

El Reporte

Director: José Luis Pasutti

RAWSON - CHUBUT - PATAGONIA ARGENTINA

AÑO 3 - N° 11 - Noviembre de 2003

REFLEXIÓN

por Pedro J. Frías

Constitucionalista. Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Doctor Honoris Causa de las Universidades Católica de Tucumán y Salta. Doctrinario.

DESDE EL FIN DEL MUNDO

Cuatro días en Ushuaia -estadia undécima y última- me estimulan a reflexionar sobre esta experiencia. En primer término, es justicia reconocer el notable esfuerzo e indiscutido éxito del Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur al convocar las Jornadas en Homenaje a los 150 años de la Constitución Nacional "desde la más joven de las provincias argentinas". En efecto, la provincia de Tierra del Fuego tiene sólo 13 años. Además de los funcionarios de la justicia provincial y los abogados de su capital, éramos los constitucionalistas llegados de todo el país pero con trayectorias diversas. Ese pluralismo se nota tanto en los expositores como en los temas. Nunca habíamos asistido a un congreso -hubo tantos este año- que casi agotara todas las cuestiones propias de nuestra disciplina. Desde luego, el federalismo estuvo presente con exposiciones de gran calidad.

La cordialidad de la reunión hizo lo suyo y todos volvimos contentos de este notable desafío de la justicia provincial, apoyado por el Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia y de Editorial La Ley. La madurez de los constitucionalistas se manifestó en que sus reflexiones, sin ser agresivas, no fueron nada complacientes.

Con los experimentados juristas del "fin del mundo" reflexionamos sobre la Constitución Provincial, lo incumplido y lo desnaturalizado y si así lo expongo, es porque una vez más la clase política

Continúa en pág. 2

LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DEL PODER JUDICIAL Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Por Juan Carlos Hitters

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Titular (Universidad Nacional de La Plata). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Juez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Autor de 7 libros sobre Derecho y más de 100 artículos.

I- INTRODUCCIