARO, José Luis: “Algunas reflexiones sobre la acción de amparo y la vigencia de los principios sobre la competencia material”, en J.A. 1965-IV-550: es conveniente que el reclamo se radique ante el magistrado que tiene competencia específica en la materia, quien puede intervenir con la

misma celeridad que cualquier otro y con mayor eficacia por su versación especial en esa rama del derecho.-

12. MEDINA OLAECHEA, Pedro: “La competencia y otras cuestiones en torno al recurso de amparo”, en L.L. 107-1193. Y es más: esta circunstancia, según DIBUR y GARCÍA CAFFARO, echa por tierra el principal fundamento de la tesis contraria, pues –según ellos- es más perjudicial el trastorno funcional que el ocurrente produce al deducir su acción ante tribunales con competencia extraña a la índole del contenido que es materia de la vía excepcional que la dilación propia de una cuestión de competencia, que inclusive podría ser resuelta rápidamente por la Cámara de Apelaciones (conf. “Algunas reflexiones sobre la acción de amparo y la vigencia de los principios sobre la competencia material”, en J.A. 1965-IV-556).- 13. MEDINA OLAECHEA, Pedro: “La competencia y otras cuestiones en torno al recurso de amparo”, en L.L. 107-1193.-

14. SAGÜES, Néstor P.: “Ley de amparo”, Ed. Astrea, Bs.As., 1979, pág. 247.-

15. No obstante que se hable del principio de “supercompetencia”, en realidad –como dice VALLEFÍN- la amplitud es sólo aparente, ya que existen dos limitaciones importantes: el grado y el ámbito territorial (conf. VALLEFIN, Carlos A.: “La acción de amparo y los límites de la competencia contenciosoadministrativa en el derecho provincial”, en J.A. 1988-II-572).-

16. BIDART CAMPOS, Germán J.: “La competencia en los juicios de amparo”, en L.L. 1999-E-80.-

17. CSJN, Fallos 245-437 (fallo citado por Néstor P. SAGÜES en “Ley de amparo”, Ed. Astrea, Bs.As., 1979, pág. 247). En este sentido, cabe recordar que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, citando a MORELLO, señaló al respecto que “las particularidades propias de la vía incitada –amparodeterminan que la rigidez o flexibilidad en materia de competencia se vincule con la prelación que quiera darse a los valores en juego. Así, la ley Nacional N° 16986, que reglamenta el amparo en esa jurisdicción, veda en su art. 16 el planteamiento de cuestiones de competencia. Comentando esta norma se ha dicho, que la rigidez, es decir, la estrictez en determinar el juez que tenga competencia en materia debatida, tiene la ventaja de la especiali-

dad del magistrado, pero genera muchas veces conflictos de competencia que conspiran contra la celeridad que debe ser propia del amparo. Contrariamente, la amplitud del conocimiento, con una apreciación flexible de las reglas de competencia, elimina aquella eventual demora pero se resiente la especialidad del Juez” (S.T.J.Ch., sentencia definitiva n° 74/2011).-

18. Cám. Apel. Penal, Puerto Madryn, in re: “Pavón, Osvaldo José s/. acción de amparo”, Expte. N° 181/2010, noviembre de 2010, y BIDART CAMPOS, Germán J.: “Régimen legal y jurisprudencial del amparo”, Ed. Ediar, Bs.As., 1968, pág. 345. Además, no hay que olvidar que “hay zonas grises o fronterizas de difícil ubicación, y aunque fueran escasos los casos que estén en esa situación, aunque fuera uno solo, ello ya basta para justificar la posición amplia o general que propiciamos” (conf. ARIGÓS, Carlos R.: “La competencia en la acción de amparo”, Ed. Depalma, Bs.As., 1970, págs. 62 y 109). En contra ver el fallo citado por BIDART CAMPOS en su obra “Régimen legal y jurisprudencial del amparo” (pág. 345), según el cual “el principio general de competencia universal debe conjugarse con otros no menos valiosos que hacen a la organización misma de los tribunales de justicia: el hecho de que el amparo verse, en definitiva, sobre una sola y genérica materia, cual es el aseguramiento de la plena vigencia de la constitución en orden a los derechos humanos, y de que el logro de estos fines sea deber de todos los jueces, no desvirtúa la realidad de que el problema de la efectiva vigencia de esos derechos se plantea en el marco de las relaciones jurídicas de distinta naturaleza, que por tal diversidad están sujetos a juzgamiento por distintos fueros. Precisamente, el juez especializado en el juzgamiento de la materia jurídica en cuyo seno se da el agravio a los derechos constitucionales parece el más apto para detectarlo y repararlo”, como así también lo que señalan DIBUR y GARCÍA CAFFARO: “los casos de amparo no siempre se relacionan inmediatamente con la materia constitucional, sino a través del desconocimiento de algún derecho ocurrido en un plano regido por normas legales menos amplias y pertenecientes a la competencia de los diversos fueros. Por esto, el haber sido afectado un derecho constitucionalmente protegido, no determina, sin más, la aptitud del conocimiento (de todos los jueces)” (conf. “Algunas refle-

xiones sobre la acción de amparo y la vigencia de los principios sobre la competencia material”, en J.A. 1965-IV-557).-

19. Cám. Apel. Comodoro Rivadavia, Sala A, sentencia interlocutoria 247/2004.-

20. VALLEFIN, Carlos A.: “La acción de amparo y los límites de la competencia contenciosoadministrativa en el derecho provincial”, en J.A. 1988-II-572 y COSSIO, Carlos: “La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad”, 2ª edición, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1964, pág. 187, nota n° 73.-

21. Sobre la posibilidad de que la jurisdicción penal tenga competencia para intervenir en una acción de amparo ver la sentencia de fecha 8 de abril de 2011 dictada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut dictada en autos “C. M. “C.” c/ N., A. y K., E. A. s/ Amparo” (Expte. N° 22.158-C-2.010). Allí, el Dr. Panizzi expresó que: “El texto legal dispone que el juicio de esa índole debe iniciarse ante cualquier Juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que el perjuicio debiere tener efecto, el que será plenamente competente para conocer de la acción. Es decir, para el inicio de la demanda la ley no distingue la materia que ejerce el juez que conocerá de la acción amparo, por lo que éste puede ser del fuero civil y comercial, laboral, penal, de ejecución o de familia”. Y, en el mismo sentido, el Dr. Royer dijo lo siguiente: “Adelanto mi opinión en el sentido que no encuentro razones atendibles para considerar procedente el reclamo del Juez Penal. En efecto, la elección efectuada por los presentantes, no puede ser observada en razón de la materia, ya que la norma provincial, a diferencia de la ley nacional, no efectúa distingos en dicho sentido, y por ende, resulta competente para entender en el caso, cualquier magistrado que ejerza su jurisdicción en el lugar donde se hubiera producido el hecho denunciado como lesivo”. Luego, en la sentencia interlocutoria 18/2011, el Máximo Tribunal indicó: “La legislación que regula esta vía excepcional es clara y no efectúa ningún tipo de diferenciaciones para elegir el Juez de la causa, por lo tanto, mal puede introducirla el Tribunal llamado a resolver. El demandante puede preferir presentarlo ante el fuero civil y comercial, laboral, de ejecución o de familia e incluso el penal”.-

22. Es decir, ello no excluye la competencia de segundo –o tercer- grado en los términos establecidos por los arts. 11, 12 y 13 de la Ley V, N° 84.-

23. S.T.J.Ch., sentencia interlocutoria N° 09/2011: “No procede, pues, la avocación per saltum del Superior Tribunal de Justicia ya que éste no cuenta con la competencia para conocer en la cuestión originada, soslayando instancia intermedia”. Además, debe recordarse que “la competencia del Superior Tribunal de Justicia, constituye la excepción de la regla común, ya que se aparta de lo ordinario y ocurre en supuestos excepcionales” (S.T.J.Ch., sentencia interlocutoria 08/2008). Son aplicables, en este sentido, los mismos fundamentos dados por la Corte Suprema para declararse incompetente en este tipo de acciones: el instituto del amparo no allana los límites de la jurisdicción originaria ni autoriza a sustraer a los jueces naturales competentes el conocimiento de las causas que les incumben. La competencia originaria de los máximos tribunales es rígida y no puede ampliarse por vía interpretativa. Y tal solución no varía por razón de invocarse la premura con que es requerida la tutela judicial impetrada.-

24. Cám. Apel. Esquel, sentencia de fecha 28 de diciembre de 1994 en autos "SOTO VARGAS, Juan José s/. Recurso de Amparo" (Expte. n° 178/94).-

25. MORELLO, Augusto Mario: “Régimen procesal del amparo en la Provincia de Buenos Aires”, Ed. Platense, pág. 85.-

26. S.T.J.Ch., in re: “Empesur SA c/. Provincia del Chubut s/. amparo” (Expte. N° 18.938-E-2002), sentencia interlocutoria n° 16/2003 de fecha 13 de marzo de 2003.-

27. ESCRICHE, Joaquín: “Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia”, Ed. Librería de Garnier Hermanos, Paris, 1896, pág. 1445.-

28. PALLARES, Eduardo: “Diccionario de Derecho Procesal Civil”, Ed. Porrúa SA, México, 1960, pág. 554.-

29. MORELLO, Augusto Mario: “Régimen procesal del amparo en la Provincia de Buenos Aires”, Ed. Platense, pág. 86.-

30. RIVAS, Adolfo Armando: “El amparo”. Ed. La Rocca, Bs.As., 2003, pág. 389.- 31. Conf. BIDART CAMPOS, Germán J.: “Régimen legal y jurisprudencial del amparo”, Ed. Ediar, Bs.As., 1969,

pág. 361: “De todo ello surge: a.) la justicia federal conoce de los amparos que se entablan contra actos de autoridad pública federal, tanto en territorios sujetos a jurisdicción federal como en las jurisdicciones provinciales; b.) la justicia federal es incompetente en los amparos que se entablan contra actos de autoridad provincial o local. Para establecer ambas reglas, la jurisprudencia y la ley tienen en cuenta solamente la naturaleza de la autoridad del acto lesivo, es decir, el carácter federal o provincial del mencionado acto y del demandado. La índole del acto participa de la índole de la autoridad que lo ha cumplido. Ello demuestra que la competencia de la justicia federal o provincial no atiende a la materia debatida en el juicio de amparo, que siempre es un derecho subjetivo de rango constitucional”.-

32. Esta parece ser, por ejemplo, la postura de RIVAS, que señala que “a partir de la sanción del art. 43 de la Constitución Nacional, toda cuestión de competencia destinada a provocar el apartamiento del juez requerido o a dificultar el rápido y expedito avance de la causa, debe ser dejada de lado, por lo menos considerada con criterio absolutamente restrictivo, en homenaje a la protección que la Ley Suprema desea otorgar al particular” (conf. RIVAS, Adolfo Armando: “El amparo”. Ed. La Rocca, Bs.As., 2003, págs. 361 y 362).-

33. SAGÜES, Néstor P.: “La declaración de incompetencia en el trámite del amparo”, en J.A. 1972-617 (tomo 14).-

34. S.T.J.Ch., sentencia interlocutoria 74/2011.-

35. En contra ver SOSA, Toribio Enrique: “Amparo contra autoridad nacional en sede provincial”, en J.A. 1989-III-400.-

La apelación en el amparo del Chubut

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis.

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: LLPatagonia 2012 (abril), 119

Cita Online: AR/DOC/425/2012

[Consultado el 12/02/2020]

Sumario

I. Consideraciones previas.- II. El recurso de apelación en la acción de amparo.- III. Supuestos de procedencia.- IV. Forma de interposición del recurso de apelación.- V. Plazo para interponer el recurso.- VI. Concesión del recurso.- VII. Efectos.- VIII. Órgano de Alzada.- IX. Trámite ante el Tribunal de Alzada.- X. El recurso de nulidad

I.- Consideraciones previas.

Ante la evidente realidad de la falibilidad humana, los actos jurisdiccionales, que no son otra cosa que actos humanos, llevan insito en ellos la posibilidad del error. Partiendo de esa premisa, todos los sistemas procesales han previsto, con el propósito de subsanarlos, diversas soluciones [\(1\)](#).

Por su parte, la Ley V, N° 84 — que regula el amparo en la Provincia del Chubut— sólo menciona dos remedios ordinarios posibles: el recurso de apelación (para los errores *in indicando*), y el recurso de nulidad (para los errores *in procedendo*).

Lo hace, justamente, en un intento de armonizar los dos valores que, a veces, se contraponen: por un lado, la necesidad de lograr resoluciones lo más justas posibles y, por otro, la celeridad procesal [\(2\)](#).

II.- El recurso de apelación en la acción de amparo.

El recurso de apelación, como es sabido, es el remedio que se le concede a la parte que se siente agraviada por la sentencia dictada por el juez de primera instancia, para lograr que un órgano judicial de grado superior la revoque o modifique si la considera injusta o contraria a derecho (3).

La Ley V, N° 84 — como lo hacen la mayoría de las leyes de otras provincias— establece respecto de esta materia un régimen de apelación limitada, al disponer que sólo son apelables la sentencia definitiva, la resolución prevista en el art. 7° (esto es, la que se pronuncia sobre la admisibilidad formal del amparo, ya sea rechazando "in limine" o aceptando el mismo); y las que se dictaren en relación con las medidas cautelares y de prueba (art. 11).

La finalidad de la restricción apelativa en el amparo tiene su razón de ser en la especial naturaleza del mismo, juicio sumarísimo donde se amparan derechos o garantías constitucionales, por lo que la apelación se restringe a aspectos liminares e importantes del proceso.

Es decir que, lejos de lesionar el derecho de defensa de las partes, lo que se pretende es evitar dilaciones innecesarias y mantener en vigencia el principio de celeridad procesal que debe imperar en esta materia.

Es evidente, entonces, que las providencias de mero trámite y las sentencias interlocutorias no incluidas en el art. 11 de la ley de amparo no son susceptibles de este recurso.

III.- Supuestos de procedencia.

El recurso de apelación procede, en primer lugar, contra la sentencia definitiva, la cual es apelable en todo o en parte.

Se apela la parte dispositiva, pero a menos que en ésta se sintetizen las decisiones que se van tomando en los "considerandos", lo que no se acostumbra, debe entenderse que tales decisiones están implícitas en el dispositivo del fallo (4).

En segundo lugar, queda atrapada dentro de la posibilidad de apelación la providencia que desestima "in limine" el amparo o que, por el contrario, lo admite formalmente.

También resultan apelables las resoluciones dictadas en relación con las medidas cautelares.

La solución es lógica, pues en todos estos casos se puede ocasionar un perjuicio irreparable.

Es que, de denegarse una medida de este tipo, puede ocurrir que el derecho cuyo reestablecimiento se procura obtener, pierda virtualidad durante la tramitación del proceso.

Y, de igual manera, de admitirse la misma, se permite a quien logra el decreto jurisdiccional postergar hasta la sentencia la eficacia inmediata de las cuestiones que con la medida paraliza.

Cabe destacar, al respecto, que el art. 11 de la Ley V, N° 84 señala que la apelación es procedente contra "las resoluciones" relacionadas con las medidas cautelares. Es decir, utiliza una numeración gramatical plural ("*las (resoluciones) que se dictaren... en relación con... las medidas cautelares*"), lo que indica una cantidad superior a la unidad. Es decir, autoriza la apelación en más de un aspecto.

Por lo tanto, a mi entender no sólo resulta apelable la decisión que admite o deniega una medida de este tipo, sino también toda aquélla que tenga referencia con éstas.

Y esto es así por cuanto "en última instancia las modalidades, pormenores y matices derivados del cumplimiento de una medida cautelar, pueden asimilarse a la medida misma"[\(5\)](#).

En este sentido y siguiendo la misma tendencia, un fallo indicó: "Corresponde admitir el recurso de queja contra la resolución que declara desierto un recurso de apelación contra una sentencia definitiva, toda vez que si bien esta resolución... no es ni una providencia que decrete o deniegue medidas precautorias ni una sentencia definitiva, *no es menos cierto que indirectamente se vincula con la primera de ellas*"[\(6\)](#).

Finalmente, también pueden ser motivo del recurso de apelación las resoluciones dictadas en relación con las medidas de prueba, lo que resulta correcto pues en definitiva de la acreditación de los hechos expuestos depende el éxito o el fracaso de la acción deducida.

El problema que presenta la redacción de este artículo, como vimos, se refiere al último punto, es decir, cuando afirma que pueden ser motivo de apelación las resoluciones que se dictaren en relación con las medidas cautelares y de prueba.

¿A qué resoluciones se refiere concretamente? ¿A todas ellas o únicamente a la que provee las medidas probatorias ofrecidas por las partes?

El tema se planteó en la causa "Imperiale, María Inés - Gómez, Germán s/acción de amparo" (Solicitud Jurisdiccional N° 5.795), que tramitó por ante la Oficina Judicial de Esquel.

En tal oportunidad el juez interviniente denegó la apelación indicando que lo previsto en el art. 11 de la Ley V, N° 84 era únicamente en lo referido a la admisión o denegación de la prueba ofrecida por la parte al momento de la demanda y su contestación (arts. 6, 8 y 9 Ley V, N° 84), "lo cual se impone en virtud del carácter sumarísimo de la presente (art. 2 y 15 ley cit.)... Asimismo dejo constancia que tal interpretación es adecuada a lo prescripto por el art. 16 de esa norma en la

medida que incluso en el procedimiento sumarísimo no se prevé la posibilidad de esa apelación para cuestiones como la presente (conf. art. 502 inc. 5° C.P.P.) en la cual la prueba se encuentra admitida, ordenada y en pleno trámite hace un año aproximadamente. Incluso, aún con la mayor amplitud y considerando lo dispuesto en el art. 502 párr. 1° C.P.P., que remite al procedimiento sumario, se advierte que el art. 500, último párrafo de ese Digesto —que remite al art. 383 del rito civil— que se ha establecido la regla según la cual 'serán inapelables las resoluciones del Juez sobre (...) sustanciación de pruebas', por lo cual deberá estarse a la inadmisibilidad decretada precedentemente".

Planteada la queja directa ante la Cámara de Apelaciones, ésta revocó el fallo en cuestión, señalando al respecto lo siguiente:

"... el Sr. Juez a quo no hace lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 1095/1098 de los autos principales. Fundamenta su decisión en el art. 11 Ley V n° 84 conforme al cual, entiende el Magistrado, solo son apelables las resoluciones sobre admisión o denegación de la prueba ofrecida con la demanda, mas no el resto de las cuestiones que ellas susciten, siendo, a su criterio, la interpretación más adecuada a tenor de lo dispuesto por el art. 502 inc. 5 al que remite el art. 16 ambos de la Ley XIII n° 5. Se queja el recurrente pues entiende que, la letra del art. 11 Ley V n° 84 habilita una interpretación distinta. Dice que en este caso y ante la existencia de una norma expresa no corresponde la remisión que el art. 16 Ley V n° 84 hace al C.P.C. y C. Sostiene que en caso de dudas ha de estarse por la concesión del recurso ya que ello es lo que mejor garantiza su derecho de defensa. Aduce que, tratándose de un amparo ambiental rigen principios propios que son los emanados de la Ley 25.675, en especial el del acceso irrestricto a la jurisdicción (art. 32 Ley 25.675). Invoca los artículos 41 de la Constitución Nacional y 109 de la Constitución Provincial, de los cuales hace derivar el principio según el cual el medio ambiente no puede marginarse otorgando mayor relevancia a las regulaciones procesales. Asiste razón al Sr. Juez de la anterior instancia cuando sostiene que las normas de la ley V n° 84 deben interpretarse

en forma integrativa con las de la Ley XIII n° 5, máxime cuando existe un artículo expreso de aquella que remite a esta y que en tal sentido no parece razonable que mientras en el proceso sumarísimo, las cuestiones de prueba son inapelables, se permita tal posibilidad de revisión en el amparo en desmedro del carácter excepcional y expeditivo de este último. Pero también tiene razón el recurrente cuando dice que la redacción del artículo 11 de la Ley V° 18 se refiere a "las cuestiones de prueba" en plural y que, por lo mismo debe entenderse comprensivo, no solo de las relativas a la admisión o denegación de medios probatorios sino también a las que se susciten respecto a la producción de las mismas, pues otro principio inveterado de hermenéutica jurídica es que allí donde el legislador no distingue, tampoco debe distinguir el intérprete. Estamos ante una colisión de reglas hermenéuticas, cada una de las cuales nos conducen a resultados distintos. Es lo que los anglosajones llaman "casos difíciles" y que en la doctrina nacional Ghirardi denomina, con mayor precisión "casos complejos" (Ghirardi, Olsen "El razonamiento judicial" Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba 2001) y que han de ser resueltos necesariamente recurriendo a criterios de carácter axiológico y casuístico. En el sentido antes indicado debemos advertir que estamos ante un amparo cuya tramitación demandó un tiempo excesivo, contrario a la naturaleza expeditiva de este medio procesal. Pero por el otro, tampoco debemos olvidar que el objeto de la acción es la protección del medio ambiente, a lo que Lorenzetti denomina un "macrobien" (Lorenzetti, Ricardo "Reglas para la solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente LA LEY, 1998-A, 1026), y que el amparo ambiental tiene "... elementos propios y características que se desprenden de la naturaleza del derecho en protección" (Essaín, José: "La medida autosatisfactiva ambiental. La suspensión de actividades iniciadas en su ejecución sin procedimiento preventivo ambiental" LA LEY, 2004-C, 275), en consecuencia, como subtipo del amparo en general "... no funciona como subsidiaria sino que reviste carácter de alternativa principal" (Morello, Augusto M. y Cafferata, Néstor "Visión procesal de cuestiones ambientales". Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2004 Pág. 161 y ss.). Por otro lado, la cuestión en debate no refiere a cualquier prueba sino a la pericial y como bien dice Bibiloni "en las

acciones ambientales, la prueba pericial ha adquirido tal relevancia que no es imaginable el dictado de una sentencia sin ella. Las complicaciones que presentan los temas que se debaten y el carácter técnico—científico de las cuestiones que deben ser materia de análisis la han convertido en esencial y por lo tanto insustituible" (Bibiloni, Héctor J. "El proceso ambiental" Lexis Nexis. Buenos Aires 2005, Pág. 344). En conclusión, teniendo en cuenta los exiguos plazos que tiene esta Alzada para decidir respecto a la decisión apelada cuya denegación motivó la presente queja y la importancia que ella reviste para la solución de la causa, no obstante la inusitada dilatación de este proceso, consideramos procedente hacer lugar al recurso de queja impetrado..."(7).

Entiendo que lo decidido por la Cámara de Apelaciones de Esquel fue lo correcto, en tanto y en cuanto:

a.) La referida norma (art. 11 de la Ley V, N° 84) señala que la apelación es procedente contra "las resoluciones" relacionadas con las medidas de prueba. Como puede apreciarse, la ley utiliza una numeración gramatical plural ("*las (resoluciones)* que se dictaren... en relación con... las medidas...de prueba"), que indica una cantidad superior a la unidad. Es decir, autoriza la apelación en más de un aspecto. De haber querido señalar el legislador que únicamente fuese apelable la resolución que admitiese o denegase la prueba ofrecida por las partes, la redacción hubiese sido de otra manera, esto es:

a.1. Hubiese quedado redactada en forma singular. O sea, hubiese dicho que el recurso de apelación y nulidad procedería contra "la resolución" (y no las resoluciones) que proveyera la prueba ofrecida por las partes (toda vez que la prueba se provee en una sola resolución y no en varias).

a.2. Hubiese sido redactada de otra manera (por ejemplo, señalando que Únicamente era apelable dicha resolución y ninguna otra), o bien distinguiendo entre medidas cautelares y medidas de prueba.

b.) Conforme los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la aplicación de la ley cada palabra debe tener su fuerza debida y su propio significado, porque debe entenderse que ninguna palabra ha sido innecesariamente usada ni inútilmente agregada. Por consiguiente, si la ley de amparo habla de "las resoluciones" relacionadas a las "medidas... de prueba", le debemos dar a esa frase todo el valor que tiene. Por lo tanto, todas las medidas referidas directa o indirectamente a la prueba resultan apelables.

c.) La ley no hace distinción alguna. Por lo tanto, todas las resoluciones relacionadas con las medidas de prueba (producción, sustanciación y denegación) son apelables. No importa, por lo tanto, ni el momento en que se dicta la providencia (esto es, cuando se la provee o posteriormente), ni de qué providencia se trata, toda vez que — repito— si se tratase únicamente de la providencia que provee las pruebas ofrecidas por las partes en las demandas y en las contestaciones de demanda, así expresamente lo habría dicho la norma.

d.) Es sabido, en materia de interpretación jurídica, que "donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete" ("*ubi lex non distinguit, nec nos distinguit debemus*"). Por lo tanto, debe tenerse por contempladas en sus previsiones a todas aquellas resoluciones referidas o relacionadas con la prueba aportada oportunamente por las partes y respecto de las contingencias que de ellas se deriven.

e.) Además, ante la falta de distinción indicada, no cabe jurisdiccionalmente efectuar disquisición alguna so pena de inmiscuirse el juez en la tarea del legislador.

f.) Por otra parte, una interpretación contraria a la que sostengo implicaría dejar a los justiciables absolutamente desprotegidos para hacer valer sus derechos ante denegaciones de pruebas, o medidas arbitrarias que se tomen en torno a ellas.

g.) Toda la redacción de la frase abona esta postura. Es que, cuando la ley señala que la apelación es procedente "en relación" a las

medidas cautelares y de prueba, quiere significar que lo es con todo lo referido a estas cuestiones. Relacionar significa conexión, correspondencia. Por lo tanto, todo aquello que tenga conexión o correspondencia —directa o indirectamente— con las medidas de prueba, es apelable en materia de amparo.

h.) Las cuestiones como las aquí consideradas deben resolverse contemplando las garantías de defensa, de debido proceso, y de tutela judicial efectiva que posibilitan a los justiciables el acceso a la Justicia para hacer valer sus derechos y obtener una resolución judicial efectiva, toda vez que ello dimana de garantías consagradas —explícita o implícitamente— en los arts. 1, 18, 28 y concordantes de la Constitución Nacional; art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". Todos estos instrumentos internacionales, recordemos, gozan también de jerarquía constitucional en virtud de lo normado por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Y, en este sentido, no hay que olvidar que la "amplia interpretación de la norma legal, es la más acorde con el reconocimiento del ejercicio del derecho de defensa"[\(8\)](#).

i.) También debe tenerse en cuenta el principio de la amplitud probatoria.

j.) Además, toda labor interpretativa: 1.) Debe en primer lugar alcanzar un resultado que tienda a resguardar el orden jerárquico de las normas que lo componen y 2.) Debe preferir la opción que mejor concuerde con los derechos y garantías constitucionales [\(9\)](#). "La primera fuente de interpretación de la ley —dijo nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación— es su letra, pero además, la misión judicial no se agota en ello, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la intención del legislador y del espíritu de la norma; todo esto, a su vez, de manera que las conclusiones armonicen con los principios y garantías de la Constitución Nacional"[\(10\)](#).

De igual manera, desde siempre se ha expresado que un conflicto no debe ser resuelto de manera tal que conduzca a soluciones disvaliosas o reñidas con las normas más elevadas del ordenamiento jurídico.

k.) Conforme el art. 22 de la Constitución Provincial, "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución Nacional y la presente reconocen, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y los acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por la Nación Argentina".

Por lo tanto, estando asegurado el derecho de defensa tanto en la Constitución Nacional como en la Constitución de la Provincia del Chubut, cobra vigencia el siguiente principio hermenéutico: "Las normas que consagran derechos y libertades deben ser interpretadas extensivamente, y las que los restringen deben ser interpretadas restrictivamente"[\(11\)](#).

Es que, como bien lo señaló Ronald Dworkin, "...recortar un derecho es mucho más grave que extenderlo... una vez reconocido un derecho en los casos más claros, el gobierno debe actuar de manera tal que sólo se recorte ese derecho cuando se presenta alguna razón convincente, que sea coherente con las suposiciones sobre las cuales debe basarse el derecho original"[\(12\)](#).

l.) La interpretación y aplicación de los institutos que aniquilan derechos debe ser restrictiva [\(13\)](#).

ll.) Finalmente, hay que tener presente que en la duda debe estar-se siempre con la interpretación que otorgue mayor amplitud a los recursos [\(14\)](#).

Es que "al tratarse de una garantía que tiende a lograr una mejor justicia, las limitaciones a la segunda instancia deben hacerse en forma restrictiva"[\(15\)](#).

Sin embargo, hay que destacar — como la misma Cámara de Apelaciones se encargó de señalarlo— que el caso se vinculaba a un amparo ambiental, y lo resuelto se relacionaba con una prueba *fundamental* y decisiva en esta materia como lo es la prueba pericial (16).

Por lo tanto, más allá de lo dicho anteriormente, es evidente que lo allí resuelto no puede constituir "doctrina legal" ni ser de aplicación general a todos los casos.

Fuera de los casos enunciados precedentemente, cabe destacar que el cotejo de fallos judiciales permite apreciar que también se han declarado apelables las resoluciones posteriores a la sentencia de amparo, es decir, las consecuencias preordenadas en aquella decisión. Ello, por entender que en estos supuestos la restricción del recurso de apelación ya carece de todo sentido porque no entorpece el trámite del amparo.

IV.- Forma de interposición del recurso de apelación.

El recurso de apelación, conforme el art. 11 de la Ley V, N° 84, debe ser interpuesto por escrito y en forma fundada en un mismo acto ante el juez de primera instancia.

"Conforme ello, tanto el recurrir como la carga de fundar debe cumplimentarse en un sólo acto" (17).

De esta manera, el apelante debe señalar en su escrito de apelación los motivos en virtud de los cuales procede, a su juicio, la modificación o revocación de la resolución impugnada.

"La motivación debe contener una crítica concreta y razonada contra las partes del fallo que el apelante considere equivocadas; resultando insuficiente la remisión a dichos anteriores o el reenvío a actuaciones del expediente" (18). Es decir que la crítica que se realice no puede ser genérica, sino que debe estar concentrada y dirigida a des-

virtuar los fundamentos que expuso el a quo para sustentar su sentencia [\(19\)](#).

Hay que destacar, además, que una vez interpuesto el recurso el recurrente no puede ampliar sus argumentos o modificar el mismo.

En este sentido, la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut dijo que "con la presentación del recurso precluye para el actor, no sólo la posibilidad de recurrir, sino también, la de fundamentar su recurso, pese a que todavía no haya vencido o agotado el plazo ..., ya que ...el principio de preclusión que nutre el derecho de forma de cualquiera de sus etapas e instancias, no sólo significa la pérdida de la posibilidad del ejercicio de determinado acto por el vencimiento del plazo legal establecido para su cumplimiento, sino además, una vez realizado el acto y aunque no se hubiese expirado dicho plazo, imposibilita la ampliación del mismo ...o cualquier tipo de modificación".

Por lo tanto, "con la primera presentación precluye para el agraviado toda posibilidad recursiva, ya sea en cuanto a interposición como a fundamentación" [\(20\)](#).

Si el apelante cumple con la carga de fundar el recurso de acuerdo con las exigencias establecidas por la ley procesal, el juez de primera instancia debe conceder el mismo y elevar las actuaciones a la Cámara de Apelaciones lo más rápido posible, no obstante que la ley otorgue un día para ello.

Si, en cambio, el memorial presentado no satisface las pautas mínimas de cualquier fundamentación apelatoria, el magistrado interviniente debe denegar el recurso.

Asimismo, en caso que la apelación sea en parte idónea y en parte insuficiente, el juez de grado puede denegar parcialmente el recurso interpuesto [\(21\)](#).

Sin perjuicio de ello, hay que tener presente que la Cámara de Apelaciones tiene facultades para declarar mal concedido el mismo en caso de que la fundamentación sea defectuosa o deficiente.

Sobre el particular, la Cámara de Apelaciones de Trelew señaló: "Sabido es que resulta obligatorio para el Tribunal de Alzada examinar la procedencia formal del recurso, antes de entrar al fondo de la causa. Es que, la Cámara es el Juez del recurso por lo que deberá efectuar el análisis definitivo de admisibilidad, pudiendo conceder entonces el recurso denegado (si el recurrente ha seguido las vías legales para llegar a la Alzada) o denegar un recurso mal concedido en otra instancia, modificar la forma o los efectos de la concesión y analizar el trámite seguido. En esta tarea actuará de oficio o a petición de parte, según sea el caso, sin encontrarse de ningún modo vinculada ni por la voluntad de las partes ni por resolución del juez de grado por más que se encuentre consentida" (22).

En idéntico criterio se enroló la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut: "Resultando, por lo tanto, este Cuerpo el Juez del recurso, se encuentra facultado, en definitiva, para decidir sobre la concesión del mismo, sin que, al respecto, tenga relevancia alguna lo dispuesto por el a quo sobre ello. O sea, el auto dictado por el juez de grado, puede y debe ser revisado por este Tribunal en caso que el mismo no se corresponda con la legislación vigente. Si el recurso no fue fundado en el plazo de interposición como lo exige el art. 18 del Dto. n° 583/63, aparece mal concedido" (23).

Sin perjuicio de lo expuesto, considero que toda denegación o rechazo al tratamiento del recurso interpuesto por fallas formales debe interpretarse restrictivamente, no sólo porque está en juego un principio básico constitucional como lo es el de defensa en juicio, sino también porque — como lo subrayan muy bien Morello y Vallefin— "en el amparo, la notable reducción de los plazos, unida a la materia constitucional debatida que involucra siempre cuestiones que atañen al orden público, no tolera un criterio de aplicación inflexible" (24).

V.- Plazo para interponer el recurso.

"La celeridad que caracteriza a la sustanciación del proceso de amparo hace que los plazos para interponer el recurso de apelación, como quedó dicho en el punto anterior, sean breves", (25) con el sólo propósito de evitar demoras o dispendio inútil de actividad frente a la urgencia de la pretensión.

Por eso, precisamente, la Ley V, N° 4 establece en tal sentido que el recurso de apelación debe ser interpuesto ante el juez del amparo "dentro de los dos 2 días de notificada la resolución respectiva" (art. 11).

Es decir que en esta materia no rige el plazo establecido en el Código Procesal Civil para cumplir con esta carga procesal, sino el específico previsto por la ley reglamentaria.

La exigüidad del plazo otorgado por la ley para deducir el recurso no viola, a mi entender, la garantía de la defensa en juicio pues ese lapso es suficiente para una adecuada valoración de los fundamentos del fallo y para la formulación de los agravios que de él deriven.

El plazo comienza a contarse desde el momento de la notificación a la parte agraviada (aunque no se cuenta el día en que se practica esa diligencia (26)), corre únicamente en días hábiles (conf. art. 25 Ley V, N° 84) (27), y reviste las siguientes características: 1°) Es *perentorio*, "de manera que producido su vencimiento sin haberse interpuesto el recurso, la sentencia o resolución respectiva queda firme" (28), 2°) es *individual*, "es decir que corre separadamente para cada una de las partes" (29) y 3°) es *improrrogable*, o sea que no existe circunstancia alguna que pueda autorizar una prórroga para la interposición y fundamentación del recurso (arg. art. 25 Ley V, N° 84) (30).

De esta manera, si la apelación es interpuesta luego de transcurrido el plazo establecido por el art. 11 de la Ley V, N° 84, el juez de

primera instancia debe denegarla y, en su defecto, el tribunal ad quem debe declarar el recurso mal concedido.

Así, un fallo de nuestra provincia señaló: "Si el quejoso interpone recurso de apelación cuando venció el término para hacerlo válidamente, la resolución del a quo concediendo el remedio procesal carece de significación; ello sin perjuicio de que, en definitiva, sea el Tribunal *ad quem* el que juzgue sobre la procedencia formal de la apelación". "La pérdida de la posibilidad de recurrir por haber vencido el plazo para hacerlo se debe, pura y exclusivamente, a la propia inactividad del agraviado, ya que la desplegada una vez transcurrido el plazo señalado...carece de virtualidad para los efectos a los que tiende"[\(31\)](#).

Es admisible, empero, su interposición en las dos primeras horas de gracia del día siguiente a aquél en que se produjo el vencimiento del plazo fijado por el art. 11 de la Ley V, N° 84 [\(32\)](#).

VI.- Concesión del recurso.

Atento al carácter sumarísimo del amparo, el recurso se concede "en relación" (por ser más acorde con la naturaleza ágil y breve de este instituto) (arg. art. 245, 2° párrafo del CPCC, aplicable subsidiariamente por el art. 16 de la Ley V, N° 84). Ello significa que en segunda instancia no pueden aportarse nuevas pruebas ni hay posibilidad de efectuar nuevas alegaciones.

Así lo estableció la Cámara de Apelaciones del Noreste del Chubut en un fallo dictado con anterioridad a la vigencia de la Ley V, N° 84 pero cuya doctrina todavía sigue siendo aplicable: "Desde que en el régimen del art. 18 del Dec. 586/63 el recurso de apelación interpuesto contra la resolución denegatoria del amparo asume la forma en relación, improcedente es en su ámbito la alegación de hechos nuevos y la agregación de documentos"[\(33\)](#).

El juez tiene sólo un -1- día para conceder o denegar este recurso, y concedido el mismo y notificadas las partes, debe elevar los autos

al superior en el tiempo más corto posible (arg. arts. 2 y 16 de la Ley V, N° 84).

De esta manera, no corresponde darle traslado a las partes del mismo, circunstancia que no lesiona el derecho de defensa toda vez que la contraria puede presentar un memorial facultativo ante la alzada antes de que ésta pronuncie su sentencia (art. 11 de la Ley V, N° 84).

Dentro del plazo citado, pues, el magistrado interviniente "tiene el deber de examinar los presupuestos de admisibilidad del recurso (forma y plazo de interposición, si se encuentra fundado, si la resolución atacada tolera la impugnación, si quien dedujo el recurso reviste la calidad de parte, si tiene interés en él, etc.). Verificado el cumplimiento de dichos requisitos concederá el recurso. En caso contrario lo denegará mediante resolución fundada"[\(34\)](#).

VII.- Efectos.

Una cuestión muy importante de índole procesal es aquella que se refiere al efecto en que debe otorgarse el recurso. Si bien de una lectura rápida del art. 11 de la Ley V, N° 84 podría inferirse que la apelación únicamente debe concederse con efecto devolutivo, hay que destacar que la misma norma se encarga de señalar que ello sólo ocurre "cuando se hiciere lugar al amparo o dispusiese una medida cautelar".

Por lo tanto, la apelación debe concederse con ambos efectos, esto es, con efecto suspensivo o con efecto devolutivo.

La interpretación correcta del artículo indicado, pues, es la siguiente:

a.) Si se trata de la sentencia de Primera Instancia que hace lugar al amparo requerido o de una resolución que dispone una medida cautelar, el recurso siempre debe concederse en efecto devolutivo [\(35\)](#).

Esto significa que el otorgamiento del recurso no impide la ejecución de lo decidido y los efectos de la sentencia dictada por el magistrado de Primera Instancia no se suspenden hasta tanto se pronuncie la Alzada (36).

La solución es justa y no admite mayores discusiones, toda vez que de lo contrario podría causarse un perjuicio irreparable al amparista.

b.) En los demás casos, el juez debe conceder la apelación con efecto suspensivo (lo que determina la paralización o suspensión del cumplimiento del decisorio e impide la ejecución provisoria de la sentencia). No sólo por ser ésta la regla que rige la materia sino también —y fundamentalmente— para no causar un perjuicio irreparable al amparista y/o para evitar la posibilidad de convertir el tema debatido en una "cuestión abstracta", dándose así un caso similar al del reo que fue ejecutado cuando aún no se había resuelto su apelación a la sentencia (37).

Esta interpretación, a mi entender, es la única válida constitucionalmente y que se adapta a la finalidad tutelar del instituto que estamos tratando (38).

VIII.- Organo de Alzada.

De acuerdo con el último párrafo del art. 11 de la Ley V, N° 84, de este recurso de apelación debe conocer "la Cámara de Apelación respectiva de la misma jurisdicción" (39).

El problema, empero, se presenta cuando el amparo es iniciado en el ámbito penal. ¿Cuál es la Cámara de Apelaciones que debe actuar como órgano de segunda instancia? ¿La Cámara de Apelaciones civil o la Alzada penal?

Según una opinión, debe serlo la Cámara Penal.

Para ello, se argumenta de esta forma:

a.) Cuando el tribunal de origen de un amparo ha sido un juzgado de primera instancia, resulta competente para conocer de las apelaciones ordinarias contra autos regulatorios en él dictados el órgano que respecto del Juez de primera instancia es "ad quem".

b.) Los tribunales de apelaciones sólo pueden conocer en recursos concedidos contra decisiones de los jueces de primera instancia del propio fuero, y no de otros respecto de quienes no tiene jurisdicción para revisar su contenido. Una solución contraria implicaría crear "in factis" un nuevo fuero judicial, pues la Alzada de un fuero revisaría una sentencia de un tribunal de otra competencia.

c.) Si el amparista "eligió" ese fuero, debe seguir luego en el mismo hasta culminar el curso de su acción.

d.) El superior jerárquico del juez penal que dictó la resolución atacada es el único Tribunal de Alzada competente para revisar las decisiones que adopten estos magistrados.

Otra posición, diametralmente opuesta, en cambio, entiende que el órgano competente debe ser la Cámara de Apelaciones en lo civil.

Sus fundamentos son los siguientes.

a.) La única Cámara de Apelaciones que existe en la actualidad es la Cámara Civil.

b.) La competencia de la alzada penal es restringida, y se encuentra circunscripta a determinados recursos contenidos en los tres apartados del inciso a) del artículo 71 del Código Procesal Penal, entre los que nos se encuentra comprendido el recurso de apelación en una acción de amparo.

c.) La Cámara en lo Penal no es superior de los jueces penales, puesto que su competencia se agota en los presupuestos de ley, mientras que las demás decisiones que aquéllos magistrados emiten, son revisadas por Tribunales integrados a esos fines, compuestos por dos o tres jueces (arts. 236 y 399 del ordenamiento adjetivo).

El tema, inclusive, llegó al Superior Tribunal de Justicia en virtud de un conflicto de competencia negativo suscitado entre la Cámara en lo Penal y la Cámara de Apelaciones Civil de Puerto Madryn, en virtud de una acción de amparo que pretendía una resolución que dejara sin efecto la vigencia de la Carta Orgánica Municipal de dicha ciudad.

Sin embargo, en tal oportunidad no llegó a tratarse y resolverse este tema, porque el actor había planteado otra acción con identidad de pretensiones en forma paralela al amparo, lo que determinó que el Máximo Tribunal desestimara su intervención por considerar que aquél había elegido una vía más idónea para la solución de su conflicto (40).

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que en la sentencia interlocutoria 9/2011, "*obiter dictum*" (41) se dijo que "las normas chubutenses determinan de modo réqueteclaro que el Tribunal de alzada del Juez que conoce del amparo en primera instancia es la Cámara de Apelaciones, no la Cámara en lo Penal, cuya competencia se circunscribe exclusivamente al proceso penal (Ley XV - 9). No procede, pues, la avocación per saltum del Superior Tribunal de Justicia ya que éste no cuenta con la competencia para conocer en la cuestión originada, soslayando instancia intermedia".

Particularmente soy de la opinión que en estos casos la competencia para tratar los recursos de apelación presentados en una acción de amparo le corresponde a las Cámaras de Apelaciones en lo Civil.

Me remito, "*brevitatis causae*", a los argumentos enunciados por los partidarios de esta tesis que señalara anteriormente.

IX.- Trámite ante el Tribunal de Alzada.

El trámite ante la Alzada es el siguiente: elevados los autos a la Cámara de Apelaciones y recibidos por ésta, dicho órgano debe dictar "sentencia en el plazo improrrogable de tres días posteriores a su recepción" (art. 11 de la Ley V, N° 84).

Es decir que en estos casos no corresponde dictar "autos para sentencia" y las Cámaras deben resolver estos recursos sin sustanciación (es decir, sin darle traslado a las partes), sin perjuicio de que "quien no hubiere apelado, puede presentar un memorial ante la alzada, el que es tenido en consideración siempre que ingrese antes del dictado de la sentencia"[\(42\)](#).

Las Cámaras de Apelaciones, empero, no sólo deben considerar el fondo de la cuestión, sino también examinar de oficio los presupuestos de admisibilidad del recurso (forma y plazo de interposición, si se encuentra fundado, si la resolución atacada tolera la impugnación, si quien dedujo el recurso reviste la calidad de parte, si tiene interés en él, etc.). Y esto lo pueden hacer hasta el momento de conocer en el acuerdo respectivo, sin que resulten obligadas, en sentido contrario, por la decisión del a quo, la conformidad de las partes, ni por las providencias de trámite que haya dictado.

No obstante lo expuesto, también pueden ordenar, antes de dictar la sentencia respectiva, medidas de mejor proveer para obtener nuevos aportes acerca de cuestiones derivadas de la prueba producida y a efectos de su esclarecimiento por el Tribunal.

Conforme el art. 169 de la Constitución Provincial, la fundamentación de la sentencia de la Cámara debe ser individual, aún cuando coincidan las conclusiones de sus miembros [\(43\)](#).

Es decir que en estos supuestos, cada uno de los jueces que componen los tribunales pluripersonales debe emitir su voto, motiva-

do y fundado, para que la decisión pueda considerarse válida, sin importar que exista coincidencia con sus colegas.

La razón de ser de lo expuesto no se basa solamente en la necesidad de impedir el facilismo judicial, sino que ello también sirve para analizar si las opiniones de los juzgadores son sustancialmente coincidentes con la solución del problema y, por ende, si se ha logrado —o no— la mayoría requerida para cada caso en concreto (44).

Como expresa Heredia, "el constituyente tuvo en mira la necesidad de evitar una corruptela difundida — no me refiero necesariamente a Chubut— conforme con la cual el tribunal colegiado no asume su función de tal, delegando en uno de sus miembros la decisión de las causas y los otros se adhieren, esto es, no deciden... De esa suerte, los recursos no pueden alcanzar a cumplir su objetivo y el adecuado servicio de justicia se resiente de modo mayúsculo. Y habrá de advertirse que ello es causal de nulidad". Y continúa señalando: "esto es un mandato directo — no una facultad— a cada juez que integra un tribunal colegiado a que funde individualmente su decisión. Si lo integra, no puede abstenerse" (45).

X.- El recurso de nulidad.

"El recurso de nulidad está comprendido dentro del recurso de apelación, pero mientras la finalidad de este último es lograr la revocación de un pronunciamiento que se estima injusto por errores en la aplicación de normas jurídicas o en la apreciación de los hechos, el objeto del primero es nulificar el trámite cumplido por ocurrencia de errores *in procedendo*".

"Ahora bien, como estos errores del ritual se deben alegar por la vía del incidente respectivo, durante el trámite del proceso, y siendo inadmisibles en el amparo..., la única posibilidad que tiene el agraviado es promover a través de la apelación sus críticas sobre tales defectos encontrados" (46).

(1) ARAZI, Roland: "Elementos de Derecho Procesal. Parte general", Ed. Astrea, 2ª edición actualizada y ampliada, Bs. As., 1991, pág. 299. "Al logro de este ideal de perfección responden los recursos que son así medios de control. Ya había hecho notar Caravantes que el Estado no podía asegurar a sus subordinados, jueces infalibles, 'puesto que había que elegirlos entre los hombres'. Esta imperfección del hombre, siempre expuesto al error, puede ocasionar a las partes en el litigio, algún gravamen, algún perjuicio, alguna lesión a sus intereses. El Estado tiene interés propio en que tal error se repare. La parte agraviada tiene reconocida la facultad, desde los tiempos del duelo judicial, de gestionar la reparación del error. En la existencia cierta de un gravamen, producido por una resolución judicial, hemos de encontrar, pues, el fundamento jurídico de los recursos" (conf. ALVAREZ JULIA, Luis; NEUSS, Germán R.J. y WAGNER, Horacio: "Manual de derecho procesal", 2ª edición actualizada y ampliada, 1ª reimpresión, Ed. Astrea, Bs. As., 1992, pág. 314).

(2) ARAZI, Roland: "Derecho Procesal Civil y Comercial", T. II, Ed. Rubinzal Culzoni, 1999, pág. 43: "La mayor cantidad de vías recursivas supone que, en definitiva, se lograrán providencias más perfectas, ya que ellas han sido analizadas en varias oportunidades, pero un exceso de recursos alargaría demasiado los procesos".

(3) Conf. PALACIO, Lino E.: "Manual de Derecho procesal civil", 8ª edición actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1991, pág. 79.

(4) IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel M.: "Tratado de los recursos en el proceso civil", Ed. Bibliográfica Omega, Bs. As., 1963, pág. 180.

(5) VALLEFIN, Carlos A.: "El recurso de apelación en la acción de amparo y la cuestión de la validez constitucional de los efectos con que se concede", en Revista de Derecho Procesal 5, "Amparo. Hábeas Data. Hábeas Corpus II", Ed. Rubinzal Culzoni, 2000, pág. 55.

(6) Cám. Nac. Com., sala C, 10/06/2003 - ARROYO ZABALA S.A. v. BANCO CMF S.A. s/amparo.

(7) Cám. Apel. Esquel, in re: "IMPERIALE, María Inés GOMEZ, Germán s/Recurso de Queja por Apelación Denegada en autos: Imperiale, María Inés- Gómez, Germán s/Acción de Amparo (Solicitud Juris. N° 5.795)", Expediente n° 15/2011, sentencia de fecha 16 de febrero de 2011.

(8) SAGÜES, Néstor P.: "Acción de amparo", 2ª. edición actualizada, Ed. Astrea, pág. 460 y CNFed., Sala II, Cont.Adm., LA LEY, 1977-C, 512 y LA LEY, 1977-D, 690.

(9) C.S.J.N., Fallos 250:427 y sus citas.

(10) Fallos 305:538, entre muchos otros.

(11) Corte Interamericana de Derechos Humanos (Opinión Consultiva OC- 85 del 13 de noviembre de 1985, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, voto concurrente del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, citado por COLLAUTI, Carlos E.: "El Pacto de San José de Costa Rica. Protección a los Derechos Humanos", Ed. Lerner, Bs. As., 1989, pág. 75.

(12) DWORKIN, Roland: "Los derechos en serio", Ed. Ariel, 1984, pág. 296.

(13) C.S.J.N., Fallos 308:581.

(14) S.T. J. Chubut, LA LEY, 1969- 1828, n° 136; LOUTAYF RANEA, Roberto G.: "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", pág. 61. Por consiguiente, no corresponde extender por analogía su ámbito de aplicación a situaciones no contempladas expresamente (CNCiv., Sala F, E.D. 86-383).

(15) LOUTAYF RANEA, Roberto G.: "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", pág. 480.

(16) Resulta aplicable, pues, aquello que señaló el Tribunal Constitucional Español: "La tutela judicial constitucionalmente garantizada viene calificada por su efectividad y ello exigía de jueces y tribunales que realicen las actividades necesarias para garantizar la práctica de pruebas idóneas, casi insustituibles, para garantizar la base fáctica de la pretensión (Trib. Const. Español, 17/01/1994 - Recurso de amparo n. 1407/92, en JA 1994- III- 467, con nota de Augusto Mario Morrello). De esta manera, el juez debió admitir la apelación, para asegurar que lo decidido haya sido lo correcto, más aún teniendo en cuenta que "en esta área ríspida, grisácea, dura, ardua, complicada, no cabe levantar obstáculos, ápices procesales ni criterios de hermenéutica rígidos o matizados de exceso ritual, ni clausurar medios que eventualmente resulten útiles para cumplir con el propósito de acceso a la verdad jurídicamente objetiva, cuando el objeto de la pretensión y, al cabo, el contenido del proceso, se viste de notas agudas de complejidad, o que

se cubren de excluyente científicidad, dentro de las cuales se inscribe la responsabilidad por destrucción del medio. A cuyo efecto deberá el intérprete actuar con amplitud y flexibilidad, a través de un pensamiento integrado de las ciencias de la cultura y de las ciencias de la naturaleza" (MORELLO, Augusto M. y MORELLO, Lisandro: "Los procesos de alta complejidad", en J.A. 1988- IV- 749. Ver, también, entre muchos otros, MORELLO, Augusto: "La prueba científica", pág. 897; MORELLO, Augusto y CAFFERATTA, Néstor A.: "Visión procesal de cuestiones ambientales", pág. 241; CAFFERATTA, Néstor: "De la complejidad de la prueba en materia ambiental", en J.A. 1997- II- 231). Además, hay que recordar que el art. 32 de la Ley General del Ambiente n° 25.675 señala textualmente que "el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general", como así también que "...el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie".

(17) Cám. Apel. Esquel, sentencia dictada el 16 de agosto de 1988 en autos "ARRIOLA, Carlos s/recurso de amparo" (Expte. n° 96/88).

(18) GOZAINI, Osvaldo A.: "El Derecho de Amparo", Ed. Depalma, Bs. As., 1995, pág. 114.

(19) Cám. Apel. Esquel, sentencia definitiva n° 1/94.

(20) Cám. Apel. Esquel, sentencia dictada el 16 de agosto de 1988 en autos "ARRIOLA, Carlos s/recurso de amparo" (Expte. n° 96/88).

(21) PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O.: "Apuntes sobre la fundamentación apelatoria en el juicio de amparo", en LA LEY, 1989-A, 995.

(22) Cám. Apel. Trelew, sentencia del 4 de agosto de 1995 en los autos caratulados "DYBIEC, Alberto Mario c/COLEGIO PROFESIONAL DE INGENIERIA, ARQUITECTURA Y AGRIMENSURA s/amparo sumarísimo" (Expte. n° 12.154, f° 67, año 1995).

(23) Cám. Apel. Esquel, sentencia dictada el 16 de agosto de 1988 en autos "ARRIOLA, Carlos s/recurso de amparo" (Expte. n° 96/88).

(24) MORELLO, Augusto y VALLEFIN, Carlos A.: "El Amparo. Régimen Procesal", op.cit., pág 131. En igual sentido ver SA-GÜES, Néstor P.: "Diversas facetas del amparo. El recurso fundado

de apelación, los actos consentidos, la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta y la alegación de inconstitucionalidad", en J.A. 1976- IV- 335.

(25) DIAZ SOLIMINE, Omar Luis: "Juicio de amparo", Ed. Hammurabi, Bs. As., 2003, pág. 368.

(26) Art. 158 "in fine" del C.P.C.C.

(27) Es que "en el cómputo de los días no se incluyen los inhábiles ni aquél en que se practicó la notificación. En cambio, en el de horas, que se cuentan a partir de la siguiente, se computan los inhábiles" (conf. CARLOS, Eduardo B. y ROSAS LICHTSCHEIN: "Explicación de la reforma procesal santafecina", Santa Fe, 1962, pág. 72 y SAGÜES, Néstor P.: "La sentencia congruente y el plazo para apelar en el amparo", en E.D. 75- 286).

(28) PALACIO, Lino Enrique: "Manual de Derecho Procesal Civil", T. II, octava ed. actualizada, Ed. Abeledo- Perrot, Bs. As., 1991, págs. 81 y 82.

(29) Idem.

(30) "Ni el juez ni las partes, entonces, podrán evitar la caducidad del derecho que no se ha ejercitado dentro del término vencido" (conf. OBAL, Carlos R.: "Los plazos para apelar en la acción de amparo. Ley 16.986", en LA LEY, 1983-C, 830. O sea que ni aún mediante circunstancias que hicieren imposible la realización del acto procesal pendiente los jueces podrían disponer su ampliación, suspensión o interrupción a requerimiento de parte formulado en tiempo propio, para el mejor desarrollo de aquél.

(31) Cám. Apel. Esquel, sentencia del 25 de marzo de 1988 dictada en autos caratulados "Iturburu de Moya, Ofelia N. c/Instituto Provincial de la Vivienda y Desarrollo Urbano s/amparo" (Expte. 28/88).

(32) Conf. Cám. Apel. Esquel, in re: "Mancel, Carlos s/amparo", Expte. N° 53/04 CANO, sentencia 04/2004: "el plazo de gracia establecido por el art. 124 del CPCC tiene por objeto posibilitar que el justiciable disponga con plenitud de los plazos procesales que vencen en tiempo inhábil (art. 152, CPCC), lo que hace al debido proceso y a su derecho de defensa. En consecuencia, estando a los términos del art. 25 de la Ley N° 4.572 y a la aplicación subsidiaria del CPCC dispuesta por su art. 16, el plazo de dos (2) días para apelar establecido

por el art. 11 de la ley de amparo goza del plazo de gracia previsto por el art. 124 del CPCC". Ver también Cám. Apel. Esquel, in re: "Imperial, María Ines - Gomez, Germán c/Provincia del Chbut" s/acción de amparo", Expte. N° 138/2011 CANO, sentencia definitiva n° 32/2011 de fecha 27 de julio de 2011.

(33) Cám. Apel. Trelew, sentencia dictada el día 27 de diciembre de 1995 en autos "KOSER, Guillermo Horacio s/recurso de amparo" (Expte. n° 12.443, f° 089, año 1995).

(34) VALLEFIN, Carlos A.: "El recurso de apelación en la acción de amparo y la cuestión de la validez constitucional de los efectos con que se concede", en Revista de Derecho Procesal 5, "Amparo. Hábeas Data. Hábeas Corpus II", Ed. Rubinzal Culzoni, 2000, pág. 53.

(35) De lo contrario —como dice VALLEFIN— "mientras la norma del art. 43 de la Constitución Nacional otorga la garantía del amparo a toda persona que haya sufrido un daño o una amenaza en un derecho subjetivo o colectivo, con la finalidad de que pueda impedirlo o subsanarlo rápidamente, ...se otorgaría a quien es el autor del daño o de la amenaza la posibilidad de neutralizar dicha acción mediante el simple mecanismo de recurrir el pronunciamiento cautelar, funcionando como una verdadera contragarantía, de equivalencia negativa" (conf. VALLEFIN, Carlos A.: "El recurso de apelación en la acción de amparo y la cuestión de la validez constitucional de los efectos con que se concede", en Revista de Derecho Procesal 5, "Amparo. Hábeas Data. Hábeas Corpus II", Ed. Rubinzal Culzoni, 2000, pág. 57).

(36) La ejecución que este efecto permite, empero, es provisional, toda vez que si la alzada revoca la decisión, el trámite llevado a cabo en la instancia de origen queda evidentemente fulminado por una nulidad absoluta, tan es ello así, que si esto acontece, debe restituirse la situación a su estado anterior (conf. BACRE, Aldo: "Recursos ordinarios y extraordinarios", Ed. La Rocca, Bs. As., 1999, pág. 250).

(37) En un trabajo titulado "Un caso en que el efecto devolutivo de un recurso es inconstitucional", BIDART CAMPOS da un ejemplo inmejorable: "...frente a la sanción de clausura impuesta administrativamente a un establecimiento, el recurso judicial discernido por la ley

no abasteca el derecho de defensa si solamente tiene efecto devolutivo: es menester que opere suspensivamente. Tal lo que la lógica constitucional indica para que la administración de justicia resulte efectiva, y para que los derechos y garantías constitucionales reciban protección eficaz frente a la actividad administrativa y judicial". BIDART CAMPOS, Germán: "Un caso en que el efecto devolutivo de un recurso es inconstitucional", en E.D., 152- 670.

(38) Ver, al respecto, CARRIO, Genaro: "Recurso de amparo y técnica judicial", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1959, pág. 223, 234 y 235, entre otras.

(39) "No procede, pues, la avocación per saltum del Superior Tribunal de Justicia ya que éste no cuenta con la competencia para conocer en la cuestión originada, soslayando instancia intermedia" (conf. S.T. J.Ch., sentencia interlocutoria 9/2011).

(40) S.T. J.Ch., "PAVON, Osvaldo José s/acción de amparo s/declaracion incompetencia Cámara Apelaciones - Puerto Madryn", Expte. N° 22.139, sentencia 21 S.R.O.E de fecha 29 de diciembre de 2010.

(41) *Obiter dictum* (o en plural, *obiter dicta*) es una expresión latina que literalmente en español significa "dicho de paso". Hace referencia a aquellos argumentos expuestos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial y corroboran la decisión principal, pero carecen de poder vinculante, pues su naturaleza es meramente complementaria. Solo tienen una fuerza persuasiva que depende del prestigio y jerarquía del juez o tribunal del cual emana y se constituyen como criterio auxiliar de interpretación, para tomar una determinación concluyente.

(42) Con ello, pues, se garantizan los principios de bilateralidad y contradicción, como así también se evita que se lesione el derecho de defensa de la contraparte. Cabe recordar, al respecto, que justamente la circunstancia de que las legislaciones en esta materia no ordenaran un traslado del memorial de agravios hizo que muchos autores se manifestaran por la inconstitucionalidad de este punto del procedimiento (conf., por ejemplo, DIAZ SOLIMINE, Omar: "Juicio de amparo", Ed. Hammurabi, Bs. As., 2003, pág. 369; SALGADO, Alí Joaquín y VERDAGUER, Alejandro c: "Juicio de amparo y acción de inconsti-

tucionalidad", 2ª. edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Bs. As., 2000, pág. 223; MORELLO, Augusto M. y VALLEFIN, Carlos E.: "El Amparo. Régimen Procesal", 2º edición, Ed. Librería Platense S.R.L., 1995, pág. 134 y RIVAS, Adolfo Armando: "El Amparo", Ed. La Rocca, Bs. As., 1987, pág. 311, quien sostiene textualmente: "Dadas las características especiales del amparo,...es razonable que la ley pueda optar por establecer una única instancia a tal fin; también que, extremando las cosas, el poder público pueda quedar sin oportunidad de controvertir la apelación del particular, pero lo que no se debe admitir es que si el proceso está establecido a favor del actor e igualmente ocurre con la celeridad del trámite, se le vede defender su postura cuando el que recurre es su contrario. Pensamos, entonces que es absolutamente necesario darle traslado, pues de lo contrario se caería en una palmaria inconstitucionalidad").

(43) No hay, empero, acuerdo sobre este punto entre las distintas Cámaras de Apelaciones de nuestra Provincia. Tal circunstancia, inclusive, fue advertida por el propio Superior Tribunal de Justicia en la causa "S.Y., H. y R., D. P. c/Provincia del Chubut s/acción de amparo (Expte. N° 21.296- S- 2008). Sin embargo, si bien en tal oportunidad el Máximo Tribunal avizoró que el planteo podía permitir promover la unidad interpretativa, garantizando el valor seguridad y el principio constitucional de igualdad, finalmente no resolvió el tema por no darse los requisitos de admisibilidad del recurso interpuesto. Sobre la cabal interpretación del art. 169 de la Constitución Provincial ver GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás: "Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut", T. II, Ed. FB, Esquel, 2009, pág. 194.

(44) Sobre este punto, ver FARRELL, Martín D.: "La argumentación de las decisiones en los tribunales colectivos", en LA LEY, 2003, F-1161.

(45) HEREDIA, Jose Raúl: "Los comportamientos institucionales, el derecho y la vigencia de las constituciones. A propósito de la ley 4.550 y las acordadas 3202 y 3204 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut", en LA LEY, 2000-D, 380.

(46) GOZAINI, Osvaldo A.: "El derecho de amparo", Ed. Depalma, Bs. As., 1995, págs. 112 y 113.

La ley de publicidad de los actos de gobierno, acceso a las fuentes de información pública y la acción de amparo

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: LLPatagonia 2013 (abril), 821

Cita Online: AR/DOC/1390/2013

[Consultado el 13/02/2020]

Sumario

I. Introducción.- II. El derecho de acceso a las fuentes de información pública. Por qué y para qué.- III. El deber de facilitar el libre acceso a las fuentes de información. Actividad que comprende.- IV. Ambito de aplicación de la ley.- V. Finalidad.- VI. Tipo de información. Fundamento.- VII. Excepciones al principio general.- VIII. Legitimación amplia para acceder a la información. Titularidad.- IX. Legitimación pasiva. Sujetos obligados a facilitar el acceso a la información pública.- X. Procedimiento.- XI. La acción de amparo de la Ley I, N° 156.- XII. Final

I.- Introducción.

Se ha dicho con total acierto que "la información es el tema, el gran asunto de los tiempos modernos que el Derecho recoge y regula... Informar ha dejado de ser una posibilidad, una facultad que puede o no darse, para volverse un verdadero deber... y un (verdadero) derecho". (1)

Sin embargo, para que este aserto tenga validez sociológica "es necesaria la instrumentación de mecanismos jurídicos que faciliten y permitan el conocimiento de la información, a fin de que no quede sujeto a la voluntad discrecional de las autoridades de turno". (2)

Precisamente por ello la Legislatura de la Provincia del Chubut sancionó, en 1992, la Ley I, N° 156 (Antes Ley 3.764) mediante la cual se reconoció explícitamente (3) el derecho de todos los habitantes de acceder libremente a las fuentes de información de los actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales emanados del Estado Provincial y de las Corporaciones Municipales, sin que sea necesario indicar las razones que motivan el requerimiento (art. 1°).

Basada en un proyecto presentado por el entonces Diputado Provincial Dr. Juan Mario Pais, esta ley contiene, además, la mayoría de los elementos tendientes a garantizar el ejercicio de este derecho y de aquéllos dirigidos a asegurar su eficacia, entre los que se destacan: la legitimación para acceder a la información; los obligados a proveerla, la delimitación de las excepciones al ejercicio, la responsabilidad de los funcionarios que nieguen tal acceso y la posibilidad de recurrir de manera directa a la justicia en los casos de denegatoria arbitraria de la información. Asimismo consagra como criterios generales aquéllos que han sido avalados por la doctrina y jurisprudencia existente sobre la materia: gratuidad, sencillez, universalidad y expeditividad en el trámite.

II.- El derecho de acceso a las fuentes de información pública. Por qué y para qué. (4)

El derecho al acceso de la información pública no sólo guarda íntima vinculación con uno de los elementos distintivos de la república como lo es el de publicidad de los actos de gobierno sino que también —y fundamentalmente- resulta una herramienta base imprescindible para el desarrollo y ejercicio de otros derechos o facultades. (5)

En efecto: más allá de que en algunos casos la información en sí misma sea el principal objetivo y el derecho se satisfaga con su obtención (6), por su intermedio también se permite:

a.) *El control y la transparencia de la gestión pública y de los actos del Estado*: el ejercicio de este derecho sirve para crear las condiciones necesarias para lograr una auditoría ciudadana de la gestión de gobierno en sus diversas áreas; para que se estimule la rendición de cuentas por parte de los funcionarios o representantes; para que se mejore el desempeño del Estado en el cumplimiento de sus funciones esenciales, y para que se limite la arbitrariedad e incluso la corrupción en el uso del poder público.

"De ahí que quienes se sustentan en el autoritarismo, la corrupción, en políticas clientelísticas, buscan por todos los medios coartar las posibilidades de la población en este sentido". (7)

Además, el libre acceso a la información pública genera también confianza cívica sobre los hombres públicos y sus acciones.

Por ello se ha dicho, con total acierto, que "el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública". (8)

b.) *La participación efectiva en los asuntos públicos*. "El acceso a la información es (también) un requisito previo e imprescindible para la

participación. Es evidente que quien esté desinformado o informado de manera inexacta o parcial, no tendrá la posibilidad de participar adecuadamente y en igualdad de condiciones, en un determinado proceso de toma de decisión". (9) Sin conocimientos específicos, la posibilidad de investigación y control es remota, cuando no imposible.

Por eso, justamente, el Decreto n° 1.172 del Poder Ejecutivo Nacional subraya que la finalidad del acceso a la información pública es permitir y promover una efectiva participación ciudadana, a través de la provisión de información completa, adecuada, oportuna y veraz" (conf. arts. 3° y 4° del Anexo VII del citado decreto).

Por su intermedio, pues, se puede intervenir correctamente en las instancias de participación ciudadana: las audiencias públicas, el proceso de selección de jueces, plebiscitos, elaboración de normas, evaluaciones de impacto ambiental, etc.

c.) El ejercicio responsable del voto en tiempos electorales.

d.) El adecuado ejercicio de otros derechos. La Corte Interamericana, por ejemplo, en el caso "Claude Reyes y otros vs. Chile" ha hecho especial referencia a la estrecha relación existente entre democracia, acceso a la información y libertad de expresión. Y también lo ha hecho nuestra jurisprudencia nacional, al establecer que "el acceso a la información es la primera escala en el camino hacia el conocimiento, constituyendo la antesala de la opinión fundada y el presupuesto del análisis y transformación de la realidad en cualquiera de sus manifestaciones, constituyendo de tal modo un derecho que no sólo pertenece al periodista, investigador o empresario de los medios de comunicación, sino fundamentalmente al hombre común, por cuanto la libertad de acceso, elaboración y difusión de información constituyen instancias sucesivas en el trayecto del derecho de expresión que el orden jurídico debe tutelar; y en este mismo sentido, se ha destacado que el derecho a la información es prioritario, y su efectivo ejercicio comporta una herramienta sustantiva para el goce de los derechos humanos, sociales y económicos, culturales y de incidencia colectiva,

cuya satisfacción constituye un presupuesto de las libertades civiles y políticas". (10)

El acceso a la información, pues, es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada.

e.) El correcto ejercicio de la autonomía personal, dado que la creencia generadora del convencimiento del sujeto debe estar fundada en elementos exteriores que le proporcionen la información suficiente para creer.

Es decir que el derecho a la información (o de acceso a la información) sirve de instrumento de concreción de otros derechos, valores o principios, y de ahí que sea importante garantizar su libre ejercicio.

III.- El deber de facilitar el libre acceso a las fuentes de información. Actividad que comprende.

En coincidencia con lo anteriormente expuesto y como correlato de aquél derecho, la Ley I, N° 156 (Antes Ley 3.764), en su artículo 2°, consagra como principio general que todo funcionario público de cualquiera de los poderes del Estado Provincial y de las Corporaciones Municipales debe facilitar el acceso personal y directo a la documentación y antecedentes que se le requieran y que estén bajo su jurisdicción y/o tramitación, ello sin perjuicio que se arbitre las medidas necesarias para evitar el entorpecimiento al normal desarrollo y funcionamiento de los servicios y actividades que ejecute el órgano al que se le formule el requerimiento. Posteriormente precisa que se debe facilitar el acceso a las fuentes de información dentro de los dos días hábiles de habersele formulado el requerimiento de acceso por

cualquier medio, incluso verbal, mientras que si mediare requerimiento de información escrito relacionado con la identificación de fuentes de información pública, el funcionario responsable deberá expedirse dentro del término de diez días de haberse efectuado la solicitud.

El problema que presenta este artículo consiste en determinar cuál es, concretamente, la actividad a la cual el funcionario público requerido está obligado.

El tema es importante, pues, como bien lo destaca López Mesa, "a tenor de lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe. De tal suerte, sin mandato legal incumplido no existe obligación, pues la supuesta obligación carecería de causa... Una sentencia que impone a una persona una obligación no surgida de la ley no se sustenta constitucionalmente, no difiriendo en nada de un mero despojo... La obligación que pretende hacerse recaer en un sujeto, requiere como elemento esencial la existencia de una causa o fuente, esto es, el hecho o relación jurídica que la ha originado pues, como enseña Llambías, no es posible pensar en una obligación que exista porque sí y sin dependencia de un hecho antecedente que la haya producido...". [\(11\)](#)

Dos son, en concreto, las interpretaciones que se han efectuado con relación a este punto:

1.) Para una postura, el derecho reconocido a los habitantes por intermedio de la Ley I, N° 156 es a tener libre acceso a la información, y por lo tanto la obligación del funcionario se limita a la de *facilitar* ese acceso. Parte, lógicamente, de una interpretación gramatical del artículo 2°.

A ella se ha adherido la Sala A de la Cámara de Apelaciones del Noreste del Chubut, con asiento en la ciudad de Trelew: "La ley 3.764 impone al funcionario público responsable del área el 'facilitar el acceso personal y directo a la documentación y antecedentes que se le

requieran' y no el dar la información pedida mediante un soporte material, escrito o informático. Se trata de permitir la lectura de dicha documentación y antecedentes, a lo sumo admitir que el interesado extraiga copias de ellos —lo demuestra incluso el art. 4º del dec. 486/93 al prever un servicio de fotocopiado arancelado, con costas a cargo del requirente- y no de que el funcionario haya de emitir un documento informativo". "En ningún segmento de esta norma se le obliga al funcionario a informar ni, mucho menos, a suministrar al actor la información oportunamente requerida". (12)

Es decir que, para esta teoría, el funcionario "no debe recopilar ni producir nada...; simplemente, ha de circunscribirse a facilitar el acceso personal y directo a la información plasmada en documentos y antecedentes, ya que su deber no consiste propiamente en una actividad prestacional, sino de intermediación..., debiendo permitir al actor la lectura de ellos, y a lo sumo, admitir que extraiga copias a su exclusiva costa conforme lo faculta el art. 4º...". (13)

2.) Otra posición, en cambio, sostiene que el deber del funcionario no sólo se limita al de facilitar el acceso a la información, sino que también debe suministrarla.

Es la tesis sustentada por la Sala B de la Cámara de Apelaciones de Trelew: "El sujeto requerido debe proveer la información mencionada siempre que ello no implique obligación de crear o producir información con la que no cuenta al momento de efectuarse el pedido... De tal modo, aún cuando los arts. 3 y 6 de la ley 3.764 aludan a 'informe escrito' y a 'información solicitada', respectivamente, dicho informe está 'relacionado con la identificación de fuentes de información pública' (art. 3º, tercer párrafo), por lo que en definitiva el libre acceso a la información consiste en 'facilitar el acceso personal y directo a la documentación y antecedentes que se le requieran' (art. 3, primer párrafo). En tales condiciones, la ley no obliga a producirla sino a *suministrarla* por lo que si no se cuenta con la fuente de información es evidente que la respuesta será negativa en tanto que la

misma no resulte infundada, y sin perjuicio de las excepciones previstas por el art. 3° del decreto 486/93". [\(14\)](#)

Entiendo que esta última tesis es la correcta. Explicaré por qué.

1.) En primer lugar, porque si bien el art. 3° de la Ley I, N° 156 establece que todo funcionario público de cualquiera de los poderes del Estado Provincial y de las Corporaciones Municipales debe *facilitar* el acceso personal y directo a la documentación y antecedentes que se le requieran y que estén bajo su jurisdicción y/o tramitación, el intérprete debe computar la totalidad de los preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, exigiendo una interpretación sistémica del derecho. Y, en este sentido, hay que tener presente que el artículo 6° de la misma ley sanciona al funcionario que no "suministrare" la información, lo cual implica claramente que también existe una obligación en este sentido.

Es decir, este deber se extrae de una interpretación global del articulado de la ley donde está inmerso.

2.) La interpretación literal del art. 3° no puede poner un valladar insuperable a la aplicación de principios y figuras jurídicas que nacen de la forma republicana de gobierno y de todo nuestro sistema legal como lo son, por ejemplo, la buena fe y la publicidad de los actos de gobierno.

3.) El derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de *buscar, recibir* y difundir informaciones e ideas de toda índole", conforme lo ha entendido la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

Y por eso, precisamente, la Corte Interamericana entendió que "los derechos a "buscar" y a "recibir" "informaciones", protegen

el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de *suministrarla*....Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea". (15)

4.) Conforme el art. 22 de la Constitución Provincial, "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución Nacional y la presente reconocen, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y los acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por la Nación Argentina".

Por lo tanto, estando asegurado el derecho de acceso a la información en la Carta Magna provincial, cobra vigencia el siguiente principio hermenéutico: "Las normas que consagran derechos y libertades deben ser interpretadas extensivamente, y las que los restringen deben ser interpretadas restrictivamente". (16)

Es que, como bien lo señaló Ronald Dworkin, "...recortar un derecho es mucho más grave que extenderlo... una vez reconocido un derecho en los casos más claros, el gobierno debe actuar de manera tal que sólo se recorte ese derecho cuando se presenta alguna razón convincente, que sea coherente con las suposiciones sobre las cuales debe basarse el derecho original". (17)

5.) La interpretación y aplicación de los institutos que aniquilan derechos debe ser restrictiva. (18)

6.) "Si el derecho de acceso a la información constituye un derecho fundamental, entonces el Estado debe en primer término abstenerse de obstaculizarlo directa o indirectamente mediante restricciones infundadas, mientras que en segundo plano, deberá adoptar medidas positivas concretas que tiendan a afianzar y garantizar el libre acceso a la información pública". [\(19\)](#)

Entiendo, en consecuencia, que la obligación del funcionario público involucrado es dual: por un lado, debe *facilitar* el acceso a la información que esté bajo su poder, señalándole el lugar donde existe la misma y —en su caso— proveyéndole al peticionante un lugar físico adecuado y con las comodidades materiales necesarias para analizar la información.

Y, por el otro, ante la petición concreta efectuada, debe "*suministrar*" tal información, esto es, proveerla, con la sola condición de que ella esté disponible en los registros o archivos del estado y que no se encuentre dentro de las excepciones previstas por la ley.

Ello, claro está, sin perjuicio de que pueda arbitrar las medidas necesarias para evitar el entorpecimiento al normal desarrollo y funcionamiento de los servicios y actividades que ejecute el órgano al que se le formula el requerimiento (conf. art. 3° de la Ley I, N° 156), toda vez que si bien "el derecho de acceso a la información es, en principio, general y de amplio espectro... como todo derecho, no es absoluto, no se puede utilizar en forma indiscriminada, ni en perjuicio de otros derechos, ni afectar arbitrariamente la prestación de un servicio, ya que, de ser así, lejos de transformarse en un beneficio, se convertiría en un obstáculo para el desenvolvimiento de la administración general... El bien tutelado es el acceso, pero éste, como todo derecho, no puede entenderse ni ejercerse de manera abusiva ni ilimitada, ni requerir reiteraciones y peticiones inconducentes que, lejos de significar un beneficio para la sociedad, lo transforman en una pesada carga y un perjuicio de tal envergadura que entorpece la realización de un servicio". [\(20\)](#)

Ese derecho a la "entrega" de la información, empero, no implica el derecho a la producción de la información. Es decir, no se puede compeler a la administración —ni al funcionario público responsable- a producir información que no tenga en su poder. El organismo, pues, no está obligado a crear un documento que no existe. [\(21\)](#)

IV.- Ambito de aplicación de la ley.

Conforme la propia redacción del artículo 1º de la Ley I, N° 156, su ámbito de aplicación se extiende a todos los ámbitos gubernamentales, es decir, tanto a los actos de los órganos Legislativo y Ejecutivo como del órgano judicial. [\(22\)](#)

También se aplica a los entes descentralizados, a las entidades autárquicas, y a las corporaciones municipales.

Respecto de estas últimas, podría generarse la duda si una ley provincial está habilitada para legislar una cuestión de este tipo en el ámbito municipal, atento que ello podría menoscabar la autonomía que éstas ostentan en sus distintos aspectos (art. 123 de la Constitución Nacional y arts. 225, 226 y 229 de la Constitución Provincial).

Sin embargo, hay que recordar que desde antaño la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado legítima cierta regulación por parte de las provincias, siempre que "no se comprometa efectivamente la existencia misma del Municipio". [\(23\)](#)

Por lo tanto, no hay ninguna posibilidad de refutación jurídica sobre este punto.

V.- Finalidad.

"El objeto del marco legal que regula el acceso a las fuentes de información pública —como vimos- consiste en hacer efectivo el principio de publicidad de los actos de gobierno y el consiguiente de-

recho de los ciudadanos a saber qué, cómo, cuándo y quiénes formulan las opiniones y toman decisiones adoptadas por sus representantes electos, evitando tanto el secreto como la reserva innecesaria o la reticencia de los organismos gubernamentales a mantener a la opinión pública debidamente informada". (24)

VI.- Tipo de información. Fundamento.

Debe tenerse en cuenta que la Ley I, N° 156 (Antes Ley 3.764), denominada "De libre acceso a las fuentes de información y publicidad de los actos de gobierno" reglamenta la forma de solicitar y recibir información de todos los órganos de la administración y de los tres Poderes del Estado.

Por lo tanto, se refiere únicamente a la "información pública", esto es, a la que obra, pertenece o es creada por el Estado a cualquier nivel, que incumbe a todos los ciudadanos y que tiene —valga la redundancia— un destino de uso público, quedando fuera de su ámbito de aplicación, pues, la denominada "información privada", es decir, la que se refiere a temas o cuestiones privadas, como pueden ser las relativas a inversiones, contratos, compraventas, defensa de los derechos de los usuarios y consumidores, decisiones laborales, etc., que es tratada específicamente en otras normas jurídicas.

Es que "el fundamento teórico para acceder libremente a la información se basa en la naturaleza pública de la misma. Se trata de información relevante a la vida y a las decisiones que afectan a la comunidad en su conjunto. En general, este derecho se circunscribe a la información administrada por el Estado, pero puede incluir información privada de naturaleza pública; tales son los casos, por ejemplo, de información de empresas prestadoras de servicios públicos o de industrias riesgosas". (25)

Si bien la ley reglamentaria no indica con precisión a qué información se puede acceder, es indudable que cualquier dato existente en los organismos gubernamentales puede ser requerido por los parti-

culares. No importa, pues, de qué se trate la información, ni de quién emane, ni la forma en que la misma se encuentre.

Como bien lo explica Valentín Héctor Lorences (26), con carácter meramente enunciativo debe reconocerse el acceso directo e irrestricto a la siguiente información:

1. "El texto original y completo de toda ley, decreto, ordenanza, resolución y/o reglamento emanado de autoridad pública".

2. "Consulta de todo registro parlamentario, sea expresiones vertidas en el recinto, comisión, expedientes, documentación, antecedentes y toda otra información que complemente alguna de las resoluciones del punto anterior":

3. "Se debe dar una debida participación e información sobre la Ley de Presupuesto referida a las partidas que integran la misma, montos y fecha de remisión de las partidas dinerarias, estado de gastos y, en caso de que hubiere recuperado de fondos, estado del trámite y gestiones realizadas para ello. El acceso a la presente información tiene en mira tener el control permanente de las finanzas del Estado y el destino de los fondos":

4. "A todo trámite, sin importar el contenido del mismo, debiendo dar información adecuada y oportuna sobre el estado, radicación, tiempo de duración estimada y todo otro dato de interés al respecto".

5. "A todo archivo y registros, con las únicas limitaciones referidas a horarios de servicio".

6. "A declaraciones juradas patrimoniales de los funcionarios públicos".

7. "A la rendición de cuentas detallada referida al destino de toda suma dineraria percibida por un funcionario".

8. "A todos los registros que justificaron cualquier tipo de gasto público".

9. "A toda documentación, antecedentes, oposiciones y fundamentos que dieran motivo a la adjudicación de un contrato, concesión o similar".

10. "A todo contrato, a cualquier título, como así de la fórmula para la elección del cocontratante, fijación de los montos y modalidades de ejecución".

11. "A los antecedentes para el nombramiento y remoción de los funcionarios destacados en la Administración Pública".

12. "A la referida al estado presupuestario y a la gestión de toda repartición cuando se produzca el alejamiento, por cualquier razón, del funcionario a cargo".

Sin perjuicio de lo expuesto, entiendo que también debe posibilitarse el acceso a los particulares:

13.) A los legajos personales de los funcionarios del Poder Ejecutivo y Legislativo, como así también de los magistrados y demás funcionarios del Poder Judicial. (27) Considero que en este caso el funcionario no puede ampararse en el derecho a su intimidad por cuanto desde el mismo momento en que acepta ejercer un cargo determinado también se compromete a soportar la atención pública en todos los órdenes de su actividad. No es que desaparezca su derecho, pero la intimidad en estos casos queda limitada por razones de orden público, de interés general y por las características propias del sistema representativo y republicano.

14.) A los procedimientos judiciales (inclusive los penales) en cualquiera de sus etapas (sin perjuicio, claro está, de las excepciones razonables que pueda establecer la ley). En este sentido, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, en oportunidad de en-

tender un recurso interpuesto por un periodista contra una resolución que le denegó el acceso a un acto específico del procedimiento señaló que: "Retacear el derecho a informarse y a informar es ocultar al soberano, que es el pueblo, la manera con que los mandatarios ejecutan sus obligaciones legales y constitucionales; es impedir la crítica de la opinión pública, es menoscabar la vigilada responsabilidad con que los funcionarios cumplen sus diarias labores sabiéndose controlados y evaluados a través de los múltiples canales de comunicación ciudadana. El proceso penal que uno de los Poderes del Estado, el Judicial, instruye para la investigación y represión de los delitos, no es ajeno a las actividades transparentes que debe observar un gobierno responsable a la luz de la opinión de las gentes, es un genuino modo con que la Autoridad restaura la ley en el Estado de Derecho de cara al Pueblo... El honor, un bien jurídico de evidente importancia social, ante la eventual colisión de valores, debe abrir paso a otro de superior jerarquía institucional: la República (Constitución Provincial, art. 1º), que es acceso a la información, difusión y control de toda gestión gubernamental, así lo ha entendido en la Provincia el espíritu y la letra de la norma que lleva el n° 3.764 y así debe ser acatada". (28)

15.) A las sentencias dictadas por los jueces. Es que "en nuestro sistema constitucional, el Poder Judicial integra el gobierno de la Nación, y todos sus actos —sentencias, acordadas, etc. son actos gubernamentales sujetos a la regla de publicidad que impone la forma republicana de gobierno... Hay en tal caso un interés público comprometido: el derecho del titular del poder público —el pueblo- por conocer los actos oficiales de sus representantes en el ejercicio de ese poder. Si la publicidad de los actos gubernamentales es una de las características esenciales de un sistema republicano, mal se puede prohibir o cercenar la publicación de sentencias judiciales emanadas de los jueces a quienes el pueblo encomendó el ejercicio de la función de administrar justicia". (29)

16.) A toda información referida al impacto que puede causar sobre el ambiente las actividades públicas o privadas.

Es decir que "este derecho incluye el acceso a la documentación integrada por los expedientes públicos, minutas de reuniones, correspondencia, dictámenes técnicos, estudios científicos o a cualquier documentación financiada por los presupuestos públicos y todo aquello que mediante norma se instituya. Asimismo, abarca la información sobre políticas, programas, planes y proyectos sobre las diversas instancias de la toma de decisiones y de las instancias de participación pública que se establezcan". (30)

Y puede encontrarse en cualquier forma de expresión o soporte, ya que la ley no hace ninguna distinción en este sentido.

VII.- Excepciones al principio general.

El derecho de acceso a la información, empero, también admite restricciones.

Es que, como ya se señalara, si bien en principio el derecho de acceso a la información es general y de amplio espectro, como todo derecho, no es absoluto ni se puede utilizar en perjuicio de otros derechos o de intereses públicos superiores o igualmente justificables. (31)

Ahora bien: como se advierte de lo expuesto hasta aquí, "el acceso a la información pública es una exigencia a las autoridades y no una prerrogativa, por lo que la publicidad es la regla y el secreto, la excepción, el que deberá ser siempre aplicado con carácter restrictivo a fin de preservar los principios republicanos". (32)

Por ello, precisamente, en el caso "Claude Reyes vs. Chile", la Corte Interamericana de Derechos Humanos también consagró una serie de requisitos para que tales restricciones sean válidas, a saber (33):

1.) Deben estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. Dichas leyes de-

ben dictarse "por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".

2.) La restricción establecida por ley debe responder a un objetivo válido, esto es, para asegurar "el respeto a los derechos o a la reputación de los demás" o "la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

3.) Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.

Queda claro, entonces, que las limitaciones al principio de libre acceso deben ser mínimas y excepcionales, debiendo en consecuencia mediar razones especiales para autorizar las mismas, toda vez que el principio de "máxima divulgación (que debe regir a las autoridades estatales en una sociedad democrática)...establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones".

Además, ellas deben ser reglamentadas al máximo posible, para evitar que la información de interés público sea incorporada en alguna de dichas excepciones

De igual manera, debe tenerse presente que "corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos", pues en caso contrario y sin la observancia de tales límites se crearía "un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como secreta, reservada o confi-

dencial... (generándose) inseguridad jurídica respecto al ejercicio de dicho derecho y las facultades del Estado para restringirlo". (34)

La Ley I, N° 156, en este sentido, establece en su artículo 6° las excepciones legítimas al principio general del libre acceso o máxima divulgación.

Ellas son:

a.) *La documentación mencionada en el artículo 53° de la Constitución Provincial y las que hagan al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.* Los papeles privados, la correspondencia epistolar y las comunicaciones de cualquier especie no quedan alcanzados por el principio de libre acceso, pues su examen —justamente por ser privados— no entra en el ámbito de aplicación de la ley y sólo puede realizarse por orden judicial (art. 53 de la Constitución Provincial).

De igual manera, el acceso a la información reconocido como derecho no puede ser insensible a la existencia de otros derechos que también tienen raigambre constitucional y que, como el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen, merecen también protección.

Por ello la primera excepción versa sobre estos puntos:

b) *Toda documentación y antecedentes relacionados con información declarada secreta o reservada por ley o por resolución administrativa, fundada en razones de seguridad o salubridad pública.* "En estos casos se puede hablar de la existencia de información sensible del Estado, ya que éste actúa como representante colectivo y, como tal, encuentra que determina información afecta a (diversas) cuestiones... y por lo tanto merece un tratamiento especial". (35) La información puede referirse a temas de seguridad o salubridad pública, y debe tener la entidad suficiente para ser declarada secreta o reservada.

c) *Los sumarios administrativos, hasta la etapa de la formulación de los cargos por parte del instructor sumariante.* La reserva, en estos casos, es por

un plazo determinado y tiene su razón de ser en evitar el entorpecimiento de la investigación o que su conocimiento pueda llegar a frustrar la misma.

d.) Las actuaciones judiciales referentes a cuestiones de familia, menores y los sumarios penales en la etapa de su secreto. La protección de la intimidad personal y familiar, en estos tipos de procesos, exigen mantener la reserva de las actuaciones pertinentes.

En materia penal, empero, considero que el principio que debe regir es el de la publicidad. La publicidad de los juicios no es solamente una garantía esencial del debido proceso, sino también un principio general de derecho. La publicidad es un principio fundamental del procedimiento moderno, opuesto al secreto inquisitorial, que se establece como suprema garantía de los litigantes, de la averiguación de la verdad y de los fallos justos, y ella exige que la instrucción de las causas sean conocidas no solamente por las partes y los que intervienen en el proceso, sino de todos en general. La única excepción a tal principio la constituye el secreto de sumario, y ahí, justamente, es donde entiendo que apunta la norma.

Además, el art. 3º del decreto 486/93 exceptúa a la siguiente documentación:

e.) Informaciones relacionadas con la Seguridad Nacional y Provincial. En estos supuestos, empero, deberían siempre respetarse los "Principios de Johannesburgo", que establecen que toda restricción que se intente justificar por motivos de seguridad nacional no es legítima, a menos que su auténtico propósito y resultado demostrable sea para proteger la existencia de una nación o su integridad territorial frente al uso o amenaza de fuerza, o a su capacidad de respuesta al uso o amenaza de fuerza, ya sea de parte de una fuerza externa, como una amenaza militar, o una fuerza interna, como la incitación a un derrocamiento violento del gobierno. También señalan que, en particular, toda restricción que se intente justificar por motivos de seguridad nacional no es legítima si su auténtico propósito o resultado demos-

trable es para proteger intereses que no son los de la seguridad nacional como, por ejemplo, para proteger a un gobierno frente a un aprieto o a la revelación de malos manejos; ocultar información acerca del funcionamiento de sus instituciones públicas; establecer con firmeza una ideología particular; o para suprimir el malestar en la industria.

f.) Los actos y documentos preparatorios de Informes o Dictámenes que deben ser elevados a consideración de funcionarios con competencia en la materia.

g.) Los legajos personales de los agentes dependientes del Poder Ejecutivo y de las Autoridades Superiores y Fuera de Nivel, salvo que mediante autorización expresa de los mismos.

h.) Los legajos médicos de los agentes, Autoridades Superiores y Personal Fuera de Nivel, salvo autorización expresa del agente o funcionario.

En todos dos últimos casos se trata de preservar a la persona del funcionario fuera de su rol funcional.

i.) Los sumarios administrativos hasta la elaboración del dictamen a que hace alusión el artículo 117 del Anexo I del Decreto Ley 1510.

Asimismo, y sin perjuicio del principio general de su publicidad, la Ley I, N° 156 señala que los jueces y tribunales podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas las partes de las actuaciones judiciales, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, mediante resolución motivada en cada caso.

VIII.- Legitimación amplia para acceder a la información. Titularidad.

El derecho de solicitar el acceso, recibir y consultar datos e información pública, sin necesidad de invocar fundamento alguno, se reconoce a todos "los habitantes", aunque tal derecho también pertenece a las asociaciones. [\(36\)](#)

No es necesario explicar el motivo del requerimiento ni que exista una relación directa o inmediata con la cuestión que se investiga ("sin que sea necesario indicar las razones que motivaron el requerimiento", expresa textualmente el art. 2° de la Ley I, N° 156).

Es que se considera a tal información como un verdadero "bien social"[\(37\)](#) y de acceso incondicionado; por ende, resulta innecesario avenirse a fundar un interés particular o legítimo para acceder a la misma, o que la autoridad exija que exprese motivación o uso posterior de la información.

Basta, por lo tanto, habitar o ser parte de la comunidad de la Provincia del Chubut para poder hacerlo.

La solución es correcta. Es que, como decía BIDART CAMPOS, "los egoísmos, los reduccionismos, los antagonismos en materia de legitimación para obrar son capaces de desvirtuar al sistema de derechos y al sistema garantista, en la medida en que ni uno ni otro rindan el resultado a que están destinados... La desembocadura de los derechos y garantías... queda obturada si la legitimación... se vuelve indisponible...". [\(38\)](#)

El aserto es indiscutible; "en última instancia, la legitimación se remite a un punto de derecho sustancial por lo que, en cierta medida, negar legitimación equivale a negar el derecho". [\(39\)](#)

Además, "si la transparencia es una de las estrategias más eficaces de control del gobierno por parte de los particulares, no puede ser el mismo gobierno el que decida si brinda la información evaluando en cada caso con amplia discrecionalidad si existen buenas razones para brindar la información que se requiera. Por este motivo la información debe poder ser requerida por cualquier persona y no sólo por aquéllos que la Administración considere poseen la legitimación para ello". [\(40\)](#)

Queda claro, entonces, que el art. 2° de la Ley I, N° 156, al identificar en "todo habitante de la Provincia al legitimado activo", no hace "más que conferir un verdadero derecho no solo individual, sino además colectivo. Así redactado el precepto, solo las personas jurídicas y los habitantes de otras provincias se encuentran impedidos de ejercer tal prerrogativa, sin que deba distinguirse en la Provincia del Chubut entre extranjeros, nacionales y ciudadanos, ya que todos son habitantes a quienes se les reconoce por igual las libertades civiles y las garantías establecidas en los arts. 14, 16, 18 y 19 de la Constitución Nacional". [\(41\)](#)

IX.- Legitimación pasiva. Sujetos obligados a facilitar el acceso a la información pública.

"El sujeto pasivo es siempre el estado a través de sus órganos". [\(42\)](#)

Por eso, precisamente, todos los funcionarios públicos de cualquiera de los poderes del Estado Provincial y de las corporaciones municipales, como así también los de sus diferentes organismos, sean éstos autárquicos o descentralizados (arg. art. 1° de la Ley I, N° 156), son en principio los sujetos obligados a facilitar el acceso personal y directo a la documentación y antecedentes que se le requieran y que estén bajo su jurisdicción o tramitación.

Sin embargo, el artículo 17 de la Ley I, N° 156 expresa que los poderes del Estado Provincial y las Corporaciones Municipales, en el ámbito de sus respectivas competencias, tienen la obligación de dictar las normas que establezcan los regímenes de actuación y procedimientos y determinar las autoridades u organismos de aplicación de la ley, así como los responsables de efectuar las comunicaciones y facilitar el acceso a las fuentes de información.

Por lo tanto y de acuerdo con las normas que se han dictado hasta la fecha en el ámbito provincial, las autoridades de aplicación y

los sujetos pasivos encargados de cumplir con lo ordenado por la ley en comentario, en la actualidad, son los siguientes:

a.) El Presidente del Superior Tribunal de Justicia, el Procurador General, los Presidentes de las Cámaras de Apelaciones y Cámaras Criminales, los Fiscales y Defensores de Cámara, demás Magistrados a cargo de órganos jurisdiccionales unipersonales, funcionarios a cargo del Ministerio Público y Jueces de Paz, son la autoridad de aplicación con relación a los actos del Poder Judicial, mientras que los secretarios letrados del superior Tribunal de Justicia y de la Procuración General, los de las Cámaras, de Primera Instancia e Instrucción son los funcionarios encargados de hacer operativos los mandatos de la ley y diligenciar los informes escritos que se les solicitan, los que deben ser entregados previa autorización de la autoridad de aplicación (Resolución Administrativa N° 6711 S.A. del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut).

b.) En el ámbito del Poder Ejecutivo, si bien el decreto N° 486/93 establecía como autoridad de aplicación al Secretario General de la Gobernación, con la reforma de la Ley de Ministerios N° 5.074 se suprimió tal organismo y en su lugar se creó el Ministerio de Coordinación de Gabinete, estableciendo entre sus funciones la de entender en "la difusión de los actos de gobierno" (art. 8, inc. 14).

Por lo tanto y en base a ello, el Juzgado de Familia de Rawson n° 3 entendió que todo requerimiento debía ser presentado ante dicho Ministerio, que lo elevaría inmediatamente al responsable del área, quien debía facilitar el acceso personal y directo a la fuente de información en el plazo establecido para ello en el art. 3° de la Ley I, N° 156 (art. 2° del Dto. N° 486/93).

Sin embargo, la Cámara de Apelaciones de Trelew revocó este punto del fallo y señaló, en tal sentido, que "ya no hay —para bien o para mal, pero ese es el régimen vigente de 'lege lata'- funciones de enlace ni una única autoridad de aplicación, sino que sobre cada funcionario en su área, todos y cada uno, pesa el mencionado deber".

"Dictada una norma que estableció una nueva estructura ministerial y desaparecido el órgano antes legitimado pasivamente, se vuelve a la estructura de la Ley 3.764 y, entonces, sobre cada funcionario pesa el deber que ella establece, limitado en lo atinente al área de su competencia y a los datos y registros que tiene en custodia". (43)

X.- Procedimiento.

El trámite para requerir el acceso a los datos es muy sencillo, y la respuesta oficial muy rápida, ya que "todo funcionario que deba facilitar el acceso a las fuentes de información, deberá efectivizarlo dentro de los dos días hábiles de habersele formulado el requerimiento de acceso por cualquier medio, incluso verbal, debiendo en este último supuesto labrar acta o diligencia y entregar constancia al peticionante del requerimiento" (art. 2° de la Ley I, N° 156).

En cambio, si el requerimiento de información escrito se relaciona con la identificación de fuentes de información pública, el funcionario responsable debe expedirse dentro del término de diez días hábiles de efectuada la solicitud.

La petición de la información es totalmente gratuita, pero en los casos en que el solicitante requiera copias y/o la reproducción por cualquier medio de la documentación y antecedentes sobre los que solicitara acceso, las mismas siempre serán a su exclusiva costa (art. 4° de la Ley I, n° 156).

De esta manera, queda claro que sólo se le puede exigir al solicitante que reembolse los gastos vinculados con los recursos utilizados para la entrega de la información solicitada. (44)

Los montos que cada organismo establezca para ello, lógicamente, no podrán implicar un menoscabo al ejercicio del derecho conferido.(45) Es decir, deben ser razonables.

El plazo para que el funcionario público requerido cumpla con su deber —como vimos— es de dos días hábiles (entendiéndose por tales los de efectiva labor pública), el que comienza a contarse a partir de la fecha del requerimiento.

De la redacción de la ley surge cabalmente la obligación de aquél de responder al pedido.

La respuesta, por lo general, contendrá la información requerida. Sin embargo, ello "no significa obligación de dar (siempre) una respuesta en sentido afirmativo". "No implica el derecho de obtener lo peticionado pero sí una respuesta, aunque sea negativa". (46)

El funcionario, pues, podrá negar la información si no cuenta con las fuentes de información o si considera que el pedido queda comprendido dentro de las excepciones previstas por la ley.

Sin embargo y como ya se señalara, toda interpretación en este sentido debe ser restrictiva, ya que en el tema que nos ocupa rige el principio de "máxima divulgación" (47) y, por lo tanto, la negativa de información debe ser excepcional.

No puede tratarse, lógicamente, de una negativa genérica, sino que debe estar debidamente fundada. La fundamentación denegatoria deberá contener la disposición que la sustenta, lo que implica la cita de alguna de las hipótesis contenidas en el art. 5° ("excepciones al principio general") o la individualización de una ley que en forma específica la prohíba.

Ahora bien: entre los modos habituales de impedir el acceso a la información, se encuentra el de negarla a través de la dilación u omisión de la respuesta.

Por este motivo y con la finalidad de cerrar todos los posibles caminos de evasión, el artículo 3° "in fine" de la Ley I, N° 156 indica que si el funcionario público no se expidiere en relación con la solici-

tud que se le formula o no facilitare el acceso a las fuentes de información en los plazos establecidos en la ley, se entiende que media denegatoria tácita (48), quedando por ende expedita para el peticionante la acción de amparo que prevé el art. 7° de la Ley I, N° 156 para lograr la información requerida.

"Se trata así de evitar el estado de indefensión en que quedaría el particular frente a la inactividad de la Administración, ya que (de lo contrario) éste se encontraría imposibilitado de recurrir contra un no accionar carente de contenido". (49)

De igual manera, también debe reputarse como un accionar denegatorio el supuesto de información incompleta, ambigua, arbitrariamente parcial o desactualizada.

XI.- Responsabilidades del funcionario público encargado de facilitar el acceso a la información pública.

Tanto la Constitución de la Provincia del Chubut (art. 13) como la Ley I, N° 156 (art. 6°) consideran que "incurren en falta grave" los funcionarios públicos y/o los agentes responsables de los tres poderes del Estado Provincial y de las Corporaciones Municipales, que en forma arbitraria e infundada no facilitaren el acceso del particular a la información solicitada o la suministrare en forma incompleta u obstaculizare el cumplimiento de los objetivos de la ley.

Tal circunstancia, pues, debe ser tenida muy en cuenta en el sumario, jury de enjuiciamiento y/o en cualquier otro procedimiento que se realice con motivo de tal denegatoria.

XII.- La acción de amparo de la Ley I, N° 156.

Recordaba en otro de mis trabajos (50) que la sola circunstancia que los derechos se encuentren expresados en una norma legal no significa que tengan plena vigencia en la realidad, ya que en definitiva la real operatividad de los mismos depende de la existencia de medios

adecuados que los hagan efectivos cuando su titular los vea amenazados, restringidos o lesionados.

Ya lo decía HART: "Los derechos no valen sino lo que valen sus garantías". (51)

La realidad concreta de los derechos, pues, está condicionada por la existencia de garantías efectivas de su ejercicio.

Precisamente por ello la Ley I, N° 156 consagra un procedimiento sumarísimo para reclamar la protección del derecho ante la justicia, disponiendo textualmente en su artículo 7° que "en caso de denegatoria expresa o tácita de la información por parte del funcionario responsable de facilitar la misma, el afectado puede interponer una acción de amparo".

Se trata, en la terminología de SAGÜES, de un "subtipo de amparo"(52), de un remedio específico para pretende evitar el incumplimiento de la ley.

Constituye, asimismo, la acción exigida por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha expresado que ante la denegatoria de información bajo el control estatal, debía garantizarse un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo (tomando en cuenta que la celeridad en la entrega de la información es indispensable en esta materia) que permitiese determinar si se produjo la vulneración del derecho del solicitante de la información y, en su caso, se ordene al órgano correspondiente la entrega de la misma. (53)

En consecuencia, si una vez presentado el requerimiento y cumplido el plazo estipulado en la ley (dos días) la demanda de información no se hubiera satisfecho o la respuesta a la requisitoria hubiese sido ambigua o parcial, debe considerarse que existe negativa en brindarla, quedando abierta y expedita la vía judicial indicada. (54)

Como puede apreciarse fácilmente, este amparo especial no exige más requisitos que la denegatoria de la información solicitada, siendo tal circunstancia por ende suficiente para la procedencia formal del mismo. (55)

No se requiere cumplir, entonces, con los demás requisitos de admisibilidad previstos para este tipo de acciones (en especial, los genéricos que instituye la Ley V, N° 84).

Es que, como bien lo expresó la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de Trelew, "para el supuesto de denegatoria de acceso a las fuentes de información el legislador remitió directamente al afectado a la vía del amparo y del mandamiento de ejecución (art. 54 y 58 de la Constitución Provincial); no se trata entonces de una vía excepcional para cuyo ingreso es menester demostrar la ineficacia de las ordinarias, sino que es la específica establecida por la ley, a la que el interesado tiene paso franco inmediato a poco que concurran los presupuestos de legitimación activa y pasiva y su presentación satisfaga los extremos formales. Lo propio acontece con la individualización del daño actual o inminente a sus derechos; si al requirente del acceso a las fuentes de información no le es necesario siquiera indicar las razones de su petición, mal cabría exigirle que patentizara el daño que le devendría de la denegatoria. Es evidente que el legislador optó por aliviar los requisitos de esta especie del género amparo en cuanto lo consagró en protección de un derecho del habitante estratégico para el pleno desenvolvimiento del régimen democrático". "La ley 3764 apartó este amparo de las previsiones genéricas... En suma, el legislador de la ley 3764, acertado o no, amenguó la carga procesal del amparista en este particular tipo de amparo, al consagrar una legitimación activa amplísima y una aminoración de requisitos formales muy tangible. No se requiere de grandes dotes para advertir que esa decisión debe haber obedecido a una ponderación muy elevada hecha por el legislador del bien protegido por esa norma. No cabe entonces aplicar a este caso las cortapisas que sí serían aplicables a los amparos genéricos". (56)

Tampoco es necesario el previo agotamiento de las vías administrativas, "máxime cuando el art. 5 de la (Ley V, N° 84) no supedita la procedibilidad de dicha acción a la inexistencia de vías administrativas, sino a que exista otro medio judicial más idóneo que permita obtener el mismo efecto en igual o menor lapso". (57)

La presentación judicial ante la negativa a suministrar la información, entonces, consolida el ejercicio de este derecho.

En su tramitación, lógicamente, el estado o el funcionario demandado podrá oponer "hechos extintivos, impeditivos y modificatorios a su progreso, aunque si la postura defensiva estriba en la invocación de un hecho impeditivo, este sólo puede fundarse expresamente en la ley, como medio para asegurar que el acceso a la información pública no quede al arbitrio del poder público". (58)

XIII.- Final.

"El derecho de acceso a la información importa un reconocimiento formal de la aptitud de toda persona de buscar, requerir y recibir información pública certera sobre una muy variada clase de cuestiones que se encuentren en todo tipo de archivos gubernamentales , y que se refieren a la actividad funcional de los distintos poderes del Estado y/o de aquellos entes públicos, privados o mixtos donde existen intereses públicos comprometidos; todo ello de conformidad a la publicidad de los actos de gobierno. No es republicana la sociedad, ni democrático el gobierno, que no ofrecen un sistema expedito, libre y gratuito al ciudadano para el acceso a la información". (59)

(1) MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis: "Defensa del consumidor. Ley 24.240", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, pág. 78.

(2) LAVALLE COBO, Dolores: "Un nuevo avance jurisprudencial en derecho de acceso a la información pública", en LA LEY del 12 de agosto de 2005, pág. 3.

(3) El derecho a la información se encuentra reconocido implícitamente en varias normas de la Constitución Nacional: "en el art. 1º, que establece la forma republicana de gobierno; en el art. 14, donde se reconoce el derecho de peticionar a las autoridades; en el art. 33, que establece derechos implícitos, y en los arts. 39 y 40, que incorporan los mecanismos de democracia participativa, ficticios sin el acceso a la información por parte de la ciudadanía. De manera expresa, está receptado en los arts. 38, que dispone que a los partidos políticos se les garantiza el acceso a la información pública...; 41, que (establece) que las autoridades proveerán a la información y educación ambientales; 42, que consagra el derecho de usuarios y consumidores a una información adecuada y veraz y 43, que garantiza que toda persona podrá interponer la acción de hábeas data para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que obren en registro o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes" (conf. Juzgado de Primera Instancia de Familia N° 3 de Rawson, in re: "Urbano, Fernando c/. Ministro de Gobierno y Justicia de la Provincia del Chubut Máximo Perez Catan s/ amparo" (Expte. N° 627/09), sentencia del mes de noviembre de 2009). Ver, también, el art. 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone que "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección". Es oportuno destacar que los derechos reconocidos en la Convención tienen jerarquía constitucional y "deben entenderse complementarios de los derechos y garantías" reconocidas en el texto constitucional (conf. art. 75, inc. 22 de la Const. Nac.). También hay que tener en cuenta, en esta materia, las leyes de presupuestos mínimos en materia ambiental n° 25.675

(Ley General del Ambiente) y n° 25.831 (Ley de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental), así como el Decreto n° 1.172/03 del Poder Ejecutivo Nacional. Sin embargo, si bien estas normas regulan el derecho de acceso a la información pública, lo hacen de manera parcializada, ya que mientras las dos primeras lo hacen estrictamente respecto de la temática ambiental, el último sólo alcanza a la información pública proveniente de la Administración Pública Nacional.

(4) Sobre este punto, ver el excelente análisis que efectúa Marcela I. BESTERRA en "El derecho fundamental de acceso a la información pública", Ed. LexisNexis, Bs.As., 2006, pág. 2 y siguientes.

(5) En igual sentido ver Juzg. de 1ª Instancia en lo Cont. Adm. Federal N° 8, "Monner Sans, Ricardo c/. Estado Nacional s/ amparo ley 16.986", Expte. N° 14.726/04, sentencia de fecha 11 de mayo de 2005, publicada en EIDial N° 1786.

(6) Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), "La información como herramienta para la protección de los derechos humanos", 2004, p. 11. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el hábeas data, toda vez que —como bien lo señala FALCÓN- este amparo específico tiene por objeto, en primer lugar, permitir que una persona acceda al conocimiento de la totalidad de los datos obrantes en el registro a ella referidos para controlar los mismos y a fin de saber su finalidad y los destinatarios de la información y, en caso de que esos datos sean erróneos, falsos, incorrectos, incompletos, desactualizados o utilizados con fines discriminatorios o difundidos a terceros cuando por su naturaleza o forma de obtención deban ser confidenciales, recién ahí se puede solicitar su rectificación, actualización, supresión o confidencialidad. "Se trata de la regulación de dos pretensiones sucesivas y secuenciales, una subsidiaria de la otra, la primera de información y la segunda de conocimiento y ejecución" (Falcon, Enrique: "Hábeas Data. Concepto y procedimiento", Abeledo-Perrot, Bs.As., 1996, p. 24.

(7) ROJO VIVOT, Alejandro y WORMAN, Guillermo: "El acceso a la información en la Patagonia Argentina", en Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN): "El acceso a la información pública en la Patagonia Argentina", Bs.As., 2006, pág. 15.

(8) CIDH, caso "Claude Reyes y otros vs. Chile, sentencia de fecha 19 de septiembre de 2006, párrafos 86 y 87.

(9) SABSAY, Daniel Alberto, presentación del libro "El acceso a la información pública en la Patagonia Argentina".

(10) Juzgado Nac. 1ª Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 1, in re: "Grupo Clarín SA y otros c/. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa", Expte. N° 119/2010, sentencia de fecha 14 de diciembre de 2012.

(11) Ver su voto en in re: Cám. Apel. Noreste Chubut, Trelew, Sala A, febrero de 2009, "U.F. c/. M. de C. de G. de la P. del Ch. P.K. s/. amparo" (Expte. N° 63-2009), sentencia definitiva 05/09. Ver, también, LOPEZ MESA, Marcelo J. y PASARIN, Carolina A.: "El territorio de la antijuridicidad en la Provincia de la responsabilidad civil (Profundizando algunas ideas sobre la antijuridicidad como presupuesto (inexcusable) de la responsabilidad civil, publicado en <http://www.acader.org.ar/doctrina/derecho-civil>).

(12) Cám. Apel. Noreste Chubut, Trelew, Sala A, febrero de 2009, "U.F. c/. M. de C. de G. de la P. del Ch. P.K. s/ amparo" (Expte. N° 63-2009), sentencia definitiva 05/09.

(13) Juzgado de Primera Instancia de Familia N° 3 de Rawson, in re: "Urbano, Fernando c/. Ministro de Gobierno y Justicia de la Provincia del Chubut Máximo Perez Catan s/ amparo" (Expte. N° 627/09), sentencia del mes de noviembre de 2009.

(14) Cám. Apel Noreste Chubut, Trelew, Sala B, noviembre de 2009, "U.,F. c/. Ministerio de Gobierno y Justicia s/ mandamiento de ejecución (Expte. N° 645-2009), sentencia definitiva 39/09.

(15) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Claude Reyes y otros vs. Chile, sentencia de fecha 19 de septiembre de 2006.

(16) CIDH (Opinión Consultiva OC-85 del 13 de noviembre de 1985, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, voto concurrente del Juez Rodolfo E. Piza Escalante), citado por COLLAUTI, Carlos E.: "El Pacto de San José de Costa Rica. Protección a los Derechos Humanos", Lerner, Bs.As., 1989, p. 75.

(17) DWORKIN, Roland: "Los derechos en serio", Ed. Ariel, 1984, pág. 296.

(18) C.S.J.N., Fallos 308:581.

(19) CNCont.Adm. Federal, Sala V, 18/10/2008, "Morales, Gerardo Rubén y otro c/. Estado Nacional — Ministerio de Economía.

(20) PIERINI, Alicia y LORENCES, Valentín: "Derecho de acceso a la información. Por una democracia con efectivo control ciudadano", Ed. Universidad, Bs.As., 1999, págs. 32 y 33.

(21) Conf., al respecto, VALLEFÍN, Carlos A.: "El acceso a la información pública. Una introducción", Ed. Ad. Hoc, 1ª edición, Bs.As., 2009, pág. 64.

(22) Conf. GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás: "Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut", T.I, Ed. FB, Esquel (Chubut), 2002, pág. 64.

(23) C.S.J.N., "Municipalidad de Rosario c/. Provincia de Santa Fé", en J.A. 1991-III-56.

(24) Juzgado de Primera Instancia de Familia N° 3 de Rawson, in re: "Urbano, Fernando c/. Ministro de Gobierno y Justicia de la Provincia del Chubut Máximo Perez Catan s/ amparo" (Expte. N° 627/09), sentencia del mes de noviembre de 2009 y CNCont.Adm. Federal, Sala V, 18/10/2007, "Morales, Gerardo Rubén y otro c/. Estado Nacional — Ministerio de Economía", en L.L. 2008-E-272. Sin embargo, debe hacerse una distinción conceptual: el libre acceso a la información no es el equivalente a la "publicidad de los actos de gobierno". "Este es uno de los principios básicos del sistema republicano y su contenido está dado por la obligación del Estado de dar a conocer sus propias decisiones: leyes, reglamentos, resoluciones, etc. El libre acceso a la información, en cambio, es el derecho de cualquier persona a acceder a la información pública seleccionada por el interesado" (conf. NÁPOLI, Andrés M.: "La regulación del acceso a la información pública ambiental en la Argentina", en en Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN): "El acceso a la información pública en la Patagonia Argentina", Bs.As., 2006, pág. 33).

(25) NÁPOLI, Andrés M.: "La regulación del acceso a la información pública ambiental en la Argentina", en en Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN): "El acceso a la información pública en la Patagonia Argentina", Bs.As., 2006, pág. 33. En los casos de organizaciones no estatales que manejan recursos públicos (por ejemplo subsidios) o las concesionarias o licenciatarias de servicios públicos, "éstas deben proveer información respecto de los fondos o el tipo de vinculación que mantienen con el Estado" (conf. ALONSO, Laura:

"Una ley de acceso a la información pública", en LL Actualidad, 29 de junio de 2010, pág. 1).

(26) LORENCES, Valentín Héctor: "Derecho al libre acceso a la información. "El pueblo tiene derecho a saber de qué se trata"", en La Ley Actualidad del día 10 de diciembre de 1998, pág. 1.

(27) No obstante, la resolución n° 103/92 de la Honorable Legislatura de la Provincia del Chubut exceptuó del libre acceso de los particulares a "los legajos personales de los agentes dependientes del Poder Legislativo y de los señores Diputados, salvo que medie autorización expresa del interesado". El Dto. N° 486 hizo lo propio respecto de los legajos del personal del Poder Ejecutivo, de las Autoridades Superiores y del personal fuera de nivel.

(28) Sentencia n° 164 del año 1995 de fecha 12 de setiembre de 1995: "Informe remitido por la Sra. Presidente de la Excma. Cámara Criminal de Esquel s/. Diario Crónica" (Expte. n° 15.166-1-1995, Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut). Este fallo, por la importancia del tema, fue comentado en el Diario "La Nación" del 18 de setiembre de 1995, pág. 10 ("Fallo favorable a un periodista en Chubut").

(29) BADENI, Gregorio: "Libertad de Prensa", op.cit., pág. 446/7.

(30) NÁPOLI, Andrés M.: "La regulación del acceso a la información pública ambiental en la Argentina", en Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN): "El acceso a la información pública en la Patagonia Argentina", Bs.As., 2006, pág. 34. Ver, también, DI PAOLA, María Eugenia y OLIVER, Fabiana: "Autonomía municipal y participación pública. Propuestas para la Provincia de Buenos Aires", Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), Bs.As., 2002, pág. 21.

(31) En la Resolución AG/RES 1932 (XXXIII-O/03), la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos reconoció que "la meta de lograr una ciudadanía informada en ocasiones debe compatibilizarse con otros objetivos de bien común tales como la seguridad nacional, el orden público y la protección de la privacidad de las personas, conforme a las leyes adoptadas a tal efecto" e instó a los Estados miembros "a que tengan presente los principios de acceso

a la información al momento de elaborar y adaptar su legislación en materia de seguridad nacional."

(32) LAVALLE COBO, Dolores: "Un nuevo avance jurisprudencial en derecho de acceso a la información pública", en L.L. 2005-D-847. En igual sentido ver STJ Río Negro, "L.N.R. s/ mandamus", Expte. N° 1601/01 STJ, 29 de agosto de 2001 y DELUCCHI, María Belén y GALLEGO, Richar F.: "El acceso a la información pública en la Provincia de Río Negro".

(33) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Claude Reyes y otros vs. Chile, sentencia de fecha 19 de septiembre de 2006.

(34) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Claude Reyes y otros vs. Chile, sentencia de fecha 19 de septiembre de 2006.

(35) PIERINI, Alicia y LORENCES, Valentín: "Derecho de acceso a la información. Por una democracia con efectivo control ciudadano", Ed. Universidad, Bs.As., 1999, pág. 166.

(36) Cám. Apel Noreste Chubut, Trelew, Sala B, noviembre de 2009, "U., F. c/. Ministerio de Gobierno y Justicia s/ mandamiento de ejecución (Expte. N° 645-2009), sentencia definitiva 39/09.

(37) Así lo caracteriza, por ejemplo, el art. 46 de la Constitución de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Y ello es así porque tal información tiene una evidente importancia social, científica, política y económica.

(38) BIDART CAMPOS, Germán: "El acceso a la justicia. El proceso y la legitimación", en AA.VV.: "La legitimación", libro homenaje a Lino Palacio, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1996, pág. 18.

(39) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la Ley 25.675, Ley general del ambiente (LGA)", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2006, pág. 21.

(40) Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), "La información como herramienta para la protección de los derechos humanos", 2004, pág. 60.

(41) Juzgado de Familia n° 3 de Rawson, "U.F. c/. Ministro de Coordinación de Gabinete de la Provincia del Chubut Cr. P.K. s/.

amparo", Expte. N° 1968/08 y sus acumulados, sentencia de febrero de 2009.

(42) Cám. Apel Noreste Chubut, Trelew, Sala B, noviembre de 2009, "U., F. c/. Ministerio de Gobierno y Justicia s/ mandamiento de ejecución (Expte. N° 645-2009), sentencia definitiva 39/09.

(43) Cám. Apel Noreste Chubut, Trelew, Sala B, noviembre de 2009, "U., F. c/. Ministerio de Gobierno y Justicia s/ mandamiento de ejecución (Expte. N° 645-2009), sentencia definitiva 39/09.

(44) Como bien lo señaló el Juzgado de Familia n° 3 de Rawson, "sólo si (media) requerimiento de copias y/o reproducción de la misma por cualquier medio, el (funcionario queda) facultado para exigir el previo pago de su costo como condición para proporcionarla" (Juzg. Familia n° 3 de Rawson, "U.F c/. Ministerio de Gobierno, Trabajo y Justicia de la Provincia del Chubut, M.C. s/ amparo", Expte. 219/2010, sentencia de abril de 2010).

(45) NÁPOLI, Andrés M.: "La regulación del acceso a la información pública ambiental en la Argentina", en en Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN): "El acceso a la información pública en la Patagonia Argentina", Bs.As., 2006, pág. 37.

(46) Cám. Apel Noreste Chubut, Trelew, Sala B, noviembre de 2009, "U., F. c/. Ministerio de Gobierno y Justicia s/ mandamiento de ejecución (Expte. N° 645-2009), sentencia definitiva 39/09; GELLI, María Angélica: "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", 3ª. edición, Ed. La Ley, 2006, pág. 25.

(47) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Claude Reyes y otros vs. Chile, sentencia de fecha 19 de septiembre de 2006.

(48) "La denegatoria tácita queda configurada cuando aquél no se expide en relación con la solicitud que se le formula. El precepto legal citado confiere a ese silencio del funcionario responsable un efecto negativo, dado que transcurrido el plazo de dos días sin que se pronuncie, el interesado tiene el derecho de considerar producida una denegación tácita suficiente para acudir a la vía de amparo" (Juzg. Familia n° 3 de Rawson, in re: "R.F. c/. Secretaría de Trabajo de la Provincia del Chubut s/ amparo", Expte. N° 810/2011, sentencia de noviembre de 2011).

(49) Juzg. de Familia n° 3 de Rawson, in re: "R.F. c/. Secretaría de Trabajo de la Provincia del Chubut s/. amparo", Expte. N° 810/2011, sentencia de noviembre de 2011; S.C.Bs.As., 21/5/2008, "De Grazia, José c/. Municipalidad de La Matanza s/. demanda contencioso administrativa", Juba, sum. B95365.

(50) GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás: "El amparo en la Provincia del Chubut", Ed. FB, Esquel (Chubut), 2012, pág. 15.

(51) HART, H.L.A.: "El concepto de Derecho", traducción de Genaro Carrió, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1968.

(52) SAGÜES, Néstor P.: "Acción de amparo. Derecho Procesal Constitucional", T. 3, 5ª edición actualizada y ampliada, primera reimpresión, Ed. Astrea, Bs.As., 2009.

(53) C.I.D.H., caso "Claude Reyes vs. Chile", sentencia de fecha 19 de septiembre de 2006. Serie C N° 151, párr. 137).

(54) Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), "La información como herramienta para la protección de los derechos humanos", 2004, pág. 64.

(55) GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás: "Un caso de aplicación de la ley de libre acceso a las fuentes de información y publicidad de los actos de gobierno", en el Boletín Judicial del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, Año III, n° 16, julio/octubre 1996, págs. 19 a 28.

(56) Cám. Apel. Noreste Chubut, Trelew, Sala A, febrero de 2009, "U.F. c/. M. de C. de G. de la P. del Ch. P.K. s/. amparo" (Expte. N° 63-2009), sentencia definitiva 05/09.

(57) Juzgado de Primera Instancia de Familia N° 3 de Rawson, in re: "Urbano, Fernando c/. Ministro de Gobierno y Justicia de la Provincia del Chubut Máximo Perez Catan s/. amparo" (Expte. N° 627/09), sentencia del mes de noviembre de 2009.

(58) Juzgado de Primera Instancia de Familia N° 3 de Rawson, in re: "Urbano, Fernando c/. Ministro de Gobierno y Justicia de la Provincia del Chubut Máximo Perez Catan s/. amparo" (Expte. N° 627/09), sentencia del mes de noviembre de 2009.

(59) PIERINI, Alicia y LORENCES, Valentín: "Derecho de acceso a la información. Por una democracia con efectivo control ciudadano", Ed. Universidad, Bs.As., 1999, pág. 21.

Las medidas cautelares en el proceso de amparo

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: LLPatagonia 2013 (agosto), 1067

Cita Online: AR/DOC/3031/2013

[Consultado el 13/02/2020]

Sumario

I. Introducción. II. Requisitos. III. Las medidas cautelares en el amparo. IV. Coincidencia de la medida cautelar con el objeto de la pretensión principal. V. La recurribilidad de las medidas cautelares en el amparo. VI. Concesión del recurso de apelación en el proceso de amparo. Efectos. VII. Consecuencias de los efectos en la concesión del recurso contra una medida cautelar

I.- Introducción.

Para llegar a la sentencia y obtener, así, el resultado esperado, el actor debe transitar diversas etapas procesales.

Sin embargo, en determinados casos ese tránsito inevitable para sustanciar la causa puede afectar la finalidad perseguida por el amparo, ya que el tiempo indispensable para arribar a esa solución final puede tornar ilusorios los derechos de quien lo solicita.

Precisamente por esto, es decir, para evitar que el tiempo puede producir efectos nocivos dentro del proceso y "que la justicia se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como los guardias de la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde" (1), las legislaciones que regulan el

juicio de amparo disponen expresamente que el accionante puede solicitar una medida cautelar y, en tal caso, que las mismas pueden ser ordenadas por el juez aún antes de notificarse la acción o de darse a publicidad la misma, fijando en su caso una cautela juratoria o real según corresponda.

Las medidas cautelares, como se sabe, son actos procesales que se adoptan antes de deducida la demanda o después de ello, para asegurar bienes o mantener situaciones de hecho existentes al tiempo de aquélla y con el objeto de preservar el cumplimiento de la sentencia que, en definitiva, recaiga sobre el proceso. (2) Se decretan "*inaudita parte*" (o sea, sin darle intervención a la otra parte); son accesorias e instrumentales (es decir, no tienen un fin en sí mismas sino que constituyen un accesorio de otro proceso principal del cual dependen y a su vez aseguran el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse); se hacen efectivas antes del proceso principal, y son provisionales (pueden ser mutadas atendiendo a las variaciones o a la insubsistencia de las circunstancias sobre cuya base se decretaron, como asimismo, a su restablecimiento, en consonancia con nuevos elementos de juicio que se aporten, pues la providencia que las decreta no es alcanzada por los efectos de la cosa juzgada material, es decir, no causan instancia, pueden ser sustituidas por otras, ampliadas, revocadas o disminuidas en cualquier momento luego de la petición correspondiente y examen de la cuestión por parte del juez) (3).

La idea de la función cautelar, pues, "va añadida a actuar anticipadamente cuando se vislumbra un peligro, y en ese estado si el objeto del proceso se modifica, se opera una suerte de transformación. Por lo tanto la función precautelar sirve para encaminar las acciones impidiendo que el objeto del proceso se modifique". (4)

Y si esto es así en todos los procesos, con mayor razón lo es en el amparo, dado que "cuando de la acción de amparo se trata, los despachos cautelares se tornan tan necesarios en la práctica que el no requerirlos o el no obtenerlos, directamente hace devenir el proceso en un continente hueco y carente de sentido". (5)

II.- Requisitos.

Son requisitos básicos de las medidas cautelares, en general, los siguientes:

a) *Verosimilitud del derecho*, esto es, la posibilidad razonable de que el derecho exista, o sea, la existencia de una apariencia del derecho que ampare las pretensiones del accionante.

En materia de amparo, empero, "la verosimilitud del derecho no se cumple con la sola consideración a priori de que le pudiese asistir razón al peticionante, sino que es necesario que esa razón pueda tener acogida por la vía impetrada, ya que si la acción intentada no es pertinente implícitamente haya carencia de jurisdicción para conocer en ésta". (6)

b) *Peligro en la demora*: "El peligro en la demora constituye la razón de ser jurídica y de hecho en esta materia, que se consustancia con ellas". (7) Se exige, pues, "la probabilidad de que la tutela jurídica *definitiva* que la actora aguarda pueda frustrarse en los hechos, porque, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes, de acuerdo al juicio objetivo de una persona razonable". (8)

c) *Contracautela*: La efectivización de la medida cautelar exige que la parte que la requiera preste una contracautela por las costas y los daños y perjuicios que pudiera ocasionar en caso de haberla pedido sin derecho.

Su propósito es el de obrar de garantía para asegurar la eventual responsabilidad y cubrir los eventuales daños emergentes del indebido pedimento de la medida precautoria.

Conforme las distintas legislaciones, esta cautela puede ser juratoria o real, según corresponda.

Sin embargo, si se trata de un amparo ambiental, se ha dicho que, por aplicación del art. 32 de la Ley General del Ambiente n° 25.675, la contracautela debe ser juratoria. (9)

III.- Las medidas cautelares en el amparo (10)

Ahora bien: no obstante que, como vimos, las leyes que reglamentan la acción de amparo permiten -por lo general- requerir el dictado de medidas cautelares en este tipo de procesos, "tanto los severos presupuestos de admisibilidad y procedencia...como igualmente el carácter subsidiario del amparo restringen el juego de aquéllas". (11)

Por consiguiente y a diferencia de lo que sucede en otros tipos de causas, en las cuales el otorgamiento de este tipo de medidas debe interpretarse con criterio amplio, en el amparo "rige el principio contrario". (12)

Inclusive, "la restricción para la evaluación de los recaudos exigidos legalmente deben ser aún mayor cuando se está frente a un acto emanado del Estado" (13), toda vez que ellos gozan de la presunción de legitimidad y, por ende, tienen fuerza ejecutoria. Es que no es dable pensar que el Estado, creador y guardián del orden jurídico, pueda dictar leyes y/o actos violatorios de ese orden jurídico.

Además, tampoco debe olvidarse que en estos casos la parte que obtiene la medida cautelar "gana" una posición de hecho antes del litigio y se ve altamente beneficiada con la medida (generalmente de "no innovar") dispuesta por el juez, pudiendo consolidar situaciones de hecho injustas, lo que también determina -desde otra perspectiva- que ellas deban otorgarse con carácter restrictivo.

Las medidas cautelares más corrientes en el amparo -lo que no quiere decir que sean las únicas- son tres: la medida cautelar de no innovar; la medida innovativa, y la suspensión del acto administrativo.

a) *La medida de "no innovar"* (14): Mediante este tipo de medida "se ordena a una de las partes que se abstenga de alterar mientras dura el proceso la situación de hecho o de derecho existente en un momento determinado". (15)

Es decir que en estos casos el juez dispone, de modo cautelar, que el conflicto no cambie durante la tramitación del proceso, que quede inmovilizado, por precaución, hasta que resuelva. Es un acto conservatorio de lo que las partes han hecho, no interviene ni modifica, sólo congela lo actuado en previsión de que se siga haciendo algo disvalioso. Se inmoviliza la situación porque de seguir su curso normal, es previsible que se produzca o agrave un daño. Busca, por ende, mantener el "status quo" entre las partes durante el desarrollo del proceso.

La prohibición de innovar, pues, es "una medida cautelar de carácter inhibitorio destinada a operar -mediante una orden judicial al respecto- sobre las personas enfrentadas en un litigio, con el objeto de evitar que antes que por sentencia se declare el derecho de las partes, alguna de ellas altere unilateralmente un determinado status quo sin cuyo mantenimiento la decisión que se logre pueda resultar inadecuada para la solución del conflicto, o ineficaz, abstracta o imposible de cumplimiento". (16)

Esta figura tiene su fundamento en los principios procesales que regulan la igualdad de las partes y el deber de actuar con buena fe, y exige como presupuestos esenciales -además los requisitos genéricos- que la innovación se dirija contra la cosa litigiosa o contra el derecho subjetivo sustancial o material objeto de la *litis*; que la innovación se haga en perjuicio del actor; que tenga lugar pendiente el litigio, y que infrinja el principio de igualdad ante la ley. (17)

b) *La medida cautelar "innovativa"*: La medida cautelar innovativa "es una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de

libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico. Dicha diligencia cautelar -a diferencia de la mayoría de las otras- no afecta la libre disposición de bienes, ni dispone que se mantenga el status quo. Va más allá, ordenando -sin que concurra sentencia firme de mérito- que alguien haga algo o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente". (18)

Es decir que, a la inversa de lo que ocurre con la "prohibición de innovar", en la medida cautelar innovativa la frustración o compromiso del resultado del proceso principal se operaría si no se dispone cierto cambio en el estado de cosas imperante, lo que requiere su modificación anticipada.

Esta medida, pues, consiste en obtener un despacho judicial que modifique provisoriamente una situación de hecho o sus consecuencias jurídicas, siempre que estén relacionadas con el objeto litigioso, ordenando al destinatario que deje de hacer algo -cambie- o retrotraiga sus efectos de lo ya hecho, en perjuicio de su contraria. También puede consistir en hacer nacer una nueva situación distinta a la existente. (19)

Ahora bien: como altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo del dictado, la medida cautelar innovativa es una decisión excepcional. Por lo tanto, nuestros tribunales provinciales han señalado que para su procedencia es necesaria no sólo la acreditación de la presencia de los recaudos comunes exigidos para la admisibilidad de cualquier medida cautelar, sino también "que exista un posible daño irreparable, arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, y no se vea perjudicado el interés público". (20)

En determinados casos, inclusive, puede configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa. Es que, como bien lo explica BARACAT, "eventualmente puede ir más lejos ordenando, sin que medie sentencia firme, que alguien haga algo

o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente... Puede constituir un anticipo de sentencia firme, cuando concede ante tempos lo que es el objeto de la pretensión principal. Otorga al peticionante algo como si la causa hubiese sido ya juzgada y hubiese sido ganada por el solicitante". (21)

De esta manera, pues, el objeto de la misma puede coincidir con el objeto final de la acción (ver punto siguiente).

Sin embargo, en estos casos se requiere, además, la posibilidad de que se consume un daño irreparable.

En este sentido, la Cámara de Apelaciones de Esquel indicó lo siguiente:

"La medida innovativa, peticionada como cautelar, en igual medida que las demás legisladas, debe cumplir, al momento de su petición, los añejos presupuestos que conforman cualquiera de ellas, y no se visualiza en la doctrina ni en la jurisprudencia particulares diferencias con el resto de las medidas cautelares. Así, se requiere, a.) la verosimilitud del derecho, b.) el peligro en la demora y c.) contracautela, y cabe la posibilidad de un cuarto requisito d.) *periculum in damni* (daño irreparable). Respecto de este último requisito, existe alguna discrepancia. Quienes postulan el cuarto presupuesto sostienen que "...éste es un presupuesto propio y característico de la medida cautelar innovativa, consistente en que la situación (de hecho o de derecho) que se pretende innovar ocasionaría (de subsistir) un "daño irreparable" al pretensor (Peyrano, "Medida cautelar innovativa", p. 27, citado por Edgar J. Baracat en "Medida Innovativa", p. 59). En cambio, Lino Enrique Palacio considera cuestionable el condicionamiento de esta medida a la concurrencia del perjuicio irreparable. El prestigioso procesalista entiende que el peligro en la demora "cubre con sobrada amplitud la extensa gama de daños involucrados en el otorgamiento de la medida..." ("La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual", Enrique Lino Palacio, p. 105, "Medidas cautelares", Revista de Derecho Procesal de Rubinzal Culzoni).

Pero en opinión de este cuerpo, siguiendo en este aspecto la postura de Edgar J Baracat, Peyrano, Lázzari, entre otros, que para la situación de autos, cuando la medida innovativa peticionada "...ostenta corazón de sentencia anticipatorio, la atención se centra en la situación del demandante, la uqe se vería notablemente agravada si no se otorga ya (total o parcialmente) la pretensión que se reclama...; se requiere por parte del juzgador una apreciación con mucho celo y prudencia respecto a todos los requisitos de admisión de la medida peticionada, y entre ellos, ese plus exigido por lo más moderno y actualizado de los sistemas procesales urgentes, denominado "*periculum in damni*". No sólo se perfila la exigencia de la valoración de ese plus (perjuicio irreparable), por sobre las cautelares corrientes y por parte de la más avanzada doctrina y jurisprudencia, sino que ya ha sido receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Camacho Acosta", que marca la concurrencia del "perjuicio irreparable", amén del peligro en la demora". (22)

c) *La suspensión de los efectos del acto administrativo*: Se trata, en rigor de verdad, de una especie de medida de no innovar (23): cuando la Administración Pública dicta un acto administrativo, la legislación la autoriza a ejecutar por sí misma la conducta debida por los particulares -a menos que la ley o la naturaleza del acto la obliguen a recurrir a los órganos judiciales- e impide que los recursos administrativos que pudieran presentarse suspendan dicha facultad de ejecución y los efectos del acto administrativo dictado, salvo que una norma expresa disponga lo contrario.

Como alternativa legal, el interesado puede solicitar a la Justicia, como medida cautelar y dentro de un proceso judicial (en este caso, dentro del proceso de amparo), la suspensión de los efectos del acto recurrido hasta tanto se dicte la sentencia definitiva. (24)

Obtenida esta medida cautelar, la administración queda privada de una potestad que es consustancial al ejercicio de la función administrativa: la facultad de disponer la realización o el cumplimiento del acto administrativo por sí, sin intervención judicial. O sea, con la

suspensión de los efectos del acto, la Administración ve enervada una de sus más importantes prerrogativas: la autotutela ejecutoria.

Sin embargo, debe aclararse que esta medida sólo resulta procedente en aquellos casos que exista un "acto" al cual quiere privársele de su eficiencia. No resulta aplicable, en consecuencia, en aquellos supuestos en los que se verifiquen meros comportamientos materiales de la Administración.

Finalmente, hay que destacar que la suspensión judicial de los efectos del acto, "al no extinguirlo, no retrotrae las cosas al mismo estado en que se hallaban con anterioridad al dictado del acto suspendido. Este mantiene su existencia y validez". [\(25\)](#)

IV.- Coincidencia de la medida cautelar con el objeto de la pretensión principal.

Se discute si resulta admisible -y más aún en el amparo- una medida cautelar que coincida con el objeto de la pretensión principal.

Dos son las posturas sobre el tema:

a) Una de ellas afirma que es improcedente el dictado de una medida cautelar -innovativa o no innovativa- cuyo contenido coincida con el objeto principal del amparo solicitado, toda vez que la celeridad de este último obsta, en principio, a la configuración del peligro en la demora. Por otra parte, decretar medidas precautorias que coincidan con el objeto de la pretensión de fondo, desvirtúa la naturaleza meramente instrumental del instituto cautelar, al convertirlo en un medio para arribar precozmente a un resultado al que sólo podría accederse mediante el correspondiente dictado de una sentencia de mérito.

b) La otra, en cambio, indica que "la llamada sentencia asegurativa con efectos irreparables, o cualquier cautelar material, tiene como rasgo identificatorio que los resultados emergentes de la actividad anticipatorio, prácticamente hacen inútil el decisorio de fondo, porque

en los hechos, aparece coincidiendo con la pretensión sustancial. Esta circunstancia, sin embargo, no debe impedir que el tribunal la adopte, cuando una urgencia impostergable lo justifique, y llegue al convencimiento de la irreparabilidad del perjuicio que habría de seguirse en el caso de no admitirla". Es lo que se señaló, por ejemplo, en el XII Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en el mes de mayo de 1993 en la ciudad de Río Hondo, Provincia de Santiago del Estero. (26)

Entiendo que nada obsta (ni siquiera el argumento de que su admisión importa prejuzgar sobre el fondo de la cuestión) que el actor pueda peticionar -y obtener- una medida cautelar que coincida con el objeto de la pretensión amparística. Sin embargo, dado que en estos casos la acción base aparece como juzgada o ganada, la misma de por sí será una decisión excepcional (en tanto altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, configurando un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final) y estará, en consecuencia, condicionada a una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión. Fundamentalmente, entiendo que para su procedencia no sólo será necesaria la concurrencia fáctica de los presupuestos propios de toda precautoria, sino que también resultará decisivo que su no otorgamiento pueda generar un "daño irreparable".

En este sentido, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el *leading case* "Camacho Acosta" dijo textualmente que: "resulta particularmente necesario que el tribunal se expida provisoriamente sobre la índole de la petición formulada en la medida cautelar innovativa si se pretende reparar, mediante esa vía, un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el art. 5 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos... Esto es así pues es de la esencia de estos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso

de inactividad del magistrado y que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva". (27)

Además, hay que aclarar que esa actividad anticipatoria no dejará de ser cautelar, motivo por el cual entiendo que en todos los casos será necesario el advenimiento de una sentencia sobre el mérito que confirme y ratifique lo que se haya avanzado desde la perspectiva precautoria. (28)

V.- La recurribilidad de las medidas cautelares en el amparo.

Ante la evidente realidad de la falibilidad humana, los actos jurisdiccionales, que no son otra cosa que actos humanos, llevan ínsito en ellos la posibilidad del error. Partiendo de esa premisa, todos los sistemas procesales han previsto, con el propósito de subsanarlos, diversas soluciones. (29)

Empero, en materia de amparo, las legislaciones que regulan este instituto suelen establecer un régimen de apelación limitada, al disponer que sólo son apelables la sentencia definitiva, la resolución que se pronuncia sobre la admisibilidad formal del amparo (ya sea rechazando "*in limine*" o aceptando el mismo); y las que se dictaren en relación con las medidas cautelares.

La finalidad de la restricción apelativa en el amparo tiene su razón de ser en la especial naturaleza del mismo, juicio sumarísimo donde se amparan derechos o garantías constitucionales, por lo que la apelación se restringe a aspectos liminares e importantes del proceso.

Es decir que, lejos de lesionar el derecho de defensa de las partes, lo que se pretende es evitar dilaciones innecesarias y mantener en vigencia el principio de celeridad procesal que debe imperar en esta materia.

En lo que se refiere a medidas cautelares, la posibilidad recursiva resulta lógica y atendible, pues en estos casos se puede ocasionar un perjuicio irreparable.

Es que, de denegarse una medida de este tipo, puede ocurrir que el derecho cuyo reestablecimiento se procura obtener, pierda virtualidad durante la tramitación del proceso.

Y, de igual manera, de admitirse la misma, se permite a quien logra el decreto jurisdiccional postergar hasta la sentencia la eficacia inmediata de las cuestiones que con la medida paraliza.

El problema que se presenta sobre este punto, empero, consiste en determinar si estos recursos caben contra cualquier auto o providencia concerniente a tales medidas precautorias (de mero trámite, o de expedición, denegatoria, otorgamiento, o modificación de ellas), o si por el contrario ellos sólo funcionan únicamente contra las resoluciones que las admiten o las rechazan.

A mi entender, no sólo resulta apelable la decisión que admite o deniega una medida de este tipo (30), sino también toda aquélla que tenga referencia con éstas.

Y esto es así por cuanto "en última instancia las modalidades, pormenores y matices derivados del cumplimiento de una medida cautelar, pueden asimilarse a la medida misma". (31)

En este sentido y siguiendo la misma tendencia, un fallo indicó: "Corresponde admitir el recurso de queja contra la resolución que declara desierto un recurso de apelación contra una sentencia definitiva, toda vez que si bien esta resolución... no es ni una providencia que decreta o deniegue medidas precautorias ni una sentencia definitiva, *no es menos cierto que indirectamente se vincula con la primera de ellas*". (32)

VI.- Concesión del recurso de apelación en el proceso de amparo. Efectos.

Una cuestión muy importante de índole procesal es aquella que se refiere al efecto en que debe otorgarse el recurso. Si bien de una lectura rápida de las legislaciones vigentes podría inferirse que la apelación debe concederse en ambos efectos, hay que hacer una distinción muy importante:

a) Si se trata de una resolución que dispone una medida cautelar, el recurso siempre debe concederse en efecto devolutivo. [\(33\)](#) [\(34\)](#)

Esto significa que el otorgamiento del recurso no impide la ejecución de lo decidido y los efectos de la sentencia dictada por el magistrado de Primera Instancia no se suspenden hasta tanto se pronuncie la Alzada. [\(35\)](#)

Esta solución es básica y no admite mayores discusiones, toda vez que de lo contrario podría causarse un perjuicio irreparable al amparista. [\(36\)](#)

b) En los demás casos (especialmente cuando se trata de la apelación contra la interlocutoria que dispone una medida cautelar), el juez debe conceder la apelación con efecto suspensivo. No sólo por ser ésta la regla que rige la materia sino también -y fundamentalmente- para no causar un perjuicio irreparable al amparista y/o para evitar la posibilidad de convertir el tema debatido en una "cuestión abstracta", dándose así un caso similar al del reo que fue ejecutado cuando aún no se había resuelto su apelación a la sentencia. [\(37\)](#)

Esta interpretación, a mi entender, es la única válida constitucionalmente y que se adapta a la finalidad tutelar del instituto que estamos tratando. [\(38\)](#)

VII.- Consecuencias de los efectos en la concesión del recurso contra una medida cautelar.

La concesión del recurso de apelación en uno u otro efecto contra una medida cautelar tiene también consecuencias importantes en cuanto a lo que sucede en el lapso o ínterin que existe desde que se concede el mismo y hasta el momento en que la Cámara de Apelaciones lo resuelve, tal como puede apreciarse en el fallo que se comenta.

Así, si el recurso de apelación se concede sin efecto suspensivo (ó, mejor dicho, con efecto devolutivo, como debería hacerse en todos los casos en que se dispuso una medida cautelar) es posible el cumplimiento de la resolución impugnada. Es decir, se permite la ejecución de lo resuelto.

Sin embargo, tal cumplimiento es "provisional", en tanto y en cuanto la sentencia todavía no está firme y, por consiguiente, todo queda sujeto a lo que en definitiva se resuelva en la Alzada, que puede modificar, revocar o anular lo resuelto en la instancia originaria.

Si la Cámara de Apelaciones confirma la medida cautelar, lo cumplido queda firme. En caso contrario, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado durante ese tiempo y restituir la situación al estado anterior. [\(39\)](#)

Si el recurso de apelación contra una medida precautoria, en cambio, es concedido con efecto suspensivo (lo que, por ejemplo, permite el art. 15 de la ley 16.986, aunque a mi modo de ver de manera inconstitucional, como ya lo refiriera) no sería ilícito apartarse de los términos de la medida recurrida. "El destinatario de ella -como bien lo señala uno de los votos del fallo- (estaría) liberado de cumplirla por el efecto suspensivo de la apelación y entonces es libre de obviar ese mandato".

No obstante, si aquél escoge tal postura, asume también el riesgo y las implicancias de que se decrete la nulidad de todo lo actua-

do con posterioridad a la concesión del recurso, en el supuesto de que la Cámara de Apelaciones finalmente confirme la medida precautoria.

(1) CALAMANDREI, Piero: "Instituciones del proceso civil", vol. II, Ed. Ejea, Bs. As., 1989, p. 179.

(2) NOVELLINO, Norberto José: "Embargo y desembargo y demás medidas cautelares", 3ª edición actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1992, p. 23.

(3) BACRÉ, Aldo, "Medidas cautelares", Ed. La Rocca, Bs. As., 2005, ps. 65 y 66.

(4) FERRAZZO, Martha, "Medidas cautelares en la Nación, en la Provincia de Buenos Aires y en el MERCOSUR", Ed. García Alonso, Bs. As., 2008, p. 29. Es decir que, como bien lo señaló la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, "las medidas cautelares tienen un fin protectorio destinado a hacer valer los efectos del decisorio... Tienden a impedir que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación del proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperante sus efectos" (Cám.Apel. Puerto Madryn, in re: "Oviedo, Pedro Alberto s/ acción de amparo" sentencia n° 05/10 SIL).

(5) PEYRANO, Jorge W., "Las medidas cautelares en la acción de amparo: sus relaciones con la acción principal. Los distintos despachos cautelares. Los recaudos exigibles", en ED, del día 5 de julio de 2000. En igual sentido, SANMARTINO señala lo siguiente: "En el ámbito específico del amparo el derecho a la tutela judicial rápida y expedita, lleva ínsito el derecho a la protección cautelar como modo de asegurar el resultado práctico de la sentencia de mérito. En rigor, no hay ni habrá plena efectividad amparista sin un sistema cautelar respaldatorio que proteja con inmediatez -es decir desde el inicio del proceso hasta el dictado de la decisión final- la integridad del derecho cuyo restablecimiento se demanda por este cauce excepcional y subsi-

diario de tutela. Por cierto, predicar lo contrario conspira contra el principio lógico de no contradicción: siendo que el proceso amparista fue constitucionalizado con la finalidad de "reforzar", en situaciones de urgencia, los derechos de más alto rango, resultaría incongruente con dicho propósito no dotar al amparo de un sistema cautelar lo suficientemente adecuado para asegurar, desde el inicio, tanto los medios para el cumplimiento de la sentencia de mérito como el mismo derecho material cuando éste resultara previsiblemente amenazado por el diferimiento de aquélla (los denominados "peligro de infructuosidad" y "peligro de tardanza", respectivamente, según postula la doctrina procesalista apegada al pensamiento de Calamandrei. En esta inteligencia, la tutela cautelar "eficaz" en el juicio de amparo adviene como una garantía constitucional adjetiva que se encuentra comprendida implícitamente en el derecho reconocido por el art. 43 de la Constitución Nacional" (SANMARTINO, Patricio Marcelo, "La suspensión de los efectos del acto administrativo y el daño irreparable", en ED, 177-768).

(6) DIAZ, Silvia Adriana: "Acción de amparo", Ed. La Ley, Bs. As., p. 166.

(7) BACRÉ, Aldo: "Medidas cautelares", Ed. La Rocca, Bs. As., 2005, p. 88.

(8) KIELMANOVICH, Jorge L.: "Medidas cautelares", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 53.

(9) FALBO, Aníbal J.: "Derecho ambiental", Ed. Librería Platense, Bs. As., 2009, p. 206 y FAGGI, Emilio: "El medio ambiente en la justicia", JA, número especial de Derecho Ambiental, 2005-I-77.

(10) Un análisis muy completo de este tema puede verse en PEYRANO, Guillermo F.: "Las medidas cautelares en la acción de amparo: sus relaciones con la acción principal. Los distintos despachos cautelares. Los recaudos exigibles", en ED, 188-914.

(11) DÍAZ SOLIMINE, Omar Luis, "Juicio de amparo", Ed. Hammurabi, Bs. As., 2003, p. 384. En igual sentido: CAMPS, Carlos E.: "Medidas cautelares en el amparo", en JA, 1999-I-952 y LOGAR, Ana Cristina: "Las medidas cautelares en el nuevo Código Contencioso-administrativo de la Provincia de Buenos Aires", LLBA, año 5, N° 10, noviembre de 1998.

(12) SAMMARTINO, Patricio M.E., "Medida de no innovar y suspensión de los efectos del acto en el proceso de amparo", en JA, 1995-II-762.

(13) DIAZ, Silvia Adriana, "Acción de amparo", Ed. La Ley, Bs. As., p. 171.

(14) Sobre este tema ver especialmente RAIMUNDIN, Ricardo: "La prohibición de innovar y los recursos de amparo", en JA, 1960-V-17. También puede consultarse LINARES, Juan Francisco, "La prohibición de innovar" (Bases para su sistemática), en Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, año XXI, noviembre/diciembre, T. 20, N° 6 y SPOTA, Alberto: "La prohibición de innovar frente a la Administración Pública", en JA, 1942-IV-347.

(15) PALACIO, Lino Enrique, "Manual de Derecho Procesal Civil", T. II, Ed. Abeledo Perrot, p. 299.

(16) RIVAS, Adolfo A: "Medidas cautelares", Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2007, pág.361.

(17) REIMUNDIN, Ricardo: "Prohibición de innovar como medida cautelar", Ed. Astrea, Bs. As., 1979, ps. 51 a 55.

(18) PEYRANO, Jorge W., "Pasado y presente de la medida cautelar innovativa", en PEYRANO, Jorge W. y BARACAT, Edgar J., "Medida innovativa", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 25.

(19) BALESTRO FAURE, Miryam, "La medida innovativa: ¿Cuándo, cómo y para qué?", en PEYRANO, Jorge W. y BARACAT, Edgar J., "Medida innovativa", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 378.

(20) Cám.Apel. Puerto Madryn, in re: "Oviedo, Pedro Alberto s/ acción de amparo" sentencia n° 05/10 SIL. Con relación al último requisito indicado (falta de perjuicio al interés público) ver MAIORANO, Jorge Luis, "Los límites del amparo en un fallo de la Corte Suprema", en LA LEY, 1985-C, 140.

(21) BARACAT, Edgar J., "Reflexiones sobre la medida innovativa: su pasado y futuro", en PEYRANO, Jorge W. y BARACAT, Edgar J., "Medida innovativa", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 57.

(22) Cám. Apel. Esquel, 22/12/2003, in re: "Mancel, Carlos s/ amparo", Expte. N° 289/03 CANO, sentencia interlocutoria 228/2003.

(23) SANMARTINO, empero, entiende que la suspensión de los efectos del acto administrativo "posee naturaleza singular" y tiene "identidad y naturaleza propia. Es la medida asegurativa por excelencia del derecho procesal administrativo... (y) no es sino una mixtura en la cual coexiste, paradójicamente, lo conservatorio con lo innovativo. Así, su faz conservatoria queda evidenciada en que a pesar de haberse decretado la suspensión judicial de sus efectos, el acto administrativo mantiene validez. Sin embargo, mientras en el cauce formal de tutela principal se discute y determina si el ejercicio de la autotutela administrativa se ajustó o no al principio de legitimidad (legalidad y razonabilidad), la medida suspensiva produce una alteración sobre la situación preexistente: hace cesar provisoriamente la obligatoriedad de cumplir los deberes o limitaciones impuestos por aquél. De tal modo, mientras se mantiene la suspensión judicial de los efectos del acto, éste, provisoriamente, no vincula a la obediencia" (SANMARTINO, Patricio Marcelo: "La suspensión de los efectos del acto administrativo y el daño irreparable", en ED, 177-768).

(24) Sobre el tema ver, entre otros, BARRA, Rodolfo C., "Efectividad de la tutela judicial frente a la Administración: suspensión de ejecutoriedad y medida de no innovar", en ED, 107-419 y HUTCHINSON, Tomás, "La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el ámbito nacional", en ED, 124-677.

(25) SANMARTINO, Patricio Marcelo, "La suspensión de los efectos del acto administrativo y el daño irreparable", en ED, 177-768.

(26) Conf. JA, 1993-III-932, conclusión 4. Ver, también, PEYRANO, Jorge W., "La medida cautelar innovativa como anticipo de la sentencia de mérito", en JA, 1993-II-794 y GAMBIER, Beltrán ("El peligro en la demora en la medida cautelar en el juicio de amparo", en LA LEY, 1997-A, 69), quien contrarrestando los argumentos dados por la posición opuesta indica que "es cierto que los plazos en el amparo son breves pero ello no significa que el juicio sea, en definitiva, todo lo rápido que el legislador imaginó. Puede tardar varios meses...

Si de lo que se trata es de garantizar efectivamente la vigencia de una garantía constitucional -y existe verosimilitud en el derecho- la medida cautelar debería admitirse para que la sentencia pueda ser eficaz. El acogimiento de la acción tendría una suerte de carácter retroactivo en tanto confirmará el efecto ya operado con la vigencia del remedio cautelar. Creo, entonces, que el perjuicio en la demora no puede estar vinculado a un perjuicio material sino configurarse sólo con la falta de vigencia de la garantía constitucional conculcada".

(27) C.S.J.N., 7/8/1997, in re: "Camacho Acosta", en JA, 1997-IV-620.

(28) DE LÁZZARI, Eduardo: "La cautela material", ponencia en las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Procesal, Civil y Comercial, 5 a 7 de septiembre de 1996, citado por ARAZI, Roland: "Medidas cautelares", Ed. Astrea, 1997, p. 301. Algunos autores, empero, señalan que el amparo es procedente al solo fin de obtener una medida cautelar autónoma innovativa: conf. AGUSTIN, "El amparo como cautelar autónoma innovativa", en LA LEY, 1996-E, 109.

(29) ARAZI, Roland, "Elementos de Derecho Procesal. Parte general", Ed. Astrea, 2ª edición actualizada y ampliada, Bs. As., 1991, p. 299. "Al logro de este ideal de perfección responden los recursos que son así medios de control. Ya había hecho notar Caravantes que el Estado no podía asegurar a sus subordinados, jueces infalibles, 'puesto que había que elegirlos entre los hombres'. Esta imperfección del hombre, siempre expuesto al error, puede ocasionar a las partes en el litigio, algún gravamen, algún perjuicio, alguna lesión a sus intereses. El Estado tiene interés propio en que tal error se repare. La parte agraviada tiene reconocida la facultad, desde los tiempos del duelo judicial, de gestionar la reparación del error. En la existencia cierta de un gravamen, producido por una resolución judicial, hemos de encontrar, pues, el fundamento jurídico de los recursos" (conf. ALVAREZ JULIÁ, Luis; NEUSS, Germán R.J. y WAGNER, Horacio, "Manual de derecho procesal", 2ª edición actualizada y ampliada, 1ª reimpresión, Ed. Astrea, Bs. As., 1992, p. 314).

(30) Esto sí está claro: ambas resoluciones resultan apelables, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones (por ejemplo art. 15 de la ley 16.986) que señalan que la apelación resulta procedente con-

tra los fallos que disponen medidas cautelares, lo que ha dado lugar a interpretaciones encontradas (conf. VALLEFÍN, Carlos A., "El recurso de apelación contra la decisión que rechaza una medida cautelar en la acción de amparo", en LA LEY, 1998-D, 172).

(31) VALLEFÍN, Carlos A., "El recurso de apelación en la acción de amparo y la cuestión de la validez constitucional de los efectos con que se concede", en Revista de Derecho Procesal 5, "Amparo. Hábeas Data. Hábeas Corpus II", Ed. Rubinzal Culzoni, 2000, p. 55. Ver, también, SAGÜES, Néstor P. y SERRA, María Mercedes: "Derecho procesal constitucional en la Provincia de Santa Fe", Ed. Rubinzal Culzoni, p. 250). De igual manera, también resulta interesante, sobre este punto, la lectura del trabajo de Carlos VALLEFÍN, "El recurso de apelación contra la decisión que rechaza una medida cautelar en la acción de amparo", en LA LEY, 1998-D, 172.

(32) Cám. Nac. Com., sala C, 10/06/2003 -Arroyo Zabala S.A. v. Banco CMF S.A. s/ amparo.

(33) De lo contrario -como dice VALLEFÍN- "mientras la norma del art. 43 de la Constitución Nacional otorga la garantía del amparo a toda persona que haya sufrido un daño o una amenaza en un derecho subjetivo o colectivo, con la finalidad de que pueda impedirlo o subsanarlo rápidamente, ...se otorgaría a quien es el autor del daño o de la amenaza la posibilidad de neutralizar dicha acción mediante el simple mecanismo de recurrir el pronunciamiento cautelar, funcionando como una verdadera contragarantía, de equivalencia negativa" (conf. VALLEFÍN, Carlos A., "El recurso de apelación en la acción de amparo y la cuestión de la validez constitucional de los efectos con que se concede", en Revista de Derecho Procesal 5, "Amparo. Hábeas Data. Hábeas Corpus II", Ed. Rubinzal Culzoni, 2000, p. 57).

(34) Es que "el hecho de que sea posible que una medida precautoria que -por definición- debe actuar desde el momento mismo en que se inicia el trámite ante la justicia so riesgo de que la amenaza al derecho se concrete o se agrave el perjuicio que ya se está padeciendo pueda ser suspendida en sus efectos por medio de un recurso de apelación implica tanto como negar operatividad a las medidas cautelares dentro del amparo" (CAMPS, Carlos E.. "Medidas cautelares en el amparo", en JA, 1999-I-952). Sobre este punto ver, también, MO-

RELLO, Augusto M. y VALLEFIN, Carlos A., "Los efectos de la concesión de la apelación contra el auto que dispone el otorgamiento de una medida cautelar en el proceso de amparo", en JA, 1993-II-131; ROSSI, Alejandro: "El efecto de la apelación de las medidas cautelares en el proceso de amparo", en LA LEY, 2000-C, 1086; DE LAS CARRERAS, Francisco, "El derecho constitucional de amparo, la acción de amparo y las normas de procedimiento", en ED, del día 7 de mayo de 1999, p. 3 y GIL DOMINGUEZ, Andrés: "Acción de amparo: la ley 16.986, el artículo 43 y las medidas cautelares", en LA LEY, 1999-F, 311. Ver, también, Juzg. Fed. Cont. Adm. N° 3, 15/4/99, en LA LEY, 1999-F, 312, citado en RAMIREZ, Jorge Orlando. "Función precautelar", Ed. Astrea, Bs. As., p. 212.

(35) La ejecución que este efecto permite, empero, es provisional, toda vez que si la alzada revoca la decisión, el trámite llevado a cabo en la instancia de origen queda evidentemente fulminado por una nulidad absoluta, tan es ello así, que si esto acontece, debe restituirse la situación a su estado anterior (conf. BACRÉ, Aldo, "Recursos ordinarios y extraordinarios", Ed. La Rocca, Bs. As., 1999, p. 250).

(36) "Conceder el recurso de apelación en ambos efectos (suspensivo y devolutivo) cuando se interpone contra medidas cautelares dictadas en el proceso de amparo -dice BACRÉ- priva a éste de su sentido y finalidad, cual es, precisamente, evitar que se consume el daño para el amparista mientras se tramita el proceso" (BACRÉ, Aldo. "Medidas cautelares", Ed. La Rocca, Bs. As., 2005, p. 159).

(37) En un trabajo titulado "Un caso en que el efecto devolutivo de un recurso es inconstitucional", BIDART CAMPOS da un ejemplo inmejorable: "...frente a la sanción de clausura impuesta administrativamente a un establecimiento, el recurso judicial discernido por la ley no abastece el derecho de defensa si solamente tiene efecto devolutivo: es menester que opere suspensivamente. Tal lo que la lógica constitucional indica para que la administración de justicia resulte efectiva, y para que los derechos y garantías constitucionales reciban protección eficaz frente a la actividad administrativa y judicial". BIDART CAMPOS, Germán: "Un caso en que el efecto devolutivo de un recurso es inconstitucional", en ED, 152-670.

(38) Ver, al respecto, CARRIÓ, Genaro: "Recurso de amparo y técnica judicial", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1959, ps. 223, 234 y 235, entre otras.

(39) HITTERS, Juan Carlos, "Técnica de los recursos ordinarios", 2ª edición, Ed. Librería Editora Platense, ps. 379 y 381; PRIETO CASTRO: "Derecho Procesal Civil", 1ª parte, p. 574; LOUTAYF RANEA, Roberto G., "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", T. 2, Ed. Astrea, p. 103.

Los miembros de los Consejos de la Magistratura, ¿mandato representativo o mandato imperativo? (*)

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <http://www.elderecho.com.ar/>

Publicado en: El Derecho Constitucional 2013-539

[Consultado el 13/02/2020]

I. Los Consejos de la Magistratura, no obstante las diferencias y variantes que pueda presentar cada ordenamiento jurídico en particular, suelen darle participación a los sectores más interesados en la temática específica que abordan, equilibrando a su vez la representación de los grupos que la integran para que ninguno de ellos pueda, por sí solo, determinar la decisión respectiva.

Por eso se señala que se trata de órganos representativos, ya que sus miembros son escogidos por subgrupos de la sociedad que, reunidos en una sesión plenaria, "deciden después de haber dado oportunidad a que todos los intereses afectados presenten su caso y después de haber expuesto a la consideración de la reunión todo hecho relevante. En otras palabras, después de que hayan presentado todos los puntos de vista"(1).

La base de la legitimación de los miembros del Consejo de la Magistratura, pues, es su representatividad. "Ello implica que sus integrantes deben ser elegidos por el sector a ser representado o (-!) por el órgano político resultante de la elección popular"(2).

II. Precisamente por ello en el fallo "Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo c. Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar" (Expte. n° 3034/13), del 18-6-13, mediante el cual la Corte Suprema declaró la inconstitucional-

dad de la reforma del Consejo de la Magistratura nacional, el Máximo Tribunal señaló textualmente: "Las personas que integran el Consejo lo hacen en nombre y por mandato de cada uno de los estamentos indicados, lo que supone inexorablemente su elección por los integrantes de esos sectores. En consecuencia, el precepto no contempla la posibilidad de que los consejeros puedan ser elegidos por el voto popular ya que, si así ocurriera, dejarían de ser representantes del sector para convertirse en representantes del cuerpo electoral".

III. Ahora bien: más allá de que la definición citada resulte por demás elocuente, ella también es apta para analizar un tema de fondo muy poco investigado hasta la actualidad y que, entiendo, puede tener consecuencias prácticas importantísimas: los miembros de los Consejos de la Magistratura, ¿son representantes de todo el pueblo de la Nación (o, eventualmente, de todo el pueblo de una provincia) o, por el contrario, representan a una determinada circunscripción o estamento, en donde los electores son los mandantes y ellos, los mandatarios? ¿Qué relación existe entre los consejeros y sus electores?

IV. La cuestión, como dije, no resulta sencilla y es harto significativa. Es que si nos inclinamos por la primera posición, los consejeros no representarían a los estamentos o a las circunscripciones territoriales de las que forman parte, sino al pueblo en su unidad abstracta, mientras que si nos recostamos en la postura opuesta, aquéllos serían mandatarios de sus electores y, como tales, deberían aceptar las instrucciones de éstos, tendrían que rendirle cuentas de lo que dicen y deciden y, a su vez, podrían ser llamados a responder.

Es decir que, en uno u otro caso, las consecuencias serían muy distintas.

V. Como se sabe, la representación ha revestido históricamente formas muy diversas.

Sin embargo, en lo que aquí importa, hay que distinguir dos supuestos:

1. Representación política.

La doctrina de la representación política nació en Francia, en la época revolucionaria y datan de entonces sus primeras exposiciones orgánicas así como sus primeras aplicaciones legislativas. Su primer expositor consciente y sistemático fue el Abate Sieyès y su primera aplicación concreta se encuentra en la Constitución francesa de 1791. Sin embargo, poco antes, la doctrina de la representación fue conocida y mencionada por los constituyentes norteamericanos de 1787(3). Mario Justo López expone sintéticamente la doctrina o teoría de la representación de la siguiente manera: "Los individuos son unidades básicas de la comunidad, pero la comunidad necesita una voluntad común. Como los individuos son demasiado numerosos y están dispersos en una superficie muy extensa para ejercitar fácilmente ellos mismos su voluntad común, confían el ejercicio de la porción de voluntad común necesaria para velar y proteger a las atenciones públicas, a alguno de entre ellos. Pero no transfieren la voluntad común, sino solamente su ejercicio y de éste únicamente una porción. Por otra parte, los representantes no ejercen esa porción de la voluntad común como un derecho propio, sino en comisión y en la medida fijada y limitada por la Constitución. Además, y en lo que aquí importa, los representantes lo son de la nación en su totalidad y no de quienes los han elegido; por consiguiente, no están obligados a seguir las instrucciones de estos últimos ni son responsables ante ellos"(4).

Esta doctrina, entonces, considera:

- a) que el "representado" es la sociedad en su conjunto;
- b) que el "representante" es un grupo humano institucionalizado;
- c) que la técnica es la elección del segundo por el primero;
- d) que la relación es la libertad del segundo respecto del primero luego de la elección, con algunas limitaciones legales;
- e) que la finalidad es crear una voluntad operativa que anteponga el interés general de la sociedad a los intereses particulares o sectoriales (5).

2. Representación sectorial o funcional. "Frente al criterio individualista, que toma en consideración a los hombres como las únicas unidades de la sociedad, el orgánico o corporativo ofrece un esquema social pluralizado en grupos con intereses parciales; el individuo no es una unidad aislada o abstracta, sino un hombre ubicado en un ambiente social determinado por razón del oficio, profesión, etcétera. Resurge así la concepción estamental, y la consiguiente representación de los cuerpos o brazos en que se agrupan los individuos. Los ciudadanos constituyen un grupo electoral de tipo gremial, que obtiene representación según el número de votos logrados"(6).

Es decir que, para este tipo de representación, el elegido es representativo porque es un "compañero de grupo" y los electores tienden a escoger para puestos públicos a hombres y mujeres de su mismo "tipo", aunque la semejanza de especie pueda basarse en la "identificación" que de sí mismo hace el elector con los atributos sociales o intelectuales del elegido.

Aquel, pues, no es representante de la "voluntad general" sino de la institución o del grupo que representa y, por lo tanto, debe bregar por sus intereses.

VI. La doctrina de la representación política, como vimos, niega que el elegido sea representante del sector, grupo o circunscripción que lo elige. Los representantes, en conjunto, van a representar a la nación o a la provincia, en su totalidad. Su justificación práctica, dice también Mario Justo López, "se encuentra en los resultados que se obtiene con su funcionamiento (en los casos en que funciona) comparativamente a los que se consiguen en otros sistemas. El hecho es que en la sociedad existen múltiples intereses específicos y contrapuestos que requieren coordinación, articulación, racionalización. Y el hecho es también que uno de los medios para lograr ello es la transacción que se logra con la argumentación y la discusión. Mediante el examen y la crítica públicos pueden reducirse esos intereses específicos y contrapuestos en una escala que los haga compatibles o idénticos con el interés público (de la comunidad en su conjunto). Y la representación

política —que no es una superposición de intereses diversos e irreconciliables, sino en sí misma un continuo dinamismo para unificarlos y conciliarlos, puede alcanzar ese resultado y suele alcanzarlo, creando y recreando continuamente la necesaria unidad superior, mediante un proceso político de gran actividad"(7).

VII. Por el contrario, para la doctrina de la representación estatal o funcional, los representantes son "embajadores" del grupo al que representan y, por lo tanto, deben guiarse por las necesidades, sentimientos y apreciaciones de éstos.

VIII. La doctrina de la representación política ha dado lugar a la figura del llamado "mandato representativo" o "mandato libre".

Como ya lo expresáramos, según esta teoría el elegido lo es de toda la nación o de toda una provincia; todos los ciudadanos son sus comitentes y, por consiguiente, no es posible que aquel atienda antes al deseo o interés de un grupo o distrito que al interés general.

La consecuencia inmediata y más importante de ella es que su propia naturaleza elimina la posibilidad de recibir instrucciones y de la revocación del mandato, desvinculando al representante de sus electores concretos (8).

Es decir que el representante no está ligado a mandato imperativo alguno y es dueño de su propia conducta, estando sólo vinculado con carácter de deber moral a lo que son sus propias convicciones objetivas, pero no a tener en cuenta los intereses particulares de sus delegados.

IX. La doctrina de la representación funcional, por el contrario, pretende asegurar la influencia y participación de los representados. Por eso trata al representante como a un "agente" y crea la figura del mandato imperativo, sujetándolo a las instrucciones de sus electores, que debe cumplir rigurosamente, con todas sus consecuencias. Su fundamento es sencillo: "A fin de establecer una verdadera relación de

representación, no es suficiente que el representante sea nombrado o elegido por el representado. Es necesario que el representante se encuentre jurídicamente obligado a ejecutar la voluntad del representado, y que el cumplimiento de esta obligación se halle garantizado jurídicamente"(9).

X. En la representación política, pues, hay una relación fiduciaria, ya que el representante tiene un comportamiento autónomo, para servir al interés general según sus imperativos de conciencia, mientras que en la representación de intereses privados, particulares o sectoriales, la relación es de delegación, lo que significa que el representante es un ejecutor con mandato imperativo.

XI. Pocos textos constitucionales o legales se encargan de esta cuestión con referencia a los Consejos de la Magistratura (10). La Provincia del Chubut lo hace, ya que el art. 11 de la ley V, n° 70 expresamente dispone que "los miembros del Consejo de la Magistratura son independientes en el ejercicio de sus funciones y competencias y no están ligados por mandato imperativo".

Esto significa —como bien lo explica Mistó— que un consejero no debe ni puede aceptar presiones o instrucciones imperativas, ya sea de sus pares, de sus colegas, o del partido político que lo ha propuesto, si éstas contradicen sus propias convicciones respecto de los temas que deben resolver. Indica también que para los consejeros letrados no debe existir el corporativismo que los obligue (11).

XII. La regla contenida en la disposición citada, pues, da respuesta a una de las exigencias estructurales vinculadas al corazón mismo de los estados constitucionales, desvinculando así la relación representativa del modelo de base iusprivatista por el cual el representante recibía un mandato cerrado, lo cual hacía del mismo un apoderado con instrucciones tasadas y no interpretables que un auténtico representante.

Además –y esto es muy importante– al negar la obligatoriedad de acatar instrucciones, permite en el seno del Consejo el debate, la discusión y la transacción, conductas que, como vimos, resultan sumamente necesarias en cualquier órgano deliberativo y con facultades decisorias y que serían imposible de darse si cada uno de los consejeros fuese con una instrucción precisa sobre cada tema a tratar.

XIII. Así configurado, entonces, el esquema legal aparecería coherente con el sistema.

No obstante, también es cierto que la independencia jurídica de los electos frente a los electores es incompatible con la representación legal. Si no hay ninguna garantía jurídica de que la voluntad de los electores sea ejecutada por los funcionarios electos, y éstos son jurídicamente independientes de los electores, no existe ninguna relación de representación o de mandato.

Es cierto, sí, que la representación política ha desarrollado caracteres propios que la diferencian de la representación del Derecho Privado (12). Sin embargo, ello no implica que no deban respetarse los principios básicos de ésta, dado que la representación no es otra cosa que la semejanza entre las opiniones del representante con la de su representado y, por consiguiente, falta representatividad cuando falta esa semejanza (13).

XIV. Considero, en consecuencia, que el tema debe analizarse más profundamente.

El hecho de que un consejero no pueda recibir un "mandato imperativo" o instrucciones precisas ante un tema concreto no significa, bajo ninguna circunstancia, que no deba bregar y defender los intereses de su sector o circunscripción.

Es que, tomando las palabras que pronunció Burke dos siglos atrás, más precisamente en 1784, en pieza famosa referida a este tema, "la felicidad y la gloria de un representante deben consistir en vivir en la unión más estrecha, la correspondencia más íntima y una comuni-

cación sin reserva con los electores. Sus deseos deben tener para él gran peso, su opinión máximo respeto, sus asuntos una atención incesante. Es su deber sacrificar su reposo, sus placeres y sus satisfacciones a los de aquéllos; y sobre todo preferir, siempre y en todas las ocasiones, el interés de aquéllos al suyo propio"(14).

XV. Entiendo, entonces, que debe existir una naturaleza dual en la representación que ejercen los miembros de los Consejos de la Magistratura.

Y esto es así porque, como diría Carl Friedrich, "es totalmente inadmisibles trazar una línea divisoria tajante entre agentes con instrucciones o mandatos definidos y representantes con poderes para desempeñar una tarea general. Un cuerpo elegido puede ser, y será por lo general, un grupo de agentes de intereses diferentes y un grupo representativo que determine el interés común"(15).

XVI. Un Consejo de la Magistratura, pues, debe ser ambas cosas: la asamblea de una nación o provincia con un interés, el del conjunto, y un congreso de representantes de intereses diferentes y, en muchos casos, opuestos entre sí.

Por lo tanto, ambos tipos de representación, la política y la funcional, deben coexistir y balancearse en el seno del mismo.

XVII. La naturaleza jurídica de la representación de los miembros de los Consejos de la Magistratura, para resumir, es *sui generis*. Lo que importa destacar es que, cualquiera sea la figura jurídica que se le asigne, cada uno de los integrantes de este órgano representativo no está ligado a órdenes o instrucciones del grupo o distrito que lo designó y que, por lo tanto, en su actividad es independiente de aquél e irresponsable frente a él. De esa falta de vinculación, resulta como consecuencia la irrevocabilidad de la designación.

Pero además, y más allá de esa libertad de cada uno de los integrantes del órgano u órganos representativos con respecto a quienes

los designan, es también de la esencia de tal representación que ella no es ilimitada sino que, por el contrario, ella también está sujeta a las necesidades, aspiraciones y pretensiones del grupo o circunscripción judicial que lo ha elegido.

XVIII. Podemos interpretar, entonces, que el mandato de representar a la provincia o a la nación es del corpus, no del individuo. Quiere decir que el conjunto de los miembros del Consejo representan a la nación o a la provincia, pero cada uno de los consejeros también representa a su circunscripción y a su estamento.

Visto de esta perspectiva, pues, el representar al todo y a las partes no se contradice con representar a su vez a sus electores, a la región y a su grupo de pertenencia.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - PARTIDOS POLÍTICOS - DIVISIÓN DE PODERES - COMPETENCIA - PODER JUDICIAL - DERECHOS HUMANOS - ORGANISMOS INTERNACIONALES - DERECHO POLÍTICO - TRATADOS INTERNACIONALES - TRATADOS Y CONVENIOS - CONSEJO DE LA MAGISTRATURA - JUSTICIA

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho: El perfil político partidario del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento*, por María Gabriela Ábalos, EDCO, 2009-444; *Consejo de la Magistratura*, por Antonio Castagno, EDCO, 2009-541; *Recursos contra las decisiones de los Consejos de la Magistratura*, por Ricardo Tomás Gerosa Lewis, EDCO, 2010-531; ¿"Democratizar" o "efectivizar" la Justicia?, por Guillermo F. Peyrano, ED, diario n° 13.210, del 4-4-13; *La integración equilibrada del Consejo de la Magistratura*, por Daniel E. Ostro-

polsky, EDCO, diario n° 13.277, del 12-7-13; Las nuevas Cámaras de Casación: un embudo para dilatar pleitos, por Jorge Horacio Gentile, EDCO, diario n° 13.305 del 22-8-13. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(1) Kranenburg, Roelof, Teoría política, versión española de Juan Bazant, México, Fondo de Cultura Económica, 1941, pág. 44. Precisamente es a través de esa representación "como se articulan los intereses y opiniones de una comunidad. La multiplicidad de intereses y opiniones se agrupan al ser representados. Cada individuo (o grupo) cede en algo y se acomoda a los intereses y opiniones análogas, estableciendo grandes intereses homogéneos (Sánchez Agesta, Luis, Principios de teoría política, 4ª ed., Madrid, Mundo Científico, 1972, pág. 273).

(2) Martina, María Pía - Soulé, Paula M., Ley 26.588 de Reforma al Consejo de la Magistratura. ¿Democratizar la justicia?, publicación realizada sobre la base de la ponencia presentada en las IX Jornadas Nacionales Interuniversitarias de Derecho Constitucional, realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata los días 16, 17 y 18 de mayo de 2013, publicado en LL, Suplemento de Derecho Constitucional n° 4, junio de 2013, pág. 36.

(3) Linares Quintana, Segundo V., Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional, Buenos Aires, Plus Ultra, 1988, t. 8, pág. 51.

(4) López, Mario J., La representación política, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959, pág. 14.

(5) Amoletto, Eduardo J., Curso de Teoría Política, pág. 244.

(6) Bidart Campos, Germán J., Derecho político, Buenos Aires, Aguilar, 1972, pág. 488.

(7) López, Mario J., La representación..., cit., pág. 19. (

8) Conf. Sánchez Agesta, Luis, Principios de teoría..., cit.

(9) Kelsen, Hans, Teoría general del derecho y del Estado, México, Imprenta Universitaria, 1950, pág. 304.

(10) Si, empero, hay referencias con relación a los órganos legislativos. Así, por ejemplo, la Constitución francesa de 1791 proclamó solemnemente el principio de que no debían darse instrucciones a los diputados, porque el diputado no debe ser representante de ningún distrito especial, sino de toda la nación. Y en la actualidad la Constitu-

ción española declara expresamente (art. 67.2) que los miembros de las Cortes Generales no están ligados por mandato imperativo, y fija el término del mandato de diputados y senadores a los cuatro años de su elección o el día de disolución de la Cámara (arts. 68.4 y 69.5).

(11) Mistó, Carlos A., Sobre los representantes populares. Breves consideraciones sobre el tema, en Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Homenaje, julio de 2005, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, págs. 77 y 82.

(12) Sobre analogías y diferencias de la representación política y el contrato de mandato ver Pagliotto, Silvina M., Representación política y contrato de mandato, EDCO, 2011-555

(13) La representación, así definida, es una relación social y de poder que se funda en la confianza que deposita "una persona en otra" para que represente sus intereses y demandas en beneficio y frente a otros intereses y demandas. Por lo tanto y como bien dice Sartori, "no puede existir representación mientras que el representante no sienta la expectativa de aquellos a los que representa, y no la siente como una expectativa vinculante. Por lo tanto, no sólo la representación es una 'idea', sino que es también, necesariamente un 'deber'" (Sartori, Giovanni, Elementos de la teoría política, 1ª reimp., España, Alianza, 2002, pág. 265).

(14) Burke, Edmund, Discurso a los electores de Bristol, en Escritos políticos, págs. 312 y 313.

(15) Friedrich, Carl J., Teoría y realidad de la organización constitucional democrática, México, Fondo de Cultura Económica, 1946, pág. 255

El consejo de la magistratura en la provincia de Chubut

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: LLPatagonia 2014 (febrero), 1

Cita Online: AR/DOC/4441/2013

[Consultado 13/02/2020]

Sumario

1. Introducción. — 2. El procedimiento general de concursos de oposición y antecedentes y la fundamentación de las resoluciones. — 3. La incorporación de "consejeros populares". — 4. El procedimiento de evaluación de magistrados y funcionarios ingresantes al Poder Judicial. — 5. El sistema de recusaciones, excusaciones y subrogancias. — 6. Incompatibilidades. — 7. Sede. — 8. Proceso de destitución. Mecanismo de autoprotección. — 9. Palabras finales

1.- Introducción (1)

En el arte, o más bien en la pintura, los impresionistas se han caracterizado por poner el acento en el modo de ver, más que en la cosa en sí.

Intentaron, de esta manera, plasmar la luz (la "impresión" visual) y el instante, sin reparar en la identidad de aquello que la proyectaba. Es decir, si sus antecesores pintaban formas con identidad, los impresionistas pintarán el momento de la luz.

Su idea fue la de captar una representación del mundo espontánea y directa, y para ello -como se señalase- centraron en los efectos que produce la luz natural sobre los objetos.

Dentro de este movimiento artístico, Claude Monet pintó su famosa serie "La Catedral de Ruan" (en francés: Cathédrale Notre-Dame de Rouen), donde examinó el mismo tema expuesto a distintas condiciones meteorológicas, en diferentes horas del día o atendiendo a los efectos del cambio de estación. De esta manera, si bien la catedral se mantenía invariable, MONET reveló en sus pinturas que la luz la transformaba constantemente.

Así, la pintó en distintos momentos, señalando al respecto que la catedral era distinta a la mañana, a la tarde y a la noche.

Y esta expresión artística sirvió para que algunos juristas (2), traspolando esta idea a nuestra ciencia, señalaran que en el Derecho las cosas también podían verse de distinta manera o analizarse desde otro punto de vista, conforme el paso del tiempo (3).

Esta pequeña historia me parece sumamente adecuada para introducirme en el tema de este artículo. Porque si bien en muchos trabajos anteriores he escrito sobre las bondades y ventajas del "modelo Chubut" del Consejo de la Magistratura (4), luego de formar parte del mismo y a punto de cumplir mi mandato, debo manifestar que la idea original que tenía sobre ella no es la que poseo en la actualidad.

Si bien con su institucionalización constitucional se ha avanzado mucho en la materia, no todo es admirable en su estructura. Por el contrario, entiendo que resulta imperioso efectuar una serie de cambios para perfeccionar el sistema y lograr, así, lo que se propuso el constituyente de 1994. Esto es, dotar a la Provincia del Chubut de un organismo confiable, probo y que garantice una Justicia buena, independiente y con miembros comprometidos.

Como en todo organismo, hay "luces y sombras", y de allí que advertir las mismas puede servir, en el futuro, para mejorar los propósitos de su creación.

Permítaseme, entonces, dar "otra visión de la catedral".

2.- El procedimiento general de concursos de oposición y antecedentes y la fundamentación de las resoluciones.

La función más destacada del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, sin lugar a dudas, es la de seleccionar a los magistrados y funcionarios judiciales de los tribunales inferiores que requieren acuerdo legislativo, con excepción de los miembros del Superior Tribunal de Justicia.

No se vislumbra, en ella, mayores inconvenientes. Es más: puede decirse que la forma en que es ejercida y la reglamentación que se ha efectuado en torno a la misma cumplen cabalmente los objetivos propuestos.

La transparencia queda asegurada con el método escogido (curso de oposición y antecedentes), con la publicidad de las sesiones, y con la fundamentación a viva voz de cada consejero.

Como bien lo señala Heredia, "es sencillamente impactante observar el funcionamiento del Consejo de Chubut: catorce personas deben fundamentar su voto a viva voz, cada una de ellas, en acto de presencia pública irrestricta, explicando las razones que lo inclinan por un candidato y no por otro, luego de haber rendido un examen escrito y oral el postulante, de haber sido éste interrogado públicamente por el pleno en su entrevista personal y de haberse escuchado las conclusiones de los juristas invitados al concurso sobre los antecedentes y la oposición de cada concursante" (5).

El sistema elegido, entonces, garantiza el control público y la imparcialidad, ya que ante la vista de todos es muy difícil, cuando no im-

posible explicar y justificar una decisión que no parece razonable, o cuyos argumentos son débiles, o que induce a pensar que existen determinados "intereses creados" en la selección de una persona, máxime si ella no obtuvo una buena calificación o si su examen no superó el nivel exigido.

Además, la circunstancia de que el rechazo de un pliego elevado por el Consejo de la Magistratura por parte de la Legislatura Provincial requiera de una mayoría calificada (dos tercios de la totalidad de sus miembros) consagra un reaseguro más en tal sentido. Con esto se pretende que dicho rechazo obedezca a una circunstancia verdaderamente importante y ajena a una decisión política de una mayoría circunstancial.

No hay aquí mucho para cambiar. Sólo propondría "anonimizar" los exámenes, para darle aún mayor transparencia a la que ya se ve con relación a este tema.

3.- La incorporación de "consejeros populares".

La incorporación de "consejeros populares" en este organismo, esto es, de "ciudadanos legos" (6), "representantes del pueblo elegidos directamente por el cuerpo electoral de la provincia" (7) o personas ajenas a los sectores involucrados con el sistema judicial (jueces y abogados), es otro gran acierto de la Constitución Provincial.

Más allá de los prejuicios -inadmisibles que tal circunstancia pueda despertar en quienes fuimos influenciados por conocimientos técnicos, lo cierto es que en la práctica, y por lo que he observado, estos integrantes han mostrado una mejor comprensión de la problemática social de la Provincia y ayudan a pensar mucho mejor cuando se trata de temas sensibles para la sociedad, a los cuales muchas veces los operadores del sistema son -somos- muy poco proclives a abordarlos.

A través de ellos, sin lugar a dudas, se "democratiza" -aunque sea mínimamente- al Poder Judicial y se da mayor legitimidad a la elección

de sus miembros, pues en este ámbito es bien sabido que "el nepotismo se instaló desde sus propios orígenes" y "la familia judicial siempre tuvo influencia en las designaciones y remociones de los jueces" (8).

Además, al no tener estos "representantes populares", por lo general, ninguna relación con los abogados o funcionarios judiciales que disputan un cargo o que están siendo investigados, se encuentran en mejores condiciones de emitir una opinión más objetiva que la del resto de los consejeros (9).

Con los "consejeros del pueblo", pues, no sólo se escucha a los justiciables (un "cuerpo extraño al sistema", como lo ha afirmado con total exactitud un autor) sino también se lleva al seno del Consejo "la visión del ciudadano común, no comprometido con el estatus judicial" (10), lo que de alguna manera impide "que la magistratura se escude en tecnicismos que le impiden ver la realidad en que se desenvuelve" (11).

Aportan, en síntesis, lo que el filósofo Spinoza denominó "la mirada ingenua".

Sería importante meditar, entonces, para una futura reforma constitucional, si no convendría ampliar el número de estos representantes, pues si bien es verdad que existe una especie de equilibrio entre todos los estamentos que integran el Consejo en Chubut, no menos cierto es que el sector corporativo (jueces y abogados) supera ampliamente a aquéllos.

Por lo tanto, si "abogados más abogados" eligen jueces -como también lo señaló un autor de manera impecable- se da una suerte de hermafroditismo institucional, porque el poder se autogenera. Y el Poder Judicial no debe ser cosa de pocos, sino de todos, y sólo a través de una sociedad involucrada en la elección de los jueces se puede asegurar que ello ocurra.

4.- El procedimiento de evaluación de magistrados y funcionarios ingresantes al Poder Judicial.

Otro gran acierto del constituyente de 1994 fue el de establecer un procedimiento de evaluación de magistrados y funcionarios ingresantes al Poder Judicial (art. 192, inc. 5° de la Constitución de la Provincia del Chubut), aunque entiendo que aquí sí deben efectuarse una serie de modificaciones.

Como es sabido, todas las organizaciones, grandes y pequeñas, pretenden lograr el máximo rendimiento. Para asegurarse de ello y con el fin de corregir errores de designación, la Constitución provincial obliga a que los ingresantes al Poder Judicial se sometan al cabo de los primeros tres años de su función a una evaluación ante el Consejo de la Magistratura, quien debe hacer un análisis de su desempeño y aptitudes personales.

Y este órgano, "en caso de resultar insatisfactorio (el examen) eleva sus conclusiones al Superior Tribunal de Justicia o al Tribunal de Enjuiciamiento a sus efectos".

En la práctica y como intentaré explicarlo más adelante, este procedimiento es hoy en día una especie de "bala de plata", pues constituye el único medio adecuado para poder eliminar del sistema a un mal juez o a una persona que no haya cumplido las expectativas que pretende la ciudadanía. Sin embargo, repito, algunas reformas se vuelven imperiosas.

En efecto: en la actualidad esta evaluación está prevista, de manera breve, en el Reglamento Anual de Concursos de Antecedentes y Oposición y de evaluación de ingresantes al Poder Judicial.

En sólo dos artículos se regla esta trascendente función: allí se dice que a fin de evaluar el desempeño y aptitudes personales de los Magistrados y Funcionarios Judiciales ingresantes al Poder Judicial al cabo de sus primeros tres años de función, el Pleno designará a dos

consejeros de distinta circunscripción a la del evaluado y un consejero del lugar, para que se constituyan ante el Tribunal o Ministerio en el cual cumple sus funciones el magistrado o funcionario en consideración, analicen su actuación y obtengan copia de toda constancia que estimen de interés para la evaluación; con ello deberán elevar un informe circunstanciado al Pleno, todo previa notificación al interesado.

Por su parte el Presidente del Consejo debe solicitar un informe a los organismos de Superintendencia para actualizar el legajo personal, las estadísticas del organismo, un informe al Colegio de Abogados, y todo otro dato que contribuya a la finalidad evaluativa a cumplir.

Recepcionados los informes, el Presidente debe incluir en el orden de la siguiente sesión plenaria la evaluación del Magistrado o Funcionario de que se trate, y el pleno declarará la evaluación satisfactoria o insatisfactoria, y comunicará su resultado al Superior Tribunal de Justicia o al Tribunal de Enjuiciamiento, notificando la decisión al evaluado.

En base a la experiencia colectada, entiendo que varias deben ser las reformas sobre este punto:

1.) Se impone, en primer lugar, confeccionar un Reglamento de Evaluación de manera separada y orgánica y que señale claramente y de manera precisa todo el marco de la evaluación, pues la reglamentación escueta existente sobre este tema ha motivado diversos problemas de interpretación que conspira contra la seguridad jurídica.

Deben reglarse, concretamente, todos y cada uno de los pasos de la evaluación, para evitar dudas al respecto.

2.) En el procedimiento se debería asegurar el derecho de defensa del evaluado luego de las conclusiones finales que exprese la comisión, tal como lo señaló el Dr. Lucero en su voto en la causa "Reuter, Javier Enrique s/ legajo de evaluación" (sentencia de fecha 22 de junio de 2010 del Superior Tribunal de Justicia).

Allí, el referido magistrado indicó: "estimo ineludible que se reglamente un procedimiento que provea mínimamente la posibilidad de que el funcionario o magistrado, que habiendo sido evaluado y que se declare insatisfactoria su actuación, tenga la oportunidad de ser oído -en la significación más amplia posible de tal derecho constitucional- con carácter previo y antes de concretar la remisión al organismo que se considere menester, en cuanto, en ello, se encuentra garantizado el resguardo al debido proceso. Tal reglamentación del derecho a ser oído aventaría en mucho la necesidad de iniciar acciones en sede judicial dirigidas a enmendar posibles ilegitimidades en que pudiere haber incurrido el acto administrativo que contiene tal decisión, permitiendo al funcionario o magistrado involucrado plantear y agotar por vías procedimentales internas todos los argumentos, elementos probatorios y/o cuestionamientos que se quisieran efectuar y que satisfagan ese finalidad con mayor eficacia y rapidez". Además, "ello daría la posibilidad de aportar la aludida prueba en contrario e incorporaría, eventualmente, otros elementos que sirvan para sumar a la mayor seriedad y rigurosidad que requiere la decisión final que se adopte".

3.) La evaluación prevista en el artículo 192 de la Constitución Provincial debería ser periódica y no por única vez, pues constituye una medida extraordinaria para controlar que los jueces y funcionarios judiciales cumplan con su función de la manera esperada por la sociedad y no se amparen en la tal consabida "inamovilidad" para relajar sus esfuerzos. Para ello, lógicamente, sería necesaria una reforma Constitucional.

No ignoro, sí, que una postura como la que propongo fue prevista en la Constitución de la Provincia de Neuquén y que una medida cautelar solicitada por la Asociación de Funcionarios y Magistrados de esa Provincia evitó -increíblemente- su puesta en práctica por considerar que "prima facie" se violaba la garantía de inamovilidad e independencia de los jueces, conllevando a una inadmisibles presión sobre los magistrados que sin lugar a dudas afecta su desempeño con el consiguiente impacto en el servicio de justicia (12).

Sin embargo, no obstante las posturas "interesadas" que en este sentido puedan adoptar algunas instituciones o doctrinarios, considero que ello no es así y que el monitoreo permanente a la actividad de los jueces y funcionarios judiciales es perfectamente constitucional (13).

Es un grave error creer que la independencia del Poder Judicial esté suficientemente cimentada por la inamovilidad de los jueces. Éste es un resorte, pero no el único ni suficiente por sí mismo. Es más: puede resultar contraproducente, si no se asegura mediante un adecuado sistema de control, la idoneidad de los mismos. Si el judicial es independiente, pero no es idóneo, es tan deficiente e ineficaz como cuando es idóneo, pero no es independiente.

Autorizar la evaluación por única vez lo único que hace es que un juez o funcionario judicial se "cuide" los primeros tres años, pero luego, sabiendo que los controles posteriores son prácticamente nulos o inexistentes y que el "jury de enjuiciamiento" es un expediente de ilusoria eficacia, puede determinar su relajamiento y su falta de compromiso.

Y es así, entonces, como la proclamada inamovilidad puede servir para enquistar en el Poder Judicial a jueces mediocres, indignos o simplemente cansados, inferiores a la misión y función que están llamados a desempeñar, que, aunque sean inamovibles, no sabrán aprovechar de esa garantía para proceder con altura e independencia, sucumbiendo a las presiones del ambiente, del poder político, de cualquier asechanza que logre conmover su mediocridad (14).

Por eso, pues, entiendo que un sistema de control permanente, ejercido por un órgano independiente al Poder Judicial pero vinculado a éste, como lo es el Consejo de la Magistratura, en el cual están presentes todos los sectores interesados en el servicio de Justicia, puede servir para mejorar -y en mucho- su funcionamiento (15).

4.) La declaración de insatisfactoriedad del desempeño de un magistrado o funcionario judicial constituye una causal de mal desempe-

ño autónoma por cuanto es el único caso en el que no se exige al Consejo otro sumario que la misma evaluación (16). En consecuencia, debería también reformarse la Constitución y establecerse que, en estos supuestos de declaración negativos, las actuaciones deberían enviarse siempre al Tribunal de Enjuiciamiento y no hacerse un segundo juicio de disvalor de las acciones que se juzgan como insatisfactorias - como se prevé en la actualidad- para ver si las actuaciones se remiten al Superior Tribunal de Justicia o al órgano destituyente (17) (18).

Inclusive, también cabría la posibilidad de establecer estos "exámenes de convalidación" con carácter vinculante para los poderes públicos y sin remisión a otros organismos, tal como lo sostiene HEREDIA en su libro sobre el Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut (19).

5.) La declaración de "satisfactoriedad" debería contar con la mayoría calificada de dos terceras partes del total de los miembros del Consejo, y no admitirse por simple mayoría, como ocurre en la actualidad.

Se trata de una decisión demasiado importante (principalmente por las proyecciones institucionales de la medida) y, por lo tanto, entiendo que es necesario ampliar el consenso entre todos los integrantes del Consejo de la Magistratura respecto de la confirmación en el cargo de un magistrado o funcionario judicial.

Además, una mayoría calificada le daría mayor legitimidad a la medida.

Para que quede claro: "la determinación del buen o mal desempeño de un magistrado o funcionario judicial, así como sus aptitudes personales para el cargo es de una extraordinaria importancia social y por ello... esta ponderación encomendada al Consejo de la Magistratura para determinar valores de actividad, comportamiento y actitudes en el desempeño de una función, es sin duda clave para obtener la adecuada respuesta social del servicio de justicia" (20).

Por lo tanto, la competencia del Consejo de la Magistratura, en esta evaluación, exhibe "una suerte de delegación indirecta ciudadana del derecho a controlar a sus funcionarios". Es decir, es una "herramienta institucional" con que cuenta "tanto el poder como el propio ciudadano para verificar el desarrollo de la conducta judicial dentro de los principios que fija (el) texto constitucional" (21).

En virtud de ello, es evidente que este mecanismo de control - que sería mucho más efectivo si se estableciera con carácter permanente- es parte de un sistema instituido que -sin afectar las garantías de independencia e inamovilidad judicial- tiende a remediar las consecuencias de los nombramientos desacertados, y por eso deben adoptarse todas las medidas necesarias para mejorarlo.

No hay que olvidar, en este sentido, que "el crimen mayor que se puede cometer contra la justicia, después de la injusticia, es hacer que el pueblo pierda su fe en ella, haciéndose escéptico y desconfiado" (22).

Y por ello, precisamente, en esta materia resulta imperioso tomar todas las precauciones posibles y organizar medios adecuados para la remoción de magistrados deficientes.

5. El sistema de recusaciones, excusaciones y subrogancias

Si bien la normativa vigente establece que los consejeros no pueden ser recusados pero deben abstenerse de intervenir si se hallaren comprendidos en alguna circunstancia que les impidiese actuar con imparcialidad, lo cierto es que en la práctica se entendió que en virtud de los derechos de defensa y de debido proceso que hay que asegurar en cualquier procedimiento, también debía permitirse la recusación de un consejero -sobre todo en el trámite sumarial- si existiese el temor de parcialidad en el caso concreto.

Ahora bien: esta interpretación, si bien puede ser válida (23), ha traído muchísimos inconvenientes para el sistema y, fundamentalmen-

te, "ventajas" espurias para los magistrados o funcionarios cuestionados.

Porque, por desgracia, es una máxima de la experiencia -pueden consultarse las actas del Consejo que así lo acreditan- que los jueces no recusan jueces, sino que -por el contrario- piden únicamente el apartamiento de abogados y consejeros populares, máxime cuando saben cómo piensan y cómo posiblemente votarán en la cuestión. Y ello determina, también en la práctica, que se vulnere el equilibrio previsto por el constituyente, pues en tales casos una circunscripción o un sector -o varios- pierden uno o varios votos representativos importantes (24).

Creo, entonces, que resulta imperioso establecer un régimen de subrogancias para que se mantenga la igualdad y se garantice, así, que ningún estamento o circunscripción quede en inferioridad de condiciones respecto de otro en el supuesto de que se admita una excusación o recusación (25) (26).

6.- Incompatibilidades.

Ni la Constitución ni la Ley Orgánica del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut (Ley V, N° 70) contemplan un sistema de incompatibilidades respecto de sus miembros. Tampoco lo hace -no creo que pudiera hacerlo- el Reglamento de Organización y Funcionamiento.

Entiendo que esta es otra enmienda que debe efectuar el legislador, pues se trata de una materia de toda importancia para el funcionamiento independiente del Consejo (27).

7.- Sede.

El Consejo de la Magistratura tiene su sede en la Circunscripción Judicial de residencia habitual de su presidente designado, conforme el art. 17 de la Ley V, N° 70 y el art. 1° del Reglamento de Organización

y Funcionamiento del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut.

Queda claro, entonces, que la Sede del Consejo sigue al Presidente, o sea, queda radicada en el lugar de asiento circunstancial de la presidencia (28).

Sin embargo, es una verdad innegable que "el transcurso de los años ha demostrado que la tarea del organismo se ha multiplicado, generando una labor administrativa compleja, que conlleva un mayor equipamiento técnico, mobiliario y archivos voluminosos, cuyo traslado se dificulta cada vez que al cambiar la presidencia debe cambiar la sede. Asimismo esta movilidad lleva a desaprovechar el personal que ha sido formado y capacitado para la tarea a realizar" (29).

Por lo tanto, creo que lo más conveniente sería que el organismo tuviese una sede fija (con asiento en Rawson, por imperio de lo normado en el art. 2 de la Constitución Provincial) para conservar la documentación y realizar la actividad institucional (a cargo del Secretario), y —eventualmente— una delegación en la ciudad de residencia habitual del presidente designado.

8.- Proceso de destitución. Mecanismo de autoprotección.

Nos quedaríamos en la puerta de entrada refiriéndonos únicamente al procedimiento de selección de magistrados y omitiendo toda consideración respecto del procedimiento de destitución, pues entiendo que es aquí donde mayores fallas existen y que, por consiguiente, la normativa que regula la materia debe ser motivo de un profundo análisis.

En efecto: el art. 192 de la Constitución de la Provincia del Chubut establece como función del Consejo de la Magistratura recibir denuncias sobre delitos, faltas en el ejercicio de sus funciones, incapacidad sobreviviente o mal desempeño, formuladas contra magistrados y funcionarios judiciales, debiendo instruir el sumario co-

rrespondiente a través de un miembro que se sortee (30), con exclusión del representante de los empleados judiciales y con garantía del derecho de defensa.

Como puede apreciarse, la Ley Fundamental manda a efectuar una investigación, una recopilación de datos y elementos indiciarios que permitan con una valoración prudente y ponderada, interpretar, si a criterio del plenario, existe mérito para que el Tribunal de Enjuiciamiento realice el juicio político por el procedimiento estatuido por la ley" (31).

Sin embargo, en el Reglamento de Organización y Funcionamiento (art. 34) se creó una "Comisión Evaluativa" (en la práctica llamada "comisión de admisibilidad") integrada por el propio Presidente y un miembro de cada representación con excepción del Superior Tribunal de Justicia, que tiene por función efectuar un "previo dictamen"; si ésta propone el rechazo de la denuncia porque -a su juicio no se dan los recaudos previstos en la ley, debe someter de inmediato el dictamen al Pleno en la primera sesión posterior, para que resuelva en definitiva sobre el rechazo y admisión de la misma.

Ignoro -aunque presumo- cómo se incorporó esta "comisión" en el Reglamento de Organización y Funcionamiento. Pero lo cierto es que, de manera querida o no querida, con ella se logró un objetivo increíble: que el 95% de las causas (y utilizo esa cifra para ser benévolo) se archiven sin siquiera analizarse de la forma en que debería hacerse. Sin duda, un mecanismo de protección excepcional de los miembros del Poder Judicial.

Investigando un poco sobre esta cuestión, pude conocer que, bajo la excusa de analizar solamente la procedencia "formal" de una causa, tales comisiones comenzaron luego a internarse también en el fondo de la cuestión, a tal punto que en la actualidad ellas deciden, "ab initio" y de manera directa, la suerte de una denuncia.

Me pregunto: ¿cómo se puede, por ejemplo, desestimar una denuncia sin tener todos los elementos de prueba y escuchar a los testigos ofrecidos por el denunciante? ¿No hay ahí una arbitrariedad y un prejuizgamiento inconcebible en un órgano del Estado?

Recordemos, al respecto, que justamente la arbitrariedad se manifiesta, entre otras circunstancias, cuando se dejan de lado elementos importantes, o cuando se prescinde de prueba esencial para la correcta dilucidación de una causa.

Entiendo que estas comisiones se oponen a la letra y sentido de la Constitución y que, por lo tanto, deben desaparecer. El Consejo, por mandato constitucional, está obligado a instruir un sumario, justamente para recabar datos y poder saber, luego de una extensa investigación, si los hechos denunciados son o no ciertos. Hasta tanto no se realice esa tarea, debería ser imposible archivar o desestimar una presentación de un ciudadano, por la sencilla razón de que no existen todavía los elementos necesarios para hacerlo.

Tampoco pudimos convencer sobre este punto. La defensa férrea de tales comisiones fue también sostenida por los representantes del Poder Judicial.

Pero ello no es todo. Porque si una denuncia "pasa" el filtro, esto es, sortea con éxito la "comisión de admisibilidad", debe luego esquivar varias etapas más. Algo realmente increíble, porque debería auspiciarse que un mal juez o funcionario judicial, una persona que no está a la altura de las circunstancias para desempeñar la alta tarea que el Estado le ha asignado, pueda ser removido rápidamente del cargo.

En efecto: luego de la "comisión evaluativa" (hasta su nombre es incorrecto, pues no existe esta palabra en nuestro lenguaje) (1er. paso), la denuncia tiene que ser admitida por el pleno del Consejo, que tiene que votar afirmativamente para que la causa vaya al Tribunal de Enjuiciamiento (2do. paso).

Empero, las conclusiones del pleno, si achacan responsabilidad al magistrado o funcionario judicial denunciado, "operan como acusación, pero el Consejo no la sostiene ante el Tribunal de Enjuiciamiento" (32), sino que ello está a cargo del Procurador General de la Provincia (conf. art. 26 de la ley V, N° 80 (Antes Ley 4461), quien -no obstante lo expuesto- puede abstenerse de requerir la formación de causa, "simplemente por diferente valoración jurídica" (33). O sea que también tiene que ser admitida por el Jefe de los Fiscales (3er. paso).

Luego de ello y como la decisión final que adopta el Consejo no condiciona a los otros órganos ni resulta vinculante para éstos, "el Tribunal de Enjuiciamiento... puede disentir con el Consejo de la Magistratura si éste "aconsejara" una destitución, o con el Superior Tribunal, si la convocatoria emanara de éste, y entonces devolver los autos a este cuerpo para la aplicación de pena correctiva" (34). Entonces, aquella debe pasar también una instancia inicial ante el órgano destituyente (4° paso).

Si logra hacerlo, el Tribunal de Enjuiciamiento -constituido por el Presidente del Superior Tribunal de Justicia, dos legisladores y dos abogados "sorteados" debe emitir un veredicto que resuelva la destitución del acusado (5° paso).

Pero ello no es todo. Porque no obstante ser este órgano el instituido constitucionalmente para esta misión institucional, lo cierto es que, con la excusa de defender el debido proceso, el Superior Tribunal de Justicia se ha arrogado la función de controlar estos procesos, no obstante que el veredicto sea en principio irrecurrible. Con ello la máxima instancia del Poder Judicial se ha convertido en un verdadero tribunal de alzada y muchas veces ha cambiado el criterio de quienes tenían constitucionalmente, como dije, la misión de juzgar la responsabilidad política de los jueces y funcionarios con acuerdo. Por lo tanto, la remoción también debe pasar el tamiz del Superior Tribunal de Justicia (6° paso):

Finalmente, aunque de manera excepcional pero posible, la causa puede llegar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien también puede anular el procedimiento y, por lo tanto, dejar sin efecto la decisión adoptada en el ámbito provincial (7° paso).

Como se ve, siete pasos hacen falta para poder remover a un funcionario o magistrado judicial. Si en alguna de estas etapas hay un quiebre, aquél se mantendrá en su puesto, no obstante lo que piense la sociedad, el Consejo de la Magistratura o el Tribunal de Enjuiciamiento.

Así, en la práctica, el jury de enjuiciamiento, como bien dijo alguna vez un jurista de antaño, se ha convertido en una verdadera pieza de artillería carente de toda eficacia.

Es que lo expuesto hace que la destitución sea algo muy difícil de ocurrir y que una de las finalidades básicas del Consejo de la Magistratura, esto es, preservar la función judicial, resguardándola incólume de quienes, por su conducta, la desnaturalicen, quede desvirtuada en la práctica.

Se ha generado un mecanismo de autoprotección espectacular, que tiende a defender con espíritu de cuerpo al magistrado en cuestión.

En la actualidad, como bien se ha señalado, un juez (mal juez) sólo puede ser removido del cargo cuando "se alinean los planetas". ¿Qué significa esto?. Cuando el propio Poder Judicial le suelta la mano y lo deja librado a su suerte, lo que también ha ocurrido, aunque escasamente. Pero, como se ve, en tales casos no son los intereses generales del servicio los que priman.

Se hace necesario, entonces, efectuar diversas modificaciones sobre este tema:

1.) Debe eliminarse la citada "comisión de admisibilidad" o cualquier otro nivel de decisión que, en la práctica, impida que se cumpla lo previsto en el art. 192 de la Ley Fundamental provincial. Siempre debe instruirse un sumario para analizar los términos de una denuncia. La Constitución no admite otra interpretación posible. Ello, lógicamente, no implica que se le deba dar curso a ella, pero sí que deba efectuarse, como en cualquier proceso, la correspondiente investigación.

2.) El Consejo de la Magistratura debe tener facultades de remoción ó, por lo menos, de acusación, es decir, de actuar a través de uno de sus miembros como acusador ante el Tribunal de Enjuiciamiento. La decisión de este órgano no puede estar supeditada a lo que diga finalmente el Procurador General.

3.) El Tribunal de Enjuiciamiento debe "abrir", tramitar y resolver todos los procesos que lleguen a la esfera de su conocimiento desde el Consejo de la Magistratura, sin posibilidad de efectuar un análisis previo, ya que debe presumirse que ello ya fue realizado por el organismo que intervino anteriormente.

4.) En todo el procedimiento de remoción no deberían participar integrantes del Poder Judicial, pues como lo señalara un constitucionalista contemporáneo, los conejos no son los guardianes más seguros del jardín y, por lo tanto, no se puede esperar que los propios miembros del Poder Judicial se corrijan a sí mismos. Vale aquí recordar que no hay mejor manera de defender los intereses del grupo que los mismos integrantes de ese grupo. El espectro de Robert Michels y su "ley de hierro de las oligarquías", en consecuencia, sobrevuela la cuestión. Ninguna organización o agencia estatal cede poder efectivo, material y concreto, gratuita y graciosamente y ello, además, porque toda organización genera sus propios intereses relativos al poder que detenta.

5.) El Superior Tribunal de Justicia debe autolimitarse en la función de controlar las decisiones del Tribunal de Enjuiciamiento, salvo

casos excepcionales. Y los organismos pertinentes deben controlar que ello así ocurra.

No debemos ser hipócritas. El sistema de remoción así no funciona. Es más: como diría López De Haro, "es preferible consignar claramente que no existe responsabilidad, a sentar que existe y poner obstáculos graves a su realización, porque aquello sería un criterio, una opinión, y esto es un fraude".

9.- Palabras finales.

Como el profesor norteamericano Harry Wellington acostumbraba decir de muchas cuestiones de Derecho, el propósito de este artículo es ser sólo uno de los cuadros de Monet de "La Catedral de Ruan". Para entender la misma hay que verlos a todos.

Sin embargo, entiendo que muchas cosas resultan claras y evidentes en la práctica de nuestro sistema constitucional en Chubut.

Recuerdo, todavía, las palabras del Dr. Pflieger en oportunidad de elevar su mensaje a la Legislatura Provincial: "La sociedad no siente y no ve que la misión del Poder Judicial sea cumplida. Y la disociación entre el Poder Judicial y la sociedad no es por obra y gracia de la madre natura. Ha sido y es por causa de nuestras acciones. Y a nosotros, y no a otros les cabe la responsabilidad de restañar la grieta".

Disiento parcialmente con el distinguido magistrado. En realidad considero que todos, esto es, los que tenemos parte en este sistema (y no solamente los jueces), debemos hacernos responsables. Lo único que no podemos hacer es no hacer nada. El cómplice tiene la misma pena que el autor.

Tenemos que decidir qué clase de justicia queremos: elitista, clasi-sista, de estructura conservadora, un reducto propio, casi aristocrático, que identifica la independencia judicial con la falta de control de su actuación y de opiniones sobre sus resoluciones, o una justicia abierta a

la gente, más democrática, enfocada al bien común y que respete los principios republicanos. Esa es la cuestión a resolver.

En el presente artículo he intentado enfocarme sobre ello y pretender mostrar los viejos vientos que explican las actuales tempestades (Morales Solá).

Viento y tempestad. Triunfos individuales (o sectoriales) y fracasos colectivos.

Quizás ése sea, como decía Shakespeare, el gran drama de estos tiempos.

-Sobre la base de mi disertación en el "II ENCUENTRO PATAGÓNICO CON MAESTROS DEL DERECHO PROCESAL", realizado los días 7, 8 y 9 de marzo de 2013 en la ciudad de Lago Puelo (Provincia del Chubut) por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, el Centro Patagónico de Estudios e Investigación de Derecho Procesal, el Colegio Público de Abogados de Esquel y el Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia.-

1 Miembro titular del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, en representación de los abogados de la Circunscripción Judicial de Esquel.

-Sobre la base de mi disertación en el "II ENCUENTRO PATAGÓNICO CON MAESTROS DEL DERECHO PROCESAL", realizado los días 7, 8 y 9 de marzo de 2013 en la ciudad de Lago Puelo (Provincia del Chubut) por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, el Centro Patagónico de Estudios e Investigación de Derecho Procesal, el Colegio Público de Abogados de Esquel y el Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia.-

(1) La idea que inspira esta introducción fue tomada de la conferencia pronunciada por el Dr. Ricardo Lorenzetti en el "II Encuentro Internacional De Derecho Ambiental" llevado a cabo en la ciudad de Villa La Angostura, Provincia del Neuquén, del 22 al 23 de marzo de 2007.

(2) Guido CALABRESI y A. Douglas MELAMED, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", Yale Law School.

(3) También en la filosofía, en la historia, en la música y en la literatura se observó esta circunstancia. La llamada "teoría de la recepción", en tal sentido, supuso un cambio a la hora de la valoración, al considerar al lector o receptor como punto de referencia histórica para el estudio de una obra. La historia de la literatura, como la del arte en general, se ha ocupado preferentemente de las obras en sí o de los autores. Al incidir especialmente en el receptor, no sólo entendido como público que consume un producto, sino, y esto es fundamental, como elemento constitutivo del hecho artístico, abrió un nuevo enfoque de la obra artística. La historia de una obra está fuertemente determinada por la actitud de los diversos receptores o intérpretes, que según los tiempos, la aprecian de distintas maneras. Incluso el proceso de producción está igualmente afectado por el proceso receptivo. Al fin y al cabo los artistas son también receptores de otras obras y de los gustos de una clientela a la que han de satisfacer. Y todo esto mediatiza en algunos casos su producción y queda reflejado en sus realizaciones. Por eso la teoría de la estética de la recepción contempla también los papeles jugados por el crítico y el historiador en la determinación de la comprensión de las obras por receptores ajenos o lejanos al momento propio de su creación. Estos fenómenos son analizados en una parte de la teoría llamada historia de la recepción, desarrollada a partir de los trabajos de Hans Robert Jauss (1921-1997) y Wolfgang Iser (1926), y en torno a esta teoría surgió la llamada Escuela de Constanza, por ser en esta universidad alemana donde enseñaban sus primeros maestros y donde se formaron otros importantes representantes de esta corriente metodológica. Tanto Jauss como Iser postularon su teoría de la recepción en torno a la literatura, pero el éxito alcanzado y el gran número de aplicaciones que se han hecho con re-

sultados satisfactorios en el campo de la literatura avalan la calidad de una metodología que por su versatilidad y apertura admite la aplicación a otros campos de la creación artística. Hay otros muchos autores que se han ocupado en mayor o menor medida de este tema y lo han aplicado no solo a la literatura sino a la pintura o a las artes en general. Umberto Eco, define la obra de arte como signo icónico: el significado se integra en la misma realidad física del significante. En las obras literarias y en las artísticas, debido a su peculiar naturaleza, no existe un código cerrado, ni se presenta un discurso resuelto. Son obras abiertas de manera que cada receptor puede interpretarlas en modos diferentes, encontrando significados nuevos y diferentes en un mismo significante. Por tanto, la consideración del receptor o destinatario es imprescindible para la elaboración del significado de una obra. Sólo en el Derecho negamos esta realidad. Cada obra humana varía de acuerdo al momento.

(4) Ver, por ejemplo, GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás, "El Consejo de la Magistratura y el Tribunal de Enjuiciamiento en la Provincia del Chubut", Ed. FB, Esquel (Chubut), 2011; "Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut", T. II, Ed. FB, Esquel (Chubut), 2009 y "El Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut. Un modelo nuevo y distinto", en LLPatagonia, Año 4, n° 1, febrero de 2007, ps. 731/748 y en el Boletín n° 10 del Consejo de la Magistratura Provincia del Chubut, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, p. 9 a 41.

(5) HEREDIA, José Raúl, "Reflexiones en torno a los Consejos de la Magistratura. A propósito de los diez años del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut".

(6) PORTELA, Roberto Rubén, "La Constitución Provincial y el Consejo de la Magistratura", en Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Boletín n° 8, Año 4, diciembre de 2002, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, pág. 17.

(7) MENNA, Gustavo, "Consejo de la Magistratura del Chubut. Un modelo distinto", en Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, "Homenaje", julio de 2005, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, p. 66.

(8) GOMEZ LOZANO, Daniel, "La reforma judicial necesaria".-

(9) Dice MISTO, "Es obvio que para los Consejeros representantes de los Magistrados o los abogados de la matrícula seleccionados por los Colegios respectivos, hay sentimientos "in pectore" de simpatía o antipatía cuando se deben tomar decisiones en uno u otro sentido. Ello no obsta para que la posición que adopten sea ecuánime y justa, pero subyace el conocimiento personal o profesional que posean sobre el funcionario que se elige o que se investiga, y las relaciones cercanas de su labor con muchos de ellos. Es en tal contexto que el Consejero Popular goza del "privilegio" de estar libre de tales circunstancias por cuanto no es la Justicia su ámbito de trabajo. Esta situación relativamente ventajosa, es al mismo tiempo una sobrecarga de responsabilidad. Lo induce a documentarse, a la reflexión profunda y desapasionada, al análisis de las subjetividades que deben acompañar a las evaluaciones específicamente técnicas en lo jurídico, tanto en la selección como en la investigación de conductas" (conf. MISTÓ, Carlos Alberto: "Sobre los representantes populares. Breves consideraciones sobre el tema", en Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, "Homenaje", julio de 2005, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura Provincia del Chubut, p. 77 y 82).

(10) MISTÓ, Carlos Alberto, "Sobre los representantes populares. Breves consideraciones sobre el tema", en Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, "Homenaje", julio de 2005, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, págs. 77 y 82.

(11) ORIBONES, Sergio María, "Discurso conmemorativo del Presidente del Consejo de la Magistratura", en Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, "Homenaje", julio de 2005, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, pág. 16.-

(12) Conf. S.T.J. Neuquén, 18/05/2010, in re: "Trincheri, Walter Richard y otro c. Provincia de Neuquén". Este fallo fue comentado por GONZALEZ COLANTUONO, Pablo A.: "Independencia judicial: ¿Un dilema de funciones estatales o de derechos", en La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 27 de septiembre de 2010, pág. 63 y por MARQUEZ, Armando Mario: "Evaluación de idoneidad y

desempeño de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial", en *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, 27 de septiembre de 2010, pág. 69.-

(13) Ver, sobre este tema, mi artículo "La evaluación del desempeño de los magistrados ingresantes al Poder Judicial en la Constitución de la Provincia del Chubut y la garantía de inamovilidad", en *El Derecho*, Suplemento de Derecho Constitucional del día 10 de noviembre de 2010, págs. 8/10).

(14) DANA MONTAÑO, Salvador M., "La importancia de la independencia del Poder Judicial y de la inamovilidad de los jueces, como garantía de la misma", en *LA LEY*, 92-991.

(15) En igual sentido ver CANERO, Arturo, "Luces y sombras del Consejo de la Magistratura del Chubut", en "Homenaje", Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Julio 2005, pág. 33: "Es tan dinámica la vida social y su problemática, que los jueces y representantes de los ministerios públicos, deben tener una actualización de capacitación y de respuesta, en forma permanente, a fin de atender adecuadamente el reclamo de la gente. Para ello se necesaria esta validación, que lo da el buen desempeño y aptitudes personales, actualizado cada no más de cuatro años de función".

(16) Tribunal de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial, sentencia de fecha 22 de junio de 2010 dictada en la causa Reuter, Javier Enrique s/ legajo de evaluación" (Expte. N° 39/2009).-

(17) Esto es lo que hoy en día estatuye el texto constitucional vigente. Como bien lo expresara el primer Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, en la sesión del día 25 de marzo de 1996: "Sobre este particular hubo coincidencia en que los constituyentes consagraron la inamovilidad permanente de los magistrados y funcionarios judiciales, más allá de las discusiones sobre este aspecto que transitaron tanto por espacios públicos como dentro del mismo seno de la Convención. El rol del Consejo de la Magistratura, por tanto, es el de revisar el desempeño de un magistrado o funcionario que ingresa al Poder Judicial en un cargo de aquellos que requieren acuerdo legislativo y, cumplida esta encomienda, emitir un juicio de satisfacción o

insatisfacción. En el primer caso, esta decisión que se comunica al Superior Tribunal de Justicia, no tiene otra trascendencia y se agota en sí misma. En el segundo, es necesario hacer un segundo juicio sobre el disvalor de las acciones que se juzgan como insatisfactorias y si este disvalor es grave, a punto tal que se advierte una causa obstativa para que el examinado continúe en el desempeño de sus funciones, la comunicación, con sus antecedentes, debe ser hecha al Tribunal de Enjuiciamiento. Por el contrario, si el disvalor no llega a este punto, y amerita reexamen por parte de la autoridad de superintendencia, a fin de que administre, si comparte el juicio, correctivos y sanciones, la remisión habrá de hacerse al Superior Tribunal de Justicia".

(18) La proposición que hacemos fue muy bien explicada por el consejero Eduardo Palacios en la sesión de fecha 13 de febrero de 2012, aunque aclaro que disentí con ella porque, como dije, en la actualidad una interpretación semejante no es posible atento los términos del texto constitucional. Repito: sólo mediante una reforma constitucional se podría zanjar el problema, mal que nos pese. En tal oportunidad el representante de los abogados del valle del Chubut dijo lo siguiente: "Al revés de lo que puede ocurrir ante las consecuencias de un sumario administrativo, en el cual pueden establecerse faltas leves o graves, no existe en la evaluación de ingresantes la categoría de más o menos insatisfactorio o más o menos satisfactorio o insatisfactorio grave o leve. El accionar de un magistrado luego de sus primeros tres años, es satisfactorio o insatisfactorio, sin otros adjetivos" (ver Acta n° 209 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut).

(19) HEREDIA, José Raúl: "Un Consejo de la Magistratura de base parcialmente popular", *op.cit.*, pág. 42.-

(20) SALIVA, Rafael Alberto: "Editorial", en Boletín n° 8 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Año 2, diciembre de 2002, p. 7.

(21) GONZALEZ COLANTUONO, Pablo A., "Independencia judicial: ¿Un dilema de funciones estatales o de derechos", en *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, 27 de septiembre de 2010, p. 65.

(22) HERRERA, Julio: "Hacia una mejor justicia. Organización de la justicia federal", 2ª edición, Bs. As., 1948, pág. 113.

(23) Digo "puede" y no que necesariamente sea correcta, pues en rigor de verdad el Consejo de la Magistratura del Chubut en la actualidad no tiene facultades para juzgar ni para sancionar y, además, se trata de un cuerpo colegiado de naturaleza política (no un tribunal de justicia material) y, por ende, no es predicable que operen en los procedimientos que se realicen en su seno las garantías procesales penales en toda su extensión. Ver, al respecto, la discusión suscitada en el seno del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut en la sesión de fecha 21 de mayo de 2012 (Acta n° 211).

(24) Sobre el carácter representativo de los miembros del Consejo de la Magistratura y la libertad de éstos de votar a favor o en contra de las necesidades, aspiraciones y pretensiones del grupo o circunscripción judicial que lo ha elegido ver mi artículo "Los miembros de los Consejos de la Magistratura (¿mandato representativo o mandato imperativo?".

(25) No pudimos hacerlo. Cuando lo intentamos no obtuvimos los votos necesarios para ello. Lógicamente, la corporación judicial se opuso a una innovación semejante. También debería establecerse el régimen de subrogancias para los casos de licencias, hoy tampoco contemplado.-

(26) No puedo dejar de mencionar, empero, la subrogancia "de hecho" que durante mucho tiempo efectuó el Superior Tribunal de Justicia con relación a su representante. En efecto: no obstante que la Constitución Provincial expresamente dispone que es el "Presidente" del Superior Tribunal de Justicia quien debe integrar el Consejo de la Magistratura (art. 187 de la Constitución Provincial), lo cierto es que en muchas oportunidades el Máximo Tribunal envió a las sesiones a otros ministros que no ejercían la presidencia, vulnerándose así lo que decía la norma y la finalidad pretendida por la misma. Nos opusimos a seguir aceptando tal circunstancia en la sesión del día 26 de junio de 2012 llevada a cabo en Puerto Madryn. Allí tuvimos mejor suerte (no sin cierto malestar de algunos consejeros), porque el pleno del Consejo resolvió que debía concurrir el Presidente del Superior Tribunal de

Justicia y en caso de impedimento, el Vicepresidente, no pudiendo extenderse el reemplazo a los demás miembros de ese cuerpo.

(27) Ver, al respecto, HEREDIA, José Raúl: "Un Consejo de la Magistratura de base parcialmente popular", CEIPA, 1995, pág. 49 y HUGHES, Edgardo Rubén: "La importancia institucional del Consejo Provincial de la Magistratura. Algunas reflexiones y propuestas", en el Boletín n° 10 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, julio de 2008, p. 159.

(28) Originariamente el tema fue resuelto en el Reglamento Interno. En efecto: "en los instantes fundadores de la Institución, cuando la ley nada decía sobre el lugar de asentamiento de la Sede, en una reunión del día 3 de julio de 1995, celebrada en la ciudad de Rawson, donde se había propuesto la radicación de la Institución en dicha ciudad, en una votación de siete a siete, que fue desempataada con el doble voto del Presidente, se tomó la decisión de establecer la Sede itinerante, en el lugar de radicación del Presidente" (ver Acta 95 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut). Sin embargo, con posterioridad a ello se sancionó la ley 4.086 y, por consiguiente, la solución pasó a ser legal, ya que su artículo 17 dispone expresamente que "la sede del Consejo de la Magistratura coincidirá, en cada caso, con el asiento o residencia habitual de su Presidente en donde cumplirá éste sus funciones y también el Secretario Permanente". El tema, igualmente, sigue siendo motivo de importantes controversias (ver, al respecto, Acta n° 199).

(29) NOVEIRA DE BERGESE, Diana, "Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut" (trabajo de tesis), en Boletín N° 10 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, julio de 2008, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut pág. 133. En igual sentido ver CANERO, Arturo, "Luces y sombras del Consejo de la Magistratura del Chubut", en "Homenaje", Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Julio 2005, p. 34.

(30) "Cuando ingresamos al Consejo de la Magistratura nos llamó la atención que dicho sorteo se realizara por Presidencia, luego de la sesión respectiva y sin la presencia de los consejeros y del público participante. Ello quitaba transparencia e implicaba una contradicción

con los principios que iluminan el proceder de este organismo. Fue así como propusimos en la sesión del día 14 de febrero de 2011, llevada a cabo en la ciudad de Esquel, la siguiente modificación al reglamento interno, que finalmente quedó aprobada: "Ratificada la denuncia, completados los extremos formales, el Presidente procederá al sorteo ante el Pleno de un consejero instructor y notificará, con copia de la denuncia, de su designación e inicio del sumario al Superior Tribunal de Justicia, al Magistrado o Funcionario denunciado y al Consejero sorteado, a los fines del art. 19 y 20 del presente reglamento. En caso que resultare desinsaculado un consejero de representación popular, éste podrá requerir la colaboración de un consejero letrado, sin perjuicio de la que le corresponde al Secretario del Consejo, conforme lo establece el art. 192 inc. 4º de la Constitución del Chubut" (ver Acta nº 199).

(31) Declaración y criterios generales producidos por el Consejo de la Magistratura en el año 2002, en Boletín nº 8, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Año 4, diciembre de 2002, ps. 91 y 92.

(32) HEREDIA, José Raúl: "Un Consejo de la Magistratura de base parcialmente popular", op.cit., pág. 42.-

(33) Conf. PEREZ GALIMBERTI, Alfredo ("Remoción, suspensión y sanción disciplinaria de magistrados y funcionarios judiciales en la Constitución de Chubut", en Boletín nº 2, Programa de Extensión Cultural del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut, Año 1, Volumen 1, Número 2, noviembre de 1999, pág. 61), quien también indica que "la tramitación de un sumario completo, con conclusiones asertivas de responsabilidad, no es condición de la instalación del juicio de remoción, como no lo era tampoco con la legislación anterior, pues pese a la inclusión -poco feliz de esta labor inquisitiva del Consejo de la Magistratura en la Constitución, no fue alterado el régimen acusatorio del juicio de remoción que permaneció tal como venía reglado anteriormente".

(34) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, sentencia de fecha 14 de mayo de 1997.

Tutela judicial del ambiente

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: LLPatagonia 2015 (agosto), 1043

Cita Online: AR/DOC/2185/2015

[Consultado el 13/02/2020]

Sumario

I. Introducción. Una temática paradójica, moderna e importante.
— II. Un cambio de paradigma. — III. Palabras finales.

I.- Introducción. Una temática paradójica, moderna e importante (1) (2)

El tema que me ha tocado desarrollar en este encuentro es la "Tutela judicial del ambiente". Tema amplísimo y con diversos ribetes, si los hay.

Debo, entonces, acotar el mismo, y por eso les propongo analizar tres cuestiones que juzgo trascendentes en esta materia.

La primera de ellas es la circunstancia increíble de que la cuestión esté teñida de grandes paradojas. Quizás se ignore, por ejemplo, que las empresas más contaminantes son las que mayor propaganda realizan en favor de la ecología; que la salvación del planeta está siempre presente en los discursos de los gobernantes de los países que más lo aniquilan; que Alemania sea uno de los pocos Estados que no tiene en su Constitución una cláusula ambiental y que, sin embargo, se encuentre en la lista de los países que mayor importancia le han dado a esta cuestión, y que no obstante de existir una gran cantidad de leyes y de material referido a esta temática (la inflación normativa es uno de los

grandes dramas de estos tiempos), muy pocos sean, en realidad, los trabajos o normas que sirvan o puedan ser rescatados desde el punto de vista científico.

El segundo punto trascendente, a mi entender, es que, a pesar de que en la actualidad hay un avance diario en esta temática y ella está presente en todos los campos, la protección jurídica del medio ambiente es algo novedoso.

En efecto: en rigor de verdad, no hace mucho tiempo que el hombre comenzó a tomar conciencia del problema ambiental. La idea de un planeta con recursos ilimitados y la avidez del progreso determinaron que por varias décadas careciera de trascendencia ocuparse de la protección del medio que nos rodeaba.

Sin embargo, la presencia de determinados hechos alarmantes — entre ellos, la contaminación de las aguas, la desfiguración del paisaje, el llamado efecto invernadero, la acumulación de residuos, el ensanche de la capa de ozono, la extinción de especies animales y vegetales, etc. (3) — obligó a que se empezara a prestar atención a esta nueva situación que venía asomando y que de alguna manera amenazaba la calidad de vida de los individuos. De esta forma y en virtud de esa "manifestación destructiva" provocada por el propio ser humano — para utilizar términos de Pigretti (4)

(5)

Los gobiernos, por su parte, también se preocuparon por la cuestión y empezaron a replantear sus posiciones desde todos los ángulos, elaborando y adoptando medidas de índole administrativas, educativas y legislativas que contrarrestaran los efectos del desarrollo desmesurado.

Surgieron, así, leyes especiales de protección ambiental y las nuevas Constituciones incorporaron en su articulado cláusulas específicas sobre la materia. Y fue tal la difusión que se le dio a esta materia que todos los principios y las normas vinculadas a esta temática dieron

origen a una nueva rama del Derecho denominada "Derecho Ambiental", que tiende precisamente a reglar, tutelar, defender, preservar, conservar y mejorar el ambiente en general y cada uno de sus elementos en particular.

Finalmente, debe decirse que la tutela judicial del ambiente es algo importante. Y lo es porque preserva la calidad de vida y apuesta al ser humano. Es una tutela que destaca, como bien dice Mosset Iturraspe, a la persona humana como eje y centro de toda especulación jurídica; pero no a una persona en abstracto, a una entequeia, sino a un hombre de carne y hueso, al que alegran las mañanas y entristecen los anocheceres; un hombre que convive con la fauna y la flora; que goza con los bosques y las praderas, que se detiene a beber agua cristalina de los arroyos. Es verdad que un "ambiente sano y equilibrado" jerarquiza al ser humano y lo respeta en su dignidad, en su sacralidad; como también que otro, contaminado, poluido, sucio e irrespirable, lo hace descender a condiciones infrahumanas.

Y si esa importancia ya es suficiente para que nuestra ciencia y la política le dediquen mucho tiempo a su estudio y a la creación de normas, más lo es en una región como la nuestra, en el cual el cuidado y la defensa de la naturaleza es un mandato imperativo que surge de su propia belleza. (6)

II.- Un cambio de paradigma (7)

Lo novedoso del tema genera arduos problemas en el campo del Derecho y obliga a reformular viejos conceptos y a replantear otros dogmas anticuados a fin de tender prioritariamente a la prevención y cesación de los perjuicios colectivos, en una actitud dinámica acorde con el imperativo de eficacia del derecho y guiada con el propósito último —sustentado en los principios de justicia y de solidaridad social— de mantener a la colectividad a resguardos de padecimientos, conductas desequilibrantes y angustias generalizadas. Ya lo decía Josserrand: "O el Derecho se adecua a la realidad, o la realidad prescinde del derecho".

El "Derecho Ambiental", pues, es —como lo dijo con total acierto un autor de nuestro país— una gran fiesta; una fiesta a la cual están invitadas todas las demás ramas del Derecho, las del Derecho Público y las del Derecho Privado, con una única condición: que vistan un traje o vestido nuevo.

En consecuencia, aquél impone nuevos principios, señala nuevas obligaciones y genera grandes cambios en materia procesal, de responsabilidad y de competencias.

Nuevos principios: El Derecho Ambiental elabora algunas proposiciones básicas específicas que sirven de reglas para elaborar un sistema distinto. Entre otros, se destacan los siguientes:

a) Principio de sustentabilidad ó "desarrollo sustentable": El "desarrollo sostenido o sustentable" es definido como "aquél que satisface las necesidades de las generaciones presentes sin hipotecar la satisfacción de las futuras". (8) Es decir que el "derecho al desarrollo" (como lo ha proclamado enfáticamente la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/128) y su necesaria consecuencia, el crecimiento económico, debe a su vez compatibilizarse con el derecho al medio ambiente y a la calidad de vida de los habitantes, lo que significa que todas las actividades humanas deben también considerar el mantenimiento y el mejoramiento del entorno ecológico en la realización de sus fines específicos. (9) La protección ambiental, pues, constituye una parte integral del proceso de desarrollo económico, razón por la cual éste debe cumplirse de manera que las futuras generaciones puedan cubrir sus necesidades de forma equitativa con las presentes.

b) Principio de prevención: Como todos sabemos, la prevención constituye una herramienta fundamental del ordenamiento jurídico. Sin embargo, en materia ambiental representa una "regla de oro" que adquiere una importancia superior a la que se le otorga en otros ámbitos, ya que "la agresión al medio ambiente se manifiesta en hechos que provocan por su mera consumación un deterioro cierto e irrever-

sible de tal modo que permitir su avance y prosecución importa una degradación perceptible por la calidad de vida de los seres humanos, por lo que su cesación se revela como una medida impostergable". (10) La actividad de anticipación que desarrollen las autoridades competentes y las medidas que se adopten en este sentido, por consiguiente, resultan indispensables, ya que es bien sabido que una vez producido el daño ambiental, solucionar la situación es, cuando no imposible, muy difícil y requiere de muchísimo tiempo. (11) Lo importante, entonces, es atender prioritariamente a la causa de los problemas que afecten o pudieran afectar al ambiente, la diversidad biológica y la salud de las personas, y luego a las consecuencias.

c) Principio de precaución: La falta de conocimiento o de consenso científico no autoriza a interpretar que una actividad no generará riesgos ambientales o que el nivel de peligrosidad será aceptable. Por lo tanto, tampoco faculta a dejar de lado la adopción de aquellas medidas preventivas tendientes a evitar un daño grave e irreparable. Esto se conoce como el principio de precaución. La legislación, en este sentido, lo establece en una frase generalmente acuñada que dice lo siguiente: "la falta de certeza científica no puede ser razón para posponer medidas precautorias ante la amenaza de daños graves al ambiente".

d.) Principio de participación pública: Este principio está enunciado en forma insuperable en la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992): "El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso

efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".

Es que la "participación ciudadana temprana" tiene múltiples beneficios, ya que permite recoger los conocimientos que la comunidad tiene de su entorno (mejorando así la calidad de los proyectos y de los Estudios de Impacto Ambiental); sirve para tomar en cuenta las características locales (circunstancia indispensable para lograr un mayor apoyo social); promueve las relaciones de cooperación, entendimiento y confianza entre proponentes, comunidades y autoridades; identifica lo más anticipadamente posible eventuales focos de controversia; permite que las personas tengan una información completa y acertada del proyecto y, como si esto fuese poco, constituye una medida fundamental para asegurar los principios democráticos y de libre autodeterminación de los pueblos. (12)

e) Principio de "contaminador-pagador". Según este principio, quien por acción u omisión deteriora el ambiente debe cargar con las consecuencias patrimoniales de su acto, las cuales deberán consistir no sólo en el resarcimiento de los daños causados, sino también en la carga del costo de los trabajos e instalaciones necesarias para prevenir o corregir el deterioro ambiental (esto es, la obligación de recomponer).

Ello, toda vez que "los recursos ambientales como el agua o el aire, en función de su naturaleza pública, siempre que son perjudicados o contaminados, implican un costo público para su recuperación y limpieza. Este costo público, como se sabe, es soportado por toda la sociedad. Económicamente, este costo representa un subsidio para el contaminador. El principio "contaminador-pagador" busca, exactamente, eliminar o reducir tal subsidio a valores insignificantes", o sea, "evitar que la sociedad cargue con los costos de recuperación de un acto lesivo al medio ambiente causado por una persona perfectamente identificada". (13)

f) Principio de prioridad del ambiente. Este principio fue esgrimido por la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut para confirmar la sentencia que ordenó paralizar preventivamente los trabajos mineros iniciados en el "Cordón Esquel" en el año 2003 y pretende —como su nombre lo indica— priorizar la protección ambiental flexibilizando los procesos judiciales o cualquier normativa existente que, en la práctica, no se adapte a los tiempos y necesidades que requiere una tutela de este tipo.

g) Principio de gradualidad. La degradación de la calidad ambiental, en virtud de diversas condiciones económicas y culturales, no puede ser superada de un día para otro. Por lo tanto, las acciones encaminadas a revertir las causas de la actual situación deben realizarse de forma gradual atendiendo al cumplimiento de las metas fijadas y la adecuación en razón de las demandas y necesidades de la sociedad, de los resultados que se obtengan de la evolución de los conocimientos, de la disponibilidad tecnológica y de la capacidad de acción.

h) Principio de recomposición: "El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley", reza el art. 41 de la Constitución Nacional.

Por su parte, el art. 28 de la Ley General del Ambiente Nacional 25.675 dispone textualmente que "el que cause un daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción...".

O sea que, en esta materia, lo primero que se busca es prevenir el daño. Sin embargo, si el mismo igualmente se produce no obstante haberse tomado todas las precauciones del caso, tanto la Constitución como la ley exigen que la reparación se realice "in natura".

Concretamente, "recomponer" significa "volver las cosas a su estado anterior" y se trata —como vimos— de una obligación "prioritaria", es decir, que debe exigirse antes de cualquier otra.

Con ello, pues, se quiere evitar que las empresas puedan trasladar los costos que origina la producción de dicho daño y/o que el mismo quede purgado a través del pago de una indemnización.

Es que, en definitiva, "el análisis económico del derecho no puede llegar a la justificación del daño injusto" (14) y, por lo tanto, el principio "quien contamina paga" no puede aplicarse deformadamente de tal manera que signifique que "quien paga pueda contaminar". (15)

Impone obligaciones: El Derecho Ambiental no sólo se refiere a derechos, sino que también impone obligaciones. El "derecho a un medio ambiente sano y equilibrado", en consecuencia, está indisolublemente acompañado del deber de preservarlo. Así lo estatuye claramente la Constitución Nacional en su art. 41.

Y ello es así porque, como bien lo señaló el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, "el cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad, los deberes expresan la dignidad de esa libertad. Los deberes de orden jurídico presuponen otros de orden moral que los apoyan conceptualmente y los fundamentan". (16)

Concretamente, haciendo un análisis de la legislación vigente, podemos observar que el deber de preservar el ambiente obliga a los particulares, por ejemplo, a efectuar una utilización racional de los recursos naturales", es decir, a que los mismos sean empleados de tal forma que se evite el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que toda la humanidad comparta los beneficios de tal empleo; a resguardar el patrimonio cultural y natural; a evitar la contaminación ambiental, o sea, poner fin a la descarga de sustancias tóxicas y de otras materias y a la liberación de calor, en cantidades o concentraciones tales que el medio no pueda neutralizarlas, para que no causen daños graves o irreparables al ecosistema; a participar en la defensa ecológi-

ca; a proteger y garantizar la preservación del patrimonio natural y cultural y la diversidad biológica, etc.

Reformulación de principios procesales: El Derecho Ambiental también ha generado la necesidad de reformular los viejos principios procesales.

Entre ellos, se destacan los siguientes.

a) Ensanchamiento de la legitimación: Como bien indica Bidart Campos, de "poco o nada sirven las garantías y las vías idóneas si el acceso a la justicia se bloquea en perjuicio de quien pretende su uso y se le deniega la legitimación". (17)

Precisamente por ello la tendencia actual de la legislación ambiental es ensanchar enormemente la nómina de legitimados activos, al punto tal que algunas provincias, como por ejemplo Chubut, admiten la acción popular en esta materia (conf. arts. 57 y 111 de la Constitución Provincial). (18)

b) La función de los jueces en el proceso ambiental. El daño ambiental compromete bienes o intereses colectivos de la comunidad, razón por la cual el tinte precautorio de la tutela adquiere especial relieve. Ante este escenario, es evidente que la neutralidad e imparcialidad que tradicionalmente se les exigió a los magistrados "para dirigir un litigio entre partes que se gobiernan por intereses y egoísmos privados" debe ceder paso "para asegurar —prevenir, impedir, paralizar— desde ahora, que no se consumen perjuicios, no se sigan ocasionando o se acrecienten". (19) O sea que "no basta reparar daños, hay que prevenirlos. El Poder Judicial debe un acompañamiento valioso a la sociedad para velar anticipadamente por sus intereses". (20)

c) Inversión de la carga probatoria: El proceso ambiental determina, asimismo, cambios sustanciales en lo que se refiere a la carga de la prueba, la cual debe invertirse en determinados supuestos a fin de llegar a la verdad real de lo sucedido. Por lo tanto, en esta materia en-

tran a jugar la teoría de las "cargas probatorias dinámicas" y el principio de solidaridad y colaboración y, por lo tanto, se exige que aporte las pruebas pertinentes a aquella parte que está en mejores condiciones de probar los hechos controvertidos.

d) Expansión de la cosa juzgada. De acuerdo con las pautas del proceso ortodoxo, la sentencia que ha quedado firme y por ende ha pasado en autoridad de cosa juzgada sólo le es oponible en principio a quienes han revestido el carácter de parte. (21) En el proceso ambiental, en cambio, esta regla también ha sufrido adaptaciones importantes, ya que el carácter colectivo del daño ecológico hace que sea imprescindible expandir los efectos de la condena respecto de todas aquellas personas que se encuentran dentro de la misma situación material que originó la causa judicial, es decir, que se comunique a las demás personas de la comunidad. (22)

Cambios en materia de responsabilidad: El campo de la responsabilidad también sufre grandes cambios en esta temática.

a) La relación de causalidad adecuada: En los casos de daños ambientales "de causación colectiva o plural, donde aparezcan involucrados un grupo de empresas como posibles sujetos agentes, que vuelva materialmente imposible para la víctima o víctimas la determinación fehaciente de la autoría, debe admitirse la 'teoría de la causalidad alternativa o disyunta' o del daño colectivo, conforme el art. 1119 del Código Civil". (23) La regla general sobre este aspecto es, entonces, la siguiente: "Si se puede establecer quién emitió el agente contaminante que causó el daño, la responsabilidad será personal del mismo, mientras que si son varios los que contribuyeron a la degradación del medio —sea por combinación o conexión de distintas emanaciones tóxicas provenientes separadamente de diversos centros industriales, o porque los establecimientos que conjuntamente produjeron la contaminación igualmente la habrían causado al haber actuado en forma separada o aislada—, se tratará siempre de causalidad conjunta y de responsabilidad solidaria de todos" (24), sin perjuicio de las posteriores acciones de repetición que pueden darse entre los sujetos involu-

crados y de la exención de responsabilidad que puede lograr quien aporte la prueba excluyente de su concreta imputabilidad.

b) Factor de atribución: En materia ambiental el factor de atribución es siempre objetivo. Así lo ha entendido no sólo la unanimidad de la doctrina, sino que también lo dispone de manera expresa y terminante la Ley General del Ambiente en su art. 28: "El que cause un daño ambiental será objetivamente responsable de su reestablecimiento al estado anterior a su producción...". (25)

Los fundamentos de esta responsabilidad derivan, fundamentalmente, de dos circunstancias:

En primer lugar, de la teoría del riesgo creado, la cual puede sintetizarse de la siguiente manera: "quien es dueño o guardián de cosas riesgosas, o realiza actividades que, por su naturaleza o modo de empleo, generan riesgos potenciales a terceros, debe responder por los daños que ellas originan". (26)

Y, en segundo término, del principio "quien contamina, paga", ya que —como vimos— en virtud del mismo se le hace soportar a los responsables por contaminación las erogaciones necesarias para prevenir o corregir el deterioro ambiental. Por lo tanto, "es tal principio... el que determina que en los casos de daños ambientales el factor de atribución de la responsabilidad sea siempre objetivo... sin perjuicio de que en forma concurrente y complementaria, igualmente pueda aceptarse como otro factor de atribución objetivo a la solidaridad...". (27)

Por lo tanto, y en virtud de lo expuesto, se originan las siguientes consecuencias:

1) El titular de una cosa o la persona que despliega una actividad peligrosa o potencialmente contaminante debe responder por los perjuicios causados con prescindencia de que haya incurrido o no en culpa y/o de que haya adoptado todas las medidas necesarias para prevenir los mismos.

2) La demostración de inculpabilidad por parte del titular de la cosa riesgosa, pues, no es suficiente para liberarlo de responsabilidad.

3) "Los cuidados que se observan en el proceso industrial" —por su parte—, también "resultan irrelevantes si, en definitiva, el daño se produce". (28)

4) Es decir que, en virtud de ello, la víctima resulta sumamente beneficiada, ya que no le corresponde a ella demostrar la culpabilidad del responsable.

5) Es más: a la víctima sólo le basta acreditar su contacto con la actividad riesgosa o con la cosa generadora de riesgo, la propiedad o guarda de ella por quien se sindicó como responsable y el daño sufrido, presumiéndose por imperio legal la existencia de relación causal entre este último y el riesgo de la cosa.

6) El nexo causal, entonces, requiere sólo el mero contacto con la cosa.

7) Es decir que el dueño o guardián será tenido por responsable a título de riesgo creado si no alega y prueba que haya promediado en la producción del evento una causalidad ajena a él.

8) Concretamente, "la exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder" (art. 29 de la Ley General del Ambiente Nacional 25.675).

9) La culpa concurrente (o sea, la conexión de la culpa del responsable con la culpa de la víctima) no libera de responsabilidad al titular de la cosa y/o a quien realiza la actividad riesgosa para el medio ambiente. Por lo tanto, en este caso éste también deberá responder en forma solidaria por la totalidad de los daños causados.

Modificaciones en materia de competencia legislativa: en esta materia no rige más el principio contenido en los arts. 121 y 126 de la Constitución Nacional. Ahora, conforme el segundo párrafo del art. 41 de la Ley Suprema, "corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales".

III.- Palabras finales.

La protección del medio ambiente es fundamental para nuestra supervivencia. Nadie duda al respecto. Sin embargo, no obtendremos resultados satisfactorios en esta materia en tanto y en cuanto no podamos controlar uno de los mayores flagelos que azota a la humanidad: la pobreza. (29)

Como bien dijo Indira Gandhi en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente celebrada en Estocolmo en 1972, "no hay peor contaminación que la miseria".

Esta frase, hoy más vigente que nunca, nos brinda una idea cabal de la íntima y múltiple interrelación que existe entre la pobreza y el medio ambiente.

Tal circunstancia, en primer lugar, se verifica en la actitud que muchas veces adoptan las personas carenciadas con respecto a los recursos naturales.

Porque, como todos sabemos, la necesidad —que "tiene cara de hereje"— muchas veces los obliga a adoptar posturas contrarias a los parámetros sugeridos en la materia.

Así, en el tema que nos ocupa, tal necesidad es la que determina, por ejemplo, que los pobres se vean forzados a utilizar excesivamente las tierras para poder subsistir, a talar los bosques para calentarse, a cazar indiscriminadamente para alimentarse, a no respetar zonas o

épocas de veda o a aceptar como "beneficiosos" ciertos emprendimientos (casi siempre realizados por las grandes empresas multinacionales) que, de una manera u otra, atentan contra el medio ambiente y generan grandes posibilidades de contaminación.

Y lo peor de ello es que nadie puede criticar con razón estas actitudes porque, por más dañinas que sean, persiguen como único objetivo satisfacer exigencias básicas de la vida.

Pero eso no es todo. La pobreza no sólo crea agentes directos de degradación, sino que también favorece la pérdida de la calidad de vida de quienes se encuentran inmersos en ella.

En efecto: como bien se ha expresado, "los pobres de todo el mundo sufren más que nadie los daños medioambientales; padecen en proporción abrumadora las enfermedades y muertes causadas por la contaminación; son las mayores víctimas de la degradación de la naturaleza; viven cerca de las fábricas contaminantes, de enclaves con residuos tóxicos; sufren de un modo extremo la desertificación y la deforestación, y soportarán en forma desproporcionada los efectos del calentamiento mundial". (30)

La pobreza, así, se convierte en uno de "los elementos que más pesan sobre el deterioro del medio ambiente", razón por la cual "su eliminación constituye también, aparte de un objetivo humano y social, un imperativo 'ecológico'". (31)

Las leyes y las Constituciones pueden exigir a los habitantes que defiendan la ecología, pero tales disposiciones serán desoídas mientras no se solucione el problema de fondo y existan personas con necesidades básicas insatisfechas. Es imposible hablar de sustentabilidad mientras haya individuos que tengan que subsistir con menos de dos dólares diarios (cifra que representa, para el Banco Mundial, el "umbral de la pobreza").

Resulta imprescindible, pues, que paralelamente a la defensa ecológica se adopten programas de acción y políticas públicas adecuadas que combatan este flagelo y, de tal manera, contribuyan a evitar que se deterioren aun más las condiciones ambientales.

De igual manera, hay que destacar que muchas veces la contaminación no sólo afecta al medio ambiente. Hay también, flotando en el aire, una especie de "contaminación mental", una forma de pensar y actuar que no es la que corresponde. Es precisamente en este tema donde se ve claramente que somos hipócritas, pues decimos una cosa y hacemos todo lo contrario.

Creo, en este sentido, que esta como otras cuestiones trascendentes tienen que ver con la cultura de las personas, con sus valores y sus creencias; que si no cambiamos la "cultura de la depredación" por la de la preservación, a partir de la primera edad, de la escuela, nada podemos lograr.

Tenemos que empezar, entonces, a pensar y actuar de manera diferente. Como lo señalara con total exactitud Ross Perot, aquél millonario estadounidense candidato a la presidencia de los Estados Unidos que se animó a enfrentar el bipartidismo en el país del norte, "activista es el que limpia el río, y no el que dice que está sucio".

Todos y cada uno de nosotros podemos hacer algo para revertir la situación de destrucción en la cual estamos inmersos.

Es cierto, sí, que la complejidad de esta temática puede hacernos creer que ello va a exceder nuestras capacidades. Pero no debemos olvidar, tampoco, que si bien todos no servimos para todo, todos servimos para algo.

De igual manera, podría señalarse que nuestras acciones serían muy pequeñas, una mínima gota en el océano.

También es verdad. Sin embargo, en este caso también podría contestarles con aquello que expresara la madre Teresa de Calcuta: "A veces creemos que lo que hacemos es tan sólo una gota en el mar, pero el mar sería menos si le faltara esa gota".

(1) Sobre la base de mi disertación en el "III Encuentro Patagónico con Maestros del Derecho Procesal", realizado los días 13, 14 y 15 de marzo de 2014 en la ciudad de Lago Puelo (Provincia del Chubut) por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut.

(2) Abogado egresado de la Universidad de Belgrano con Diploma de Honor. Presidente del Colegio Público de Abogados de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut. Vicepresidente Primero del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut (período 2011/2013). Conjuez de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia. Profesor —por concurso— a cargo de la cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia "San Juan Bosco", sede Esquel. Miembro del Tribunal de Enjuiciamiento para Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia del Chubut (año 2009). Presidente de la Convención Constituyente Municipal redactora de la primera carta orgánica de la ciudad de Esquel (año 2005). Presidente del Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut (año 2008). Distinguido con la condición de "joven notable" del año 1994, por la Fundación Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Autor de siete libros jurídicos, entre ellos, "La Protección del Medio Ambiente en la Provincia del Chubut" (año 2003) que obtuvo el premio "Eco-Córdoba 2004", otorgado por el Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (2004). Apoderado de la Asamblea de Vecinos Autoconvocados por el "No al emprendimiento minero Cordón Esquel" ante el Tribunal Electoral Municipal de Esquel, con motivo del plebiscito realizado el día 23 de marzo de 2003.

(3) Un estudio prolijo de los grandes problemas ambientales de toda la humanidad y de nuestro país puede consultarse en VALLS, Mario Francisco: "Manual de Derecho Ambiental", Ed. Ugerman, Buenos Artes, 2001, ps. 40/67.

(4) PIGRETTI, Eduardo A., "Derecho Ambiental", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 2.

(5) Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo (Suecia), 1972. Este encuentro es apreciado hoy en día como el hito inicial en la consideración seria y sistemática de los fenómenos ambientales a nivel internacional. Con posterioridad se celebraron otras reuniones en las cuales se adoptaron declaraciones de gran importancia. Entre ellas, cabe mencionar a la Carta Mundial de la Naturaleza (1982), la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro, 1992), la Declaración de Nairobi (1997), la Declaración de Malmö (2000), etc.

(6) Cuenta una leyenda que cuando Dios se encontraba en su marcha generosa por el mundo repartiendo montañas, llanuras, arroyos, ríos, cascadas, lagos, selvas y praderas y después de haber recorrido buena parte de la Tierra, tuvo que reclinarse por un momento, circunstancia que cambió maravillosamente el paisaje circundante al volcársele una cantidad de lagos encantadores rodeados por bosques y montañas maravillosas. El Creador, extasiado por la armonía policroma que se extendía ante sus ojos, no quiso recoger ni una sola de esas bellezas que integraban ese cuadro de magnífica perfección, dejando allí una de sus obras maestras más importantes. No creo que sea necesario aclarar que fue en nuestra Provincia el lugar donde se desarrolló esa historia. Aunque diversas regiones del planeta reclaman su primogenitura como hijas predilectas de la naturaleza, podemos señalar — sin temor a equivocarnos — que Chubut y sus adyacencias se encuentran en la cúspide en lo que se refiere a paisajes y bienes naturales. Nadie puede dudar que vivimos en una provincia privilegiada, con contornos muy difíciles de encontrar en otras tierras del mundo. Por eso, si bien la protección del medio ambiente constituye hoy en día un postulado fundamental a nivel mundial, en nuestro ámbito geográfico adquiere una importancia superlativa.

(7) Ver, al respecto: LORENZETTI, Ricardo Luis, "Teoría del Derecho Ambiental", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010.

(8) AA.VV., "¿Sostenible?. Tecnología, desarrollo sostenible y desequilibrios", Universitat Politècnica de Catalunya, Ed. Icaria, Barcelona, España, 1997. En rigor de verdad, esta expresión surgió del informe de la Comisión Brundtland de las Naciones Unidas, que definió el desarrollo sustentable como aquel "que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer las posibilidades de las futuras generaciones para satisfacer las suyas" ("Nuestro futuro común", abril de 1987). Por eso, precisamente, se dice que la sostenibilidad es un tema transgeneracional.

(9) Ver, al respecto, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Desarrollo y medio ambiente", en JA 1997-IV-1006. En el mismo sentido, vale recordar que cuando se discutió este tema en la Honorable Convención Constituyente Provincial se dijo que era necesario "encontrar un equilibrio viable y equitativo entre el medio ambiente y el desarrollo", que "sostenibilidad significa progreso, crecimiento, creación de riqueza y utilización de los recursos sin rebasar los límites de las posibilidades ecológicas", y que "un desarrollo que sólo beneficia a unos cuantos no es un desarrollo sostenible" (conf. Diario de Sesiones de la Reunión Plenaria n. 10 del 30 de setiembre de 1994).

(10) Juzg. Letrado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut, Esquel, 19/02/2003, autos "Villibar, Silvana Noemí c. Provincia del Chubut y otros s/amparo" (Expte. 1365-390-2002). En igual sentido se expresa Ricardo Lorenzetti (conf. CAFFERATA, Néstor A., "Vocabulario medioambiental" [con especial referencia a la legislación bonaerense], en La Ley, Buenos Aires, año 8, número 5, junio de 2001, sección doctrina, p. 597, voz "prevención").

(11) Sobre este punto ver también BESALU PARKINSON, Aurora V.S.: "Prevención del daño ambiental (Soluciones en derecho privado)", en JA 1997-I-781 (quien inclusive señala que el deber de no dañar posee jerarquía constitucional y que por ende el "derecho a la prevención" también tiene amparo constitucional implícito) y AGOGLIA, María M, BORAGINA, Juan C. y MEZA, Jorge A.: "El

sistema jurídico vigente para la protección del daño originado por degradación ambiental", en JA 1993-IV-808.

(12) Ver, sobre este punto, "Participación ciudadana temprana en el marco del sistema de Evaluación de Impacto Ambiental", en "Economía Regional", Suplemento Especial preparado por la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia, Año 10, Número 476, p. 1.

(13) BESSA ANTUNES, Paulo de, "Direito Ambiental", 6ª ed. revisada, ampliada y actualizada, Ed. Lumen Juris, Río de Janeiro, Brasil, 2002, ps. 41 y 39 (traducción libre del autor).

(14) Ver ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto M.: "Los daños al medio ambiente en el marco de la realidad económica", en LL 1992-C-1029.

(15) Conf. VALLS, Mario: "En busca de un marco jurídico para el ambiente", en LL 1990-D-858.

(16) Citado por HERNÁNDEZ, Antonio María: "Deberes", en AA.VV.: "Las Nuevas Constituciones Provinciales", Ed. Depalma, Buenos Aires, p. 39.

(17) BIDART CAMPOS, Germán: "El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa", Ed. Ediar, Buenos Aires, p. 309.

(18) Ver, sobre este punto, mi artículo "La legitimación activa en la acción de amparo en la Provincia del Chubut. El reconocimiento de una acción popular", en ED Suplemento de Derecho Constitucional del día 15 de noviembre de 2011, ps. 12/15.

(19) MORELLO, Augusto Mario, "La valoración de la prueba y otras cuestiones en la tutela procesal del ambiente", op. cit., p. 382.

(20) BIDART CAMPOS, Germán J., "Los intereses difusos en el realismo socio-jurídico del Poder judicial", en ED 131-136.

(21) Conf., entre otros, CNCiv., sala B, 27/04/1976, en LL 1978-D-828.

(22) Conf. CAFFERATTA, Néstor A., "Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo. Ley general del ambiente 25.675: compendio de reformas sustantivas y formales", en "Antecedentes Parlamentarios. Ley 25.675. Ley General del Ambiente", La Ley, n. 4, mayo de 2003, ps. 746/7. En el mismo sentido, el Derecho Judicial ha dicho que: "Sería vana y absurda una sentencia que amparada en el ca-

rácter individual de las acciones y tras comprobar los efectos contaminantes denunciados, pretendiera limitar los alcances de su mandato a la relación jurídica procesal bilateral nacida de cada proceso individual y mandara, por caso, que los efectos contaminantes cesaran tan sólo —como si fuera posible— para con los actores, mas no para el resto de la comunidad afectada" (C. Civ. y Com. La Plata, "Almada, Hugo c. Copetro S.A.", 09/02/1995).

(23) GOLDENBERG, Isidoro H. y CAFFERATTA, Néstor A., "Daño ambiental. Problemática de su determinación causal", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 43. Sobre responsabilidad colectiva ver, entre otros, los siguientes trabajos: "LORENZETTI, Ricardo Luis: "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", en LL 1996-D-1058; LLAMBÍAS, Jorge, "Responsabilidad colectiva o anónima", en ED 83-783 y BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: "La responsabilidad colectiva en el derecho de daños", en LL 142-984.

(24) TRIGO REPRESAS, Félix: "Responsabilidad civil por daño ambiental", en JA 1999-IV- 191. En igual sentido ver STIGLITZ, Gabriel A.: "Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente", en LL 1983-A-786/7.

(25) En igual sentido, la jurisprudencia reiteradamente ha sostenido que la responsabilidad por daño ambiental es objetiva. El primer fallo relativo al tema fue dictado por la Cámara 1ª. Civil y Comercial de La Plata, sala 2ª, y en el mismo se dijo que "la polución realizada mediante la intervención de las cosas comprende supuestos de responsabilidad por riesgo o vicio. Por tal motivo resulta aplicable el art. 1113 del Código Civil y con él la doctrina del riesgo creado": conf. AGOGLIA, María M., BORAGINA, Juan C. y MEZA, Jorge A.: "El sistema jurídico vigente para la protección del daño originado por degradación ambiental", en JA 1993-IV-809/10.

(26) BUERES, Alberto y HIGHTON, Elena I.: "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", t. 3, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, p. 498. En igual sentido ver, entre otros, JOSSERAND, Luis, "Derecho Civil" (trad. S. Cunchillos y Manterola), Buenos Aires, 1950 y ALTERINI, Atilio Aníbal, ÁMELLA, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de obligaciones civiles y comerciales", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires,

2000, p. 182: "la teoría del riesgo pone el resarcimiento a cargo de quien emplea una cosa, o desarrolla una actividad apta para causar daños: la idea básica es que quien introduce en la sociedad algo que tiene aptitud para provocar un perjuicio, cuando éste se produce, debe soportarlo...".

(27) TRIGO REPRESAS, Félix: "Responsabilidad civil por daño ambiental", en JA 1999-IV- 1191.

(28) CAFFERATTA, Néstor A.: "Daño ambiental. Jurisprudencia", en LL del 10 de julio de 2003, p. 3.

(29) Ha sido muy amplio el aporte que en los últimos años ha efectuado la doctrina sobre la relación que existe entre la pobreza y los derechos esenciales de la persona. Recomiendo, al respecto, GIALDINO, Rolando E.: "La pobreza extrema como violación del derecho de toda persona a la vida y a no ser sometida a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otros derechos humanos", en JA del 26 de febrero de 2003, fascículo 9, p. 3. Ver, también, KLIKSBERG, Bernardo: "Hacia una economía con rostro humano", Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002.

(30) LEAN, Geoffrey, en <http://www.ourplanet.com/imgversn/122/spanich/glance.html>.

(31) BELLORIO CLABOT, Dino: "Tratado de Derecho Ambiental", t. I, Ed. Ad-Hoc, 1999, p. 37.

Nuevamente acerca de la acción popular en la provincia del Chubut (*)(**)

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <http://www.elderecho.com.ar/>

Publicado en: El Derecho Constitucional 2015-583

[Consultado el 13/02/2020]

Cuando soplan vientos de cambio, algunos construyen muros, otros molinos. (Proverbio chino)

1.- Introducción.

Parafraseando el título de un viejo artículo de Marienhoff(1), propongo analizar aquí un tema recurrente: si en la provincia del Chubut existe —o no— la acción popular para la defensa de los derechos o intereses(2) "difusos", "fragmentarios", "supraindividuales", "metaindividuales" o "derechos de incidencia colectiva en general", según la denominación que utiliza nuestra Constitución Nacional en su art. 43.

La cuestión, lejos de estar definida, merece un nuevo tratamiento, pues en un trabajo de reciente aparición, por ejemplo, uno de los Ministros del Superior Tribunal de Justicia de aquel estado provincial (el Dr. José Luis Pasutti) sostiene que "la amplitud de la legitimación (que consagra la Constitución Provincial) no constituye una acción popular"(3).

2.- Aproximación al tema. La legitimación procesal.

Es sabido que en un sistema constitucional como el nuestro, el juez no puede actuar de oficio, sino que su jurisdicción y competencia deben ser incitadas. Alguien, pues, debe provocarlas.

Para acceder a la justicia, entonces, hace falta que quien pretende el servicio de justicia esté "legitimado".

La legitimación, explica Marienhoff, "en general significa la aptitud de ser parte en un determinado proceso o asunto judicial. Y tal aptitud se determina por la posición en que se encuentre el actor respecto de la pretensión que da lugar al proceso o asunto, entendiendo aquí por pretensión lo que el actor pide que le sea reconocido jurisdiccionalmente (...) Solo las personas que se encuentran en determinada relación con la pretensión pueden ser parte en el proceso en que la misma se deduce"(4).

Por lo tanto, para ejercer en juicio la tutela de un derecho, es absolutamente imprescindible que exista un nexo que vincule a la persona con la prerrogativa que se entiende afectada, lesionada o amenazada (5).

De esta manera, si el sujeto que pone en marcha la acción no es aquel que según el ordenamiento jurídico está habilitado para hacerlo (es decir, que está legitimado), el juez puede rechazar in limine la demanda o, con mayor razón, hacer lo propio al momento de dictar sentencia (6).

En el modelo tradicional o clásico, en el cual el proceso fue pensado básicamente para solucionar conflictos entre dos personas, solo los titulares de derechos subjetivos o, en algunos casos, de intereses legítimos, tenían legitimación para requerir el auxilio de la justicia.

Sin embargo, la irrupción de los derechos de incidencia colectiva (o difusos) motivó la revisión de todos los institutos clásicos del Derecho, entre ellos, el de la legitimación, e hizo necesario ensanchar el catálogo de habilitados para obrar en su defensa, "para evitar perjuicios o menoscabos, transgresión del alterum non laedere"(7).

"La arrolladora realidad de los cambios determinados por la emersión de fenómenos grupales, de una dinámica de una sociedad

civil más participativa, de una democracia de soberanía compartida, de mayores exigencias con compromisos sociales –dicen Morello y Caf-feratta– ha determinado ajustes y corrimientos en la relación procesal. La defensa de la sociedad, de los intereses y derechos vitales caracterizados como colectivos o difusos, impuso otro modo de pensar y actuar el derecho instrumental facilitador de la protección útil de los mismos"(8).

Así, pues, los distintos sistemas jurídicos introdujeron modificaciones y adaptaciones importantes, aperturas e innovaciones tendientes a dar cauce de defensa a tales derechos. Y una de ellas fue, precisamente, la de retornar a la vieja figura de la acción popular.

3.- La acción popular. Concepto. Antecedentes. Importancia.

Tradicionalmente se definió a la acción popular como aquella que se concede por la ley a cualquier vecino en los asuntos que interesan al pueblo (9).

Es decir, hay acción popular cuando ella puede ser ejercida por cualquier persona, aunque no titularice un derecho o un interés personal, no sea afectada ni sufra perjuicio. Basta con su condición de ciudadano o de habitante para que pueda hacerlo (10).

Esa simple cualidad, entonces, resulta suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés especial o directo para accionar en supuestos en los cuales se afectan bienes o intereses públicos o colectivos.

Por su intermedio, pues, se legitima a cualquiera y a todos para impeler el control constitucional o legal y extinguir, así, un acto irregular que viola el derecho (11).

Como dice Esaín: "En este caso estamos ante ciudadanos a quienes se les permite el acceso directo a la justicia por medio de una acción basada en un derecho subjetivo de disfrute de los bienes que pertenecen a la colectividad y que la titularidad de ese derecho propio pertenece a todas las personas sin distinción y sin que entre ellas necesariamente exista un vínculo jurídico"(12).

Y es precisamente esa simple calidad o condición de ciudadano (o de habitante o de persona, en su caso) la que sirve como nexo suficiente con la situación del demandante para tener por configurada la afectación requerida para la configuración del "caso" que habilita la intervención judicial en este tipo de asuntos(13).

Se trata, en consecuencia, de un ejemplo generoso de legitimación procesal activa (14), pues –como vimos– se funda en una violación a la ley y, por lo tanto, no requiere alegar ni acreditar un derecho o interés propio que se considere lesionado (15).

Su importancia y trascendencia, entonces, saltan a la vista: con la acción popular se quiere, básicamente, restablecer el imperio de la legalidad y defender el derecho objetivo, elevando así la participación y el espíritu cívico del pueblo.

El origen de la acción popular es antiguo; la encontramos en Roma(16) (en la época de la República) (civis de populo)(17), en la que podía ser ejercida por "persona íntegra"(18); fue prevista para proteger los derechos de las personas en general(19) y, por lo tanto, tenía un campo de acción considerable(20), ya que era su finalidad principal la de precaver la lesión de bienes y derechos que comprendían intereses superiores(21).

Por ello, precisamente, una de sus características más salientes es su carácter público, ya que tal circunstancia implica que su ejercicio supone la protección de un derecho colectivo, y otorga la posibilidad de que cualquier persona pueda acudir ante el juez para defender la

colectividad, con lo cual se obtiene de manera simultánea la protección de su propio interés (22).

Y esto ha llevado a que se diga que "la acción popular es educadora, y su ejercicio hace del ciudadano un colaborador de la moralidad y de la legalidad, donde más hace la defensa de una y otra", así como también que "el actor popular es una especie de "caballero de cruzadas" de legalidad y de moralidad pública. En él se ve una expresión de solidaridad con todos los ciudadanos honestos o animados de espíritu cívico"(23).

Sin embargo, también se han efectuado muchas críticas a esta figura (como podrá observarse en el punto siguiente), y algunos autores —básicamente administrativistas— han escrito innumerables trabajos en contra de ella.

No obstante ello, lo cierto es que la acción popular va ganando nuevamente terreno en la actualidad de la mano de su primera virtud, esto es, del hecho de que el actor no necesita invocar la lesión de un derecho subjetivo ni de un interés legítimo, aunque para él la lesión exista. Le basta invocar su cualidad de persona o ciudadano, sin interdicciones, para asumir la defensa de los derechos colectivos en general, lo que determina —en definitiva— que por su intermedio se pueda proteger de una mejor manera los derechos y bienes de la sociedad en su conjunto.

El que ejerce la acción popular, pues, es un defensor del orden jurídico. Se parte de la base de que toda lesión a un interés o derecho difuso (o de incidencia colectiva) implica también una lesión, por poco que sea, a los derechos ciudadanos. Y ello es lo que determina, precisamente, que se le otorgue legitimación para accionar (24).

4.- El tema en la Constitución de la Provincia del Chubut. Los textos involucrados.

Como bien dice Andrea Meroi, "en un proceso verdaderamente tímido a nivel nacional y más enérgico a nivel provincial, la Argentina comenzó a consagrar normas protectoras de intereses supraindividuales y, en ciertos casos, vías de acceso a la jurisdicción provincial"(25).

La Constitución de la Provincia del Chubut, en este sentido, instituyó dos normas al respecto. No está de más recordarlas, porque hacen a la esencia del tema.

El art. 57 de la Constitución provincial señala:

"Toda persona tiene legitimación para obtener de las autoridades la protección de los derechos difusos de cualquier especie reconocidos en esta Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado".

Por su parte, el art. 111 de la Constitución provincial indica:

"Todo habitante puede interponer acción de amparo para obtener de la autoridad judicial la adopción de medidas preventivas o correctivas, respecto de hechos producidos o previsibles que impliquen el deterioro del medio ambiente".

La única diferencia entre estas disposiciones, como puede observarse, es que el art. 111 se refiere exclusivamente al amparo ambiental (es decir, se limita a un solo bien jurídico colectivo), mientras que el art. 57 abarca a todas las acciones en general, y no solo es aplicable para las judiciales sino también para las de tipo administrativo (26).

5.- El tema en debate. Las distintas posiciones.

Lo que se discute, en definitiva, es si los artículos citados establecen —o no— una acción popular.

Existen al respecto dos posturas antagónicas.

1) La primera de ellas, a la que suscribimos, afirma que tales disposiciones facultan a toda persona física o jurídica a promover una acción en defensa de los intereses o derechos difusos (máxime si está comprometido el ambiente), sin que sea necesario indicar un interés concreto ni alegar proximidad geográfica u otra circunstancia para poder hacerlo, e instituye –así– una verdadera "acción popular" en esta temática.

El fundamento principal (pero no el único, como me referiré más adelante) es el siguiente: la redacción de la norma constitucional es más que clara y por ende no admite interpretaciones de ningún otro tipo: la legitimación se le otorga a "toda persona" sin ningún otro condicionamiento, es decir, independientemente de que el hecho dañoso la afecte o pueda afectarla y no obstante las acciones que emprendan los organismos del Estado en este sentido.

2) La segunda, en cambio, niega que de tales normas se desprenda la existencia de una acción de ese tipo. Es la tesis que sustenta Pautti en su trabajo, y que de alguna manera es coincidente con la posición refractaria que sobre este tema ha tenido el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut (27).

Para negar la procedencia de este tipo de acción a nivel provincial, se argumenta de la siguiente manera (28):

2.1) No debe hacerse únicamente una interpretación literal de los artículos, sino que –por el contrario– hay que realizar también una interpretación funcional y sistémica en todas sus variantes (29).

2.2) La acción popular es ajena al orden constitucional argentino en virtud del sistema representativo que rige en el orden federal.

2.3) En la Convención Constituyente Provincial de 1994 el miembro informante por la mayoría, Dr. Gustavo Menna, aseguró que correspondería en lo sucesivo que la legislación y la interpretación

judicial "acoten razonablemente el ejercicio de la acción de manera de evitar abusos".

De igual manera, también se han manifestado diversas circunstancias (razones de prudencia) que desaconsejan su admisión, a saber:

2.4.) La acción popular, en el mejor de los casos, posibilita que cada uno inste el pronunciamiento judicial que cree ventajoso, no el que quiere la voluntad general (30).

2.5.) Admitir como legitimado a quien no está afectado concretamente, en alguno de los intereses que la jurisprudencia más amplia admite, posibilita que el pleito que instaure sea fingido, en alguno de los modos que puede serlo (31) (lograr un acuerdo transaccional que le otorgue beneficios económicos (32); el forum shopping preventivo; obtener una sentencia de rechazo pasada en autoridad de cosa juzgada para que nunca más se pueda discutir la cuestión, etc.).

2.6) La ampliación desmedida de la legitimación "socava la división de poderes y convierte al Poder Judicial, cuyos miembros no son elegidos democráticamente, en un "superpoder" que decide cuestiones propias de los poderes representativos"(33).

2.7) "En sociedades poco prácticas y harto pleitistas, como la argentina, esa admisión corre el riesgo de auspiciar una catarata de litigios donde más que amparar el orden público, sus promotores intentan estorbar la acción del Estado, o satisfacer sus intereses personales"(34). Por lo tanto, "el mantenimiento de un mínimo grado de legitimación para accionar evita la sobrejudicialización de los asuntos y el colapso del servicio de justicia que derivaría de una apertura indiscriminada del sistema, garantizando paralelamente: 1) Que no se inunden los tribunales de causas promovidas por litigantes ideológicos, altruistas, entrometidos o buscapleitos; 2) Que solo lleguen a juicio las causas que aporten un conflicto real con consecuencias prácticas concretas para quien lo lleva; 3) Que litigue en el asunto la parte interesada con un agravio real, y no meramente abstracto o aca-

démico, y 4) Que exista un uso racional de los escasos recursos del servicio de justicia"(35).

6.- En la provincia del Chubut hay acción popular. Réplica a los argumentos críticos.

Cualquiera sea la fórmula que se aplique, lo cierto es que los argumentos expresados anteriormente son insuficientes y erróneos para señalar que la Constitución de la Provincia del Chubut no incorporó en su articulado la acción popular.

Explicaré por qué:

1. La Corte Suprema, en distintas oportunidades, ha señalado que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero sentido, en el que tienen en la vida diaria, y cuando la ley emplea varios términos sucesivos es la regla más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, de limitar o de corregir los conceptos (36).

Este mismo sistema interpretativo es aplicable al orden constitucional, sin perjuicio de las reglas que específicamente se utilizan cuando se trata de la ley fundamental y los valores y finalidades que ella contiene.

Por consiguiente, de conformidad con lo señalado, la interpretación debe comenzar por las palabras utilizadas por la Constitución provincial.

Y, en este sentido, no hay ninguna duda de que ella es más que clara cuando se refiere a este tema: "toda persona" quiere decir "toda persona", sin aditamentos de ningún tipo y sin necesidad de acreditar una repercusión singular de la ilicitud en la esfera personal. Por la claridad de los términos, entonces, no se pueden adicionar condiciones o circunstancias de especie alguna (*in claris non fit interpretatio*), ni

tampoco restringir la legitimación al "afectado", pues ello equivaldría a prescindir del texto constitucional para efectuar una interpretación antojadiza (37).

En consecuencia, las acciones en defensa de los derechos de incidencia colectiva pueden ser ejercidas por cualquier persona física o jurídica, nacional o extranjera.

2. Solo "cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos y produzca consecuencias disvaliosas, resulta necesario dar preeminencia al espíritu de la ley, a sus fines y al conjunto armonioso del ordenamiento jurídico"(38).

En este caso, empero, no solo no existe esa falta de armonización, sino que, por el contrario, una integración semejante refuerza la idea expresada.

En efecto: la anterior justificación adquiere más fuerza y claridad si adicionalmente es utilizado un criterio sistémico de interpretación, que es justamente el que, según Pasutti, debe emplearse en estos supuestos.

La interpretación sistémica, como es sabido, debe buscar en casos de duda, que en la medida de lo posible no haya contradicción con las garantías otorgadas a las personas, o sea, que la norma jurídica sea interpretada como parte de un todo cuyo significado y alcance debe fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece.

En este caso en concreto, si se concluyera que los arts. 57 y 111 de la Constitución provincial no otorgan acción popular para la defensa de los intereses y derechos colectivos, tal interpretación sería más restrictiva y desconocería reglas constitucionales, especialmente la consagrada en el art. 22 de la Constitución provincial, toda vez que tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como los de-

más tratados y acuerdos internacionales ratificados por la Nación Argentina (y que tienen jerarquía constitucional, conforme el art. 75, inc. 22, de la CN) establecen claramente que las normas que consagran derechos y libertades deben ser interpretadas extensivamente, así como también que ninguna norma puede interpretarse en el sentido de conferir derecho alguno a un Estado, a un grupo o a una persona, para limitarlos en mayor medida que la prevista en ellas.

Es decir que, en este tipo de situaciones, en caso de duda debe ser favorecida la interpretación que proteja de mayor medida los derechos y las garantías constitucionales, pues "recortar un derecho es mucho más grave que extenderlo"(39).

Además, si bien reconocemos que los métodos interpretativos de la ley suprema no difieren en lo básico de los aplicados para igual tarea en relación con la ley, sobre ellos deben jugar también otras reglas, como por ejemplo la de *in dubio pro libertate* cuando se trata de vincularla con la finalidad esencial de las constituciones, que es preservar los derechos y las libertades.

En consecuencia, en tal tarea interpretativa, se debe prescindir de toda idea o de toda fuente que conduzca a restringir la columna vertebral del sistema constitucional.

De igual manera, y como dije, si el intérprete debe computar la totalidad de los preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, exigiendo una interpretación sistémica del derecho, hay que tener también presente el principio de participación ciudadana y, fundamentalmente, la incorporación de mecanismos de democracia semidirecta en el articulado constitucional que, al igual que la acción popular, permiten que el ciudadano se sienta parte del sistema, convirtiéndose así en su decidido defensor, así como también que la reforma constitucional de 1994 amplió el rango de potenciales legitimados para el acceso a la justicia, que es lo que en este caso justamente se pretende obtener.

Finalmente, cabe remarcar que los deberes constitucionales impuestos a todas las personas en la provincia del Chubut (art. 66, Constitución Provincial) demandan también una amplia puerta de ingreso a la jurisdicción a través del reconocimiento de una legitimación generosa, que no puede ser otra que la acción popular (40).

3. La interpretación finalista (esto es, la que procura desentrañar el "fin", su sentido, la ratio o los intereses que la norma quiere lograr, por lo que además se la conoce como "directriz teleológica-objetiva"), por su parte, también es congruente con el resultado propuesto.

Es que resulta más que evidente que el constituyente de 1994, al legislar sobre los bienes jurídicos colectivos de la manera en que lo hizo, quiso otorgar la mayor amplitud posible en materia de legitimación extraordinaria para su defensa.

Por lo tanto, no es correcto sostener que, a pesar de la mayor extensión que brinda el art. 57 de la Constitución Provincial respecto del segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional, aquel quede acotado a los mismos límites de este último.

De haberlo querido así el constituyente provincial lo hubiese manifestado expresamente o hubiese guardado silencio (se aplica, entonces, aquella norma de manera supletoria), o bien hubiese efectuado sobre este aspecto una remisión a la Ley Fundamental Nacional, pues también de acuerdo a conocida jurisprudencia de la Corte, ni la inconsecuencia ni la imprevisión del legislador o del constituyente pueden presumirse (41).

4. Esta solución, además, es coherente con la justicia de protección o acompañamiento que se pretende en la actualidad, que aspira a ser útil, realista, dispuesta a servir, conforme la nueva altura de las circunstancias y las expectativas de la gente (42).

5. Desde el punto de vista axiológico, por su parte, se accede también a un resultado semejante. Evidentes motivos de conveniencia

y justicia hacen que debamos apartarnos de una posición restringida y refractaria de la acción popular, para trepar a otro nivel de tutela pública que proteja de manera diferente y otorgue una respuesta satisfactoria a los reclamos y pretensiones colectivas.

6. El método de interpretación teleológico (buscar la finalidad de la norma) no significa indagar sobre la intención del legislador o constituyente.

Por lo tanto, resulta también equivocado e incorrecto negar la acción popular con base en el criterio, bastante difundido e inclusive utilizado por Pasutti en su trabajo, de considerar como elemento de interpretación auténtica la discusión parlamentaria, la opinión de los legisladores (o convencionales) informantes y, en general, los antecedentes legislativos (o parlamentarios), los cuales si bien pueden resultar eficaces y conducentes para esclarecer la mens legis, de manera alguna constituyen interpretación auténtica.

Es que "el juicio que sobre el fin, carácter u objeto de la ley pueda tener el miembro informante, o la comisión parlamentaria, o el propio autor del proyecto, no solamente no puede oponerse al verdadero valor jurídico de la norma sancionada –aun cuando la sanción siga inmediatamente a las opiniones de los autores del proyecto o del despacho– sino que tampoco lo expresado por el legislador (o constituyente) coincide a veces con el concepto que él tiene de lo que la norma dispone. Cuando el legislador (o convencional, aclaro), oficiosamente o a requerimiento de otro, explica el sentido de la norma proyectada, o aclara el pensamiento del autor, no por eso ha de entenderse que el cuerpo acepta como ratio legis esa explicación. Además de la consideración fundamental de lo sancionado en la norma (que siempre es parte de un conjunto orgánico compuesto de varias disposiciones) y no la intención o apreciación subjetiva del autor, es evidente que no todos los legisladores (o convencionales), ni la mayoría siquiera, al votar afirmativamente aceptan como ratio legis, la dada por el autor, por el miembro informante; lo que aceptan y votan es la norma"(43).

Es decir que, en materia de interpretación constitucional, no caben las "interpretaciones auténticas", ya que la del constituyente es transitoria y, a posteriori, solo puede caber como se pueda reconstruir el pensamiento de todos, la razón que los llevó, en el momento de votar, a establecer un texto determinado.

Por lo tanto, lo expresado en el texto constitucional debe ensamblar con la necesidad de dar a la letra constitucional una interpretación progresista que permita acompañar a la sociedad en sus necesidades (44), criterio que –reitero una vez más– no se compecede con sostener la persistencia de la voluntad del constituyente.

7. No obstante lo expuesto, no parece surgir de la cita que se efectúa del convencional Gustavo Menna, que éste se haya expedido en contra del reconocimiento de una acción popular.

Hay que tener en cuenta, al respecto, que en 1994 la acción popular era un tema en desarrollo, y de allí su propuesta de reclamar legislación regulatoria. Pero esta circunstancia de ninguna manera puede servir de base para señalar que dicho jurista adscribió a una postura refractaria sobre esta institución.

Además, si la interpretación constitucional –como vimos– debe ser dinámica, hay que introducir la norma en el movimiento de la historia para que se halle en sintonía con las nuevas necesidades y problemas suscitados por las transformaciones de los tiempos y, fundamentalmente, analizarla, interpretarla y aplicarla de conformidad con la evolución de las convicciones y realidades sociales.

8. Así, entonces, aquel pensamiento debe engarzarse ahora con lo escrito en un trabajo de reciente publicación, en el cual el propio Gustavo Menna sostiene que "el ánimo del constituyente estuvo dirigido a otorgar la más amplia legitimación en la materia, sin contrapistas de ninguna especie"; se resalta textualmente que resulta paradójal que "mientras en el desarrollo federal de la garantía haya ido ampliándose el acceso a la jurisdicción a través de la interpretación jurisprudencial,

como aconteció en los casos "Mendoza" o "Halabi", entre otros, en el Chubut por el contrario, la doctrina del Superior Tribunal de Justicia adoptó una postura cambiante y ciertamente sinuosa, sin que haya podido consolidarse a la fecha una doctrina clara y favorable a una legitimación amplia; ello a pesar de contar con cláusulas constitucionales expresas que se inclinaron por esa postura"(45).

Repito: la tarea de interpretación no debe limitarse a la intención histórica u originalista, sino que es necesario ensamblar la letra constitucional en una interpretación progresista y dinámica, que permita acompañar a la sociedad en sus necesidades, criterio que no se complace con sostener la persistencia de un sistema pensado para otras épocas y condiciones, máxime en momentos en los cuales en otras latitudes –fundamentalmente americanas– se apunta a ampliar hasta el máximo posible el instituto de la legitimación para la defensa de derechos colectivos(46).

9. La crítica vinculada al sistema representativo también merece su análisis. Es cierto, sí, que en nuestro sistema constitucional, para habilitar la competencia del Poder Judicial y permitir que este intervenga en la resolución del conflicto, es necesario que exista un "caso", "causa", "controversia" contenciosa, lo cual –como expresó la Corte Suprema– no se presenta cuando se persigue la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos dictados por los Poderes Ejecutivo y Legislativo(47), pues, de lo contrario, las acciones en defensa de derechos colectivos o difusos convertirían "al juez en un árbitro de las disputas políticas, lo que no es su papel constitucional e institucional", tal como lo indica Barra(48).

Sin embargo, cabe destacar que esa teoría fue pergeñada para responder a un paradigma constitucional distinto, en el que la división de poderes era más rígida y en el que aún no se encontraban reconocidos explícitamente los derechos de incidencia colectiva.

En consecuencia, y como lo explica de manera insuperable Verbic, también aquí debe hacerse una interpretación evolutiva del texto

constitucional, pues "esta situación resulta insostenible a la luz del nuevo texto constitucional y las nuevas demandas sociales, máxime si tenemos presente que a partir del año 1994, nuestro país ha pasado a conformar una estructura supranacional que también influye en modo gravitante sobre la exigencia de hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia. En el marco de una sociedad democrática resulta criticable –tanto jurídica como políticamente– que el Poder Judicial no asuma el rol institucional que le concierne invocando al efecto la necesidad de autolimitarse en el ejercicio de sus funciones con fundamento en el principio de división de poderes tal como fuera entendido en sus orígenes por la Constitución estadounidense y los revolucionarios franceses. Los tiempos son otros, la realidad social y política es otra, y los jueces ya no son los integrantes del más débil de los poderes del Estado ni la boca inanimada que pronuncia las palabras de la ley. Es por ello que el alcance y significado de la noción de "causa" o "controversia" debe adaptarse a los nuevos paradigmas, así como está ocurriendo con el instituto de la legitimación activa... (se debe evolucionar) hacia una noción de causa o controversia colectiva que habilite la posibilidad cierta y concreta de discutir y buscar respuestas eficientes al conflicto colectivo en sede judicial, y así dejar de lado ápices formales y argumentos difícilmente sostenibles que no hacen más que desgastar la legitimación del Poder Judicial en el marco de nuestra sociedad"(49).

10. El sistema representativo que rige en nuestro país a nivel federal (mencionado por Pasutti para justificar su tesis), entonces, no sirve de base para negar la acción popular.

Es que:

a. En primer lugar y como vimos en el punto anterior, la lectura del texto constitucional debe hacerse acorde a su finalidad y conforme una interpretación dinámica. Por consiguiente, "basta que con referencia a una situación de hecho o de derecho real y concreta, un sujeto interesado plantee el asunto ante un juez, (para que) dé origen a un proceso y provoque con él una decisión judicial en forma de sentencia

para que haya causa judicial o justiciable"(50), pues, de lo contrario, "llegaríamos al absurdo de que cuando un derecho sea de todos o de muchos, no sería de ninguno con capacidad bastante para legitimarlo. Esto haría tabla rasa con la Constitución y diversos tratados de derechos humanos, configurando una aplicación inconstitucional del recaudo exigido por la Corte relativo a que el agravio tiene que afectar directa y personalmente al recurrente en un derecho que es propio"(51).

b. Aquel sistema, de cualquier manera, no sería óbice para negar la procedencia de la acción popular a nivel provincial, pues nada impide —ni es anómalo o inconstitucional— que una convención constituyente provincial otorgue una acción popular en defensa de los derechos de incidencia colectiva, dado que las provincias pueden mejorar —pero no reducir— las garantías emergentes del derecho nacional o federal (52).

c. En el régimen de la Constitución de 1853 nada hay que sea incompatible con cualquier expresión jurídica positiva de solidaridad en la defensa de un derecho.

Es más: entiendo que en cualquier caso existiría el derecho implícito (art. 33, CN) de defender los derechos de incidencia colectiva.

Es que si algún derecho no enumerado nace de la soberanía popular, es el que los ciudadanos puedan proteger la legalidad, sobre todo la constitucional. "Partimos de la premisa de que la Constitución Nacional es la norma fundamental del Estado, se encuentra en la cima del ordenamiento jurídico y además organiza y estructura al Estado. Es decir, determina los parámetros básicos de la conducta de los poderes públicos. Esa conducta me interesa como ciudadano porque repercute en mi vida diaria. Una norma o acto que infrinja la Constitución me despoja del orden y la seguridad, pero además lesiona mis legítimas expectativas de bienestar general, a cuyo fin se encuentra orientado el tramado racional de normas del texto fundamental"(53).

En consecuencia, en caso de burlarse una cláusula constitucional, es obvio que toda persona debe quedar legitimada para promover judicialmente tal proceso a fin de que se realice el control de constitucionalidad del acto, la norma o la decisión que se impugna como opuesto a la constitución suprema, ya que —repito— "vemos en la Constitución las reglas fundamentales de la organización del Estado que tienden racionalmente a la consecución eficiente y eficaz del bienestar general por el Estado. Por consiguiente, si se verifican actos contrarios a las reglas de la Constitución, todos los habitantes de la Nación estaríamos interesados en la anulación de dicho acto que nos compromete y afecta a todos por igual"(54).

De otra forma, se verificaría una situación jurídica de indefensión para la colectividad social entera, toda vez que se vería impedido el cuestionamiento judicial de la norma o acto en cuestión.

Dicho en otros términos: los ciudadanos tienen derecho a la vigencia del principio de legalidad constitucional y a procurar su defensa en sede judicial. Y no debe pensarse que quien lo hace es solo portador de un interés simple. Frente a la inexistencia de una relación jurídica específica en la que hay unos afectados concretos, todos los ciudadanos lo son y, por ende, todos tienen legitimación para solicitar el restablecimiento del principio señalado (55).

d. La objeción en este orden de ideas es inconsistente frente a la necesidad de poner remedio a una situación de violación a un derecho colectivo.

Y esto es así porque "restablecer la legalidad a impulso o por iniciativa de los representados, cuando los representantes violan la ley, y con ello el mandato de cumplirla, que en un régimen republicano y representativo recibieron del pueblo, no puede considerarse menoscabo de un Poder... ¿Qué virtud tendría la ley si solamente cuando se viola un derecho subjetivo, determinado, o un interés legítimo (diferencial), pueda defendérsela?... Entonces los ciudadanos, los habitantes ¿tendrán que asistir a la vida de la ilegalidad, en homenaje al

principio de separación de los poderes cuyo objeto no es mutilar la integridad de la ley, ni su vigor total, sino, por el contrario, repartir la competencia en el proceso de formación de la ley, o sea, la sanción, la aplicación y la ejecución?"(56).

e. En nuestro sistema constitucional el Poder Judicial no tiene solamente la misión limitada que tiene en los sistemas europeos. No. En nuestro sistema, el Poder Judicial es el baluarte defensor de los derechos privados y públicos, si ellos son lesionados.

Por consiguiente, cuando los jueces actúan con base en una petición concreta de un ciudadano, no están exorbitando su función, sino que, por el contrario, en el caso específico, están ejerciendo correctamente su competencia.

No pueden actuar de oficio, es cierto; pero cuando el control es incitado por un ciudadano, es evidente que debe actuar como corresponde, sin que ello signifique, bajo ninguna circunstancia, erigirse en centinela que vigila de forma permanente a los otros poderes del Estado.

11. Es más: como bien explican Morello y Sbdar, "la Constitución Nacional, reformada en 1994, no prevé la acción popular, pero tampoco la prohíbe, de modo que es posible, como de hecho ocurre, que un texto constitucional provincial la implemente"(57).

Estos autores, inclusive, indican textualmente que hay acción popular en Chubut, como la hay –también– en Río Negro, Catamarca, Tierra del Fuego, Corrientes, Chaco, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Salta, Córdoba y San Luis.

Queda descartada, entonces, cualquier contradicción, pues "la legitimación reconocida por estas constituciones provinciales, extendida a toda persona o todo habitante, resulta una ampliación de la base normativa dada por la Constitución Nacional (art. 43) dado que –

como vimos— la ley suprema de la Nación fija un piso mínimo de protección que naturalmente las provincias pueden superar"(58).

12. Los antecedentes expuestos en el punto anterior, de igual manera, echan también por tierra la otra objeción que se le realiza a esta figura, esto es, que la acción popular no forma parte en nuestro país de nuestra tradición jurídica.

Muy por el contrario: además de los nuevos textos constitucionales provinciales indicados, cabe señalar que a ella ya la encontrábamos en la ley 8871 del 13 de febrero de 1912, más conocida como "Ley Sáenz Peña" (art. 90) (59), así como también en la ley de hábeas corpus (60) y, en la actualidad, en el art. 30 de la Ley General del Ambiente 25.675(61).

Además, debe destacarse que los arts. 144 y 156 del cód. civil (deogado en agosto de 2015) facultaban a cualquier persona del pueblo a pedir la declaración judicial de demencia cuando el demente fuese furioso o incomodara a sus vecinos, o bien para solicitar la declaración de incapacidad respecto de los sordomudos que no supiesen darse a entender por escrito.

13. Los argumentos de oportunidad o conveniencia tampoco resisten el menor análisis. Es que siempre debe partirse del principio de buena fe (que en el derecho se presume), por lo que no debe pensarse que la persona que inicie un proceso colectivo lo va a hacer por razones egoístas, individualistas o contrarias al interés general.

Además, todo abuso puede ser siempre encausado, impedido o remediado a través de distintos instrumentos que brinda el ordenamiento jurídico.

Como bien lo señaló un fallo de nuestros tribunales, "al recaer el derecho de accionar jurisdiccionalmente en la amplia generación ciudadana (...) sin que sea requisito necesario la afectación previa e individualizable de quien plantea la acción (...) se plantea una relación de

confianza entre el ordenamiento jurídico y el amplio panorama ciudadano"(62).

Tenemos que tener confianza en la ciudadanía y no suponer que ella actuará por intereses espurios o contrarios a los fines del ordenamiento jurídico.

En síntesis: en el proceso de interpretación de una norma constitucional debe siempre primar el principio de integridad y coherencia en el razonamiento. Como lo ha expresado la Corte Constitucional de Colombia, es razonable suponer que, en general, es preferible aquella interpretación que logra satisfacer todos los criterios hermenéuticos suscitados en un debate jurídico, de tal manera que esos distintos puntos de vista se refuercen mutuamente y en cierta medida comprueben recíprocamente su validez, por medio de una suerte de "equilibrio reflexivo" o "coherencia dinámica".

Eso es lo que intentamos demostrar en el presente artículo. La tendencia actual es facilitar la legitimación, y no reducirla. Y a esa idea –y no a otra– debemos apuntar.

7.- Final.

Acordar o no acción popular es una opción legislativa o constitucional. Y, como hemos visto, en Chubut, el constituyente provincial claramente se expresó para admitirla en el articulado de la Ley Fundamental.

Por lo tanto, y teniendo en cuenta –además– que en la actualidad todas las disciplinas jurídicas se han dado cita para atender a los nuevos desafíos y que diversas instituciones –entre ellas, la legitimación, el verdadero "talón de Aquiles" de cualquier sistema de protección de derechos(63)– han experimentado una evolución jurídica impresionante en estos últimos tiempos para asegurar, en definitiva, la tutela judicial efectiva(64) y la preservación de los bienes públicos y los derechos de incidencia colectiva, sostener que en la provincia del Chu-

but no hay acción popular es –con todo respeto– un pensamiento retrógrado (o sea, partidario de instituciones propias de tiempos pasados) y anquilosado.

Frente a esta nueva realidad, lo que corresponde hacer es construir molinos y no muros de contención, como dice el proverbio chino citado al comienzo de este trabajo. Es decir, debe seguirse con la proyección de las políticas protectoras de los derechos fundamentales y buscar aquella interpretación que mayor –y mejor– protagonismo le otorgue al ciudadano atento, el que se siente responsable, custodio de los bienes colectivos.

Porque "el habitante de hoy exige un protagonismo mayor, no solo en cuanto a sus derechos personales, sino que también entiende, y cada día más, que la cosa pública le pertenece, que es parte de ella y que tiene la función de controlar su buen desenvolvimiento"(65). Y de ahí, entonces, que deba partirse de esta premisa, y no de otra.

Los estrangulamientos y negaciones de la legitimación, pues, deban ser valorados –como expresaba Bidart Campos– como otras tantas deficiencias del sistema garantista y del control de constitucionalidad(66), máxime si tenemos en cuenta –como ocurre en estos casos– que todo lo que interesa a la colectividad interesa también a los miembros que la forman(67).

Y es por ello, repito, que toda exégesis restrictiva o avara en esta materia debe ser superada. Ya lo decía el maestro tantas veces citado: "Los egoísmos, reduccionismos, los angostamientos en materia de legitimación para obrar son capaces de desvirtuar al sistema de derechos y al sistema garantista, en la medida en que ni uno ni otro rindan el resultado a que están destinados ante la administración de justicia. La desembocadura de los derechos y garantías en la ruta de acceso a la justicia y en el proceso queda obturada si la legitimación, que es la llave para ingresar al proceso, se vuelve indisponible a la pretensión del justiciable"(68).

El aserto, como explica Kemelmajer de Carlucci, es indiscutible; en última instancia, la legitimación se remite a un punto de derecho sustancial por lo que, en cierta medida, negar legitimación equivale a negar el derecho (69).

Quizás, entonces, "el problema (sea) que en muchas ocasiones tales interpretaciones (las restrictivas) olvidaron que por más que se conciba al instituto de la legitimación como un concepto procesal, existe un subsuelo constitucional del cual aquel debe nutrirse por estar vinculado con el derecho de peticionar ante las autoridades y la efectiva vigencia de la garantía de debido proceso legal"(70).

Y por eso el estudio de este tema debe partir de esta base: la legitimación es una cuestión constitucional. Por lo tanto, la interpretación más acorde con el principio de coherencia e integridad debe ser aquella que entienda que las disposiciones estipulan una verdadera acción popular, pues –como vimos– los argumentos antes descriptos dan más fuerza a esta interpretación que el criterio estático de la primera interpretación.

De igual forma, tal comprensión de los artículos acusados respeta todos los principios que informan nuestro sistema constitucional, a saber: el de peticionar a las autoridades, el del ciudadano partícipe y protagonista, el de la promoción y protección de los derechos, el de la tutela judicial efectiva, el de acceso a la justicia, etcétera.

En síntesis: como bien dijo un tribunal estadounidense de antaño, "deben disminuirse las barreras técnicas y (lograr) que los tribunales sirvan a su antigua necesidad"(71).

Por lo tanto, cualquier interpretación –para ser válida– debe superar esta premisa.

Frente a las dos alternativas posibles, como vimos, debe aceptarse que el constituyente provincial de 1994 instituyó la acción popular, "con vocación de permanencia y no como huésped transitorio" (para

usar el giro de Morello)(72). Y que esto lo hizo en la clara convicción de que así —y solo así— podían tutelarse de la mejor manera posible los intereses o derechos de incidencia colectiva en general.

VOCES: AMPARO - DERECHO CONSTITUCIONAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - LEGITIMACIÓN - PROVINCIAS

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: El amparo como procedimiento constitucional autónomo y la garantía del debido proceso, por José A. Bonillo, EDA, 2004-475; La inadmisibilidad de la acción de amparo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por Patricio A. Maraniello, EDCO, 2006-325; Reforma constitucional y consolidación democrática, por Alberto Ricardo Dalla Vía, EDCO, 2006-586; Procesos colectivos y acciones de clase. Diagnóstico y propuestas para una adecuada regulación, por María Elena Casanovas, ED, 225-783; La legitimación activa en la acción de amparo de la provincia del Chubut. El reconocimiento de una acción popular, por Ricardo Tomás Gerosa Lewis, EDCO, 2011-643; La Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a la "democratización de la justicia". Los alcances del caso "Rizzo", por María Gabriela Ábalos, EDCO, 2014-295; Aportes a los nuevos derechos y garantías desde la jerarquización de los instrumentos internacionales en la interpretación jurisprudencial, por María Gabriela Ábalos, EDCO, 2014-620; La simplificación del sistema impositivo y el afianzamiento del régimen federal como garantías del contribuyente. Propuestas para una mejor y mayor recaudación en armonía con los derechos y garantías de los contribuyentes, por Silvia Casaccia y Paula Santana, ED, 260-802; Las acciones colectivas en la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales, por Eugenio Luis Palazzo, EDCO, diario n° 13.728 del 15-5-15. To-

dos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(**) Sobre este tema, ver mi artículo anterior *La legitimación activa en la acción de amparo de la provincia del Chubut. El reconocimiento de una acción popular*, EDCO, 2011-643.

(1) Marienhoff, Miguel, *Nuevamente acerca de la acción popular. Prerrogativas jurídicas*. El "interés difuso", ED, 106-922.

(2) Si bien es cierto —como afirma alguna doctrina— que hay diferencia entre "derechos" e "intereses" (conf. Rivas, Adolfo A., *El amparo*, 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, La Rocca, 2003, pág. 755), a los fines de este trabajo se utilizarán como términos sinónimos.

(3) Pasutti, José L., *La legitimación activa del amparo ambiental en Chubut: legislación y jurisprudencia*, en AA. VV., *Tutela judicial del ambiente*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, junio de 2015, págs. 187 a 208.

(4) Marienhoff, Miguel, *La legitimación en las acciones contra el Estado (Acción popular. Interés simple. Interés difuso. Acto administrativo discrecional)*, LL, 1986-C-899.

(5) Gozaíni, Osvaldo A., *La legitimación procesal del Defensor del Pueblo (Ombudsman)*, LL, 1994-E-1378.

(6) Conf. SC Mendoza, sala I, 18-12-99, in re: "Caretta Pons de Zeballos, Cecilia A. y otros c. Consorcio de Propietarios Rivadavia 3842", LL, 1992-C-200. Ver, también, Arazi, Roland, *La excepción de falta de legitimación para obrar*, LL, 1985-A-953. En este sentido y con especial referencia al amparo, la Cámara de Apelaciones de Trelew señaló: "Sea que hubiere mediado o no denuncia de parte, tratándose la calidad o legitimación para obrar de un requisito esencial del derecho de acción, el juez debe examinar de oficio el tema, por cuanto —se reitera— constituye una típica cuestión de derecho. Por consiguiente, cuando una de las partes carece de esa calidad no será posible tomar una decisión de fondo, y el juez deberá limitarse a declarar que se halla inhibido para hacerlo. Se trata de una condición necesaria para poder dictar la sentencia de mérito sobre el fondo del asunto. Constituyendo la debida legitimación en la causa un impedimento sustancial para que el juez pueda dictar sentencia de fondo o mérito, si existe la posibilidad de verificar su falta por resultar ésta manifiesta, debe des-

estimarse in limine la acción por carecer de un presupuesto intrínseco de admisión formal de la acción de amparo deducida" (CApel. Trelew, sala B, sentencia interlocutoria 43/2005).

(7) Morello, Augusto M. - Cafferatta, Néstor A., *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal-Culzoni, 2004, pág. 155.

(8) *Ibíd.*, págs. 135 y 136.

(9) Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, Garnier Hermanos, Libreros Editores, 1903, pág. 52.

(10) "Es popular –dice Bielsa– porque se da a cualquiera del pueblo" (Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, 3ª ed., Buenos Aires, J. Lajouane y Cía., 1938, pág. 622).

(11) Fix Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, pág. 136. Es decir que mientras que en los casos de legitimación difusa o colectiva se legitima al miembro de un sector o comunidad afectada (como ocurre en el art. 43 de la CN), en la acción popular se legitima a toda persona.

(12) Esaín, José, *El amparo ambiental y las diferentes acciones derivadas del daño ambiental de incidencia colectiva*, en LL DJ del 3-6-06.

(13) Sobre el empleo en la doctrina del "caso" o "causa" como instrumento político del Poder Judicial, ver Verbic, Francisco, *Un nuevo proceso para conflictos de interés público*, LL, 2014-F-805.

(14) Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, pág. 335.

(15) "En la acción popular (...) el grado de interés no se califica o dosifica. Es un ciudadano (salvo casos especiales en que no debe requerirse esa calidad) el que impugna un acto lesivo para el interés general, porque ese acto viola la ley o perjudica al patrimonio del ente público, o implica una inmoralidad, o restringe arbitrariamente la libertad..." (Bielsa, Rafael, *La acción popular y la facultad discrecional administrativa*, LL, 73-713).

(16) En efecto: según que la acción fuera ejercida solo por la parte interesada o que estuviera permitido hacerlo a cualquier individuo como componente de la colectividad, en el derecho romano las acciones se clasificaban en privadas (acciones privatae) y en populares (ac-

tiones populares). Las primeras eran la que daban a una persona determinada para la defensa de su propio derecho y solo podían ser ejercidas por quien había sido lesionado en sus intereses (*ad quem rem pertinent, cuius interest*), en tanto que las populares eran aquellas que podían ser ejercidas por cualquier individuo que así lo deseara como miembro de la colectividad, no para proteger sus intereses particulares, sino para defender el interés público de que él mismo era indirectamente partícipe (*quae suum ius populi tuetur*). Paulo, en sus Comentarios al Edicto, libro VIII, indicaba: "Llamamos acción popular a la que ampara el derecho propio del pueblo". Ver, en este sentido, García del Corral, Cuerpo del derecho civil romano, Imprenta de Redondo y Xumetra, Barcelona, 1897, t. III, pág. 721. Por su parte Peña Guzmán y Argüello dicen al respecto: "En Roma se deslindó perfectamente la esfera del proceso público de la del privado, pues mientras éste correspondía ser impulsado por un particular, aquel debía necesariamente ser iniciado por un funcionario público que representaba al interés colectivo dañado por el acto ilícito. Ahora bien, sin perjuicio de la actuación de dicho magistrado y en determinadas circunstancias, posiblemente con el fin de estimular el celo del mismo, se admitió también que cualquier particular tomara la iniciativa en su carácter de miembro de la sociedad (*qui volet*) y de presunto perjudicado por el hecho delictuoso, entablando una acción llamada popular destinada a obtener la condena del culpable, con lo que venía a actuar como procurator del pueblo. Estas acciones originalmente hacían dictar la condena, que generalmente consistía en una multa a favor del erario, pero luego con el fin de estimular a los ciudadanos a asumir el rol de denunciante, misión muchas veces ingrata por las cuestiones personales y enemistades que traía aparejada dicha actitud, la legislación romana permitió que el accionante tuviera una participación en el monto de la multa cuando la condena se dictara a favor del fisco" (Peña Guzmán, Luis - Argüello, Luis, Derecho romano, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1961, pág. 466). Eran, pues, "la expresión más amplia de la protección concedida a los intereses de la acción..." (conf. Von Ihering, Rudolf, Abreviatura de 'El espíritu de derecho romano de R. Von Ihering, Buenos Aires, Revista de Occidente, 1947, pág. 433).

(17) El derecho romano admitía la acción popular en estos términos: "Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tueatur" (Digesto, libro 34, título 23, ley 1).

(18) "Es decir, a aquella a quien por el Edicto le es lícito pedir", conf. Paulo, Comentarios al Edicto, Libro III.

(19) Digesto, libro 47, título 23, ley 1. No obstante, "si varios ciudadanos se presentaban al mismo tiempo para intentar esta acción, el pretor acordaba la preferencia a aquel que le parecía más apto para demandar, y particularmente a la persona lesionada por el delito ('In popularibus actionibus, is cuius interest profertur' - Digesto libro 47, título 23, ley 2,3, n° 1, fr. 6, De popularibus actionibus)": conf. Namur, P., Cours d' institutes d' histoire du droit romain, Brouxeles, P. Namur y Bruylant Christophe y Cie., 1888, pág. 316 (traducción libre del autor de este trabajo). Ver, también, Paulo, Comentarios al Edicto, libro I. Sin embargo, la "popular actione" no podían ejercerla las mujeres ni los impúberes (pupilos) (Digesto libro 47, título 23, ley 6), "sino cuando la cosa les pertenezca a ellos" (Ulpiano, Comentarios al Edicto, libro XXV y Fernández de León, Gonzalo, Diccionario de derecho romano, Buenos Aires, Sea, 1962, pág. 29). Cabe destacar, asimismo, que, "si por una misma causa se ejercitaba muchas veces acción, siendo uno mismo el hecho, se opone la excepción vulgar de cosa juzgada" (Ulpiano, Comentarios al Edicto, Libro I).

(20) Conf. Bielsa, Rafael, La acción popular..., cit. Emilio Betti menciona, entre otros, la de albo corrupto, que se daba contra el que con dolo malo alterase lo expuesto al público en el edicto; la de sepulcri violati, ejercida contra el violador de sepulturas, y la de positis et suspensis, contra el ocupante de una vivienda que tuviera colgado algún objeto que al caer en la calle ocasionara un daño a otra persona (conf. Betti, Emilio, Diritto romano, Milani, Padova Cedam, Casa Editrice Dotti, t. I, 1935, pág. 565).

(21) Gutiérrez Alviz, Faustino, Diccionario de derecho romano, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1948, pág. 235; Bonfante, Pedro, Instituciones de derecho romano, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1925, pág. 119; Morón Urbina, Juan C., Evolución de la acción popular: el modelo peruano de control constitucional sobre reglamentos, en Pensamiento Constitucional, N° 19, 2014, págs. 355 a 386.

(22) "Afirmar que el proceso de acción es una acción pública, equivale a reconocer que en este tema, entran en juego intereses públicos" (conf. Morón Urbina, Juan C., *Evolución de la acción...*, cit.).

(23) Bielsa, Rafael, *La acción popular...*, cit.

(24) Cabe destacar, al respecto, que algunos autores, por la actitud de quien pide el restablecimiento del orden jurídico, han fundado la acción popular en el derecho de petición. Esto –en realidad– es parcialmente correcto, pues –como explica Bielsa– "quien ejerce la acción popular en su calidad de actor, no solo pide sino que requiere concretamente una decisión. No pide un favor, sino que reclama legalidad, y su título se lo da la ley, del mismo modo que se lo da al ministerio público para acusar y proseguir las acusaciones contra los transgresores de leyes de orden público..." (conf. Bielsa, Rafael, *La acción popular...*, cit., pág. 721).

(25) Merói, Andrea A., *Procesos colectivos. Recepción y problemas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 133.

(26) Comparto la opinión que me expresara el Dr. Alberto Gustavo Menna (Convencional Constituyente Provincial en 1994) ante una consulta que le efectuara sobre este tema, en el sentido de que hay en el caso una suerte de superabundancia normativa que se debió, fundamentalmente, a la profusión de proyectos y a la falta de tiempo material para efectuar una revisión más acabada.

(27) Ver, al respecto, STJ Chubut, in re: "Unión Cívica Radical s/acción declarativa de inconstitucionalidad decreto 630/2010", Expte. N° 22.013/2010, sentencia definitiva N° 10 S.R.O.E. del 14-9-10, especialmente el voto del Dr. Rebagliatti Rusell, quien afirmó textualmente que la acción popular "no tiene recepción constitucional".

(28) Argumentos utilizados por el Dr. José Luis Pasutti en su trabajo *La legitimación activa...*, cit.

(29) Esta parece ser, también, la opinión de Lorenzetti, quien afirma que "una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico obliga a remitir a la Constitución y ésta requiere la existencia de caso, es decir, de una controversia en relación con un derecho. Por esta razón es que cuando la legislación se refiere a 'todo habitante' o 'ciudadano', debe ser complementada con la exigencia de la acreditación de un perjuicio, aunque no individual sino a un bien colectivo, o indivi-

dual homogéneo, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en la causa "Halabi" (conf. Lorenzetti, Ricardo, Justicia colectiva, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, pág. 93).

(30) Lozano, Luis F., Acerca de la legitimación activa en acciones basadas en normas ambientales en AA. VV., Tutela judicial..., cit., pág. 147.

(31) *Ibidem*, pág. 146.

(32) Hay que recordar, al respecto, que cuando se discutió en la Convención Nacional Constituyente de 1994 la posibilidad de incluir a cualquier habitante como legitimado activo, prevaleció la posición que sostenía que habilitar una legitimación abierta e indiscriminada podía significar no solo la industria del juicio, sino también la posibilidad de que intereses económicos colusionaran en perjuicio de la competencia económica, particularmente la industrial (conf. Quiroga Lavié, Humberto, El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus en la reforma de la Constitución Nacional, en AA. VV., La reforma de la Constitución explicada por miembros de la comisión de redacción, pág. 148).

(33) Vázquez, María G., La tendencia actual a ampliar la legitimación activa: sus riesgos, JA, 2006-II, fascículo n° 1.

(34) Sagüés, Néstor P., Acción de amparo, intereses difusos y acción popular, JA, 1994-I, enero-marzo, págs. 524/5.

(35) Mairal, Héctor, La legitimación en el proceso contencioso administrativo, Buenos Aires, Rap, 2002, pág. 111.

(36) Conf., por ejemplo, "Defensor del Pueblo de la Nación c. E.N. -P.E.N.- M° E. - dto. 1738/92 y otro s/proceso de conocimiento", 24-5-05.

(37) Sobre este tema ver Gerosa Lewis, Ricardo T., Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut, Esquel (Chubut), FB, 2002, t. I, págs. 354 a 356; La legitimación activa..., cit..

(38) CS, in re: "Tursi, Vicente c. Banco de la Nación Argentina", Fallos: 324:1381.

(39) Dworkin, Roland, Los derechos en serio, Ariel, 1984, pág. 296.

(40) Hay que recordar, por ejemplo, que con relación al ambiente –derecho de incidencia colectiva por excelencia–, la Corte Suprema indicó lo siguiente: "La tutela del ambiente importa el cumplimiento

de los deberes que cada uno de los ciudadanos tiene respecto de los cuidados de los ríos (...) la flora y la fauna (...) los suelos (...) la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano" (Fallos: 329:2316).

(41) Conf. Fallos: 312:1283 –disidencia de los jueces Fayt y Bacqué–, 316:2624, 322:2701, 325:2386, 327:3984, 5496, entre muchos otros.

(42) Morello, Augusto M. - Sbdar, Claudia B., *Acción popular y procesos colectivos*, Buenos Aires, Lajouane, 2007, pág. 14.

(43) Linares Quintana, Segundo V., *Reglas para la interpretación constitucional*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1987, págs. 20 y 21.

(44) Rivas, Adolfo A., *El amparo*, Buenos Aires, La Rocca, 2003, pág. 196.

(45) Menna, Alberto G., en AA. VV., *Tratado sobre amparo en el derecho federal y constitucional provincial*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2015, t. I.

(46) Para conocer ejemplos de acciones populares en el derecho comparado ver Morello, Augusto M. - Sbdar, Claudia B., *Acción popular...*, cit., pág. 121. No puede dejar de mencionarse, en este sentido, que en Estados Unidos, los estrictos criterios del standing to sue (legitimación para obrar), que inclusive sirvieron de base para diversos modelos de nuestro país, han evolucionado hasta la consagración de la citizen action o citizen suit, "verdadera acción popular, que exime del requisito de invocar un concreto perjuicio para ostentar standing" (Meroi, Andrea A., *Procesos colectivos...*, cit., pág. 79).

(47) Fallos: 307:2384, entre muchos otros.

(48) Barra, Rodolfo, *Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial*, ED, 146-829.

(49) Verbic, Francisco, *Procesos colectivos*, Buenos Aires, Astrea, 2007, págs. 101 y 102. Sobre este tema ver, también, Salgado, José M., *La Corte y la construcción del caso colectivo*, en LL, Suplemento de Derecho Constitucional del 26-6-07.

(50) Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. I, pág. 95.

(51) Bidart Campos, Germán J., *La legitimación en el recurso extraordinario (cuarta parte)*, ED, 152-887.

(52) Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental...*, cit., t. V., "El sistema de Derechos y el Constitucionalismo Provincial", Buenos Aires, Ediar, 1994, pág. 39: "La declaración de derechos es un mínimo que las provincias tienen que acatar, respetar y cumplir, pero que pueden superar con un plus de mejoras que suscita competencia provincial".

(53) Debono, Leonardo F., *La legalidad constitucional como derecho de incidencia colectiva en la Provincia de Tucumán*, en LLNO, n° 7, año 11, agosto de 2007, pág. 694.

(54) Ídem.

(55) Conf. Gambier, Beltrán, *Civismo y amparo. Derechos de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad*, LL, 2000-B-274. En igual sentido ver Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la constitución...*, cit., pág. 337: "En verdad, si una constitución incorpora como derecho personal extendido a todas las personas el derecho a la supremacía, es esa constitución la que impone que cada persona debe quedar legitimada para accionar, aunque no se le viole ningún otro derecho suyo de los que la misma constitución pueda contener; y si debe quedar legitimada, debe tener acción para acceder a la justicia, con solo invocar que tal o cual violación a la constitución ofrende 'su' derecho a que la supremacía quede resguardada y efectivamente defendida por el Poder Judicial". Ver, también, la posición sustentada por Gil Domínguez: "La defensa objetiva de la legalidad constitucional es un derecho colectivo y, consecuentemente, cuando se verifica su conculcación, cualquier persona está facultada para promover los procesos judiciales correspondientes en pos de su salvaguarda, por cuanto de esta manera está garantizando la existencia misma del Estado constitucional de derecho" (Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pág. 152).

(56) Bielsa, Rafael, *La acción popular...*, cit., pág. 718.

(57) Morello, Augusto M. - Sbdar, Claudia B., *Acción popular...*, cit. En el mismo sentido ver Bidart Campos, Germán J., *Reflexiones constitucionales sobre el acceso a la justicia, el proceso y la legitimación*, en Gozaíni, Osvaldo A., *La legitimación*, pág. 51.

(58) Soria Acuña, Marcela - Suárez, María E., Derechos colectivos y difusos. Legitimación para accionar en su defensa, LL, pág. 1138; Morello, Augusto M. - Sbdar, Claudia B., Acción popular..., cit., pág. 126. Ver también, mutatis mutandi, Lago, Daniel, La ley general del ambiente y sus reglas procesales. Reflexiones sobre su constitucionalidad, JA, 2003-III-1272.

(59) Así lo reconoce, inclusive, Marienhoff, uno de los más féreos detractores de esta figura (conf. La legitimación..., cit., pág. 903).

(60) Conf. Sagüés, Néstor P., Hábeas corpus, Buenos Aires, Astrea, 1988, pág. 303, quien afirma sin tapujos que "el hábeas llega así a delineare como acción popular, ejercitable por toda persona".

(61) Conf. Sagüés, Néstor P., El amparo ambiental. Ley 25.675, LL, 2004-D-1196; Prieri Belmonte, Daniel A., Los efectos erga omnes de la sentencia en la acción de amparo ambiental, JA, 2003-III-1284; Jiménez, Eduardo P., La legitimación ciudadana en materia de daño ambiental colectivo, LL, 2004-A-1473; Safi, Leandro K., El amparo ambiental, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, pág. 110; Falbo, Aníbal J., Derecho ambiental, Librería Editora Platense, 2009, pág. 257; Lorenzetti, Ricardo L., Justicia colectiva, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, pág. 94; Kaminker, Mario E., Algunas reflexiones sobre pautas procesales en materia ambiental, en AA. VV., Tutela judicial..., cit., pág. 49, entre muchos otros. En contra ver Basterra, Marcela I., El amparo ambiental, ¿acción popular o colectiva?, LL, 2006-D-320.

(62) CCiv. y Com. Corrientes, sala IV, "Cirignoli", 10-4-10.

(63) Morello, Augusto - Hitters, Juan C. - Berizonce, Roberto, La defensa de los intereses difusos, ponencia nacional al XI Congreso Internacional de Derecho Procesal, en JA, 1982-IV-700.

(64) Justamente refiriéndose a la tutela judicial efectiva, Gozaíni señala que ella requiere, indefectiblemente, del diseño de acciones judiciales acordes con el titular, el carácter de la afectación y el alcance apropiado del remedio (conf. Gozaíni, Osvaldo A., Tutela de los derechos de incidencia colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal, LL, boletín del 12-4-05).

(65) Toricelli, Maximiliano, La legitimación activa en el art. 43 de la Constitución Nacional, en AA. VV., El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades, Buenos Aires, Depalma, 1999, pág. 34.

(66) Bidart Campos, Germán, El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Buenos Aires, Ediar, 1995, pág. 309. Es que, como también dijo este autor: "Poco o nada sirven las garantías y las vías idóneas si el acceso a la justicia se bloquea en perjuicio de quien pretende su uso y se le deniega la legitimación".

(67) Bielsa, Rafael, La acción popular..., cit., pág. 714.

(68) Bidart Campos, Germán J., El acceso a la justicia. El proceso y la legitimación, en AA. VV., La legitimación, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 18.

(69) Kemelmajer de Carlucci, Aída, Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la Ley 25.675, Ley General del Ambiente (LGA), Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, julio 2006, pág. 21.

(70) Verbic, Francisco, Procesos colectivos, Buenos Aires, Astrea, 2007, pág. 79.

(71) Corte Suprema de Estados Unidos, voto del justice Douglas en la causa "Warth vs. Seldin", 422 U.S. 490, 1975.

Los jueces y el impuesto a las ganancias ¿Pueden existir ciudadanos tax free en un sistema republicano de gobierno? (*)

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <http://www.elderecho.com.ar/>

Publicado en: El Derecho Constitucional, [281] - (20/02/2019,
N° 14.575)

[Consultado el 13/02/2020]

1- Introducción.

Como bien lo señalara Sánchez Viamonte en su Manual de derecho constitucional, "toda administración de justicia, por la naturaleza de sus funciones, necesita independencia en todo sentido, y muy especialmente con relación al Poder Ejecutivo"(1).

Por eso, justamente, nuestra Constitución Nacional consagra en su art. 110 dos garantías o precauciones específicas: la inamovilidad en el cargo y la intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados judiciales.

Un interrogante que cobra cada vez más fuerza, empero, es si la garantía de irreductibilidad que prevé la citada norma constitucional impide —o no— cobrarles a los jueces aportes previsionales y de la seguridad social o tributos que, con criterio de generalidad, se consagren para todos los habitantes en leyes nacionales o provinciales (2).

Concretamente, se discute si la citada cláusula constitucional imposibilita que los magistrados sean sujetos pasivos del impuesto a las ganancias.

El tema no es nuevo. Ya en 1932, a través de la ley 11.682, se intentó que los jueces tributen conforme su salario el entonces "impuesto a los réditos".

Sin embargo, como dije, es en la actualidad y dentro de la línea evolutiva general que ha sufrido la interpretación de las normas constitucionales cuando este debate ha tomado mayor calor y obliga a replantear posiciones pretéritas.

2- La irreductibilidad de las remuneraciones de los magistrados judiciales. Concepto. Finalidad. Características.

El art. 110 (anterior 96) de la CN, basándose en la "cláusula de compensación" de la Constitución norteamericana (art. III - Secc. 1ª) (3) (4) instituye —como vimos— un principio que "corrobor"(5) y "complementa"(6) la independencia de los miembros del Poder Judicial (7): la intangibilidad de las remuneraciones (8).

Ello significa que tales retribuciones no pueden ser reducidas durante el desempeño de sus funciones.

Concretamente, el texto constitucional dispone que la remuneración de los jueces es determinada por ley y que no puede ser disminuida "en manera alguna" mientras permanezcan en sus funciones.

Se trata, como ya lo expresara, de una garantía tendiente a asegurar la independencia judicial (pilar básico de la República, imprescindible para proteger el ejercicio de los derechos individuales, en particular frente a los avances de los otros poderes) (9) y cuyo destinatario final es, en principio, el Poder Legislativo, aunque también es extensible a todas las demás autoridades (10) (11).

Por su intermedio, pues, se pretende liberar a la judicatura de toda presión por parte de los otros poderes, y principalmente de aquella efectuada a través de la vía presupuestaria (12), evitándose así que con la rebaja de los sueldos pueda "afectarse la tranquilidad con que debe

necesariamente desempeñarse su delicada magistratura, utilizándose como un deleznable instrumento que obligase a eventuales renunciaciones, configurando un efectivo modo indirecto de afectar la independencia de tan magno y decisivo poder"(13).

Por eso, precisamente, la Corte Suprema señaló que esta garantía "está conferida al "órgano institución" y al "órgano individuo", no para exclusivo beneficio personal o patrimonial de los magistrados, sino para resguardar su función en el equilibrio tripartito de los poderes del Estado"(14).

Es que, como lo expresara Hamilton en El Federalista (el "testimonio más conocido e influyente respecto de la justicia" de Estados Unidos y de nuestro país) (15), "después de la permanencia en el cargo, nada puede contribuir más eficazmente a la independencia de los jueces que el proveer en forma estable a su remuneración (...) Conforme al modo ordinario de ser de la naturaleza humana, un poder sobre la subsistencia de un hombre equivale a un poder sobre su voluntad. Y no podemos esperar que se realice nunca en la práctica la separación completa del Poder Judicial y del Legislativo en ningún sistema que haga que el primero dependa para sus necesidades pecuniaras de las asignaciones ocasionales del segundo. En todos los Estados, los partidarios ilustrados del buen gobierno han tenido que lamentar la ausencia de prevenciones precisas y explícitas a este respecto en sus constituciones. Es cierto que algunas declaran que deben fijarse sueldos permanentes a los jueces, pero la experiencia ha demostrado en algunos casos que ese género de expresiones no es lo bastante terminante para cerrar la puerta a los subterfugios legislativos. Es necesario algo más positivo e inequívoco (...) Teniendo en cuenta todas las circunstancias, esta es la disposición más aceptable que se habría podido idear. Se comprenderá fácilmente que las fluctuaciones en el valor de la moneda y en la situación de la sociedad hacían inadmisibles el establecer en la Constitución una tasa fija para esta remuneración (...) Era necesario, por lo tanto, dejar a la prudencia de la Legislatura que variara las sumas que hubiera proveído, de acuerdo con los cambios en las circunstancias, pero con restricciones tales que

pusieran fuera del alcance de ese cuerpo el empeorar la situación de los individuos. Así un hombre podría estar seguro de la situación en que se halla sin que le desvíe del cumplimiento de sus deberes el temor a que se coloque en condición menos favorable. La cláusula que se ha citado combina ambas ventajas (...) La disposición relativa al sueldo de los jueces presenta todas las características de la prudencia y la eficacia, y puede afirmarse con seguridad que, unida a la permanencia en el servicio, asegura la independencia judicial mejor que las constituciones de cualesquiera Estados en todo lo que respecta a los jueces propios"(16).

Dicho en otros términos: "De nada valdría la inamovilidad como medio de asegurar la independencia de los jueces, si estos se encontraran expuestos a la presión económica que el Poder Ejecutivo (o Legislativo, destaque) podría ejercer sobre ellos disminuyendo o suprimiendo su remuneración, que es su único medio de vida"(17).

Por eso esta cláusula se propone "asegurar a los que ejercen el Poder Judicial la subsistencia al abrigo de todos los cambios que el poder discrecional del Congreso pudiera introducir al dictar la ley de presupuesto, y conseguir así una sucesión de hombres ilustrados y honestos, exentos de la pasión de lucro y de los poderosos impulsos de la necesidad, que los llevaría a buscar ilegítimas ganancias, o a descuidar las funciones públicas por los oficios privados. El Congreso puede variar la compensación de los jueces, pero no disminuirla mientras duren en sus empleos; puede en uso de sus facultades crear nuevos tribunales y suprimir otros ya establecidos, con tal de que no suprima el Poder Judicial establecido por la Constitución; pero todo juez nombrado al amparo de esta cláusula, adquiere el privilegio contra toda disminución del sueldo"(18).

3- Los jueces y el impuesto a las ganancias. Antecedentes normativos y jurisprudenciales.

La primera oportunidad en la cual se intentó cobrar este impuesto a los jueces fue a través de los arts. 18 y 30, inc. b), de la ver-

sión originaria de la ley 11.682 del 30-12-1932 (publicada en el Boletín Oficial del 12-11-1933) (19) (20).

Sin embargo, en una ejecución por cobro de pesos promovida por el señor procurador fiscal contra el juez Rodolfo Medina, la Corte Suprema resolvió que el art. 18 de la ley 11.682 era violatorio del art. 96 (hoy 110) de la CN, en cuanto imponía una contribución sobre los sueldos de los magistrados judiciales de la Nación(21).

"En presencia de esta disposición constitucional –se dijo en tal oportunidad– tan sugerente cuando emplea la frase "de manera alguna" que no existe en el texto de la Constitución Americana, de donde fue tomada en todo lo demás por nuestros constituyentes, es imposible el imperio de la ley N° 11.682 en ninguna de las dos disposiciones recordadas, porque lo contrario significaría que en forma indirecta puede afectarse el principio constitucional de la intangibilidad de la remuneración, contemplada en los mismos términos absolutos que la inamovilidad de los magistrados de la Suprema Corte y tribunales inferiores de la Nación por el art. 96 de la Constitución".

Asimismo, en tal fallo se indicó: "Puede parecer injusto e inequitativo el privilegio que importa esta exención de contribución en favor de tales funcionarios, que llegarían a ser así los únicos habitantes del país que no contribuirían con una parte de sus rentas al mantenimiento de las instituciones que proveen, en los múltiples órdenes en que están organizadas, los servicios de atención a la vida, los bienes y al bienestar general, pero ante la letra del texto constitucional precitado, es forzoso decidir que él ampara el privilegio".

Posteriormente, con base en una norma de la Constitución de Tucumán que hacía extensivas a los fiscales y defensores de primera instancia las prerrogativas acordadas a los jueces por el art. 96 de la CN (texto anterior a la reforma de 1994), otros funcionarios judiciales solicitaron la inaplicabilidad y nulidad de cualquier disposición en contrario de la ley 11.682 que afectara sus remuneraciones.

En tal oportunidad, empero, la Corte Suprema rechazó el planteo, indicando que aquella norma no comprendía a los fiscales ni a los defensores (sino solamente a los jueces) (22) ni aun cuando las constituciones de las respectivas provincias los eximiesen de gravámenes o les asegurasen la irreductibilidad de sus sueldos, dado el carácter nacional del impuesto (23).

Igual criterio se consagró en la causa "Jáuregui"(24) y "Figuroa Alcorta"(25) respecto de los agentes fiscales de la Justicia de Paz Letrada de la Capital Federal y fiscales de Cámara.

Luego de ello el legislador reconoció la exención en el art. 20, incs. p) y r), de la ley 20.628(26), la cual fue derogada en 1996 por la ley 24.631, lo que hizo que se restableciera el gravamen a los jueces.

Sin embargo, de manera insólita, la propia Corte Suprema, el día 11-4-96, dictó la acordada 20/96(27), declarando "la inaplicabilidad" del art. 1° de la citada ley 24.631, en cuanto abrogaba la exención del impuesto a las ganancias sobre las remuneraciones de los magistrados y funcionarios judiciales, argumentando que ello representaba una disminución de las compensaciones y, por lo tanto, una violación a la garantía de irreductibilidad que, a su vez, protege la independencia judicial(28). "-

La compensación que perciben los jueces de la Nación —dijo el Máximo Tribunal en aquella oportunidad— no puede ser modificada en su expresión económica por la aplicación de un impuesto, que se traduce en su concreta disminución (...) Esa garantía esencial no puede ser afectada por la actividad de los otros poderes del Estado, quienes carecen de atribuciones para modificar, mediante el ejercicio de sus funciones específicas, las previsiones constitucionales impuestas para asegurar la independencia del Poder Judicial: la inamovilidad en el cargo de los jueces y la intangibilidad de las remuneraciones".

En virtud de lo expuesto y de forma también increíble (pues una acordada no puede dejar sin efecto una ley) (29), el Poder Ejecutivo se

autolimitó en la aplicación del impuesto a las ganancias a los jueces, cuando en rigor de verdad lo que debió hacer fue –justamente– exigir su pago (ya que la ley estaba vigente) (30).

Luego de estos eventos destacados, la Corte Suprema (a veces integrada por conjuces y otras por los jueces regulares) debió resolver varias causas promovidas por jueces jubilados ("Argüello Varela"(31), "Durañona y Vedia"(32), "Craviotto"(33), "Fabris"(34), "Gaibisso"(35), "Benito Cruz" y "Gutiérrez") (36) contra modificaciones a las leyes previsionales. Si bien no se trató de cuestiones vinculadas con tributos, el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación mantuvo siempre el criterio de que el impuesto a las ganancias aplicado a las remuneraciones judiciales contradecía la garantía de intangibilidad, y que ella se extendía a los integrantes de las judicaturas provinciales, ya sea que se encontrasen en actividad o en el sector pasivo.

En "Gaibisso", por ejemplo, la Corte Suprema indicó que "el principio de intangibilidad de las remuneraciones de los jueces consagrado constitucionalmente es extensible a los que se encuentren en situación de pasividad (pues) la referida garantía, que apunta al funcionamiento independiente del Poder Judicial mediante la permanencia en el cargo de sus integrantes, no se vería salvaguardada si estos (...) ven frustrada su expectativa a obtener en el futuro una jubilación que no les permita mantener similar nivel de vida al que tienen en actividad", mientras que en "Gutiérrez"(37) señaló –en lo que aquí importa– que la falta de impugnación de la acordada 20/96 determinaba que esta hubiese adquirido la estabilidad propia de los actos administrativos(38).

Volviendo nuevamente a nuestro tema, cabe indicar que en el año 2003 el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó la resolución 772/03, mediante la cual suspendía – en el ámbito de su competencia– los efectos de la acordada 20/96 y ordenaba liquidar el impuesto. Sin embargo, al año siguiente dictó la resolución 626/04, que suspendía la resolución anterior.

Finalmente, la ley 27.346(39) (vigente a partir del 1-1-17) modificó la Ley de Impuesto a las Ganancias y estableció que los magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial de la Nación y de las provincias y del Ministerio Público Fiscal de la Nación debían tributar este impuesto " - cuando su nombramiento hubiera ocurrido a partir del año 2017".

Con ello, pues, el Congreso Nacional adoptó igual tesis que la Ley de Ingresos de 1932 de Estados Unidos (ver apartado siguiente).

Y lo hizo no solo para procurar evitar, aunque sea en parte, las consecuencias de los fallos anteriores de la Corte Suprema, sino también –y fundamentalmente– porque aquella ley –redactada en términos similares a la nuestra– fue reputada constitucional en el país del norte (40).

Más allá de que esta reforma fue calificada como "una solución razonable que podría ser integrada con otras para evitar divergencias que pudieran generar un clima de cierta litigiosidad y enfrentamiento entre los propios miembros del Poder Judicial"(41), la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional interpuso una acción declarativa de certeza contra dicha ley, logrando obtener una medida cautelar para que no se retuviese suma alguna en concepto de "impuesto a las ganancias" cuando se tratase de funcionarios que hubiesen ingresado al Poder Judicial de la Nación y en el Ministerio Público de la Nación con anterioridad al 1-1-17(42).

El objeto de este pleito, empero, no fue la declaración de inconstitucionalidad del gravamen impuesto a los magistrados, funcionarios y empleados nombrados en el Poder Judicial, sino la "recta interpretación del artículo" de la ley. La Asociación de Magistrados y Funcionarios, concretamente, pidió que se declarase que el concepto de nombramiento utilizado en la disposición legal debía ser entendido como "ingreso al Poder Judicial de la Nación" y que se tomase como fecha de ingreso la correspondiente a las designaciones que hubiese recibido para desempeñarse en dicho poder, y respecto de quienes

ocurrieran a concursos sin pertenecer al Poder Judicial o al Ministerio Público, desde la fecha de presentación de los postulantes en los concursos convocados para llenar vacantes existentes en su estructura(43).

Tal medida cautelar –confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal– fue, sin embargo, revocada por la Corte Suprema el día 27-11-18(44), aunque en esta oportunidad el Tribunal Címero se cuidó muy bien en señalar que tal decisión no abría "juicio sobre la naturaleza del proceso", que no había sido cuestionada la constitucionalidad de la ley y que el fallo tampoco "implicaba adelantar opinión sobre el fondo del asunto debatido", motivo por el cual el tema objeto de este trabajo aún mantiene vigencia.

4- La opinión de los tribunales norteamericanos (45)

En Estados Unidos también fueron numerosos los precedentes judiciales dictados en torno de esta cuestión.

En efecto:

1) La primera vez que se planteó esta cuestión fue a mediados del siglo XIX cuando el Estado creyó que podía gravar los sueldos de los jueces si esa disposición abarcaba a todos los empleados –sin excepción– de la administración(46)(47).

Ello motivó que el chief justice Taney dirigiera –el día 16-2-1863– una carta al Secretario del Tesoro en los siguientes términos: "El lenguaje empleado por la Constitución no puede ser más claro. Es, por lo demás, una de las disposiciones más importantes y esenciales. Los preceptos que limitan los poderes de las ramas de gobierno legislativa y ejecutiva, y aquellos que proveen defensas para la protección de las personas y bienes de los ciudadanos, serían de escaso valor sin un Poder Judicial capaz de sostenerlos y mantenerlos libres de toda influencia directa o indirecta, que hiciera posible torcer sus fallos

en tiempo de excitación política (...) Por esas razones pienso que una ley del Congreso que ordena retener en el Tesoro una parte de la compensación de los jueces, es inconstitucional y sin valor".

En virtud de esta carta y luego de recabarse la opinión del procurador general (que produjo un dictamen sustancialmente de acuerdo con los puntos de vista expresados por el juez Taney), el Poder Ejecutivo desistió de aplicar la ley y los montos que se habían cobrado con anterioridad fueron devueltos, algunos por vía administrativa y otros por acción de la Corte de Reclamos, con las respectivas partidas votadas por el Congreso.

2) Las leyes de impuestos del 3 de octubre de 1913 y del 8 de septiembre de 1916, que fueron las dos primeras después de la sanción de la Enmienda XIV, excluyeron expresamente de las rentas brutas las retribuciones de los jueces en el desempeño de sus cargos a esa fecha.

Sin embargo, el día 24 de febrero de 1919 (esto es, después de que los Estados Unidos de América ingresaran en la Guerra Mundial) se dictó una nueva ley sobre impuesto a la renta, y en su párrafo 213 se estableció que para el cobro de este impuesto debían computarse todas las ganancias percibidas y rentas, incluyendo los salarios que recibían los jueces federales.

Tal circunstancia motivó un planteo judicial del juez del Distrito de Kentucky y obligó a la Corte Suprema de ese país a pronunciarse en el célebre caso "Evans vs. Gore" (1-6-1920), el cual en esa época fue considerado como el más completo y fundamental sobre esta materia por el acopio de doctrina que contenía (48).

En tal oportunidad, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos también indicó que la ley era repugnante a la Constitución por afectar la independencia del Poder Judicial.

"¿Con qué propósito –indicó el Máximo Tribunal– dispone la Constitución que la compensación de los jueces "no podrá ser disminuida mientras desempeñen sus cargos"? ¿Es primordialmente para beneficiar a los jueces, o más bien para promover el bien público, dándoles esa independencia que hace a un cumplimiento imparcial y valiente de la función judicial? ¿Prohíbe la disposición tan solo la disminución directa, tal como reducir expresamente la retribución anual, de una suma mayor a una menor, dejando así abierto el camino para una rebaja indirecta, pero no menos efectiva, como sería retener o cobrar una parte a título de impuesto sobre el total? ¿O significa que el juez tendrá un derecho seguro y continuo a la retribución, con la que puede contar confiadamente para su sustento durante el desempeño de su cargo, de manera que no precise tener cuidado de que su situación a este respecto pueda ser modificada en su perjuicio?".

"- Es obvio que la disminución puede llevarse a cabo de más de una manera. Algunas pueden ser directas y otras indirectas, o aun elusivas (...) Pero todas las que por su necesaria acción y efecto retienen o quitan al juez una parte de lo que por ley se le ha prometido en pago de sus servicios, deben ser consideradas comprendidas en la prohibición. Fuera de esto, nada dará pleno efecto a su espíritu y propósito".

"- La prohibición es general, no contiene palabras de excepción, y parece dirigida contra toda rebaja, con cualquier propósito que sea; y las razones de su sanción, tales como fueron públicamente señaladas en su época y universalmente aceptadas desde entonces, se vuelven con fuerza irresistible hacia la conclusión de que los padres de la Constitución quisieron prohibir la rebaja tanto mediante impuestos así como por otros medios, que consideraban la independencia de los jueces de mucha mayor importancia que cualquiera de los recursos que pudieran obtenerse gravando sus salarios -".

3) Luego, en los casos "Gillespie v. Oklahoma"(49) y "Miles v. Graham"(50) (en el cual se discutió si un impuesto anterior podía o no aplicarse a jueces que asumieron en la función pública posteriormente) se mantuvo idéntica postura, indicando que "aun cuando el nom-

bramiento de un juez se haya efectuado con posterioridad a la sanción de la ley de impuesto a la renta, esta circunstancia no autoriza a gravar el salario fijado por ley al cargo de juez, pues este no puede ser disminuido en forma alguna".

4) Sin embargo, en el año 1939, en una acción de repetición, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (que inicialmente, como vimos, consideró exentos a los sueldos de los jueces del impuesto a la renta) abandonó esta jurisprudencia y en el caso "O'Malley vs. Woodrough"(51) señaló que no era inconstitucional la Ley de Ingresos de 1932 que indicaba que debían pagar el impuesto los magistrados que ingresaran con posterioridad a aquella (52).

"Someter a los jueces a un impuesto general –dijo la Corte Suprema americana– es reconocer simplemente que ellos son también ciudadanos, sin que la función que desempeñan en el gobierno los invista de una inmunidad que los excluya de participar con sus conciudadanos en la carga material exigida por el sostenimiento del Gobierno, cuya Constitución y leyes están encargados de aplicar"(53).

5- ¿Deben pagar los jueces el impuesto a las ganancias? Distintas posturas. Fundamentos

Como puede observarse de lo expresado anteriormente, existen dos posturas antagónicas con relación al tema que nos ocupa.

1) La primera de ellas afirma que bajo ningún punto de vista se les puede exigir a los magistrados judiciales el pago de este impuesto. Para negar la procedencia de su cobro por parte del Estado, se argumenta de la siguiente manera:

1.a) Que "la intangibilidad de las compensaciones asignadas a los jueces por el ejercicio de sus funciones no constituye un privilegio sino una garantía, establecida por la Constitución Nacional, para asegurar la independencia del Poder Judicial de la Nación" (acordada 20/96 de la CS).

Por consiguiente, "esa garantía esencial no puede ser afectada por la actividad de los otros poderes del Estado, quienes carecen de atribuciones para modificar, mediante el ejercicio de sus funciones específicas, las previsiones constitucionales impuestas para asegurar la independencia del Poder Judicial: la inamovilidad en el cargo de los jueces y la intangibilidad de sus remuneraciones...!". Es así, entonces, como la compensación de los jueces "no puede ser modificada en su expresión económica por la aplicación de un impuesto, que se traduce en su concreta disminución"(54).

1.b) El solo hecho de admitirse la facultad legislativa de establecer impuestos sobre los sueldos de los magistrados abriría una brecha peligrosa para su independencia.

Por eso, con esta prohibición —dijo también nuestro Máximo Tribunal en la acordada 20/96— se evita que "bajo el ropaje de una legislación impositiva supuestamente respetuosa del principio de igualdad por ser aplicable a todos los habitantes se comience a utilizar un sutil mecanismo que, generando un seguimiento ulterior mediante futuras imposiciones de distinta naturaleza aplicada sobre las compensaciones que perciben los magistrados federales por el ejercicio de sus funciones, permita indirecta —e indisimuladamente— que otro poder del Estado afecte la independencia de este Poder Judicial, al destruir una de las garantías constitucionales tendientes a preservarlas".

1.c) La primera fuente de interpretación de la ley es su letra (55). Por consiguiente, de conformidad con lo señalado, la interpretación de este tema debe comenzar por las palabras utilizadas por la propia Constitución Nacional. Y, en este sentido, no puede haber ninguna duda de que la prohibición que plantea nuestra ley fundamental "es absoluta: "en manera alguna", es decir, ni por reducciones generales o proporcionadas a toda la administración, ni por impuestos, ni por cualquier otro medio que pueda limitarlo"(56).

Es más: los partidarios de esta postura explican que lo terminante de la frase antes enunciada, "tan enérgica, precisa y expresiva", no

aparece en el modelo norteamericano que le sirvió de fuente inmediata, sino que "fue puesta por los redactores de nuestra Constitución con el fin innegable de acentuar la prohibición y fortificar aún más la independencia judicial, erigiendo lo que era una garantía de bien público, en una prerrogativa de los magistrados, anexa e inherente a su investidura (...) El alcance del agregado no ha podido ser otro que el de excluir de impuestos o rebajas generales y aun transitorios, extensivos a todos los poderes"(57).

1.d) "Esta exoneración de impuesto no viola el principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución, que tiene excepciones dentro de la misma, como son las inmunidades de ciertos funcionarios o instituciones. Tales privilegios no fueron creados para proteger personas, clases o castas, sino para dar consistencia a instituciones que se consideraban fundamentales"(58).

Además, "el argumento democrático de que los jueces son también ciudadanos, no toma en cuenta que la igualdad democrática lo es en igualdad de condiciones - (y) no es lo mismo un ciudadano juez que los demás ciudadanos, y no lo es, no solo porque así lo disponga la Constitución, sino porque la sociedad puede perfectamente entender que sin justicia independiente, y sin sueldos no sujetos a reducción para los jueces, no hay seguridad de que sus derechos estén bien salvaguardados"(59).

1.e) "El art. 96 (hoy 110 de la CN) no exime a los magistrados de contribuir a los impuestos con sus otros bienes, sino solamente con sus sueldos, lo que evidencia que se trata de privilegios institucionales"(60).

Es decir que, para esta postura, la circunstancia de que existan otras contribuciones o impuestos que los magistrados deben abonar no justifica el gravamen sobre los sueldos, porque aquello no está prohibido, y esto sí.

1.f) "Los magistrados están sometidos a un estricto régimen de incompatibilidades para ejercer sus funciones; su subsistencia depen-

de, pues, de las remuneraciones que perciben como integrantes del Poder Judicial. Resulta, entonces, corolario lógico de la estabilidad e independencia, la certeza de un sueldo digno y la prohibición de su disminución"(61).

1.g) Imponer a los magistrados judiciales el pago del impuesto limita su independencia y deviene indecoroso para la dignidad de aquellos, pues los somete al control del Poder Administrador (62).

1.h) Los sueldos, aun los de los jueces, no pueden ser reputados "ganancias".

2) La otra corriente, en cambio, indica que los jueces pueden –y deben– ser sujetos pasivos de tal tributo.

Se fundamenta esta postura de la siguiente manera:

2.1) La interpretación de la Constitución Nacional no debe ser solo literal, sino que –por el contrario– aquella debe ser interpretada en su conjunto, sin aislar cada una de las disposiciones.

Por lo tanto, "si de lo que se trata es de remuneraciones, la Constitución Nacional no solo menciona las de los jueces. También hace referencia a las del presidente y vicepresidente de la Nación, diciendo que no podrán ser alteradas durante el período en el que deben ejercer su mandato. Sin embargo a nadie se le ocurre pensar que aquéllos no deben pagar el impuesto a las ganancias"(63).

2.2) El art. 16 de la Ley Fundamental establece el principio de "igualdad", especificando inclusive que en materia impositiva ella "es la base de los impuestos y de las cargas públicas".

Por lo tanto, este principio también obliga a extender la presión tributaria a los magistrados judiciales, ya que "las normas de la constitución no se oponen entre sí, sino que se integran todas con igual je-

rarquía dentro de un contexto unitario y congruente, en el que unas deben armonizarse y compatibilizarse con las demás"(64).

2.3) No es lo mismo una "reducción salarial" que un tributo general o impuesto basado en la capacidad contributiva del sujeto obligado.

"De lo contrario, se llegaría al ridículo de tener que eximirlos de todo gasto personal para que su sueldo no sufriera merma y, por ejemplo, hasta habrían de disfrutar de los servicios públicos sin abonar la tasa correspondiente"(65).

2.4) El propósito del art. 110 de la CN no fue "crear un privilegio exclusivo para los magistrados judiciales, que los coloque en ventaja con respecto al resto de los habitantes, sino tan solo asegurarles su independencia, prohibiendo una disminución de sus sueldos que únicamente afecte a ellos". Por lo tanto, "la disminución del sueldo repugnante a la Constitución es aquella que evidencia el designio de hacerla soportar exclusivamente a los miembros del Poder Judicial, colocándolos en una situación de inferioridad con relación a los demás funcionarios o ciudadanos"(66), mas no "la aplicación de medidas generales, no discriminatorias", que "aunque puedan traducirse en inconvenientes semejantes a los que están sujetos todos los integrantes del cuerpo social, gocen o no del privilegio de servir al país integrando sus poderes de gobierno"(67).

2.5) Por una cuestión ética, "los magistrados honrados con un cargo que impone tan alta misión deben ser los primeros ciudadanos llamados a cumplir la ley cabalmente"(68).

2.6) El pago del impuesto a las ganancias por parte de los jueces constituiría "una medida esencial para que la ciudadanía recupere la credibilidad sobre la justicia"(69).

3) Sin perjuicio de lo expuesto, hay que señalar que también existen sobre este tema dos posturas más, que adoptan una posición "ecléctica" frente a las enunciadas anteriormente:

3.1) Una de ellas es la sustentada por Arístides Horacio M. Corti, que afirma que esta garantía no podría invocarse ante situaciones de crisis sociales y económicas (70). "El principio de intangibilidad de las remuneraciones –dice este autor– no debería dar cobertura a la exención del impuesto a las ganancias en un momento económico y social del país en el que resulta indispensable fortalecer al Estado como agente del cambio estructural con vistas a remover el modelo neoliberal de exclusión social y contribuir todos a una salida que lleve a compatibilizar los distintos derechos de gobernantes y gobernados con arreglos a principios de solidaridad, justicia social y progresividad en el sacrificio compartido, de suerte que los derechos de unos y otros revistan el carácter de armonizables en beneficio del conjunto. En una sociedad civilizada y democrática nadie puede realizarse como persona en presencia de la exclusión social del otro"(71).

3.2) Y la otra es la sostenida por María Angélica Gelli, que indica que "no habría impedimento de que se sancionase una ley disponiendo el pago de aquel tributo por parte de los magistrados, siempre y cuando se trate de jueces designados con posterioridad a la publicación de la norma y se preserve a las retribuciones judiciales, en todos los casos, de la pérdida de su valor o de las disminuciones directas o indirectas"(72).

6- Los jueces deben tributar el impuesto a las ganancias.

Estoy convencido de que todos los jueces deben tributar el impuesto a las ganancias. Explicaré por qué:

1) La postura renuente a aceptar que los magistrados judiciales deban ser sujetos pasivos de este tributo, como puede observarse de todo lo dicho anteriormente, parte del propio texto de la Constitución, que expresa exactamente que sus remuneraciones no pueden ser afectadas "de manera alguna".

Sin embargo, y como ya lo destacara hace muchos años y de manera insuperable Bielsa, tal interpretación puede ser "literal", pero no necesariamente jurídica (73).

Es que, como es sabido, la inteligencia de un precepto no puede basarse exclusivamente en la literalidad de su texto, pues ello puede conducir a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos y produzca consecuencias disvaliosas, motivo por el cual – en tales casos– resulta necesario dar preeminencia al espíritu de la norma, a sus fines y al conjunto armonioso del ordenamiento jurídico"(74).

En el caso que nos ocupa y como ya lo expresáramos a lo largo de este trabajo, lo que busca el "manto protectorio" del art. 110 es evitar que, a través de reducciones salariales, pueda afectarse la independencia judicial y, así, someter a quienes deben aplicar el derecho e impartir justicia.

Por consiguiente, si un impuesto es general, sin propósitos discriminatorios, según categorías determinadas por la igual capacidad contributiva y no de índole persecutoria, aquel es ajeno al espíritu tuitivo previsto por la norma constitucional y, por lo tanto, no sería una "manera" de reducir la compensación de los jueces de la forma en que lo entiende el actual art. 110 de nuestra ley fundamental.

Si se le otorga a la redacción de la cláusula constitucional un alcance que no tiene (como lo hacen, a mi juicio, los partidarios de la teoría negatoria), se estaría confundiendo garantía con privilegio.

2) La postura contraria a esta tesis, es decir, aquella que se basa en el propio texto de la norma constitucional, hace una interpretación parcial, aislada y asistémica de la Constitución Nacional.

En efecto: como todos sabemos, es necesario que la norma jurídica sea interpretada como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece.

En consecuencia, en tal tarea interpretativa se debe prescindir de toda idea o de toda fuente que conduzca a restringir la columna vertebral del sistema constitucional. Por lo tanto, si el intérprete debe computar la totalidad de los preceptos de manera que armonicen con las restantes normas y con las demás reglas y garantías de la Constitución Nacional, exigiendo una interpretación sistémica del derecho, los principios de igualdad y solidaridad –ambos con jerarquía constitucional (arts. 16 y 33, CN) – imponen la obligación de que todos contribuyamos por igual a sostener el Estado o soportemos las consecuencias económicas derivadas de una emergencia.

No hay razón, ni lógica ni jurídica, para que los jueces sean excluidos de estos deberes. Por el contrario, los pactos internacionales a los que adhirió nuestro país imponen esas cargas a todos por igual (arts. 35 y 36 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 29, inc. 1º, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos).

La intangibilidad de las remuneraciones, pues, no constituye un vallado para cumplir con los deberes indicados. En primer lugar, porque esos derechos-deberes tienen la misma jerarquía constitucional que el derecho-deber de igualdad-solidaridad, y debe otorgarse primacía a uno u otro, según las circunstancias. Y, en segundo término, porque la utilización de aquel argumento constituiría un claro caso de abuso del derecho, ya que bajo el manto de la intangibilidad se estaría ocultando un privilegio: quedar excluido del pago de impuestos y de aportes al sistema de la seguridad social, así como también no contribuir al esfuerzo general para sacar al Estado de una crisis (75).

3) Es más: "el pago de un impuesto (...) es aplicar correctamente el principio, también constitucional, de que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. En todo caso es inconstitucional la exención que viola el principio de igualdad ante la ley". Si adoptáramos el criterio opuesto, "los magistrados deberían estar exentos de pagar todo tributo: el pago de tasas municipales, provinciales y nacionales y cualesquiera otros tributos federales o locales importarían una

merma de los ingresos de los magistrados. Asimismo, los comerciantes deberían estar obligados a descontar a los magistrados los impuestos incorporados a los precios de venta de todos los artículos de uso y consumo y los devengados por el valor agregado de los mismos, para no maltratar sus dineros", solución ética y jurídicamente inaceptable (76).

4) La interpretación finalista (esto es, la que procura desentrañar el "fin", su sentido, la ratio o los intereses que la norma quiere lograr, por lo que además se la conoce como "directriz teleológica-objetiva"), por su parte, también es congruente con el resultado propuesto. Es que resulta más que evidente que el constituyente, al garantizar a los jueces la intangibilidad de sus remuneraciones, buscó evitar que los otros poderes del Estado puedan manipular los sueldos de los magistrados para someterlos a sus designios. Sin embargo, un impuesto general, no discriminatorio, equitativo y obligatorio para toda la población —como dije— no puede ser entendido bajo ningún concepto como una medida destinada a tal fin (77). Vale recordar, en este sentido, lo que manifestara el conjuer Méndez en su voto en disidencia en el caso "Gutiérrez": "Cuando el art. 110 de la Constitución Nacional dispone que la compensación de los jueces no puede ser disminuida de manera alguna, solo se refiere a aquellas disposiciones discriminatorias o limitadas a los magistrados que afectaran la independencia de la judicatura o pudieran implicar una forma de ejercer coacción sobre ella, pero nunca a los tributos públicos, equitativos y uniformes". "El propósito del art. 110 de la Constitución Nacional no ha sido crear un privilegio exclusivo para los jueces, que los coloque en situación de ventaja con respecto al resto de los habitantes, en clara violación del principio de igualdad ante la ley, sino tan solo asegurarles su independencia, prohibiendo una disminución de sus sueldos que únicamente afecte a ellos"(78).

El impuesto a las ganancias, pues, no está enderezado a doblegar a los jueces, motivo por el cual tampoco colisiona con la finalidad perseguida por la norma constitucional.

5) "Desde el punto de vista político, el deber de los magistrados de pagar el impuesto a las ganancias, en base a la prevalencia de la igualdad por sobre el postulado de intangibilidad de las remuneraciones de los jueces, supone afirmar el principio de ciudadanía y reconocer la comunión de esfuerzos que todos los estamentos de la sociedad deben realizar para solventar, cada uno en función de su situación económica, el mantenimiento del estado"(79).

6) Existen también razones morales que obligan a los miembros del Poder Judicial a aceptar tales deducciones.

Es que si la "magistratura judicial", como bien lo indicaba Eugenio M. de Hostos a comienzos del siglo pasado, "es un sacerdocio", "por respeto a la santidad de las funciones encomendadas"(80) sus miembros deberían actuar con claro sentido del deber que les corresponde para el cumplimiento del fin público y teniendo en cuenta las consecuencias que el cumplimiento o incumplimiento de ese deber tiene en relación con su cometido institucional.

Desde esta perspectiva, entonces, no puede resultar satisfactorio para las expectativas de la gente (por no ser ético ni justo) que los jueces, teniendo igual o mejor capacidad contributiva que muchos otros ciudadanos, se encuentren exentos de abonar el impuesto a las ganancias.

7) Esta solución, además, es coherente con la evolución que este tema ha tenido en la jurisprudencia de los Estados Unidos, país del cual justamente fue tomado el principio de la intangibilidad de las remuneraciones judiciales.

8) Por otra parte, si la interpretación constitucional —como estoy seguro— debe ser dinámica, hay que introducir la norma en el movimiento de la historia para que se halle en sintonía con las nuevas necesidades y problemas suscitados por las transformaciones de los tiempos y, fundamentalmente, analizarla, interpretarla y aplicarla de conformidad a la evolución de las convicciones y realidades sociales.

Así, entonces, el pensamiento de los autores de la Constitución norteamericana y de los constituyentes nacionales de 1853 debe en-
garzarse con el enfoque moderno que se le da al principio de igualdad,
lo que impide que los jueces puedan escudarse en el art. 110 de la ley
suprema para evitar pagar un impuesto.

Repito: la tarea de interpretación no debe limitarse a la intención
histórica u originalista, sino que es necesario ensamblar la letra consti-
tucional en una interpretación progresista y dinámica que permita
acompañar a la sociedad en sus necesidades, criterio que no se com-
padece con sostener la irreductibilidad de las remuneraciones como
una garantía absoluta que lo convierta, en definitiva, en un "privilegio"
de un sector.

9) El temor a la forma en que el organismo recaudador enderece
sus inspecciones o elija al inspeccionado (con un eventual uso perse-
cutorio del control) no puede servir de base para negar la procedencia
del impuesto. En primer lugar, porque las actividades de aquel son re-
gladas. Y, en segundo término, porque siempre existen soluciones le-
gales y jurídicas para el caso de que se determine un abuso de poder o
de corrupción administrativa.

10) El argumento que señala que "el salario no es ganancia" no
resiste, tampoco, el menor análisis. Se trata de un cuestionamiento
meramente semántico, pues bastaría cambiarle el nombre al impuesto
(y llamarlo, por ejemplo, "impuesto a los ingresos") para que desapa-
reciera la razón de ser de esta crítica.

Lo que debe tenerse presente, en este sentido, es el concepto de
renta y que el "impuesto a las ganancias" grava (no solo en la Argenti-
na sino mundialmente) las rentas de cualquier origen: alquileres, in-
tereses, dividendos, utilidades empresarias y sueldos.

Por ello, sostener que el salario no es ganancia y pretender que
no se abone el tributo sobre él resulta una falacia.

En su caso, el problema sería otro y debería solucionarse con criterios de justicia y equidad.

Y aquí, tampoco, las compensaciones de los jueces podrían ser beneficiadas por una exención tributaria, pues sus salarios —como dije anteriormente— son mayores que los que percibe la mayoría de la población y, por lo tanto, así también lo es su capacidad contributiva, columna vertebral de todo sistema tributario.

En consecuencia, "tratándose de tributos que afrontan todos los individuos y en tanto en cuanto no se trate de gravámenes específicos que recaigan solo sobre los jueces, estos deben asumirlos al igual que el resto de las personas que obtienen ingresos fruto de su trabajo personal"(81).

11) Finalmente, cabe decir —y recordar— que en nuestro régimen constitucional no existen derechos absolutos.

Por consiguiente, como la irreductibilidad de las remuneraciones judiciales es un principio dentro de un sistema destinado a armonizar la vida en sociedad, resulta lógico que nadie pueda pretender una situación de predominio con relación a sus semejantes, aunque la terminología de la norma constitucional emplee la frase "de manera alguna".

7- Final.

En el proceso de interpretación de una norma constitucional debe siempre primar el principio de integridad y coherencia en el razonamiento. Como lo ha expresado la Corte Constitucional de Colombia, es razonable suponer que en general es preferible aquella interpretación que logra satisfacer todos los criterios hermenéuticos suscitados en un debate jurídico, de tal manera que esos distintos puntos de vista se refuercen mutuamente y en cierta medida comprueben recíprocamente su validez, por medio de una suerte de "equilibrio reflexivo" o "coherencia dinámica".

En el tema que nos ocupa, sostener que el principio plasmado en el art. 110 de la CN impide que los jueces deban pagar impuestos es una apreciación que parte de una concepción jurídica atrasada y una rémora propia de un Poder Judicial elitista y aristocrático.

Reitero: no debe hacerse únicamente una interpretación literal de los artículos de la Constitución, sino que –por el contrario– hay que realizar también una interpretación funcional y sistémica en todas sus variantes y adaptada a los tiempos modernos.

Si el pago de tributos es un "sacrificio" (como se sostuvo en el caso "Jáuregui"), es lógico indicar que los jueces también lo deben compartir con los restantes integrantes de la sociedad. No solo, como vimos, por una cuestión de ética y de solidaridad, sino también para que verdaderamente se haga efectivo el principio constitucional de que "la igualdad es la base de los impuestos y de las cargas públicas" (art. 16, CN). Lo contrario implicaría darle preferencia a un determinado sector en detrimento de la generalidad.

La finalidad del art. 110, como hemos visto, es prevenir ataques financieros de los otros poderes que socaven la independencia del Poder Judicial y sometan a sus miembros a presiones que los obliguen a renunciar o a rendirles pleitesía en procura de una mayor compensación, pero de ninguna manera tiene por objetivo dejar a los magistrados liberados del pago de tributos cuando ellos son generales y aplicados indistinta e indiscriminadamente a toda la sociedad.

Desgraciadamente, hoy en día la garantía de irreductibilidad ha sido totalmente desvirtuada en la práctica, tanto en su finalidad como en su extensión, a tal punto que ella inclusive se ha extendido a funcionarios y empleados judiciales y a jueces jubilados, cuando en realidad estas personas no son sus destinatarias (82).

Pero eso no es todo. Porque, desde su lugar de poder, fueron los mismos jueces los cuidadores de sus propios intereses (83); en algunos casos resolviendo causas en las cuales había un evidente "interés indi-

recto" (lo que los obligaba a excusarse) (84) y en otros dictando una acordada realmente infortunada e incompatible con nuestro sistema constitucional.

Todas estas circunstancias, pues, han creado un privilegio irritante y una situación no querida ni por el constituyente ni por consenso social actual, agigantándose así la brecha de aislación con la ciudadanía.

Como bien se expresara en un trabajo que analiza el tema, "resulta poco sincero utilizar el argumento de la intangibilidad de los sueldos de los magistrados judiciales para evitar el pago de un impuesto que como otros que impone el Congreso de la Nación, se sustenta en principios de igualdad, equidad y proporcionalidad"(85).

Es que, en un régimen republicano como el nuestro, no pueden existir ciudadanos tax free, es decir, que no paguen impuestos cuando los demás lo hacen, inclusive con grandes esfuerzos.

La solución, en consecuencia, debe ser clara: todos los jueces y funcionarios judiciales, sin excepción alguna, deben pagar este gravamen. Y deben hacerlo independientemente de la fecha de su nombramiento.

Adoptar otro temperamento (como lo hizo —por ejemplo— la ley 27.346, que dice que solo los nuevos jueces deben pagar este tributo) no solo rompe el principio de igualdad entre los magistrados, sino que también hace lo propio respecto de los demás ciudadanos, en tanto en cuanto —reitero una vez más— estos tienen derecho a recibir igual trato impositivo (86) y a que se respete la uniformidad y generalidad del tributo (87).

Ya lo decía Adam Smith: todos los ciudadanos de cualquier Estado deben contribuir al sostenimiento del gobierno, en cuanto sea posible, en proporción a sus respectivas aptitudes, es decir, en proporción a los ingresos que disfruten bajo la protección estatal (88).

No desconozco, desde luego, que para que el servicio de justicia sea eficaz, seguro, pleno y eficiente (en definitiva, justo) necesariamente deben encontrarse a su disposición todos los recursos pertinentes a tales efectos, materiales y humanos. Y que el juez, dentro de este contexto, es sin duda el primer recurso humano; su labor, de suma importancia social, le exige capacidad, capacitación, gran responsabilidad y dedicación exclusiva; y que todo ello determine que la función deba ser bien paga (89).

Sin embargo, tal circunstancia de ninguna manera autoriza a señalar que este deba quedar eximido de un tributo general.

Porque, como bien lo explica Badeni, "el desempeño de funciones gubernamentales en un sistema republicano es un alto honor y una pesada carga a la cual se accede voluntariamente para satisfacer una plausible vocación de servicios (...) Es razonable y necesario que todos los cargos públicos sean remunerados, para posibilitar su cometido con decoro, honestidad, eficiencia y dedicación exclusiva". No obstante, si bien ello "justifica que el monto de la remuneración sea proporcionado a la importancia de la función y a las necesidades objetivas de su titular, no pueden devengar privilegios ni situaciones incompatibles con la austeridad e igualdad que presiden un comportamiento republicano". Por ello, precisamente, deben evitarse la incorporación de excepciones, "que, tal como acontece en la práctica, desnaturalizan la igualdad republicana y generan una imagen sobre que el acceso a los cargos públicos no es una carga, sino el logro de privilegios económicos. Imagen que si bien no refleja una realidad en el caso del Poder Judicial, contribuye a desvirtuar la seguridad jurídica y la noble labor de sus componentes"(90).

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - DIVISIÓN DE PODERES - PODER JUDICIAL - JUECES - REMUNERACIÓN - IMPUESTOS - IMPUESTO A LAS GANANCIAS - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN – JURISPRUDENCIA

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: La fuerza de los acontecimientos históricos en la construcción del impuesto a las ganancias argentino, por Viviana Cecilia Di Pietromica, ED, 215-1048; El federalismo ante la responsabilidad patrimonial de los jueces, por Eugenio Luis Palazzo, EDCO, 2013-151; El impuesto a las ganancias y la función judicial del poder de imperio del Estado, por Pablo Ezequiel Becerra, EDLA, 2017/3-7; Autoexención tributaria para los jueces, por Rodolfo R. Spisso, ED, 272-603; Cuando el sentido común y la equidad prevalecen sobre la ortodoxia en la interpretación de la ley tributaria, por Rodolfo R. Spisso, ED, 277-323; El impuesto a las ganancias sobre lo percibido a la terminación del contrato de trabajo: la injustificada diferenciación emergente del art. 47 de la ley 27.430 y de su reglamentación (decreto 976/18), por Esteban Carcavallo, ED, diario n° 14.553 del 17-12-18. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(1) Sánchez Viamonte, Carlos, *Manual de derecho constitucional*, Kapelus, 1956, pág. 288. Y es más: este autor seguía diciendo que “la independencia es aún más necesaria cuando la administración de justicia está a cargo de un poder judicial con jerarquía de poder público, guardián de la Constitución, y al cual se le reconoce la potestad jurisdiccional de juzgar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos, etc.”.

(2) La cuestión, inclusive, ha llegado a normarse en el constitucionalismo provincial moderno. Así, por ejemplo, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires asegura en su art. 110 las garantías de inamovilidad e intangibilidad de los salarios judiciales y del Ministerio Público, pero dispone que estos deben pagar los impuestos que establezca la Legislatura y los aportes previsionales que correspondan, mientras que la Constitución de la Provincia del Chubut (en-

tre otras) en su art. 170 expresa textualmente: "Los magistrados y funcionarios designados con acuerdo de la Legislatura y los secretarios letrados tienen asignaciones fijas pagadas mensualmente, las que no pueden ser demoradas ni reducidas durante el desempeño de sus funciones por acto de autoridad, pero están sujetas a los aportes previsionales y de la seguridad social, a los tributos en general y a las disminuciones que se dispongan por leyes de carácter general y transitorio extensivas a todos los poderes del Estado, en el marco del ejercicio de poderes emergenciales -". Sin embargo, cabe destacar que la provincia de Santa Fe, en el art. 107 de la Constitución de 1900, ya consagraba una cláusula con idéntica finalidad, indicando que el sueldo de los miembros del Poder Judicial "no podrá ser disminuido sino por sanciones de carácter general y transitorio", y el art. 127 de la Constitución de 1921 mejoró tal norma, estableciendo que "no podrá ser suspendido ni disminuido sino por leyes de carácter transitorio y general extensivas a todos los poderes" (conf. Reca, Graciano, Inamovilidad de los jueces. El Poder judicial de las provincias frente a la intervención federal, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos, 1933, pág. 144, quien, además de hacer un análisis de todas las constituciones provinciales de esa época sobre esta materia, señala que con tales normas Santa Fe intentó conciliar la independencia de los jueces con las dificultades del erario público en épocas de crisis económica, evitando "que la garantía constitucional asuma en estos casos el carácter de irritante privilegio"). La otra pregunta que también se origina en virtud de este artículo es si la protección de irreductibilidad resguarda —o no— a los jueces contra la pérdida del valor monetario real con motivo de un proceso inflacionario. Este tema, sin embargo, no será objeto de estudio en este trabajo. Ver, al respecto, los fallos dictados por la Corte Suprema en los casos "Bonorino Perú" (Fallos: 307:2174); "Perugini" (Fallos: 308:1059); "Durañona y Vedia" (Fallos: 308:1932); "Breiva" (Fallos: 310:2173); "Bruno" (Fallos: 311:460); "Vilela" (Fallos: 313:1371); "Grieben" (Fallos: 313:760); "Jáuregui" (315:2945); "Mill de Pereyra" (324:3219); "Fabris" (Fallos: 315:2379); "Gaibisso" (Fallos: 324:1177) y "Chiara Díaz" (Fallos: 324:3219), entre otros. También puede verse, sobre esta cuestión, la prolija reseña efectuada por Gómez, Claudio D., Constitución de la

Nación Argentina. Comentada, concordada y anotada, Córdoba, Mediterránea, 2007, pág. 760 y sigs., así como también el fallo de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos in re ``Estados Unidos de Norteamérica c. Hubert L. Will y otros`` del 13-10-80, publicado en LL, 1985-B-1004, con nota de Miguel Ángel Ekmekdjian, Las remuneraciones de los magistrados judiciales en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.

(3) Art. III, Sección I de la Constitución de los Estados Unidos de América: ``El Poder Judicial de los Estados Unidos residirá en una Corte Suprema y en aquellos tribunales inferiores que más adelante disponga y establezca el Congreso. Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores, permanecerán en sus empleos durante su buena conducta, y recibirán en épocas determinadas, una compensación por sus servicios, la cual no será disminuida mientras continúen en sus empleos``, conf. Constituciones de algunos de los Estados de la Unión Americana, traducidas por Florentino González, Buenos Aires, Imprenta y Librería de Mayo, 1872, pág. 20.

(4) Las disposiciones referidas a la seguridad de los sueldos de los magistrados judiciales como la adoptada por la Constitución de los Estados Unidos tuvieron su fuente en la Ley de Sucesión al Trono de 1700 y en la ley de 1760 (conf. Holdsworth, Sir William, The Constitutional position of the judges, 48 Law Quarterly Review 25 y A history of English Law). ``En 1761, sin embargo, el Rey convirtió el ejercicio de las funciones de juez al servicio de su voluntad. La injerencia que acarreó este cambio a la administración de la justicia en las colonias pronto se convirtió en una de las objeciones más importantes contra la Corona. En efecto, la Declaración de la Independencia, al enumerar los agravios contra el Rey, manifestaba: `Ha hecho que los jueces dependan solo de su voluntad, tanto en el ejercicio de sus funciones, como en el monto y pago de sus salarios`. La independencia triunfó y los colonos no olvidaron las razones que los habían llevado a separarse de la Madre Patria. De esta manera, cuando los redactores se reunieron en Filadelfia en 1787 para redactar la Constitución, se aseguraron de que los artículos que trataban sobre el Poder Judicial, tanto el ejercicio como la remuneración de los jueces estuvieran protegidos de uno de los males que había provocado la revolución y la indepen-

dencia'' (análisis histórico de la ``cláusula de compensación'' efectuado por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos in re ``Estados Unidos de América c. Hubert L. Will y otros').

(5) Bidegain, Carlos M., Curso de derecho constitucional, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003, t. IV, pág. 332.

(6) Conf. Dromi, José R., El Poder Judicial, Tucumán, UNSTA, 1982, pág. 50. Por eso el juez Story, allá lejos y hace tiempo, expresó que ``sin esta disposición, la otra, acerca de la conservación de sus empleos, hubiera sido totalmente fútil, y en verdad una simple burla'' (Story, Joseph, Commentaries on the Constitution of the United States with a preliminary review, Boston, Little, Brown and Company, 1858. Versión castellana: Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos, traducida por Nicolás Calvo, Buenos Aires, 1888, pág. 439 y sigs.).

(7) Conf. Fallos: 176:73; 247:495 y 254:184.

(8) ``Tendente al mismo objetivo –decía Montes de Oca– es la última parte del artículo (-) Si fuese posible disminuirla, el congreso podría llegar hasta anularla ó, por lo menos, hasta hacerla irrisoria, y esto sería una manera indirecta de hacer de la inamovilidad una utopía. Dependería la duración del cargo de la voluntad del poder legislativo'' (Calandrelli, Alcides, Lecciones de derecho constitucional: notas tomadas de las conferencias del Dr. M. A. Montes de Oca, Buenos Aires, Imprenta y Litografía La Buenos Aires, pág. 420).

(9) Es que, como lo explica Baeza, ``en los gobiernos libres, la independencia de la autoridad judicial es mucho más importante para la garantía de los derechos de los ciudadanos que en una monarquía, pues ella es la única barrera contra la opresión de una facción dominante armada momentáneamente del poder, y abusando de sus influencia para destruir las instituciones y las libertades públicas'' (Baeza, Carlos R., Exégesis de la Constitución Argentina, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000, pág. 432).

(10) Algunos autores, empero, indican que este tipo de cláusulas, amén de ser esenciales para disponer de la independencia de acción y juicio, tienen también otra intención secundaria que es la de ``atraer hombres cultos y competentes al tribunal'' (conf. Kent, James, Commentaries on American Law, 1826, pág. 276, y Sagüés, Néstor P.,

Elementos de derecho constitucional, Astrea, t. I, pág. 492, quien en realidad toma este concepto del voto del Dr. Amadeo en la causa fallada por la CS en los autos "Fisco Nacional c. Rodolfo Medina" [Fallos: 176:73]).

(11) Sin embargo, es preciso destacar que la remuneración, como derecho intangible, es correlativa a los deberes de la función. Por lo tanto, si los magistrados o funcionarios judiciales la dejan de ejercer temporalmente por licencia o para desempeñar una comisión de estudios, pueden ser privados del sueldo, puesto que en tales casos no cumplen uno de los requisitos indispensables para su cobro como lo es, justamente, el ejercicio de la función (conf. Podetti, J. Ramiro, Derecho procesal civil, comercial y laboral, Buenos Aires, Ediar, 1954, t. I, "Tratado de la competencia", pág. 204). De igual forma, la irreductibilidad dispuesta en este artículo tampoco es óbice para las sanciones pecuniarias módicas previstas en las leyes orgánicas o procesales y aplicadas por los órganos jerárquicos superiores del Poder Judicial en el ejercicio de las facultades disciplinarias que les son propias (conf. Fallos: 247:495; 254:184 y 274:76), aunque sí se extiende a aquellos casos en que el pago, de manera total o parcial, se realiza mediante la entrega de deuda pública cuyo valor de mercado es inferior al valor nominal (conf. CS, in re "Ojea Quintana", Fallos: 319:1331).

(12) Conf. Fallos: 176:73.

(13) Dictamen del Procurador General de la Nación in re "Gaibisso, C. A. y otros c. Ministerio de Justicia", 10-4-01, LL, 2001-D-491.

(14) CS, in re "Bonorino Perú, Abel y otros c. Estado Nacional", 15-11-85, en ED, 116-323. En igual sentido ver STJ Mendoza: "La garantía de la irreductibilidad de las remuneraciones judiciales no significa una inmunidad o privilegio personal, sino un elemento constitutivo de la independencia de la función, cuyo carácter excepcional, dentro del régimen de los servidores del Estado, no repugna a la igualdad, toda vez que se trata de una diferencia de régimen fundada en la naturaleza específica de la función judicial" (LS, 75-450, citado por Dromi, Roberto, Los jueces, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1992, pág. 135 y Bidart Campos, Germán J., La remuneración de los jueces como hecho imponible, en LL, 1996-D-217).

(15) Conf. Gargarella, Roberto, La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial, Ariel, pág. 43.

(16) The Federalist. A commentary on the Constitution of the United States. A collection of essays by Alexander Hamilton, Jay and Madison also The continentalist and other papers, by Hamilton, edited by John C. Hamilton, Philadelphia, J.B. Lippincott & Co., 1866, Number LXXIX, pág. 583 y sigs. Versión castellana: Hamilton-Madison-Jay, El Federalista o la nueva constitución, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, págs. 343/345.

(17) Linares Quintana, Segundo V., Tratado de la ciencia del derecho constitucional, Plus Ultra, t. 9, pág. 757.

(18) González, Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina, Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía. Editores, 1897, pág. 629, n° 592.

(19) Estos artículos imponían a los magistrados integrantes del Poder Judicial una contribución del 5% de su salario y una tasa adicional progresiva sobre la totalidad de las rentas de que disfrutaran por todo concepto. En ese entonces se llamaba ``impuesto a los réditos'', denominación que se cambió en el año 1974.

(20) Ese mismo día las Cámaras de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal declararon que ``la aplicación de la ley 11.586 a los sueldos de los magistrados judiciales, es incompatible con los principios constitucionales que garantizan la independencia del Poder Judicial'' (conf. Gaceta del Foro, t. 123, pág. 19).

(21) CS, ``Fisco Nacional c. Rodolfo Medina'', Fallos: 176:73.

(22) ``Esto es, a los funcionarios que tienen autoridad y potestad para juzgar y sentenciar'' (conf. CS, ``Jorge Figueroa Alcorta y otros c. Dirección General del Impuesto a los Réditos'', Fallos: 198:340 [15-5-1944]).

(23) CS, ``Horacio Poviña y otro c. Nación Argentina'', Fallos: 187:687.

(24) CS, ``Jáuregui, P. R. c. Gobierno Nacional'', Fallos: 191:65 (17-10-1941).

(25) CS, ``Jorge Figueroa Alcorta y otros c. Dirección General del Impuesto a los Réditos'', Fallos: 198:340 (15-5-1944).

(26) Texto ordenado por decreto 450/86 (Adla, Boletín 9/96, pág. 1; XXIV-A, 66; XLVI-C, 2663). El art. 20 de la citada ley estable-

cía una exención respecto de ``los sueldos que tienen asignados en los respectivos presupuestos los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, miembros de los tribunales provinciales, vocales de las cámaras de apelaciones, jueces nacionales y provinciales, vocales de los tribunales de cuentas y tribunales fiscales de la Nación y las provincias''. Asimismo señalaba que quedaban ``comprendidos en lo dispuesto en el párrafo anterior los funcionarios judiciales nacionales y provinciales que, dentro de los respectivos presupuestos, tengan asignados sueldos iguales o superiores a los de los jueces de primera instancia''.

(27) Acordada 20/96, LL, 1996-D-217.

(28) Esta acordada, inclusive, fue replicada por otros organismos. Así, el Ministerio Público también resolvió que, como los jueces no debían pagar tal impuesto, tampoco debían hacerlo los fiscales y defensores. Y, en igual sentido, los poderes judiciales provinciales adoptaron igual criterio al tomado por la Corte Suprema. (29) Numerosos fueron los autores que se manifestaron en contra de esta acordada o de la posibilidad de que la propia Corte Suprema asumiera una facultad semejante. Ver, por ejemplo, Gentile, Jorge H. (El impuesto a las ganancias y el sueldo de los jueces), quien afirma que aquella ``es objetable ya que: 1. No era una sentencia que resolvía `un caso´ como exige la Constitución para habilitar su competencia, sino un acto administrativo de superintendencia donde los jueces no deben declarar la inconstitucionalidad de leyes. 2. Porque no se le dio intervención al Estado Nacional quien debió ejercer su derecho de defensa a favor de la correcta aplicación de la ley. 3. Los jueces debieron apartarse ya que decidían sobre sus propios haberes-''.

(30) Aquí también encontramos un nuevo accionar antijurídico, pues el organismo de recaudación debió intentar la percepción del tributo, ya sea mediante la intimación al contribuyente o bien efectuando la correspondiente determinación de oficio.

(31) DT, 1994-A-1024.

(32) LL, 1986-D-510.

(33) DJ, 2000-2-232.

(34) Fallos: 315:2379 y LL, 1993-A-171.

(35) Fallos: 324:1177 y LL, 2001-D-490.

(36) Fallos: 329:1092 y LL, 2006-C-415.

(37) CS, 11-4-06, ``Gutiérrez, Oscar E. c. ANSES'', Fallos: 329:1092 y LL, 2006-C-415.

(38) En este caso votaron en disidencia los jueces Rossati y Méndez, cuyos fundamentos resultan ser de lectura recomendable.

(39) Sancionada el 22-12-16, promulgada ese mismo día y publicada en el Boletín Oficial el 27-12-16.

(40) Algunos autores, empero, también señalan que se hizo para evitar un conflicto gremial que pudiese paralizar la normal administración de justicia (conf. Yacobucci, Ignacio - Ezeyza, Mariano A., El impuesto a las ganancias y el Poder Judicial: trascendencia política e institucional, en *La Ley*, 4-1-17, pág. 1).

(41) Yacobucci, Ignacio - Ezeyza, Mariano A., El impuesto a las ganancias-, cit.

(42) Juzgado Federal en lo Contencioso Administrativo N° 2, causa n° 63.646/2017, ``Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional c. EN - Consejo de la Magistratura y otros s/proceso de conocimiento'', sentencia del 3-11-17.

(43) Los fundamentos más importantes de este pedido fueron los siguientes: 1) que la finalidad perseguida por la norma era que los ingresantes al Poder Judicial comenzaran a tributar el impuesto a las ganancias, generando así la inclusión progresiva de todo el estamento judicial, y 2) que sostener lo contrario implicaría afectar la carrera judicial, ``la cual importa un conjunto sistemático de oportunidades de ascensos y expectativas de progreso profesional'', pues se daría el absurdo de que un secretario nombrado antes del 1-1-17 y que se hubiera presentando a un concurso para ser designado juez, de ser nombrado en este último cargo, podría percibir un sueldo igual o menor al que percibía en concepto de retribución como secretario. Vale destacar, empero, que este tema ya fue tratado y resuelto por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el caso ``O'Malley, Collector Internal Revenue c. Woodrough'' (ver apartado siguiente), oportunidad en la cual ese tribunal expresó: ``... Los dos cargos tienen distintos orígenes legales, son llenados mediante nombramientos y confirmaciones distintas, y gozan de emolumentos diferentes. Una persona recién nombrada (...) no ocupa menos un nuevo cargo cuan-

do se la trae de un tribunal de distrito, que cuando se la elige del foro... |´´.

(44) CS, 27-11-18 in re ``Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional c. EN - Consejo de la Magistratura y otros s/incidente de medida cautelar´´, CAF 63646/2017/2/1/RH3.

(45) Ver, al respecto, La Constitución de los Estados Unidos de América. Anotada con la jurisprudencia. Anotaciones de casos deducidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos, versión castellana de la edición oficial actualizada con recientes casos de jurisprudencia, Buenos Aires, Guillermo Kraft Ltda., 1949, págs. 496/498.

(46) Ley del 1-7-1862, sección 86.

(47) La primera interpretación judicial de la cláusula constitucional por tribunales inferiores, empero, fue hecha por la Corte de Circuito del Distrito de Columbia en 1803, en el caso ``United States vs. More´´. En tal oportunidad el tribunal hizo la excepción contra una acusación imputando al juez de paz More que, so color de su investidura, exigía 12 centavos por pronunciar sentencia en la ejecución de una pequeña deuda, cuando una ley del Congreso había abolido los honorarios de los jueces de paz en ese distrito. La Corte del Distrito de Columbia, en su fallo, dijo lo siguiente: - Si esta compensación ha sido fijada por ley, una ley posterior disminuyéndola (‘a fortiori’, aboliéndola), no puede afectar a ese juez de paz mientras desempeñe su cargo´´.

(48) ``Walter Evans vs. J. Rogers Gore´´, 243, U.S. 245, 64 L. ed. 887.

(49) ``Gillespie vs. Oklahoma´´, 257 U.S. 501, 66, L. ed. 338.

(50) ``Miles vs. Graham´´, 268 U.S. 501, 69, L. ed. 1067.

(51) ``O´Malley, Collector Internal Revenue c. Woodrough´´, U.S. 307:277 (22-5-1939). Esta sentencia fue publicada en nuestro país en JA, 67-14 (jurisprudencia extranjera).

(52) Este caso se originó porque el juez Woodrough y su esposa, ante la ley que los obligaba, presentaron una declaración jurada conjunta por el impuesto a los réditos y pagaron el saldo resultante bajo protesta, solicitando entonces la devolución de lo pagado alegando que el impuesto disminuía su remuneración como juez. Más allá del tema de fondo, merece destacarse –y recalcar– la conducta asumida

por el magistrado judicial, que decidió seguir los cursos legales de impugnación del tributo y no negarse a cumplir una ley argumentando que esta era inconstitucional.

(53) Voto del Dr. Frankfurter en el fallo ``O'Malley vs. Woodrough``.

(54) CS, acordada 60/96 del 11-4-96, consid. 9°.

(55) CS, ``Defensor del Pueblo de la Nación c. E.N. -P.E.N.- M° E. - dto. 1738/92 y otros/proceso de conocimiento``, 24-5-05.

(56) Paschal, Jorge W., *La Constitución de los Estados Unidos*, traducción de Clodomiro Quiroga, Buenos Aires, Lajouane, 1888; González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, cit., pág. 629, n° 592, y González Calderón, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1958, pág. 527. En el mismo sentido ver Barrancos y Vedia: ``- la expresión `de manera alguna' no puede significar sí en algunos casos, y no en algunas otras situaciones, pues el texto constitucional no efectúa distinciones ni señala diferentes posibilidades de aplicación-`` (Barrancos y Vedia, Fernando, *Una interpretación restrictiva del artículo 110 de la Constitución Nacional*, en LL, 2006-C-166).

(57) Voto del Dr. Osvaldo Rocha in re CS, ``Fisco Nacional c. Rodolfo Medina``, Fallos: 176-73. Ver, también, el voto en disidencia del Dr. Fayt en la causa ``Chiara Díaz``: ``En el caso del texto constitucional argentino, el art. 110 reviste carácter enfático, contundente y terminante, en torno a la prohibición de disminución en manera alguna, aspectos que, al diferenciarlo de su modelo formal en la norma estadounidense, reclama una exégesis propia, con características peculiares que la distinguen de la aplicación jurisprudencial efectuada por la Suprema Corte de los Estados Unidos`` (considerando 12). También hay que tener en cuenta, en este mismo sentido, que esta expresión no figura en ninguna de las disposiciones sobre otro tipo de retribuciones (legisladores, presidente, vicepresidente y ministros del Poder Ejecutivo), tal como agudamente lo advierten Germán Bidart Campos (conf. Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1991, t. II, pág. 307) y Barra, Rodolfo, ¿Es constitucional el impuesto a las ganancias a las remuneraciones judiciales?, en el diario *El Tiempo* del 13-11-18, quien explica

que la Constitución Nacional ``utilizó tres criterios distintos: la autorregulación para los legisladores, la garantía de estabilidad para el Poder Ejecutivo, y la intangibilidad absoluta para los jueces'', motivo por el cual –a su entender– los magistrados judiciales solo deberían pagar ganancias si así lo quiere el pueblo en una futura reforma constitucional.

(58) Voto del Dr. Amadeo in re CS, ``Fisco Nacional c. Rodolfo Medina'', Fallos: 176:73.

(59) Quiroga Lavié, Humberto, Inconstitucionalidad de la aplicación del impuesto a las ganancias a los jueces, en LL, 2006-C-410. En igual sentido ver CS, in re ``Gaibisso, C. A. y otros c. Ministerio de Justicia'', en LL, 2001-D-493: ``... Mantener incólume (esta) garantía no atenta contra el principio de igualdad, en virtud de que la especificidad de la función de la judicatura tornaría en arbitrario no distinguir entre desiguales, menospreciando esa función insustituible del Estado''.

(60) Voto del Dr. Amadeo in re, CS, ``Fisco Nacional c. Rodolfo Medina'', Fallos: 176:73.

(61) Zarini, Helio J., Análisis de la Constitución Nacional. Comentario exegético, origen, reformas, concordancias y antecedentes, 3^a ed. ampliada y actualizada, 1^a reimpr., Buenos Aires, Astrea, 1993, pág. 421. Ver, asimismo, el consid. VI del fallo ``Gaibisso'' de la CS.

(62) Ver, al respecto, Gordillo, Agustín, La intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados y el presupuesto nacional, en La Ley del 14-5-01.

(63) Lonigro, Félix V., La intangibilidad de las remuneraciones de los jueces y el impuesto a las ganancias, LL, 2004-D-1491.

(64) Bidart Campos, Germán J., La remuneración de los jueces..., cit.

(65) Bidart Campos, Germán J., Tratado elemental de derecho-, cit., pág. 308.

(66) Linares Quintana, Segundo V., Tratado de la ciencia de la..., cit., pág. 758.

(67) Adrogué, Carlos A., Poderes impositivos federal y provincial sobre los instrumentos de gobierno, pág. 177.

(68) CS, in re ``Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional c. Estado Nacional - Consejo de la Magistratura y otros s/incidente de medida cautelar'', sentencia del 27-11-18, consid. 14. Esta circunstancia, empero, motivó una ampliación de fundamentos de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, quienes indicaron que ``ello no puede implicar negar ni limitar en modo alguno el derecho del que gozan los magistrados –al igual que todo ciudadano– de plantear ante la justicia sus agravios respecto de lo que consideren ser sus derechos, incluyendo la facultad de cuestionar la validez o el alcance de las normas o actos que estimen contrarios a ellos''.

(69) Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), documento Los jueces deben pagar impuesto a las ganancias. La Corte Suprema puede hacer esto posible.

(70) Se trata de una interpretación de la Constitución en consonancia con los requerimientos planteados en su hora por los problemas económicos y sociales, postura que fue aceptada en distintas oportunidades por la Corte Suprema como ocurrió, por ejemplo, con la ley de expropiación, la ley de alquileres, de control del comercio de carnes y de moratoria hipotecaria, entre otras. Es que, como bien lo explica Felipe Pérez, ``jamás se han mostrado nuestros tribunales desdenosos de reconocer los cambios que se están operando en la estructura económica de la Nación, ni han rechazado las nuevas leyes animadas por tal espíritu. Todo lo contrario, han aceptado muy temprano como principio legítimo que la protección de los intereses económicos constituye para el Estado una obligación de carácter tan primario y tan ineludible como lo es la defensa de la seguridad, de la salud y de la moralidad'' (conf. Pérez, Felipe S., Técnica para interpretar la Constitución Nacional, en AA. VV., Estudios sobre la Constitución Nacional Argentina. Homenaje en el 90° Aniversario de su sanción. 1853-1° de mayo-1943, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, Instituto de Investigaciones Jurídico-políticas, 1943, pág. 325).

(71) Corti, Arístides Horacio M., Los jueces y el impuesto a las ganancias, LL, 2004-C-1540/1.

(72) Gelli, María A., Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, 2ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 769. La preservación de las retribuciones judiciales

frente a la imposición del impuesto a las ganancias se realiza, generalmente, a través del sistema conocido como *groosing up*, que es el método mediante el cual se le adiciona al sueldo del juez el mismo importe que corresponde al tributo que debe abonar, de tal manera que este juego "neutro" y no disminuya, en la práctica, la remuneración que aquel venía percibiendo. Es la propuesta que, sobre este tema, hizo el Consejo de Profesionales de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (conf. Propuesta de aplicación del impuesto a las ganancias para miembros del Poder Judicial, en www.ips.com.ar).

(73) Bielsa, Rafael, Derecho constitucional, Buenos Aires, Depalma, 1954, pág. 563.

(74) CS, in re "Tursi, Vicente c. Banco de la Nación Argentina", Fallos: 324:1381.

(75) Ver Olcese, Ricardo I., Ajuste judicial, en Carta de Lectores, La Nación, 22-7-01.

(76) Herrendorf, Daniel, El poder de los jueces. Cómo piensan los jueces que piensan, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pág. 40.

(77) Ver, al respecto, Midón, Mario A. R., Manual de derecho constitucional argentino, Buenos Aires, Plus Ultra, 1997, pág. 522.

(78) Voto en disidencia del juez Mendez en autos "Gutiérrez, Oscar E. c. ANSeS", CS, 11-4-06, LL, 2006-C-415. Recuerdo nuevamente, en este sentido, las palabras de Adrogué, Carlos, Poderes impositivos federal y provincial sobre los instrumentos de gobierno, pág. 177: "Lo fulminado por la previsión constitucional es todo intento agresivo a la independencia económica de los jueces, pero no la aplicación de medidas generales, no discriminatorias".

(79) Voto en disidencia del juez Rosatti en autos "Gutiérrez, Oscar E. c. Anses", CS, 11-4-06, LL, 2006-C-415.

(80) De Hostos, Eugenio M., Lecciones de derecho constitucional, París, Sociedad de Ediciones Literarias y Artísticas, 1908, pág. 461.

(81) Documento del Colegio de Abogados de Santa Fe, Impuesto a las ganancias sobre las remuneraciones de jueces, funcionarios y empleados judiciales.

(82) Recordemos, al respecto, que ya en la década del cuarenta la Corte Suprema, en las causas ``Figuroa Alcorta y otros c. Gobierno Nacional`` (15-5-1944) (Fallos: 198:340) y ``Jáuregui, P. R. c. Gobierno Nacional`` (17-10-1941) (Fallos: 191:65) indicó que ni los fiscales de Cámara ni los agentes fiscales estaban eximidos del pago del impuesto porque no eran jueces. En ``Jáuregui``, inclusive, nuestro Máximo Tribunal de Justicia fue terminante: ``La disposición constitucional invocada por los actores es suficientemente clara para que pueda ser aplicada por extensión, a la situación planteada en la demanda``. Es que, como bien explica Bidart Campos, ``el art. 110 solamente preserva a los jueces, y no a los restantes funcionarios judiciales`` (Bidart Campos, Germán J., *La remuneración de los jueces* -, cit.).

(83) Como decía Jefferson: ``La humanidad muy pronto aprende a realizar usos autointeresados de cada derecho y poder que posee`` (conf. Vile, Maurice, *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford, 1967, pág. 166).

(84) Utilizo, aquí, el argumento de Palacio y Alvarado Velloso: ``- resulta manifiesta la existencia de un interés indirecto en tanto el juez requerido puede, eventualmente, hallarse en idénticas circunstancias a las que motivaron los respectivos procesos y no parece probable que su decisión se dicte sin mancha alguna de subjetividad en la comprensible búsqueda de un valioso precedente utilizable en su hipotético y propio pleito`` (Palacio, Lino E. - Alvarado Velloso, Adolfo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, t. 1, pág. 437).

(85) Cormick, Martín - Iellimo, Laura M. - Devincenzi, Eugenia, ¿Realmente los jueces no deben pagar ganancias? Un nuevo análisis sobre el alcance de la intangibilidad de las remuneraciones, Infojus, SAIJ: DACF 120185, 10-10-12.

(86) Vale recordar, en este sentido, lo que alguna vez dijo Spisso: ``El principio de igualdad ante la ley surge como una reacción al sistema de privilegios y discriminaciones. Más que propiciar una verdadera igualdad entre todas las personas, el principio persigue acabar con situaciones de desigualdad`` (conf. Spisso, Rodolfo, *Derecho constitucional tributario*, LexisNexis-Depalma, 2000, pág. 325).

(87) ``El principio de generalidad de la imposición exige que, por una parte, todas las personas (naturales y jurídicas), en tanto tengan capacidad de pago y queden tipificadas por una de las razones legales que dan nacimiento a la obligación tributaria, sin que se tengan en cuenta para ello criterios extraeconómicos, tales como la nacionalidad, estamento y clases sociales, religión, raza, etc., sean sometidas al gravamen tributario...``; conf.: Neumark, Fritz, Principios de la imposición, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1974.

(88) Smith, Adam, Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones, libro V, capítulo II, parte II.

(89) Juzgado Civil y Comercial N° 2 de Comodoro Rivadavia, in re ``Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales del Chubut c. Provincia del Chubut s/acción de amparo`` (Expte. 390/2008), noviembre de 2009.

(90) Badeni, Gregorio, Tratado de derecho constitucional, 2ª ed. actualizada y ampliada, La Ley, t. II, págs. 1825 y 1835, quien también concluye –sobre este tema en particular– que ``en resguardo del principio de igualdad, los jueces deben pagar todos los impuestos directos e indirectos establecidos por la ley, cuando respecto de ellos se cumplen iguales condiciones que las que tornan, como sujeto pasivo de la contribución, a cualquier ciudadano (...) Solamente sería inconstitucional un gravamen específico para los jueces, porque el requerimiento del pago de impuestos que pesan sobre cualquier ciudadano no puede ser considerado como un atentado contra la independencia del Poder Judicial`` (págs. 1830/1831).

La disposición transitoria primera de la Constitución Nacional sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes (*)

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <http://www.elderecho.com.ar/>

Publicado en: El Derecho Constitucional, [282] - (21/03/2019, N° 14.594)

[Consultado el 14/02/2020]

1.- Introducción.

El conflicto sobre las Islas Malvinas, entendido este como la disputa entre la República Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte por la soberanía de las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos circundantes, data del año 1833, oportunidad en la cual las fuerzas de la Armada británica, con su barco de guerra Clio, se apoderaron de modo violento de Puerto Soledad (en ese entonces capital de las Islas Malvinas), desalojaron a las autoridades argentinas y a la población allí constituida, arriaron el pabellón nacional y establecieron una colonia.

A partir de entonces, nuestro país ha reclamado de manera permanente, ininterrumpida e irrenunciable la recuperación de esos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía sobre estos.

Dentro de este contexto, la Convención Constituyente de 1994 – aprovechando el proceso de reforma constitucional– insertó en nuestra ley fundamental una norma específica referida a esta temática que no solo representa el sentir de todos los argentinos, sino que además

hace explícito y eleva al máximo nivel normativo esta cuestión tan cara y tan sensible a los intereses del país, así como también dirige a la comunidad internacional un mensaje claro, rotundo e incontrastable de la firme determinación que tiene el pueblo argentino con relación a este asunto.

2.- La disposición transitoria primera. El texto constitucional sancionado. Los antecedentes de su sanción.

La disposición transitoria primera de la Constitución Nacional (también llamada por algunos autores "cláusula de la soberanía") expresa textualmente que "la Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sándwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional. La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de su soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino".

Más allá de lo que representa esta cláusula para todos nosotros y de los mandatos que ella establece —de los cuales nos ocuparemos más adelante—, lo cierto es que su sanción estuvo precedida o acompañada de varias circunstancias que deben destacarse:

1) El proyecto fue elevado en nombre del conjunto de la Asamblea y de la totalidad de los bloques, y había sido convenido previamente con la Cancillería argentina, sobre todo en cuanto a la descripción geográfica (1).

2) Como era un tema del cual "todos querían hablar" (así lo señaló el presidente de la Convención Constituyente, Dr. Eduardo Menem) (2), se acordó con los presidentes de los bloques de los distintos partidos políticos apartarse del reglamento interno y que solo un miembro informara sobre el sentido de la cláusula, para luego cerrar el debate y votarla.

Si bien en tal oportunidad el convencional Conesa Mones Ruiz sugirió que fuese un representante de Tierra del Fuego el miembro informante (por integrar las Islas Malvinas el territorio de esa provincia austral), esta opción fue desechada por existir tres partidos representantes de esa provincia en la Convención, por lo que se decidió en consecuencia que fuese el propio presidente del cuerpo quien realizara tal tarea.

3) Fue la única cláusula constitucional en el proceso de reforma que se sancionó por unanimidad. Inclusive, la votación afirmativa fue realizada por aclamación, y cuando el presidente de la Convención tuvo por aprobada esta disposición transitoria, todos los convencionales se pusieron de pie y el público presente prorrumpió en aplausos prolongados, lo que demuestra claramente la total coincidencia que sobre esta temática existe en el sentir nacional (3).

3.- ¿Por qué una disposición transitoria?

Lo primero que llama la atención cuando leemos esta cláusula es por qué se la sancionó como una disposición transitoria y no como una disposición complementaria o, directamente, como una norma constitucional primaria.

Es que, como es sabido, las disposiciones transitorias "son normas de naturaleza accesorias; existen por cuanto hay un texto principal; dejarán de ser en el momento en que aquella desaparezca" y "no puede pretenderse darles validez independiente"(4).

Es decir, se trata de normas con validez temporal limitada (5), mientras que la cláusula en comentario —como se ve— tiende paradójicamente a establecer un derecho soberano permanente e imprescriptible.

El tema también fue debatido en la Convención. Allí, por ejemplo, el convencional Cullen solicitó que ese texto fuese incorpo-

rado como cláusula definitiva –"complementaria"– y no como cláusula transitoria (6).

La respuesta en tal oportunidad la dio el propio presidente de la Convención, Dr. Corach: "Es correcto que se trate de una cláusula transitoria, porque estamos seguros que esta será eliminada de la Constitución, una vez que recuperemos la soberanía de las Islas Malvinas"(7). C

Comparto, sin embargo, el pensamiento de Cecilia Recalde: el tema de la soberanía y recuperación de los territorios australes se incorporó como una cláusula transitoria –a pesar de tener vocación de permanencia– porque no era posible integrarla como norma dentro del cuerpo de la Constitución.

Y esto es así porque la ley de declaración de la necesidad de la reforma 24.309 no había incluido la cuestión Malvinas dentro de los temas habilitados (8), motivo por el cual la Convención Constituyente no se encontraba autorizada a incluir este asunto en el articulado principal.

Empero, al ser una norma transitoria, escapaba al principio señalado y, por lo tanto, a pesar de ser "la menos transitoria de todas", podía incorporarse válidamente al ordenamiento constitucional (9).

La circunstancia apuntada, sin embargo, no debe hacernos olvidar que la disposición transitoria primera tiene también el mismo atributo de ser ley suprema, e inclusive puede tener tanta o más vida que los mismos principios fundamentales arraigados en ella (10).

4.- La primera parte de la cláusula transitoria primera.

La primera parte de la disposición transitoria primera de la Constitución Nacional, como puede observarse, declara y ratifica la soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes (11).

Y lo hace por entender que tal conducta resulta "legítima" al constituir estos una parte integrante de nuestro país.

La República Argentina tiene derechos legítimos sobre tales territorios. De ello no puede caber ninguna duda, ya que:

1) Ese derecho se funda, en primer lugar, en su carácter de genuino sucesor de la corona de España, que tenía el ejercicio de un dominio eminente y no controvertido de esos espacios geográficos, además de ser también el "primer ocupante" por la cesión efectuada por Francia.

En efecto: las Islas Malvinas pertenecían al Virreinato español del Río de la Plata y en 1810 —fecha del establecimiento del primer Gobierno argentino— pasaron a integrarse en la nueva nación, luego se sucedieron diversas expediciones y se reafirmó esa soberanía de manera formal por nuestro país en diferentes oportunidades y de distintos modos, tales como: toma formal de la posesión en solemne ceremonia, nombramiento de numerosos y sucesivos gobernadores, concesión de tierras y derechos de explotación del ganado salvaje existente, creación de la comandancia política y militar de las Islas Malvinas con sede en Puerto Soledad, etc.

Si bien los ingleses argumentan en su favor el descubrimiento y ocupación de tales islas, lo cierto es que la tesis más aceptada es que ellas fueron descubiertas el 9 de noviembre de 1520 por el portugués al servicio de España Esteban Gómez, quien, al mando del buque San Antonio y tras desertar de la expedición que comandaba Hernando de Magallanes, procedía a regresar a su puerto de partida. Y si bien el citado navegante no desembarcó en ellas, sí procedió a situarlas minuciosamente en su libro de navegación, por lo que aparecían ya en las cartas náuticas españolas de los años 1523, 1529, 1541 y 1545 con el nombre de San Antón o San Son, como lógica derivación del nombre de su barco.

Pocos años después y hasta su definitiva ocupación por los británicos, estas las reclamaron como suyas y le adjudicaron su descubrimiento al corsario de esa nacionalidad Richard Hawkins; sin embargo, esta teoría hoy en día está totalmente rechazada, incluso por los propios británicos, debido a que —entre otras cosas— su navegante no da claras referencias de las islas en los contradictorios relatos de sus viajes y porque no aparecen en ningún planisferio inglés hasta 1599, cuando ya el descubrimiento por parte española era un hecho suficientemente conocido(12).

Y, en cuanto a la ocupación, cabe señalar que los primeros ocupantes del archipiélago fueron los franceses, toda vez que en el año 1764 arribó a las islas Louis Antoine de Bougainville, procedente del puerto de Saint-Malo, y junto con un grupo de personas (primeros habitantes) fundaron Port Saint Louis en la actual isla Soledad para que les sirviera de base en sus faenas pesqueras (13).

Ante tal circunstancia, los españoles protestaron contra Francia por lo que entendieron una violación a sus derechos soberanos, lo que motivó que este país devolviese esos territorios previo pago de todos los gastos en que había incurrido (14).

Si bien es verdad que los ingleses ocuparon otro punto diferente de la otra gran isla del archipiélago y fundaron allí Port Egmont (al tomar posesión del puerto y de todas las islas vecinas), lo hicieron recién en 1765 y "hacia cerca de un año que se había realizado una ceremonia análoga en la isla principal, en Fuerte San Luis, y no por intrusos que la cumplieran de pasada, sino por verdaderos colonos que se proponían trabajar el suelo ingrato y arraigar allí"(15).

Además, "en 1770, los ingleses fueron desalojados por la fuerza por la marina española. En 1771, volvieron a ocupar Puerto Egmont con motivo de la reparación que España ofreció, con la correspondiente reserva de soberanía. En 1774, tres años después de la entrega, los ingleses abandonaron voluntariamente Puerto Egmont y desde entonces, 1774, hasta 1829, durante más de medio siglo, no

hicieron ninguna reserva ni protestaron por la ocupación española y luego argentina"(16).

De ahí, entonces, que resulte correcto lo que expresara el embajador argentino, Dr. José María Ruda, en las Naciones Unidas: "En ese entonces la ocupación inglesa solo reunió caracteres negativos: fue ilícita, por ser violatoria de los tratados vigentes; fue clandestina, esto es, tenida oculta hasta el momento en que los españoles llegaron a comprobarla; fue tardía, porque sobrevino después de la ocupación efectuada por los franceses, quienes la entregaron a España; fue contestada, porque España le opuso resistencia y finalmente una reserva explícita; fue parcial, porque se redujo a Puerto Egmont y mientras tanto España poseía Puerto Soledad y todo el archipiélago; fue brevísima, pues solo llevó ocho años; y fue precaria, puesto que desde 1774 quedó abandonada"(17).

Y es por eso, precisamente, que el ejercicio pacífico de la soberanía que nuestro país ostentó hasta 1833 también constituye otro título jurídico en favor de los derechos sobre tales islas.

2) Las Islas Malvinas no solo son parte constituyente e irrenunciable del territorio patrio por su origen, sino también por su situación, dependencia, adyacencia y proximidad, ya que son una prolongación natural del continente americano y de la plataforma submarina patagónica, con análoga configuración geológica (18).

Queda claro, entonces, que ninguno de los argumentos a través de los cuales el Reino Unido tradicional y originariamente fundamentó sus derechos sobre las Islas Malvinas (el descubrimiento y la ocupación), así como tampoco los alegados a partir de 1964 (primera vez que se planteó el conflicto en la ONU), como lo son la prescripción y el principio de autodeterminación (19), pueden servir de base para sustentar derecho alguno de Inglaterra sobre tales territorios, ya que:

1) Prioridad del descubrimiento: "El tema relacionado con los supuestos descubridores de las Malvinas abarca prácticamente todo el siglo XVI y siempre ha sido complejo de abordar. Como bien lo señala el historiador naval, Laurio Destéfani, no es fácil desentrañar la verdad, cuando se necesita una larga práctica tanto en navegación como en la cartografía de la época y se requiere un conocimiento especializado de varias disciplinas y materias relacionadas con la historia marítima"(20).

Sin embargo, como vimos y como también lo indicó José María Ruda de manera insuperable al refutar este punto en el seno de las Naciones Unidas, "si alguien avistó por primera vez las Islas Malvinas, fueron navegantes españoles. Aparte de la realidad histórica, el problema jurídico debe ser examinado a la luz del momento en que tuvo origen el problema y debemos tener presente que desde fines del siglo XVI impera la regla en derecho internacional que, para la adquisición de territorios *res nullius*, era necesaria la ocupación, que prevalece sobre el descubrimiento, que solo confiere título preliminar y precario. Este título, llamado título incoado (*inchoate title*) debía ser afirmado por medio de la ocupación efectiva; no bastaba, en el siglo XVIII, ni el descubrimiento, ni la ocupación ficticia o simbólica"(21).

2) Ocupación efectiva subsiguiente: Si bien cronológicamente España fue "el tercer ocupante de las Islas Malvinas", como se expresara anteriormente, "al recibir la cesión de las mismas por Francia que era su primer ocupante (...) se convirtió de esta manera en primero"(22), y "después del abandono voluntario de Puerto Egmont por Gran Bretaña en 1774 quedó señora indiscutible e indiscutida de las Islas Malvinas, ejerció soberanía absoluta en ellas, las ocupó y designó autoridades, sin la menor protesta por parte de Gran Bretaña. Incluso se suscribieron instrumentos internacionales, que reafirmaron el derecho de España. Estos fueron los derechos que heredó la República Argentina en 1810"(23), motivo por el cual este argumento también carece de todo asidero jurídico que lo respalde.

3) Prescripción: La prescripción adquisitiva, esto es, la adquisición de esos territorios por una posesión abierta, continua y efectiva desde 1833, tampoco resiste el menor análisis, pues Argentina no solo jamás dejó de reclamar diplomáticamente la soberanía de las islas (24), sino que además la posesión de ellas fue tomada por un acto de fuerza, el cual —desde el punto de vista del derecho internacional— no tiene sustento jurídico que lo avale. Fue, por tanto, un hecho ilícito que no puede generar derecho alguno y solo produjo una posesión de hecho ilegal.

Por consiguiente, "para el caso Malvinas, la prescripción adquisitiva no se puede aplicar, ya que la posesión inglesa desde 1833 no ha sido indisputada o incontestada, ni ininterrumpida, ya que la República Argentina en todo momento ha manifestado que las islas le pertenecen y jamás renunció a ese derecho de soberanía"(25).

4) Autodeterminación: Finalmente, respecto del último argumento empleado por Inglaterra (esto es, el principio de autodeterminación), cabe destacar que los actuales habitantes de las Islas Malvinas no son más que los descendientes de la población trasplantada desde las Islas Británicas a partir de 1833, fecha en que —como vimos— las legítimas autoridades y pobladores argentinos fueron desalojados por la fuerza.) Por lo tanto, si las islas están habitadas por una población de origen británico, no es posible aplicar el principio de autodeterminación de los pueblos establecido en la resolución 1514 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en tanto en cuanto no conforman jurídicamente un pueblo y sus habitantes tampoco están sometidos a dominación colonial (26).

Asimismo, dicho principio está limitado por otro de la misma jerarquía: el de integridad territorial de los Estados (27).

Al ser inaplicable en el caso de especie el primero, la cuestión debe entonces resolverse definitivamente por la aplicación del segundo. Es decir, el proceso debe concluir con la restitución de las islas a la República Argentina (28).

En síntesis: "Los derechos argentinos sobre los archipiélagos australes se derivan no solo de razones geográficas y geomorfológicas, por pertenecer las islas al Continente Americano y hallarse basadas en la plataforma epicontinental argentina, sino que, además, se apoyan en razones de orden histórico: las islas formaban parte del Virreinato del Río de la Plata y, como tal, son el legado histórico de España a la República Argentina, la cual por otra parte a partir del año 1820 hace efectivo el control político de las Islas Malvinas, junto con otros territorios insulares en el Atlántico Sur"(29).

Es decir que los títulos que reviste nuestro país, que avalan la pertenencia de estas islas al patrimonio territorial argentino, no admiten discusión de ninguna naturaleza. Y por eso, precisamente, la cláusula transitoria primera, a renglón seguido, señala que la soberanía sobre tales espacios geográficos es "imprescriptible".

Es que, con esa manifestación, la Constitución Nacional reafirma nuestra inquebrantable voluntad de no renunciar a reclamar jamás —por la vía pacífica— lo que legítimamente nos corresponde.

5) La segunda parte de la cláusula transitoria primera.

La segunda parte de la cláusula transitoria primera de la Constitución Nacional indica que "la recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de su soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino".

Varias advertencias y consideraciones se imponen al respecto:

1) En primer lugar, la utilización del verbo "recuperar". Es que, como bien lo explicó la convencional Bercoff en 1994, "solo se recupera aquello que se ha perdido" y "Argentina nunca reconoció la pérdida de la soberanía"(30).

En virtud de ello, Zaffaroni opinó que era más correcto que figurase la recuperación "del ejercicio" de la soberanía (31).

La cuestión, en realidad, es meramente semántica, pues, si bien es cierto que el territorio de las Islas Malvinas fue siempre de iure propio del espacio físico del Estado argentino, de hecho, estuvo ilegítimamente ocupado por el Reino Unido desde 1833 (exceptuando, claro está, el período comprendido entre el 2 de abril y 14 de junio de 1982).

2) Si el objetivo es lograr el ejercicio "pleno" de la soberanía en esos espacios geográficos, se plantea la duda de la posibilidad – aunque sea transitoria– de establecer una "administración conjunta" o un condominio en tales islas y sus espacios circundantes.

3) La recuperación de la soberanía sobre dichos territorios – objetivo al que apunta el pueblo argentino a través de esta norma de la Constitución Nacional– debe hacerse cumpliendo dos requisitos: en primer lugar, tiene que lograrse de conformidad con los principios del derecho internacional, y, en segundo término, respetando el modo de vida de sus habitantes.

La tarea, entonces, debe efectuarse a través de medios lícitos y pacíficos y siempre dentro del marco del derecho, "lo que deriva de la consideración de lo trágico que resultó en el pasado histórico cercano la reivindicación de la soberanía plena de nuestro país sobre las islas australes mediante el camino de la guerra"(32).

Es que, en la actualidad, solo la solución pacífica de las controversias entre los Estados es aceptada en el ámbito del derecho internacional público (33).

El respeto al modo de vida de los malvinenses, por su parte, es consustancial y coherente con lo resuelto por las Naciones Unidas.

En efecto: este organismo internacional en la resolución 2065 (un gran triunfo de la diplomacia argentina, pues se logró por abrumadora mayoría y sin ningún voto en contra) no solo reconoció la existencia de una disputa de soberanía entre Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre la cuestión de las Islas Malvinas e instó a ambos países a negociar a fin de encontrar una solución pacífica al problema, sino que además expresó —en lo que aquí importa— que en dichas negociaciones debían tenerse en cuenta los objetivos y las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, así como los intereses de la población de las islas.

Ahora bien: ¿Por qué tanto la ONU como la propia Constitución Nacional hacen hincapié en el respeto al estilo de vida y a los intereses de los malvinenses?

Por algo muy sencillo e importante: atento el tiempo que las Malvinas y las demás islas adyacentes estuvieron usurpadas por Gran Bretaña, no podemos desconocer que toda la vida insular está señalada con el sello de Inglaterra. El idioma, la cultura, las costumbres, la moneda, el derecho, los hábitos, la toponimia, su organización, etc.

Por lo tanto, si bien es cierto que los isleños no tienen jurídicamente la condición de parte en la disputa, nadie puede negar el papel de hecho que ocupan en el problema.

En consecuencia, acordar el reconocimiento de garantías especiales o salvaguardias a los habitantes para respetar su modo de vida, su bienestar, sus hábitos culturales y sus intereses materiales es algo que necesariamente deberá estar presente en cualquier tipo de negociación que se encare al respecto, más allá de la asimilación a la vida social argentina que paulatinamente pretenda lograrse en el futuro.

En ello —como es sabido— también está ínsito el respeto a los derechos fundamentales que nuestra Constitución garantiza a todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino (34).

Además, esta condición es lógica y natural: "¿O acaso no se gobierna a nivel nacional tomando en cuenta a los habitantes de las provincias?"(35).

Ahora bien: la solución a la disputa requiere considerar los intereses de los isleños y no sus deseos, que son criterios muy diferentes (36).

Esta circunstancia, subrayada también por la propia ONU, es de fundamental importancia para la cuestión.

Es que, como vimos anteriormente, no existe en las Islas Malvinas un pueblo nativo, sino una población implantada. Por lo tanto, al no tener una población propia, no puede aplicarse el principio de autodeterminación ni tener sus habitantes (colonos ingleses) una decisión sobre el territorio que proponga la independencia o cualquier otra solución constitucional que convalide el despojo (37).

4) Al declarar la recuperación de las Islas Malvinas, Georgias y Sándwich del Sur un "objetivo permanente e irrenunciable", resulta indudable que la Constitución Nacional no solo está estableciendo una política de Estado, sino que también está consagrando un mandato imperativo para todos los gobernantes (oficialistas y opositores), así como para todas las generaciones futuras de argentinos.

5) Además, esta disposición reviste la característica de "acto unilateral del Estado argentino, destinado a surtir efectos en el Derecho Internacional Público" y de "norma de derecho interno, que tiene la aptitud de constituir un hecho que permita deducir una determinada conducta del Estado en el orden jurídico internacional"(38).

6) Más allá de la importancia y de la finalidad de esta cláusula constitucional, en lo personal entiendo que hubiese sido gratificante que esta también hiciera expresa mención a los héroes de Malvinas y al significado de la gesta del 2 de abril de 1982, tal como lo hacen algunas constituciones provinciales.

La memoria de nuestros soldados muertos y heridos, es decir, de aquellos que entregaron su vida o su integridad física y psíquica en defensa de su territorio, así lo exigía.

6.- El día después. Estatus institucional.

Ahora bien: cuando se logre el objetivo previsto por la cláusula transitoria primera de nuestra Constitución Nacional, sin lugar a dudas comenzará una gran tarea que exigirá grandes esfuerzos en distintos ámbitos.

Uno de ellos, definitivamente complejo y muy poco estudiado (salvo por algunos notables constitucionalistas de nuestro país)(39), es el relativo al encuadre o a la organización institucional que habrá de dársele a estos territorios.

Como bien lo expresa Sagüés en un enjundioso trabajo, se han sugerido al respecto diversas hipótesis de institucionalización:

- 1) Una alternativa –tal vez la más simple– es dejarlos como hoy jurídicamente están en nuestro derecho positivo, esto es, como parte integrante de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (antes territorio nacional según decreto ley 2191/47).

En efecto: como todos sabemos, mediante la ley 23.775 se provincializó el Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y se incluyó en el ámbito de esta provincia las islas australes, aunque cabe señalar que en su art. 2º se efectuó una salvedad, pues expresa que "en lo que se refiere a la Antártida, Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y demás islas subantárticas, la nueva provincia queda sujeta a los tratados con potencias extranjeras que celebre el gobierno federal, para cuya ratificación no será necesario consultar al gobierno provincial".

Esta cláusula, como puede observarse, intenta justamente adelantarse a los acontecimientos y evitar complicaciones en caso de que nuestro país tuviese que adoptar alguna otra figura jurídica para la institucionalización de tales territorios.

Empero, la constitucionalidad de tal ley es bastante discutida, pues, en rigor de verdad, el art. 13 de nuestra ley fundamental exige el consentimiento de las provincias interesadas para que pueda erigirse una nueva provincia en el territorio de otra u otras, y una norma inferior no puede estar en contradicción con aquella (arg. art. 31, CN).

2) "Otra, es la de erigir en las islas un territorio nacional aparte, al estilo de la Gobernación Militar que rigió durante el período de recuperación de 1982 (Decreto 687/82)"(40).

Se trataría, entonces, de una especie de dependencia del gobierno central. Sin embargo, y como vimos, "la Argentina debe ofrecer un máximo de garantías, en sus diversos aspectos, para los actuales pobladores de las islas y en este sentido el régimen de territorio nacional (...) no parece el más apropiado para llevar a cabo esa idea"(41).

3) "Una tercera posibilidad es transformar las islas en una provincia argentina más, con los derechos y obligaciones comunes a cualquiera de ellas. Todo mediante una ley del Congreso, del mismo modo que se originaron las "nuevas provincias" (Río Negro, Santa Cruz, Chubut, Neuquén, etc.)".

Es, por ejemplo, la tesis que sustenta Gustavo Arballo, quien señala que ese encuadre daría a Argentina y a los malvinenses "una formidable gama de alternativas institucionales superadoras del obsoleto y disfuncional modelo colonial", pues esa provincia "tendría derecho a tener una constitución propia, que definirá su sistema de gobierno y su sistema de justicia" sin otras condiciones que las establecidas en el art. 5° de nuestra Constitución Nacional, y los isleños podrían elegir su gobernador por voto popular y no que surja por una imposición de Gran Bretaña, aunque a renglón seguido el autor citado

señala que también sería necesario "un régimen constitucional especial para el nuevo territorio", pues, al asumir nuestro país el compromiso de respetar el modo de vida de sus habitantes, ello implicará la posibilidad de "que la provincia pueda tener dos idiomas oficiales", "un régimen de nacionalidad ad hoc que permita tener la doble ciudadanía", un "sistema bimonetario en un territorio local argentino", una "bandera propia (la bandera del Estado de Malvinas)"(42).

La conformación de una provincia autónoma, por su parte, permitiría que los malvinenses tuviesen representación en el Senado y en la Cámara de Diputados, así como también el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio y el derecho a tener su propio sistema educativo y su policía local, entre otras posibilidades.

4) "Una cuarta ruta es crear la nueva provincia de Malvinas, pero con un "pacto especial" de incorporación, según el art. 104 "in fine" (hoy 121) de la Constitución Nacional, que le asignaría derechos particulares a tal provincia".

Este tema es ampliamente estudiado por Sagüés y por Bidart Campos.

Ahora bien: mientras el primer autor citado desgana de manera magistral este tema e intenta demostrar en su trabajo que esta cláusula brinda una serie de ventajas para hallar un desenlace jurídico y satisfactorio para las partes en conflicto, incluyendo a las comunidades del caso(43), lo cierto es que —como bien lo explica Bidart Campos— "el pacto de incorporación no puede funcionar (por lo menos de manera directa), porque está fuera de la previsión del art. 104 (actualmente 121) y de la situación que ella enfoca, cuando se provincializa por ley del Congreso un territorio que ya está "dentro" del territorio argentino, o cuando en su ámbito se erige una nueva provincia por cualquier otro procedimiento de los aludidos en el art. 13. O sea, el pacto especial que habilita el art. 104 (121) "in fine" se refiere solo y exclusivamente al evento crecimiento territorial

de nuestra federación cuando una provincia más se agrega "desde afuera", "extramuros". Nada más, y nunca más"(44).

5) "Una quinta vía incorpora a Malvinas como territorio argentino pero con un status jurídico singular, a través de un tratado internacional de retorno a la soberanía argentina".

6) "Un sexto camino estibaría en aglutinar a Malvinas con Argentina como "estado libre asociado", al modo de Puerto Rico con EE. UU.", o bien como Estado confederado.

Estos sistemas, empero, tampoco se amoldan adecuadamente a nuestro sistema jurídico. Además, "la nota distintiva especial del modelo confederado radica en los derechos de secesión, de nulificación y de revocación que tienen los estados miembros (...) (y) no parece factible ni deseable que el estado confederado Malvinas pueda retirarse de la federación argentina cuando su población así lo resuelva, ni que pueda quedar desobligado de la legislación central (...) Si así se resolviera, la anhelada integración de Malvinas a la unidad nacional, quedaría sujeta a la decisión política de (una población) que no solo tiene frágiles antecedentes de integración con el país, sino que pudiera aprovechar –incluso con la nueva formulación a establecerse luego del traslado de otros habitantes a las islas– dicha potestad para producir una fractura traumática a la soberanía nacional (...) La incorporación de las Malvinas a la unidad nacional debe hacerse sobre la base de su integración definitiva y no condicionada a la posibilidad que los malvinenses puedan separarse cuando intereses ajenos a los intereses nacionales así lo determinen. Estas son razones más que suficientes para desechar la alternativa del modelo confederado o del estado libre asociado"(45).

7) Otra variable "piensa en un régimen de administración conjunta, angloargentino, o rotativo".

Esta fue, inclusive, la contraoferta presentada por la República Argentina a la propuesta de condominio realizada por Gran Bretaña en 1974, en la cual se establecía:

a) Las banderas de ambos países flamearían conjuntamente en edificios y actos públicos.

b) Las monedas argentinas, británica y local tendrían curso legal en las islas con el tipo de cambio que se fijara de común acuerdo.

c) Los pasaportes o cualquier otro documento actualmente para uso de los "nativos" serían reemplazados por otro único que los administradores conjuntos determinarían.

d) Serían administradores conjuntos el excelentísimo señor presidente de la República Argentina y su majestad británica. Tal propuesta fracasó por falta de apoyo de los isleños.

8) Otra idea es la "articulación de un sistema de arrendamiento por un período determinado que conferiría el poder real a Inglaterra, aunque con cláusula de devolución a Argentina".

Esta fue, también, otra alternativa que surgió en el transcurso de la historia, más precisamente entre los años 1976 y 1982.

En tal oportunidad se comenzó a pensar en que una posible solución sería una transferencia de soberanía a Argentina seguida por un arriendo o retroarriendo (leaseback) inmediato a favor del Reino Unido por un plazo determinado.

Esta posibilidad, empero, también fue rechazada, tanto en Inglaterra como por el Consejo Parlamentario de las Islas.

9) "La última sugerencia no significa el regreso de Malvinas a la autoridad fáctica argentina, sino un convenio de reingreso a plazo determinado".

Además de todas estas opciones, en alguna oportunidad (1974) también se evaluó la posibilidad —por parte de los ingleses— de

un "condominio" sobre las Islas con algunos elementos básicos, "como que ambas banderas flamearan juntas, que se adoptaran las lenguas española e inglesa como idiomas oficiales, establecer la doble nacionalidad para los isleños, y que el gobernador fuese designado alternativamente por la reina y por el presidente de la Argentina"(46).

Sin embargo, hoy en día esta idea chocaría contra la cláusula transitoria primera de nuestra Constitución Nacional, que claramente dispone que el "ejercicio pleno de su soberanía" constituye "el objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino" (salvo, claro está, que dicho condominio fuese transitorio y constituyese un paso en el camino definitivo hacia la soberanía total de las Islas por parte de nuestro país).

El tema, como se ve, es francamente difícil, y no obstante los grandes esfuerzos intelectuales realizados o las interpretaciones amplias y de buena voluntad que se han hecho tendientes a lograr una solución que deje de lado las rigideces absolutas para alcanzar respuestas lógicas y viables, considero que muchas de las tentativas indicadas anteriormente no son del todo compatibles con nuestra Constitución Nacional.

La transferencia de la soberanía —marca nuestra ley fundamental— debe ser "plena", lo que desautoriza cualquier tipo de condominio o administración conjunta (salvo, como dije, que se trate de una solución pasajera, esto es, de un período de transición para su retorno a la toma de posesión por parte de Argentina).

La creación de una nueva provincia (solución que me parece más adecuada), por su parte, no solo debería contar —necesariamente— con el consentimiento de la Legislatura de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (siendo, por ende, inaplicable lo previsto por el art. 2º de la ley 23.775), sino que además debería realizarse con reserva para ella de derechos especiales, atento el deber impuesto por nuestra Constitución de respetar los intereses y el modo de vida de los malvinenses.

Y, en este sentido, se generan algunas dudas de la posibilidad de aplicar el "pacto de incorporación" del art. 121 de la ley fundamental a esta cuestión, pues, como dice Vanossi, "no cabe la incorporación de lo ya incorporado"(47).

Por otra parte, la idea de mantener una "provincia grande" (esto es, de dejar a las Islas Malvinas, Georgias y Sándwich del Sur y a los espacios marítimos y territorios insulares adyacentes dentro de la Provincia de Tierra del Fuego) choca con la necesidad de establecer normas concretas para una parte de ella en distintos ámbitos, pues las personas que habitan la parte continental de esta provincia están imbuidas en la cultura argentina y, por lo tanto, respecto de ellos ninguna reserva, distinción o salvedad –en ningún ámbito– cabe efectuar al respecto.

Entiendo, entonces, que salvo que exista consentimiento de la Legislatura de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y del Congreso para admitir una nueva provincia (art. 13, CN), así como también una ley dictada por este que establezca modalidades específicas y que le reserve a sus habitantes los derechos vinculados a sus peculiaridades idiomáticas, culturales, administrativas y jurídicas (basada en un tratado internacional celebrado con Gran Bretaña o en un "pacto especial" –aplicando analógicamente y de manera indirecta el art. 121 de la CN– entre nuestro país y las autoridades insulares o británicas), aquel desmembramiento sería imposible y, por lo tanto, cualquier otra solución, en este sentido, necesariamente debería efectuarse a través de un régimen constitucional especial, el cual solo podría admitirse a través de una reforma de nuestra ley fundamental.

En tal caso, la alternativa sería adoptar un modelo similar al ideado por Deng Xiaoping para Hong Kong ("un país, dos sistemas"), aunque adaptado a nuestra particular situación y "en clave federalista"(48).

Concretamente, debería incorporarse en nuestra ley suprema una disposición específica que creara una nueva provincia, sin necesidad de consentimiento o ratificación por parte de ninguna otra (49), y que disponga la sanción de una ley especial que reglamentara no solo las salvaguardias y garantías específicas y adicionales a otorgarse a sus habitantes, sino también excepciones en la vigencia de ciertas reglas aplicables en nuestro país (50).

Demás está decir, lógicamente, que esta ley reglamentaria especial deberá ser dictada (y así también deberá consagrarse expresamente en la norma constitucional) de conformidad con los tratados o convenios que nuestro país firme con Gran Bretaña o con las autoridades insulares al momento del traspaso de la soberanía y sin otra salvedad que no subordinarla a ninguna condición de cualquier naturaleza.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - ESTADO NACIONAL - NAVEGACIÓN - FUERZAS ARMADAS Y DE SEGURIDAD - DERECHO INTERNACIONAL - TRATADOS Y CONVENIOS - ESTADOS EXTRANJEROS

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho: Declaración de Guerra y de Estado de Sitio por el Conflicto con Gran Bretaña por las Islas Malvinas*, ED, 98-971; *Aportes para solucionar aspectos constitucionales vinculados a la reconquista de las Malvinas*, por Germán J. Bidart Campos, ED, 98-973; *Malvinas: ¿no es hora de que intervenga el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas?*, por Mario Santiago Strubbia, EDCO, 2009-475; *Malvinas, ¿causa nacional o caso nacional?*, por Marco A. Rufino, ED, 252-884; *La Convención sobre el Derecho del Mar. Análisis sobre el límite exterior de la plataforma continental argentina. Caso Malvinas y Antártica*, por Sofía Josefina

Danessa, ED, 267-817. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(1) El tema no era menor porque —como bien lo especificó el convencional López de Zavallía— en caso de error “no había oportunidad de reacción”. En la breve discusión se propusieron otras alternativas, como por ejemplo, “islas del Atlántico Sur”, “demás lugares y territorios del Atlántico Sur occidental”, etc. Finalmente, al proyecto original se le agregaron los espacios “insulares”.

(2) Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Obra de la Convención Nacional Constituyente de 1994, *La Ley*, 1995, t. IV, pág. 3809.

(3) Como bien lo señalara un convencional constituyente, se trató de un acto similar al del Congreso de Tucumán de 1816, pues con esta actitud “es la Convención la que se pone de pie y le grita al mundo, sin vueltas y sin tapujos, ‘las Islas Malvinas son Argentinas’” (inserción solicitada por el convencional Vázquez, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Obra de la Convención, cit., t. VII, pág. 7351).

(4) Arteaga Nava, Elisur, *El derecho constitucional transitorio* (sin referencia), afirma que “en el siglo pasado el derecho constitucional transitorio fue breve y limitado. Solo prescribía lo relativo a la entrada en vigor de la nueva constitución y la derogación de la anterior; no se aludía a otro tipo de materias”. Las constituciones actuales, empero, se apartaron de esa práctica y regularon con este tipo de normas diversas clases de cuestiones.

(5) “Es evidente que la denominación de transitorias, determina un mecanismo de medio, que hace de puente para un fin y luego desaparece; de aquí que son normas que tampoco subsisten en el tiempo a diferencia de las normas de fondo que integran el cuerpo legislativo de la Constitución. La norma constitucional transitoria (...) rige para un efecto limitado y luego desaparece como normatividad actuante o viva del articulado constitucional. De aquí que normalmente figuran en un apartado al final del texto constitucional y como un apéndice que debe ser descartado luego de su uso (...) Podemos afirmar por tanto que una norma transitoria, por su mismo contenido, es de vigencia temporal limitada, no subsiste porque se la destina a resol-

ver una circunstancia no permanente, es frágil, concreta y perentoria'' (conf. Sosa Richter, Rubén A., Sobre normas transitorias constitucionales, La Ley Actualidad del 16-6-94, pág. 1).

(6) Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Obra de la Convención, cit., t. VI, pág. 6142.

(7) Ídem. Sobre este aspecto, Juan Manuel Gramajo señala que ``el hecho de que la declaración de marras se haya incorporado al texto constitucional por medio de una disposición transitoria implica que la misma mantendrá su vigencia en tanto dure su efecto útil'', motivo por el cual, en caso de ser solucionada la disputa de soberanía, ``la disposición transitoria habría agotado la función para la que fue establecida y, de hecho, perdería vigencia por falta de objeto''. Sin embargo, este autor también señala que ``el propio carácter transitorio de la disposición no tornaría necesaria su derogación, sin perjuicio de que no existen obstáculos para que, en una eventual reforma constitucional posterior a la solución de la controversia acorde con el mandato constitucional, ello pueda ser posible'' (conf. Gramajo, Juan M., La interpretación de la disposición transitoria primera de la Constitución Nacional a la luz de las disposiciones del derecho internacional, ED, 188-1157).

(8) El origen de esta norma, en la Convención Constituyente de 1994, se basó en el art. 3º, inc. I, de la ley 24.309. Sin embargo, allí la ley de declaración de necesidad de la reforma se refería a la integración y jerarquía de los tratados internacionales, es decir, a una cuestión que si bien indirectamente podía abarcar el tema Malvinas, en rigor de verdad, estaba pensada para otras circunstancias.

(9) Conf. Recalde, Cecilia, ¿Qué son las Disposiciones Transitorias de la Constitución Nacional?, Formación Ciudadana 2.0, prof. Mario Soria, 6-12-10. Es que, como bien lo indica Sosa Richter, la ``cláusula transitoria por su carácter impermanente, auxiliar o subsidiario, no integra como género propio el conjunto de reformas de la Constitución; ellas solo van a viabilizar la inserción de las normas constituyentes cuando estas así lo exijan. Vale decir que la necesidad de la existencia de una norma transitoria solo aparece con posterioridad a la aprobación de una reforma o norma constitucional de fondo. Esta conclusión es importante, ya que su tratamiento no tiene la mis-

ma naturaleza que una norma constituyente, es decir, no es un tema `habilitado´ por la ley que declara la reforma, tampoco es, técnicamente, un artículo de reforma, es, como ya dijimos, una norma auxiliar que va a permitir la inserción fáctica o conceptual de una norma constituyente y habilitada´´ (Sosa Richter, Rubén A., Sobre normas transitorias, cit.).

(10) Esto, en tanto la norma transitoria también `es un derecho de fondo acotado por la temporalidad´´ (conf. Dromi, Roberto - Menem, Eduardo, La Constitución reformada. Comentada, interpretada y concordada, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, pág. 425).

(11) También debe considerarse comprendido el espacio aéreo, tal como lo indicó la convencional Olivera en la Convención Nacional Constituyente de 1994 (conf. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Obra de la Convención, cit., t. IV, pág. 4223).

(12) Bendala Ayuso, Francisco - Anguera, Manuel M. - Pérez Seoane Álvarez de Toledo, Santiago, La campaña de las Malvinas, pág. 8.

(13) `El 2 de febrero de 1764, Luis Antonio de Bougainville, navegante francés talentoso y emprendedor, al frente de una expedición formada por las fragatas L´Aigle y Le Sphinx, desembarca con 140 tripulantes y 17 colonos en el fondo de la bahía, que denomina Francaise, y funda el establecimiento de Puerto Luis. El plan de Bougainville no era solo el de crear un puesto de abastecimiento, sino, principalmente, una colonia organizada. En dos expediciones posteriores lleva a Puerto Luis 53 operarios más y un grupo de oficiales. La mayoría de los colonos y tripulantes eran oriundos del puerto de Saint-Malo. De estos, de los malouines, derivóse más tarde maluinias y Malvinas, nombre que actualmente conservan las islas´´ (Moreno, Juan C., Nuestras Malvinas y la Antártida, 4ª ed., Buenos Aires, Junta de Recuperación de las Malvinas, 1948, pág. 19).

(14) `España reivindicó estas islas como una dependencia del continente de la América meridional; y habiendo sido reconocido su derecho por el Rey, recibí orden de ir a entregar nuestro establecimiento a los españoles´´, dice Bougainville en su libro Viaje alrededor

del mundo (citado por Suárez Danero, Eduardo M., Toda la historia de las Malvinas, Buenos Aires, Tor, pág. 85).

(15) Groussac, Paul, Las Islas Malvinas, Buenos Aires, 1936, pág. 121.

(16) Intervención del representante argentino, S. E. Embajador, Dr. José María Ruda, en el Subcomité III del Comité Especial encargado de examinar la situación con respecto a la aplicación de la declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, Nueva York, 9-9-64, conocido como ``Alegato Ruda''.

(17) Alegato Ruda.

(18) En contra de este argumento ver Sabaté Lichtschein, Domingo. Problemas argentinos de soberanía nacional, 3ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984, pág. 386: ``Algunos autores argentinos y a veces también publicaciones oficiales alegan como otro título el hecho de que las Malvinas se encuentran sobre la plataforma continental argentina. Ello no se puede alegar como un título jurídico porque de acuerdo a las normas de la costumbre internacional el solo hecho de que una isla se encuentre sobre la plataforma continental de un Estado no le confiere a dicho Estado soberanía sobre la isla. Y es lamentable que se alegue así porque ello solo contribuye a restar fuerzas a los otros títulos y hace que los lectores de esta controversia se detengan en este argumento que no es jurídico, por parecer más atractivo, y acaso olviden los demás''. Según este autor, los argumentos jurídicos de los derechos de nuestro país son la sucesión de los derechos de España, la toma de posesión y el ejercicio pacífico de soberanía.

(19) Conf. Romero, Agustín M., La posibilidad de unas islas. Cambios en los argumentos británicos, Página 12, del 25-1-12.

(20) Conf. Musicó Aschiero, Ana M., Descubrimiento y ocupación de las Islas Malvinas, en [https://www.colegiomilitar.mil.ar/rediu/pdf/ReDiU_1643_art2-
Descubrimien-
to%20y%20ocupaci%C3%B3n%20de%20las%20Islas%20Malvinas.p
df](https://www.colegiomilitar.mil.ar/rediu/pdf/ReDiU_1643_art2-Descubrimiento%20y%20ocupaci%C3%B3n%20de%20las%20Islas%20Malvinas.pdf).

(21) Alegato Ruda. En igual sentido ver Sabaté Lichtschein: ``Esta discusión (...) resulta inútil porque el simple descubrimiento que no está seguido de ocupación no otorga, ni otorgaba en aquel tiempo, un título de soberanía'' (conf. Sabaté Lichtschein, Domingo, Problemas argentinos de soberanía nacional, cit., pág. 382).

(22) Bologna, Alfredo B., Los derechos de la República Argentina sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur (San Pedro) y Sándwich del Sur, Buenos Aires, Ediar, 1989, pág. 76.

(23) Alegato Ruda.

(24) La protesta es el acto clásico, en el derecho internacional público, de interrupción del cómputo de la prescripción adquisitiva.

(25) Bologna, Alfredo B., Los derechos de la República Argentina, cit., pág. 138. Cabe destacar, al respecto, que algunos autores británicos (conf. Schwarzenberger, George, Title to Territory, Response to a Challenge, en A. J. I. L., vol. 51, n° 2, 1957, pág. 322) también han invocado la existencia de un derecho de soberanía basándose en el instituto de la consolidación histórica, que no requiere de los elementos de la prescripción adquisitiva (básicamente, ocupación legítima y falta de protesta). Lo relevante para esta teoría es el ejercicio de competencias estatales por parte de un Estado que invoca título de dominio sobre un territorio. Sin embargo, y como bien lo ha explicado Vinuesa, este instituto solo funciona cuando hay dudas o incertidumbre respecto al mejor título inicial sobre los territorios en disputa. Y en este sentido nuestro país no solo realizó diversos actos de jurisdicción en las islas entre los años 1820 y 1833, sino que además hay que tener presente que la realización de actos de administración por parte de Inglaterra solo fueron consecuencia lógica de la ocupación de los territorios, motivo por el cual estos no pueden ser aceptados como prueba definitiva de soberanía (conf. González Napolitano, Silvina S. [coord.], Lecciones de derecho internacional público, Buenos Aires, Erreius, pág. 435).

(26) La autodeterminación corresponde a los nativos, no a poblaciones implantadas. Por eso este principio no resulta apropiado para los casos de Malvinas y Gibraltar, en los cuales los habitantes no son originarios (conf. Erlich, Uriel, Malvinas: soberanía y vida cotidiana, Buenos Aires, 2015, pág. 63).

(27) Es que ``si en virtud del principio de libre determinación un pueblo tiene la potestad de determinar su estatus político y el ejercicio de ese estatus político supone necesariamente la existencia como marco dentro del cual el poder público es ejercido, el control efectivo del territorio de un Estado como atributo de esa calidad se vincula necesariamente con el ejercicio del derecho de libre determinación. En este mismo sentido, la secesión como partición de un territorio no autónomo o de un Estado independiente para devenir otro Estado-Nación es la antítesis de la integridad territorial'' (conf. Pastorino, Ana, El derecho de libre determinación de los pueblos y la población de las islas, Buenos Aires, Eudeba, 2013.

(28) Inserción solicitada por la convencional Regazzoli sobre Islas Malvinas entregada en la Sesión Plenaria n° 33, t. VI, pág. 6072, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Obra de la Convención-, cit., 1995, t. VII, pág. 7359.

(29) El Informe Rattenbach, Comisión de Análisis y Evaluación de las Responsabilidades políticas y estratégico-militares en el conflicto del Atlántico Sur, Buenos Aires, H. Garetto Editor, pág. 30.

(30) Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Obra de la Convención-, cit., t. IV, pág. 4225.

(31) Otros autores, inclusive, utilizan el verbo ``reconquistar''.

(32) Inserción solicitada por la convencional Álvarez sobre Islas Malvinas entregada en Secretaría Parlamentaria en la Sesión Plenaria n° 33, t. VI, pág. 6072, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Obra de la Convención-, cit., t. VII, pág. 7348.

(33) Conf. Arredondo, Ricardo, Manual de derecho internacional público, La Ley, pág. 346. Ver, al respecto, el art. 2º, inc. 3º, de la Carta de las Naciones Unidas, que expresamente impone a los Estados miembros la obligación de no arreglar las controversias internacionales sino por medios pacíficos, ``de tal manera que no pongan en peligro ni la paz ni la seguridad internacionales ni la justicia'', así como también el inc. 4º del mismo artículo, que consagra que ``los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o

en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas''. Queda claro, entonces, que si bien ``no existe en el derecho internacional general una obligación de solucionar las disputas internacionales, (existe la obligación) de no darle solución por otros medios que no sean los pacíficos'' (conf. Podestá Costa, Luis A. - Ruda, José M., Derecho internacional público, TEA, t. 2, pág. 381).

(34) Pablo Ramella, inclusive, dice que ello tiene íntima vinculación con el respeto a los derechos de las minorías, pues ``aunque pequeña, la población de las Islas Malvinas constituye una minoría dentro de la población total de la República'' (conf. Ramella, Pablo A., Condición jurídica de las islas Malvinas, LL, 1982-C-741).

(35) Aramburu, Enrique J., El mandato constitucional sobre Malvinas desde el punto de vista del derecho internacional, sin referencias.

(36) ``Una vez iniciado el proceso de descolonización, (el Reino Unido introdujo el) planteo con el cual sostiene que los habitantes de las islas son titulares del derecho a la autodeterminación y, por ende, deben ser incluidos como parte integrante del conflicto existente entre ambos países. La estrategia del Reino Unido ha consistido en colocarse en una situación de potencia protectora del aludido derecho de autodeterminación de los isleños. En este contexto, ha establecido como condición para negociar la cuestión de la soberanía que se tengan en cuenta `los deseos' (no únicamente los `intereses') de los isleños'', postura que en todo momento se enfrentó con la posición argentina según la cual son los intereses de los habitantes lo que se debe preservar (conf. González Napolitano, Silvina S. [coord.], Lecciones de derecho internacional público, cit., pág. 421).

(37) Como dice la Declaración de Ushuaia, aunque nuestro país se compromete a tener en cuenta los intereses y el modo de vida de los malvinenses, no se los reconoce como tercer actor en las negociaciones. (38) Gramajo, Juan M., La interpretación de la disposición-, cit.

(39) Sagüés, Néstor P., Islas Malvinas: alternativas constitucionales, LL, 1990-C-1062; Bidart Campos, Germán J., Aportes para solucionar aspectos constitucionales vinculados a la reconquista de las Malvinas, ED, 98-973; Vanossi, Jorge R., Alternativas institucionales

para la recuperación efectiva de las Islas Malvinas, en su libro *Obra legislativa*, Buenos Aires, 1987, pág. 180; Ramella, Pablo A., *Condición jurídica de las Islas Malvinas y de los malvinenses*, LL, 1982-C-738; Frías, Pedro J., *El status jurídico político de las Malvinas*, LL, 1982-C-828.

(40) Ver, al respecto, Rodríguez Villafañe, Miguel, *Las Malvinas, gobernación militar*, *La Nación* del 9-4-82. La diferencia específica –como bien lo explica Pedro J. Frías– es que “en la gobernación militar o marítima el gobernador unifica el mando civil y castrense” (Frías, Pedro J., *El status jurídico-*, cit.).

(41) Vanossi, Jorge R., *Alternativas institucionale-*, cit., pág. 181.

(42) Arballo, Gustavo, *Banderas para todos. Malvinas y nosotros*, Página 12 del 25-1-12.

(43) Sagüés, Néstor P., *Islas Malvinas: alternativas constitucionales*, cit.

(44) Bidart Campos, Germán J., *Aportes para solucionar-*, cit. Este autor, empero, admite la aplicación analógica del art. 121 de la CN.

(45) Vanossi, Jorge R., *Alternativas institucionales-*, cit., pág. 183.

(46) Lanús, Juan A., *Repensando Malvinas. Una causa nacional*, Buenos Aires, El Ateneo, 2016, pág. 66.

(47) Vanossi, Jorge R., *Alternativas institucionales-*, cit., pág. 182.

(48) Arballo, Gustavo, *Banderas para todos-*, cit.

(49) En Hong Kong se la denominó “región administrativa especial”, pero entiendo que en nuestro caso no sería necesario crear un nuevo tipo de división territorial, pues, conforme nuestro régimen constitucional, el estatus de provincia resultaría adecuado y brindaría a los habitantes de aquellos territorios no solo todos los derechos y las posibilidades que tenemos los demás argentinos, sino también otras opciones –entre ellas, modalidades específicas para el respeto de su modo de vida– que permitirían su exitosa incorporación de hecho a nuestro país. Es que, como bien lo explica Vanossi, “la provincia, en el cuadro institucional argentino, es la unidad polí-

tica de máxima autonomía que puede darse dentro de la forma federal de Estado vigente'' y ``con la alternativa de provincialización, los isleños tendrán todos los derechos y garantías que la Constitución Nacional otorga a los ciudadanos argentinos, a los que se suman los especiales garantizados en el pacto especial de incorporación, que les daría un estatus de privilegio, incluso sobre los restantes ciudadanos argentinos'' (conf. Vanossi, Jorge R., *Alternativas institucionales*-. cit., pág. 186).

(50) Las salvaguardias, garantías y excepciones pueden ser —y sin duda serán— varias y de distintos tipos, como por ejemplo: régimen de nacionalidad ad hoc (doble nacionalidad y ciudadanía para los isleños nativos); libertad de cultos; reconocimiento de estudios y de los derechos adquiridos por las personas mediante actos o normas del régimen colonial; documento de identidad y pasaportes bilingües; respeto a la propiedad privada; medidas para evitar la doble imposición; sistema bimonetario; régimen impositivo especial; educación bilingüe; existencia de dos idiomas oficiales, etc.

La cláusula de defensa de la democracia y del orden constitucional (art. 36 de la Constitución Nacional)

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Disponible en: <http://www.elderecho.com.ar/>

Publicado en: El Derecho Constitucional, Abril 2020 N°4
[Consultado el 05/05/2020]

1.- Introducción

El quiebre del orden constitucional fue, por desgracia, una constante en la historia argentina.

Sin embargo, no podemos decir que nuestro país fue el único que padeció esta penosa situación, pues la alternancia de gobiernos de jure y gobiernos de facto también fue una realidad que se dio en todo el continente latinoamericano.

Y ello siempre trajo aparejadas nefastas consecuencias para la sociedad en su conjunto, “consecuencias que incluyen el desconocimiento generalizado de los derechos esenciales a la dignidad humana, la imposición de un obscurantismo cultural y educativo, la transferencia de recursos económicos de los sectores más débiles de la población en beneficio de grupos privilegiados, el desprestigio internacional del país y la consiguiente pérdida de su influencia en la comunidad internacional”.

“Por lo tanto, la tentativa de desconocer la voluntad del pueblo, violando lo dispuesto en la Constitución Nacional para la designación de autoridades y la sanción de normas, constituye uno de los

más graves crímenes que pueden cometerse contra los derechos de los individuos y los intereses del país”(1).

Precisamente esta circunstancia (llamada “causa eficiente” por Dromi y Menem (2)) fue la que determinó que, en la reforma de 1994, se incorporara una cláusula expresa, en nuestra Constitución, en defensa de la democracia y del orden constitucional (3).

2.- El art. 36 y la vigencia de la Constitución Nacional

Prescribe el art. 36 de la CN: “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo. Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriera en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”.

Como puede observarse, con esta disposición (aprobada por aclamación (4) y que –como vimos– “refleja el pasado político de nuestro país” (5)), nuestra ley fundamental:

1) Pretende darle a la Constitución “capacidad comunicativa” para alcanzar el mayor grado de fuerza normativa (6). Concretamente, quiere expresar que ella va a regir aunque no rija efectivamente (7), y

que la usurpación del poder no va a significar la pérdida de vigencia de la Constitución.

2) Toma partido por el sistema democrático como forma de gobierno que merece tutela, frente a los recurrentes actos de fuerza vividos en nuestra historia pasada. Ello porque “quien contribuye a interrumpir el orden constitucional democrático, cualquiera sea su grado de participación penal (circunstancia que interesará al juez penal pero no al analista político), realiza algo mucho más serio que quebrar un orden jurídico o una tradición establecida. Lo que hace, en realidad, es apartarnos de un camino de racionalidad política que nos permite construir nuestras preferencias, nuestras prioridades, nuestro estilo de vida colectivo. El sistema democrático, con sus reglas de participación y su mecanismo de obtención de resultados y de conformidades (aún y fundamentalmente para quienes no comparten el punto de vista de la mayoría) conforma un entramado existencial que nos permite construir con el otro, reconocer nuestros desaciertos o valorar nuestras propias opiniones... Si el sistema se interrumpe, no seré partícipe (o copartícipe) de las decisiones públicas que me involucran” (8).

3) Indica que los gobiernos de facto no pueden ser una opción habilitante ante supuestos de emergencia, situaciones extraordinarias, necesidad de orden, vacío de poder o salvataje de las instituciones, como desgraciadamente lo justificara nuestra Corte Suprema (más atenta a sumarse al carro triunfador de los usurpadores del poder que a cumplir con su misión específica (9)) en distintas acordadas y fallos (10) (11).

4) Reacciona ante el peligro del retorno a los viejos hábitos institucionales golpistas y revolucionarios (12).

5) Y, concordantemente con ello, “patentiza la obsesión democrática para exhibir una herramienta de prevención general que aspira a conjurar posibles arremetidas destinadas a voltear el orden constitucional” (13).

Ahora bien: ¿era necesario formular una defensa explícita de la Constitución en su propio texto? ¿No constituye acaso –como bien se pregunta rosatti– una manifestación de debilidad, casi una confesión de impotencia? (14). ¿Qué efectos prácticos puede tener este artículo? ¿No es una ingenuidad pretender contener con normas jurídicas los hechos de fuerza?

Con relación a estos temas cabe señalar que esta cláusula constitucional no estuvo exenta de críticas.

Se dijo, entre otras cosas, que se trataba de una norma estéril, de discutible utilidad (15), “excesiva, superabundante, exagerada” (16) y sumamente peligrosa, ya que en realidad otorgaba un reconocimiento institucional a los “golpes de Estado” (17).

Sin embargo y a diferencia de sus detractores, entiendo que el art. 36 de la CN justamente pretende lograr todo lo contrario. Es decir, no tiene por objeto legitimar ni convalidar una ruptura del orden constitucional, sino que aspira a ser un instrumento de prevención y protección de dicho orden, una advertencia para los que aspiran a llegar al poder por los medios no previstos por la ley (18) (19).

Es claro –como enseña Bidart Campos– “que la fuerza en lugar de la ley no siempre se detiene por el hecho de que haya normas como las del artículo que comentamos, pero algo se adelanta con prevenir a quienes intentan usarla acerca de las consecuencias de su conducta irregular, tipificada aquí como delictuosa... Por supuesto que si, desgraciadamente, recayéramos en los actos de fuerza que la constitución descalifica, el imperio –o la vigencia sociológica– de ella no subsistirían por la exclusiva circunstancia de que este artículo exprese que tal imperio se mantendrá... De cualquier modo, contenida en la propia constitución la incriminación de la conducta adversa, nos hallamos ante la situación de todas las normas penales: por sí mismas no impiden que los delitos se cometan, pero prevén la sanción para quienes sean sus autores” (20).

Por eso, y como bien dice Aída Kemelmajer de Carlucci: “Pese a su naturaleza aparentemente declarativa, el artículo bajo comentario se incluye entre aquellos que se relacionan al carácter garantista, en tanto pretende proteger las instituciones de vías eficaces” y, en caso de que no se logre, conmina con la sanción de nulidad insanable los actos de fuerza que interrumpieron la vigencia del sistema democrático (21).

3.- La redacción de la norma: ¿Qué actos contempla el art. 36?

Como puede observarse, el art. 36 de la CN señala, en su primer párrafo: “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático...”, y que ellos serán “insanablemente nulos”.

De esta manera, lo que nuestra ley fundamental establece es que tales actos no tendrán eficacia jurídica, y que esa nulidad será absoluta e inconfirmable por un acto posterior (22).

Esta sanción resulta muy importante, ya que impide aplicar la doctrina de facto de manera indiscriminada (23), así como también las teorías de la prescripción adquisitiva, de los hechos consumados o de la renuncia presunta en virtud de las cuales tendrían validez los actos realizados por los usurpadores del poder.

Ahora bien: ¿a qué actos alcanza esta sanción de nulidad? ¿Puede aplicarse también a actos que no sean “violentos”?

El tema, en realidad, no es menor y ha fomentado distintas interpretaciones, las cuales generan efectos prácticos de importancia, pues cuanto más amplia sea la postura, más actos quedarán comprendidos en el precepto constitucional y en el desenlace que este prescribe:

1) Para quienes efectúan una interpretación literal, “que consiste en apreciar el sentido con exclusiva referencia a los términos, a la letra del texto, sin ampliar ni restringir en modo alguno su alcance” (24), solo los actos “de fuerza” (es decir, las alteraciones completas, agresivas y violentas del orden institucional, como las revoluciones o los golpes de Estados) estarían contemplados en la norma.

2) Otra postura, en cambio, considera que los actos afectados con la sanción de nulidad no son únicamente los violentos, sino que la norma también abarca a los actos de cualquier otra naturaleza mediante los cuales se procure la ruptura del orden constitucional (como, por ejemplo, una revolución pacífica o la continuidad en el cargo de un funcionario luego de haber finalizado su mandato), ya que la interrupción de la observancia de la Constitución siempre es, en rigor de verdad, un acto de fuerza.

En este sentido, por ejemplo, Badeni manifiesta lo siguiente: “... la referencia a actos de fuerza no puede ser objeto de una interpretación literal o semántica, sino de una interpretación teleológica y sistemática. Atendiendo a la finalidad de esta cláusula..., la expresión ‘actos de fuerza’” alude a todo procedimiento por el cual se accede o conserva el poder gubernamental mediante cursos de acción reñidos con los preceptos constitucionales y aunque no sean, propiamente hablando, actos de fuerza física o violencia” (25).

3) Existe, además, otra interpretación particular de esta parte de la cláusula constitucional, la cual limita la posición sustentada en el punto anterior, y que señala que, si bien los actos no necesariamente tienen que ser “de fuerza” o violentos, existe el requisito sine qua non de que ellos sean realizados por autores “externos” y no por gobernantes constitucionales que violen incidental u ocasionalmente el orden institucional o democrático, ya que el párrafo tercero del art. 36 solo hace referencia a los “usurpadores” del poder.

“Lo que se pretende es que la Constitución siga vigente y conserve su imperatividad jurídico política a pesar de que una revolución

o golpe de Estado triunfante deje de reconocerla como norma suprema. La indicación de que se hace al ‘orden institucional y el sistema democrático’ está señalando que se trata de la suplantación del sistema político y valorativo por poderes de hecho ajenos a los contemplados por la Constitución, o por los propios poderes de derecho que deciden subvertir el orden constitucional. Una interpretación más dilatada me parece errónea y conduciría a que quedara comprendida en sus supuestos toda violación no sistemática a los principios constitucionales realizada por los poderes públicos legalmente constituidos. Lo fundamental es la alteración, por medio de una agresión violenta o no violenta, de la normalidad y regularidad institucional, y no la violencia física” (26).

De igual forma, tampoco hay coincidencia si los actos afectados con la sanción de nulidad son únicamente aquellos realizados por los usurpadores para llegar al poder, o bien todos aquellos – concomitantes y posteriores– que realicen estas personas en el ejercicio irregular y de facto de su cargo.

1) Para algunos autores, que parten de una exégesis literal, únicamente carecerían de validez los actos realizados para destituir a las autoridades legítimas, es decir, “aquellos que interrumpen la observancia constitucional” (27), no extendiéndose tal nulidad a los actos de gobierno o de administración ejecutados de hecho por el gobierno usurpador (28).

Es lo que podríamos denominar la interpretación “restrictiva” de este artículo, y parte de la premisa de que el texto dice “estos actos” (refiriéndose a la fuerza) y no “sus actos”.

2) Otros, en cambio, sostienen una postura más amplia, indicando que la nulidad alcanza tanto a los actos realizados para llegar al poder como a aquellos que sean su consecuencia.

Este fue, por ejemplo, el punto de vista expuesto por Zaffaroni en la Convención Nacional Constituyente, quien, haciendo hin-

capié en la ilegalidad absoluta de una dictadura, proponía no reconocer ningún valor a sus actos de gobierno.

3) Una posición intermedia, en cambio, es la que sostiene Aída Kemelmajer de Carlucci, quien señala que los actos celebrados por los usurpadores con los administrados no pueden ser calificados en abstracto; serán anulables, nulos o inexistentes, prescriptibles o imprescriptibles, según la gravedad que presenten en cada caso (29).

Sobre estas cuestiones, considero que hubiese sido mejor – como lo hace, por ejemplo, la Constitución de la Provincia del Chubut en su art. 17– que la Constitución Nacional se refiriera no solo a los actos violentos sino también a otros “de cualquier naturaleza que interrumpan su observancia”, ya que de esta manera se hubiesen cubierto todos los supuestos posibles de ruptura del orden preestablecido, limitándose asimismo a los casos en que verdaderamente exista un quiebre del orden institucional y no a una mera inobservancia o violación circunstancial de alguno de sus preceptos (lo que puede ser remediado de otra manera dentro de nuestro sistema jurídico).

Por lo demás, entiendo que la razonabilidad también debe campear en esta materia y, por lo tanto, la nulidad insanable solo abarca aquellos actos realizados para destituir a las autoridades legalmente constituidas, mientras que los otros deberán ser juzgados y revisados caso por caso (ya sea por el Poder Legislativo o por el Poder Judicial, una vez restablecidos en sus funciones) para determinar esta sanción en concreto, según atenten –o no– contra los principios fundamentales, el sistema democrático y el orden institucional previsto por nuestra Constitución Nacional. Razones de continuidad del Estado y de seguridad jurídica así lo imponen.

4.- Sanciones para los autores de dichos actos y para los usurpadores de las funciones previstas para las autoridades de la Constitución.

El art. 36 de la CN –como vimos– nulifica en primer lugar los actos realizados para romper el orden constitucional.

Sin embargo, la respuesta no solo termina ahí, pues también sanciona a los autores de dichos actos, e inclusive avanza contra quienes ejerzan –usurpen– funciones previstas para las autoridades legítimas.

Esta última circunstancia merece ser destacada, ya que con ello se procura que las autoridades ilegítimas –de facto– carezcan de la colaboración de civiles para mantenerse en el poder, bloqueándose así cualquier tipo de acción o ayuda al régimen inconstitucional (30).

Las sanciones previstas para los autores, usurpadores y consentidores son las siguientes:

1. La establecida en el art. 29 de la CN, es decir, la pena para los infames traidores a la patria.

Esta disposición, sin lugar a dudas, fue tomada de la ley 23.077 de Defensa de la Democracia, cuyos fundamentos decían: “Es necesario extender la pena de los traidores a la patria que se fija para los miembros de los cuerpos legislativos que concedieran facultades extraordinarias a órganos ejecutivos al caso de los miembros de cualquiera de los tres poderes que consintieran, continuando por ejemplo en funciones, la fractura del orden constitucional. Esta conducta es, como resulta obvio, aún más grave que la que la Constitución prevé; la limitación de su descripción sólo se explica porque en el contexto histórico en que ella fue dictada no se había experimentado el tipo de aberraciones que vivió el país durante este siglo” (31).

Sin embargo, para que proceda esta sanción, por su carácter netamente penal, es necesaria la pertinente ley reglamentaria y la debida tipificación de las conductas.

2. La inhabilitación a perpetuidad para ocupar cargos públicos, tanto a nivel nacional como provincial y municipal.

Respecto de este punto, una cuestión interesante –y polémica a la vez– consiste en determinar si esta parte del art. 36 puede aplicarse –o no– retroactivamente, ya que –como es sabido– muchos funcionarios actuales han ostentado cargos en gobiernos de facto.

El tema, inclusive, fue motivo de debate en ocasión de sancionarse la Carta Orgánica Municipal (constitución de tercer nivel) en la pequeña ciudad chubutense de Lago Puelo.

En tal oportunidad, la convención estatuyente incorporó en ese documento constitutivo una norma que decía: “... En caso de ruptura del orden constitucional, cualquiera que ejerciere o hubiere ejercido, funciones previstas en esta Carta Orgánica para las autoridades legítimas, será considerado usurpador y quedará inhabilitado a perpetuidad para ocupar cargo o empleo público alguno en el Municipio”, motivo por el cual, luego de su sanción, adoptó la decisión de no tomarle juramento al intendente municipal que estaba en ejercicio del cargo, “por haberse desempeñado durante el último gobierno militar como responsable del Departamento Ejecutivo de esa localidad, previo destituir a quienes se desempeñaban como legítimas y democráticas autoridades”.

El jefe comunal interpuso una acción declarativa de inconstitucionalidad contra esa norma, en la cual el juez que la recibió –si bien se declaró incompetente– dictó una medida cautelar consistente en que se suspendiera la jura de la carta orgánica hasta tanto se expidiera el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut.

El Máximo Tribunal provincial, empero, no se pronunció sobre el fondo de la cuestión, ya que esgrimió que no podía conocer el caso por una circunstancia formal (ausencia de caso concreto) (32).

Finalmente, el Tribunal Electoral admitió una nueva postulación del intendente cuestionado en las siguientes elecciones municipales, lo que de hecho equivalió a decir que la sanción resultaba únicamente aplicable a circunstancias acontecidas con posterioridad a su sanción.

Considero, en este sentido, que sin perjuicio de que algunos autores (33) entiendan que la inhabilitación que establece este tipo de normas puede ser aplicada aun a aquellos funcionarios que hayan usurpado funciones públicas con anterioridad a la vigencia de aquellas, aquí también rige el principio de irretroactividad de la ley jurídica y, por consiguiente, esta sanción solo puede operar para el futuro, sin afectar o modificar situaciones existentes a su entrada en vigor (34).

3. La responsabilidad civil y penal por sus actos. En este sentido, el art. 36 dispone que las respectivas acciones son imprescriptibles (es decir, no se extinguen por el transcurso del tiempo) y pueden ser ejercidas en cualquier momento, debiendo en este último caso hacerlo el Ministerio Fiscal de oficio.

Con esto, pues, la Constitución Nacional consagra una “cláusula de seguridad” y permite que se pueda juzgar y eventualmente condenar –en cualquier tiempo y sin condiciones– a los responsables de los atentados a las instituciones, equiparando así estos comportamientos con los delitos de lesa humanidad (35).

Sostengo, empero, que la imprescriptibilidad enunciada rige únicamente contra los autores, usurpadores y consentidores, pues de lo contrario –en el caso específico de la responsabilidad civil– podría derivarse una persecución patrimonial en contra de sus descendientes, a quienes indebidamente se los haría acreedores de un estigma por el hecho realizado por otra persona (36).

Finalmente, se consagra que sus autores –solo sus autores– quedarán excluidos de los beneficios del indulto y de la conmutación de penas.

Ahora bien: ¿qué sucede con la amnistía? ¿Es admisible para este tipo de hechos tipificados por la propia Constitución Nacional?

Una postura se pronuncia por la afirmativa (37), indicando que ella “sería posible cuando se invoquen la paz y la unidad como valores supremos permanentes” (38).

Otro sector, en cambio, sostiene la tesis opuesta con base en dos argumentos distintos, a saber:

1) Que el Congreso no tiene atribuciones para amnistiar delitos que la constitución reputa como insanablemente nulos (39).

2) Que, si por imperio del art. 29 de la CN la concesión de la suma del poder público y su ejercicio se hallan prohibidos y no son amnistiables, los delitos concretos en los que se manifiesta el ejercicio de ese poder tampoco pueden serlo.

Me enrolo en la primera postura. Es que el art. 36 no solo no prohíbe expresamente la amnistía, sino que ex profeso omite incorporarla entre los beneficios excluidos, lo que da a entender que fue el propio constituyente el que quiso dejar una “puerta abierta” en tal sentido.

5.- El derecho de resistencia a la opresión.

El art. 36 de la CN, por otra parte, también reconoce el derecho de los ciudadanos de resistencia contra quienes ejecuten los actos de fuerza que quiebren el orden constitucional.

Señala, así, cómo debe defenderse el sistema democrático y el orden constitucional, complementando lo normado por el art. 21, ya

que efectiva y realmente menciona de manera concreta el derecho de la resistencia a la opresión, que siempre estuvo dentro de los llamados derechos no enumerados (40).

Es que, como bien explica Haberle: “En la democracia pluralista, todos los ciudadanos son guardianes de la constitución” y, por lo tanto, cada uno de nosotros debe defender aunque sea su parte alícuota (e indivisible) de ella.

El *ius resistendi*, pues, es tanto un derecho individual como un derecho social, pues pertenece a toda persona en particular y a todo el pueblo en general (41). Es considerado por algunos autores como un “derecho a la legítima defensa del pueblo contra la tiranía en salvaguardia del bien más valioso: la libertad” (42), mientras que otros doctrinarios señalan que se está en presencia de un estado de necesidad provocado por una agresión ilegítima contra la persona o sus bienes jurídicos que actúa como una causa objetiva de justificación (43).

Este derecho puede ser ejercido en forma pasiva (no cumpliendo los actos y las normas dictadas por las autoridades ilegítimas) o activa (realizando comportamientos tendientes a derrocar a los usurpadores) y, como bien lo explica González Calderón: “No existe en virtud de la Constitución, sino a pesar de ella. Él pertenece al pueblo como una consecuencia necesaria de la libertad e independencia de la Nación”.

“Pero en la revolución –agrega el autor citado– se está fuera de la esfera del derecho”, razón por la cual esta prerrogativa “debe ser ejercida con extrema prudencia por el pueblo”, ya que muchas veces su ejercicio puede traer una solución peor a la situación que se trata de remediar (44).

Como consecuencia de lo expuesto, temporalmente este derecho no debe extenderse más allá del cumplimiento del objetivo señalado, por lo que sus ejecutores deben retornar inmediatamente al

cauce constitucional una vez restablecido el Estado de derecho (45).

6.- Cláusula ética.

En su parte final, el art. 36 de la CN establece la denominada “cláusula ética”, sancionando a todo funcionario público que comete un delito doloso en perjuicio del Estado (46).

Se trata, como lo explica Rosatti, “de una previsión que se refiere al agravio de la democracia practicado desde adentro del sistema, en la inteligencia de que el orden constitucional también se resiente cuando quienes habiendo accedido al cargo en forma regular, traicionan la confianza pública en ellos depositada” (47).

Así, y con el objeto de dar batalla a aquel, se introduce en el texto constitucional uno de los grandes problemas que viene azotando, durante mucho tiempo, a nuestro país: el flagelo de la corrupción (48).

En efecto: la corrupción, en mayor o menor grado, ha existido siempre en el ámbito de la gestión de los asuntos públicos. En todos los tiempos, sistemas políticos, culturas y religiones. El fenómeno es global (49).

En Argentina, empero, ella no fue algo coyuntural, sino estructural (50), que proliferó peligrosamente en las instituciones públicas.

Su generalización en la práctica de la política, el abuso, la opacidad, con la pobreza y la desigualdad completando el escenario, fueron la marca de la época y la consecuencia del alto nivel de debilidad institucional y de la falta de un proyecto colectivo y un destino común(51).

Como lo señala con total exactitud el profesor español José Manuel Urquiza: “La corrupción política, entendida como utilización

espuria, por parte del gobernante, de potestades públicas, en beneficio propio o de terceros afines y en perjuicio del interés general, es un mal canceroso que vive en simbiosis con el sistema democrático, a pesar de ser teóricamente incompatible con el mismo, y que debe preocupar muy seriamente a todos los demócratas, ya que corroe los cimientos de la democracia, en tanto que elimina la obligada distinción entre bien público y bien privado, característica de cualquier régimen liberal y democrático; rompe la idea de igualdad política, económica, de derechos y de oportunidades, pervirtiendo el pacto social; traiciona el Estado de derecho; supone desprestigio de la política y correlativa desconfianza de la ciudadanía en el sistema, desigualdad en la pugna política, violación de la legalidad y atentado a las reglas del mercado”(52).

Por ello, entonces, resulta un acierto la elevación a rango constitucional de esta cuestión de tanta trascendencia y la criminalización de tan nefastas conductas, que, si bien no están fundadas en situaciones de violencia física, sí lo están en razones morales (53).

Es que, repito una vez más, “no sólo la moral pública se debilita y el sistema jurídico flaquea cuando la opinión ciudadana advierte que han sido vulnerados los reparos éticos y legales tendidos como protección para la sociedad. Desde un punto de vista económico, los recursos que el Estado y sus organismos pagan como sobreprecios y vuelven a funcionarios e influyentes como comisiones, recaen sobre las espaldas de toda la comunidad, y bien podrían ser aplicados a la atención de muchas carencias que la afligen. En tal sentido, la mala asignación de recursos tiene un alto costo social y constituye una enorme injusticia distributiva. Al mismo tiempo las coimas encarecen las compras y el equipamiento del aparato estatal, suelen inducir la adquisición de bienes que no se ajustan cabalmente a las necesidades, alteran el orden lógico de las prioridades en el gasto público, todo lo cual contribuye a elevar el precio y reducir la calidad de los servicios, deprimiendo la eficiencia y la capacidad competitiva de la economía nacional, tanto estatal como privada. Es, además, un elemento que destruye las condiciones de libre competencia y resta transparencia a

las transacciones, distorsionando el funcionamiento de los mercados” (54).

Ahora bien: la equiparación de la corrupción con un delito que tiene el mismo significado que el atentado contra el sistema democrático genera, también, distintos interrogantes, dudas y problemas.

Por ejemplo: las personas que incurrir en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento: ¿quedan también inhabilitadas a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas? La imprescriptibilidad de las acciones ¿se aplica –o no– a los delitos de corrupción?

Con respecto a la primera pregunta, la respuesta negativa se impone, ya que el propio artículo señala que los autores de estos delitos quedarán inhabilitados “por el tiempo que las leyes determinen” (es decir, se sanciona con mayor severidad la conducta de los usurpadores que la de los corruptos).

Y, con relación al segundo planteo, cabe indicar que existen en la actualidad dos posturas antagónicas:

1) La primera de ellas señala que la imprescriptibilidad de las acciones prevista en el tercer párrafo de este artículo contra los funcionarios de facto debe extenderse a los delitos de corrupción (55).

Fue, por ejemplo, la posición sustentada por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal en el expediente caratulado “Cossio, Ricardo Juan Alfredo y otros s/recurso de casación” (CFP 12099/1998/TO1/12/CFC8): “No puede dejar de señalarse que el adjetivo ‘grave’ utilizado por el constituyente no es casual, sino que refiere a que solamente son atentados contra la democracia aquellas maniobras delictivas que por su complejidad, su daño o extensión puedan socavar las instituciones o los valores de la democracia. Entonces bien, hasta aquí hemos afirmado que los graves casos de co-

rrupción constituyen un delito de carácter constitucional, sin embargo resta precisar cuáles son las consecuencias que acarrea el hecho de que el constituyente los haya catalogado como parte de los posibles atentados contra el sistema democrático. El texto del ya citado precepto constitucional para el primer supuesto delictivo previsto establece que sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Las mismas sanciones se establecen de manera puntual para quienes cometan el segundo supuesto mencionado; y agrega que las acciones respectivas serán imprescriptibles. En estos términos no caben dudas de que las acciones contra quienes cometan los primeros dos delitos constitucionales previstos por el artículo no son susceptibles de prescripción. La cuestión entonces es establecer si esa disposición constitucional de imprescriptibilidad se extiende, o no, al delito constitucional del quinto párrafo. Es decir, definir si nuestra Carta Magna también prevé que las acciones contra los graves actos de corrupción no se encuentran sujetas a las reglas de prescripción del Código Penal. Desde una interpretación gramatical del texto constitucional cobra especial relevancia el término ‘asimismo’ escogido por la Convención Constituyente. Cuando la Constitución señala que ‘asimismo atentará contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento’, refiere que los graves hechos de corrupción cometidos contra el Estado que conllevan enriquecimiento atentan contra el ‘sistema democrático’ del mismo modo en que lo hacen los otros dos supuestos. Por ello, al ser un atentado contra la democracia, y al no haberse establecido constitucionalmente diferencias sobre estos tópicos, es que necesariamente este supuesto debe tener las mismas consecuencias jurídicas que impiden la prescripción, el indulto y la conmutación de penas. Las excepciones a esa equiparación de efectos solamente están dadas por aquellas cuestiones que la propia Constitución dispone. Puntualmente en los primeros dos supuestos la pena de inhabilitación para ocupar cargos públicos es a perpetuidad mientras que en el quinto párrafo se aclara que será por el tiempo que determine la ley...”

2) Otro sector, en cambio, dice que no corresponde declarar la imprescriptibilidad de este tipo de acciones, pues, cuando el art. 36 se refiere a este tema, lo hace en un párrafo que solo alude a la conducta de los usurpadores y funcionarios de facto (56).

Debe señalarse, asimismo, que la protección de la moral pública, en los términos dispuestos por la propia ley fundamental, permite sostener que ella no se focaliza en la perspectiva de un problema aislado de cada persona, sino que necesariamente asume una dimensión colectiva al afectar al conjunto de los miembros de una comunidad determinada (57), de modo tal que constituye un verdadero derecho de incidencia colectiva que hace que cualquier persona interesada tenga legitimación procesal para defenderla y para solicitar a las autoridades su protección (58).

Finalmente, el artículo en comentario dispone que el Congreso debe sancionar una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función, lo que tiene íntima vinculación con todo lo expuesto anteriormente (59), pues es sabido que la falta de ética pública de los gobernantes es la causa principal de la corrupción política (60) (61).

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - ESTADO NACIONAL - DERECHO PENAL ESPECIAL - DELITO - DEMOCRACIA - ELECCIONES - PARTIDOS POLÍTICOS - DERECHO COMPARADO - DERECHO POLÍTICO - DIVISIÓN DE PODERES - PODER EJECUTIVO - PODER LEGISLATIVO - CONGRESO NACIONAL - PODER JUDICIAL

(1) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: Treinta años de una no tan olvidada reforma constitucional de facto, por Guillermo C. Schinelli, ED, 199-616; La “acefalía” del Poder Ejecutivo Nacional (12 de diciembre de

1861 - 12 de abril de 1862), el primer gobierno de facto de la República Argentina (12 de abril de 1862 - 3 de junio de 1862) y la “vacancia” del Poder Ejecutivo Nacional por la ausencia del Presidente de la Nación y el fallecimiento del Vicepresidente (2 al 22 de enero de 1868), por Félix A. Montilla Zavalía, EDCO, 2008-412; La regulación de la “vacancia” del Poder Ejecutivo Nacional durante los gobiernos de facto de 1930, 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976, por Félix A. Montilla Zavalía, EDCO, 2008-536; Pautas para la cuantificación económica por actos de corrupción de Estado. Código Civil y Comercial, por Carlos A. Ghersi, ED, 268-622; Reforma constitucional y consolidación democrática, por Alberto Ricardo Dalla Vía, EDCO, 2006-586; Democracia y representación, hoy. Dos palabras sobre la representación política en el Estado democrático-representativo, por Sergio Raúl Castaño, EDCO, 2008-443; La responsabilidad penal de los partidos políticos en la República Argentina, por Santiago Bertinat Gonnet, ED, 271-637; Treinta años de democracia en Argentina. El desafío de construir calidad institucional 1983-2013, por Ricardo Gómez Diez, EDCO, 2014-348; La legalidad de un partido político cuyos fines son incompatibles con la democracia. El caso del Partido Nacional Democrático de Alemania, por Luis Gustavo Losada, ED, 275-666; Lucha contra la corrupción: el caso Odebrecht. Algunas reflexiones en torno al acuerdo entre las autoridades fiscales argentina y brasileña, por Ricardo Arredondo, ED, 274-735; ¿Es legítima la resistencia armada a los actos contrarios a la democracia o al “orden democrático”, por Marcelo Bazán Lazcano, EDCO, 2019-379. Mensaje del Poder Ejecutivo nacional acompañando el proyecto de “Ley de Defensa de la Democracia”, 13-12-83.

(2) Dromi, Roberto - Menem, Eduardo, La constitución reformada. Comentada, interpretada y concordada, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, pág. 103.

(3) La introducción de esta cláusula estuvo habilitada por el art. 3º, inc. j), de la ley declarativa de necesidad de la reforma 24.309. Fue aconsejada por el Consejo para la Consolidación de la Democracia (conf. García Lema, Alberto M., La reforma por dentro. La difícil construcción del consenso constitucional, Buenos Aires, Planeta,

1994, págs. 273 y 274), que al respecto señaló: “La oportunidad de la reforma constitucional, y la idea directriz que la inspira, la consolidación del sistema democrático, a la luz de los antecedentes latinoamericanos y en nuestro país los provinciales, nos ponen frente a la necesidad de incorporar al texto constitucional normas que garanticen su defensa y su vigencia aun ante la toma del poder por gobiernos usurpadores, consagrando el derecho y el deber a desobedecerlos y resistirlos, desconociendo la obligación de sus actos y sancionando a quienes llevaren a cabo el hecho de fuerza o colaboraren con él” (Reforma Constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires, EUDEBA, 1986, págs. 262 y 263). No obstante, el antecedente más remoto puede verse en el Proyecto de Constitución de Alberdi, ya que su art. 27 decía: “Toda autoridad usurpada es ineficaz; sus actos son nulos”.

(4) Ver Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones, Versión taquigráfica, 12ª reunión, 3ª sesión extraordinaria, 19 y 20 de julio de 1994, págs. 1391 a 1500 (discursos e intervenciones) y 1507 a 1512 (inserciones). Cabe destacar, asimismo, que esta disposición fue la primera sanción realizada por la Convención Constituyente.

(5) Gelli, María A., Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, 2ª edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 316.

(6) Britos, Aquino, Traición a la patria. Traición a la Nación. Poderes de guerra en clave constitucional, en Suplemento de Derecho Constitucional 2018 (marzo), 28-3-18, 1, La Ley 2018-B, cita online: AR/DOC/3274/2017.

(7) Gómez, Claudio D., Constitución de la Nación Argentina, Córdoba, Ed. Mediterránea, 2007, pág. 371.

(8) Rosatti, Horacio D., en AA.VV.: La reforma de la constitución explicada por miembros de la comisión de redacción, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1994, pág. 42.

(9) Frase que, si bien Piotti y Fernández utilizan para referirse a los tribunales en general, resulta la más adecuada para describir la conducta adoptada por nuestro Máximo Tribunal en las etapas más oscuras de nuestro país (ver Piotti, Alberto D. - Fernández, Alberto A., Atentados al orden constitucional y a la vida democrática (Reformas intro-

ducidas por la ley 23.077), LL, 1985-A-918).

(10) En la Acordada sobre reconocimiento del Gobierno Provisional de la Nación del 10-9-1930 (Fallos 158:290), por ejemplo, la Corte Suprema señaló que “el gobierno provisional que acaba de constituirse en el país (...) es un gobierno de facto cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas, en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza como resorte del orden y seguridad social”. Un análisis completo del reconocimiento de los gobiernos de facto por parte de la Corte Suprema puede verse en Baeza, Carlos R., *Exégesis de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000, pág. 446.

(11) Una defensa de la posición adoptada por la Corte puede verse en Oyanarte, Julio, *Historia del Poder Judicial*, en *Todo es Historia*, año VI, n° 61, pág. 106, quien dice que el Máximo Tribunal “ejerció una función de salvación institucional en resguardo de los derechos humanos y de la independencia del Poder Judicial. Fue como si les hubiera dicho a los militares adueñados del poder político: reconozco el poder fáctico que ustedes ejercen, pues de otro modo en el país no habría orden y autoridad sino caos, pero bajo la condición de que respeten las garantías individuales aseguradas por la Constitución; ni no lo hacen, los jueces nos encargaremos de restablecer esas garantías. De esta manera... la Corte salvó nada menos que la parte dogmática de la Constitución en sus aspectos centrales y se reservó el control de constitucionalidad”.

(12) Segovia, Juan F., *La defensa de la Constitución*, en AA. VV.: *Derecho constitucional de la Reforma de 1994*, tomo I, Instituto Argentino de Derechos Constitucionales y Políticos, Mendoza, Depalma, 1995, pág. 52.

(13) Midón, Mario A. R., *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, 2ª edición aumentada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2005, pág. 256.

(14) Rosatti, Horacio D., en AA. VV.: *La reforma de la constitución...*, cit., pág. 43.

(15) Durante el debate en la Convención, algunos convencionales constituyentes hicieron esta objeción pero sin la fuerza suficiente como para que el argumento fuera considerado.

(16) Segovia, Juan F., La defensa de la Constitución, cit., pág. 74, pues “no ha seguido el sencillo y sabio estilo del texto original y se ha introducido en expresiones de deseos y afanes, declaraciones y prohibiciones, reconocimientos y sanciones penales, propios de la tarea legislativa, desnaturalizando el sentido de la función constituyente”.

(17) Ver, por ejemplo, el editorial del diario La Nación del 17-7-96, titulado La Constitución y su ‘parte dogmática’. Refiriéndose a este punto, Alberto Natale dice que jurídicamente es inconcebible “que la Constitución prevea que se interrumpa su cumplimiento, ya que es incompatible con la hermenéutica constitucional el hecho de la revolución...”. Sin embargo, justifica de alguna manera este tipo de cláusulas al señalar que “la historia argentina de muchas décadas es demasiado contradictoria para que nos detengamos en cuestionamientos técnicos sobre una norma que esencialmente es preceptiva de un deber ser que, felizmente, hoy se ha incorporado a las creencias de toda la sociedad. Por eso este artículo debe ser interpretado mirando lo que nos pasó en un tiempo que quisiéramos que fuera lejano, pero cuyas secuelas recién estamos archivando” (Natale, Alberto Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994, Buenos Aires, Depalma, 1995, pág. 34).

(18) Sobre este tema expresan Sabsay y Onaindia: “Se puede observar que se ha incurrido en lo que algunos llaman ‘el angelismo racionalista’, por el cual se tiene la convicción de que el poder de las normas es suficiente para revertir conductas sociales. Pero si bien la historia demuestra la equivocación de dicho concepto, tampoco podemos desconocer la influencia que las normas tienen para disuadir y modificar comportamientos. La penalización constitucional de los golpes de Estado y el castigo impuesto a sus autores y partícipes adoptados en el artículo en comentario, resulta un límite indiscutible para quienes imaginen repetir experiencias de nuestro pasado reciente” (conf. Sabsay, Daniel - Onaindia, José M., La Constitución de los Argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994, 1ª edición, Buenos Aires, Errepar, 1994, pág. 126, comentario al art. 36). En igual sentido al nuestro también se pronuncia Ekmekdjian, Miguel Á., Adenda de la obra Manual de la Constitución Argentina (Comentarios de la reforma constitucional de 1994), Buenos Aires, Depalma, 1994,

pág. 46. Natale, por su parte, observa que “el nuevo art. 36 (de la Constitución Nacional) refleja el afán de no retornar a la dramática vida institucional de un largo medio siglo, que comenzó con la ruptura del 6 de setiembre de 1930 y se prolongó hasta el 10 de diciembre de 1983” (conf. Natale, Alberto, Comentarios sobre la Constitución..., cit., pág. 33).

(19) En la sesión del 19-7-94, el convencional Cafiero se refirió a esta cuestión en los siguientes términos: “Seguramente alguien podrá decir que es utópico y hasta risible que se considere que por el hecho de que exista una cláusula de defensa del orden constitucional o de defensa de la ética en contra de la corrupción no va a haber golpes de Estado ni corruptos en nuestro país. No es nuestra pretensión. Los penalistas saben muy bien que por más castigos que existan en el Código Penal siempre va a haber delitos. No tenemos pretensiones utópicas sino que queremos establecer efectos disuasorios para quienes alienten este tipo de expectativas en el futuro. Por ello hablamos de penas y de imprescriptibilidad de los delitos; por eso extendemos la pena a quienes colaboran con aquellos que ataquen el régimen constitucional o el sistema democrático...”.

(20) Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Buenos Aires, Ediar, 1995, t. VI, pág. 265.

(21) Kemelmajer de Carlucci, Aída, La defensa del orden constitucional y del sistema democrático. La llamada ‘cláusula ética’ de la Constitución, en AA. VV.: La reforma constitucional interpretada, Instituto de Estudio de Derecho Administrativo (IEDA), Buenos Aires, Depalma, 1995, pág. 34.

(22) Hay nulidad y no inexistencia porque se trata de una sanción de la ley suprema que priva de sus efectos propios a dichos actos. No obstante ello, esa nulidad es manifiesta y no requiere declaración judicial alguna, motivo por el cual el acto se considera como si nunca hubiese existido.

(23) “La doctrina de facto es una norma o un principio de derecho que, en primer lugar, justifica el reconocimiento de la autoridad de gobiernos establecidos o mantenidos por personas que han usurpado la autoridad soberana del Estado y se afirman por la fuerza y las armas contra el gobierno legítimo”, confiriéndoles “validez a los actos oficia-

les de personas que bajo la apariencia de derecho o autoridad ocupan un cargo bajo los antes mencionados gobiernos (...) o ejercen cargos de existencia legal de cualquier naturaleza, en los cuales están interesados el público o terceras personas, siempre que la realización de tales actos oficiales sea en beneficio del público o terceras personas y no para su propia ventaja personal”. Es decir que es una doctrina que se basa en consideraciones de orden público, justicia y necesidad “y está destinada a proteger y resguardar de daños a la comunidad en general o a las personas (...) que inocentemente o por medio de coacción se someten, reconocen o invocan la autoridad asumida por los antes mencionados gobiernos (...) o funcionarios” (Constantineau, Albert, Tratado de la doctrina de facto, Buenos Aires, Depalma, 1945, t. I, pág. 9). Concretamente, trata de solucionar una de las cuestiones capitales de los gobiernos dictatoriales como lo es la continuidad jurídica y la validez de las normas que puedan haber sido dictadas durante aquellos. Si un gobierno dictatorial es considerado ilegítimo, entonces también lo serían los actos y normas por él realizados, los que quedarían sin valor alguno una vez que cesara la fuerza que obligaba a su obediencia. Una de las funciones esenciales de la doctrina de los gobiernos de facto, precisamente, es resolver este problema: al aceptar la situación de fuerza como un hecho (facto) que explica la continuidad del Estado, las normas dictadas por los usurpadores adquieren continuidad y legalidad como parte indisoluble del sistema jurídico estatal.

(24) Linares Quintana, Segundo V., Reglas para la interpretación constitucional, Buenos Aires, Plus Ultra, 1988, pág. 19.

(25) Badeni, Gregorio, Reforma Constitucional e Instituciones Políticas, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994, pág. 182.

(26) Segovia, Juan F., La defensa de la Constitución, cit., pág. 63.

(27) Dromi, Roberto - Menem, Eduardo, La constitución reformada..., cit., pág. 103.

(28) Ver, al respecto, Quiroga Lavié: “La nulidad de los actos a que se refiere la norma no son los actos de gobierno o administración ejecutados de hecho por el gobierno usurpador. Esos actos no pueden dejar de tener validez, pues el gobierno de facto no puede producir más daño a la gente que el que produce la deposición de sus gobernantes: todas las transacciones realizadas durante los gobiernos de facto, salvo

las cumplidas en violación del derecho vigente, son válidas, en salvaguarda del principio del respeto por los derechos adquiridos de buena fe, por quienes son ajenos a los hechos de fuerza. Los actos nulos (...) son sólo los de fuerza que produjeron la destitución de los gobernantes (De la Reforma Constitucional. [Actualización de la obra “Derecho Constitucional], Buenos Aires, Depalma, 1994, pág. 21). (29) Kemelmajer de Carlucci, Aída, La defensa del orden..., cit., pág. 34.

(30) Es que un régimen inconstitucional es muy difícil que pueda mantenerse sin colaboradores civiles, y en nuestro país hemos sido testigos –como bien dice Ekmekdjian– de ‘partícipes’ que han gozado y gozan de total impunidad, sin haber sufrido ninguna pena, ni siquiera una sanción moral o social por haber participado de un gobierno de facto, y “que inclusive ostentan prestigio ante la sociedad, que olvida que han sido coautores o cómplices de un delito” (Ekmekdjian, Miguel Á., Tratado de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Depalma, 1995, t. III, pág. 387).

(31) Martín Pancallo D’Ágostino, en su artículo Defensa del orden institucional y el sistema democrático (art. 36, CN), dice que metodológicamente habría sido más apropiado anexar esta cláusula al art. 29 referido a las facultades extraordinarias y a la suma del poder público, pues ambas normas tienen la misma función y el mismo valor político-cultural. Sin embargo, cuando este tema fue abordado en la Convención Constituyente y se efectuó una propuesta para modificar esta mención al art. 29 de la ley fundamental, el convencional Corach sostuvo: “La referencia que en el artículo nuevo se realiza al artículo 29 de la Constitución nacional le da mayor sobriedad y se encuadra mejor que en el texto constitucional vigente. Es por eso que preferimos la redacción que se ha señalado...” (ED, 164-847).

(32) STJ Chubut, 5-7-19 in re: “Ibarra, Raúl Aníbal c. Nahuelquir, Roxana E. y otros s/acción de inconstitucionalidad” (Expte. 25.104/2019).

(33) Ver, por ejemplo, Mercado Luna, Ricardo, Derecho Constitucional Provincial, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2000, pág. 133.

(34) En igual sentido ver Sagüés, Néstor P., Manual de Derecho Constitucional, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, As-

- trea, 2016, pág. 797, quien señala textualmente que la cláusula “apunta hacia el futuro y no hacia el pasado”.
- (35) “El mensaje normativo y simbólico es contundente: no importa el tiempo que pase, quien atente contra dichos bienes será perseguido hasta que sea sometido a un proceso penal. El paso del tiempo no garantizará la impunidad penal” (conf. Gil Domínguez, Andrés, Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Una obligación constitucional y convencional, La Ley del 15-12-15, pág. 1).
- (36) Conf. Pancallo D’Agostino, Martín, Defensa del orden..., cit. En igual sentido ver Segovia, Juan F., La defensa de la Constitución, cit., pág. 52.
- (37) Ver, por ejemplo, Baigún, David, El delito de ‘atentado al orden constitucional y a la vida democrática’ y la reforma de la Constitución Nacional, en Bidart Campos, G. J. - Sandler, H. R. (coords.), Estudios sobre la Reforma Constitucional de 1994, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Buenos Aires, 1995, pág. 55; Quiroga Lavié, Humberto, Estudio Analítico..., cit., pág. 21; Dromi, Roberto - Menem, Eduardo, La Constitución Reformada, cit., pág. 107, entre otros. También admite esta posibilidad Segovia, aunque indicando que es una “inconsecuencia” (conf. Segovia, Juan F., La defensa de la Constitución, cit., pág. 66).
- (38) Pancallo D’Agostino, Martín, Defensa del orden institucional..., cit.
- (39) Doctrina de Fallos 234:16 y 247:387. En el mismo sentido ver Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho..., cit., pág. 266, que señala que “... ningún delito tipificado directamente por la Constitución (...) puede merecer estos beneficios, por la sencilla razón de que los órganos de poder constituido carecen de toda competencia para enervar el efecto penal de las incriminaciones constitucionales”.
- (40) Britos, Aquino, Traición a la patria..., cit.
- (41) Linares Quintana, Segundo, Derecho constitucional e instituciones políticas, t. II, págs. 464 y 465.
- (42) Bidart Campos, Germán J., Derecho Político, Argentina, Aguilar, 1972, pág. 501.
- (43) Sauer, Guillermo, Derecho penal (parte general), Barcelona, Bosch, pág. 193.

- (44) González Calderón, Juan A., Curso de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1958, pág. 159.
- (45) Conf. Vittadini Andres, Susana N., La resistencia a la opresión: sus determinantes constitucionales, ED, 164-838.
- (46) En contra: Badeni, Gregorio, Tratado de Derecho Constitucional, 2ª edición actualizada y ampliada, La Ley, 2006, t. II, pág. 1347, quien afirma que, si bien se trata de una previsión que apunta esencialmente hacia los funcionarios gubernamentales, no se agota con ellos, ya que el perjuicio para el Estado puede ser, también, obra de un gobernado.
- (47) Rosatti, Horacio D., en AA. VV., La reforma de la constitución..., cit., pág. 45.
- (48) Es que “el derecho no puede remover la incultura de la sociedad, el derecho no va a poder remover, de la noche a la mañana, la indiferencia de la sociedad. El derecho no va a poder remover así, ope legis, la falta de participación de la sociedad, que es uno de los problemas más graves, porque los índices de real participación en nuestros sistemas democráticos son minúsculos... Pero sí el derecho puede elaborar una batería de instrumentos que tiendan a ser reprimibles lo que hasta ahora parece impune; y tiendan a prevenir lo que hasta ahora sólo parece algo destinado a una inocua represión. Quiere decir entonces que el derecho puede prevenir y el derecho puede crear herramientas para reprimir; y con la represión puede entonces revertir la tendencia de impunidad en que estamos inmersos...” (Vanossi, Jorge R. A., Primera aproximación al enfoque jurídico de la corrupción, ED, 149-747).
- (49) Conf. Iribarren, Pablo, Corrupción: ¿Delito de lesa humanidad?, LL, 2011-C-328 y Botassi, Carlos, El derecho frente a la corrupción política, sin referencias.
- (50) Sobre este tema ver Pérez Hualde, Alejandro, Instrumentos para un régimen jurídico de combate a la corrupción, LL, 2011-D-926 y Nieto, Alejandro, El desgobierno de lo público, Barcelona, Ariel, 2008, pág. 160: “Aunque la corrupción política sea un fenómeno constante en cada momento se manifiesta con intensidad distinta. Hay tiempos de corrupción en calderilla y otros en doblones, de fechorías esporádicas y de dimensiones globales. Estos que ahora corren son los de la llamada sistémica o estructural en cuanto aparece en todas las piezas

- del sistema público como una regla universal de funcionamiento”.
- (51) Con mucha razón Mariano Grondona ha señalado que, después de la superación de los golpes de Estado y de la hiperinflación, la lucha contra la corrupción es el tercer desafío democrático que los argentinos debemos enfrentar desde que en 1983 nuestro país retomó la senda constitucional (conf. Grondona, Mariano, *La corrupción*, Buenos Aires, Planeta, 1993). Sobre este tema también puede consultarse Nino, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, 2ª edición, Buenos Aires, Emecé, 1992.
- (52) Urquiza, José M., *La falta de ética pública de nuestros gobernantes, causa principal de la corrupción política*, 24-3-18, en “Hay Derecho”, disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2018/03/24/la-falta-de-etica-publica-de-nuestros-gobernantes-causa-principal-de-la-corrupcion-politica/>.
- (53) Valdez, Carlos H., *La defensa del sistema democrático (a propósito del delito de corrupción)*, en AA. VV., *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 2003, pág. 944.
- (54) *Ética, Estado, negocios*, editorial del diario La Nación del 24-9-95.
- (55) Ver, por ejemplo, Gil Domínguez, Andrés, *Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Una obligación constitucional y convencional*, *La Ley*, 15-12-15, pág. 1.
- (56) Ver, por ejemplo, Da Vila, Mariano H., *Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, sin referencias*.
- (57) Loñ, Félix R. - Morello, Augusto M., *Lecturas de la constitución*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2004, pág. 275.
- (58) Gerosa Lewis, Ricardo T., *Temas de Derecho Constitucional*, 2ª Edición, Esquel, FB, pág. 182. Ver, al respecto, CNCiv., Sala K, in re: “Cartañá, Antonio y otros c. Municipalidad de Buenos Aires”, 28-2-91, JA, 1991-II-501 y, especialmente, CNCiv., Sala I, 28-4-93, in re: “Bosch, Francisco c. Inspección General de Justicia”, JA, 1994-I-512: “Toda comunidad se apoya en un núcleo de valores básicos que le da identidad, permiten el desarrollo de saludables diferencias sin riesgo de disolución, operan como supuestos comunes en la convivencia y se traducen en usos y costumbres en cuyo clima, para bien o para mal,

viven y crecen los individuos que la integran. La sociedad es así necesariamente educadora de sus miembros, que reciben su influencia condicionante sin perjuicio de la libertad personal que en definitiva logren alcanzar y ejercer. De ahí que el Estado no pueda desatenderse ni se desatienda de la cuestión, y en virtud de ello oriente la educación, promueva determinadas actividades y prohíba o desaliente otras y custodie la moral pública, o sea como pautas de conducta objetivizadas, al margen de la suerte que puedan correr en el ámbito de la vida privada de cada persona, sólo reservada a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha caracterizado el bien público como el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros el logro más fácil de su propia perfección. Y así entendida, la noción del bien público no sólo hace referencia a las estructuras materiales de la vida estatal. Incluye, también, junto a otras condiciones sociales, políticas, jurídicas y culturales, criterios y pautas morales que hacen a nuestra identidad y ofrecen un marco valioso para el aprendizaje y desarrollo de la convivencia, integrando así el patrimonio espiritual de la comunidad... Más allá de las dificultades que pueda presentar su determinación no se advierten, pues, razones para excluir la moral pública del ámbito de los bienes comunes, susceptible de un interés colectivo o difuso”.

(59) Jeanneret de Pérez Cortés, María, *Ética y función pública*, LL, 2005-D-1097.

(60) “Una ley semejante, siempre que sus disposiciones sean claras y precisas, constituirá una garantía sumamente eficaz para la consolidación de un sistema democrático constitucional. El incumplimiento de las normas éticas por los gobernantes ha sido y es uno de los factores más nocivos para la subsistencia del régimen constitucional, y uno de los argumentos que con mayor frecuencia han utilizado sus adversarios para pretender demostrar su inconsistencia en función del bien común de la sociedad (Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, cit.).

(61) Ver, al respecto, Lazzo, Fidel I., *La ética pública integra el plexo jurídico constitucional*, LL, 1994-E-1412.

© **Dirección de Bibliotecas** – Superior Tribunal de Justicia del Chubut.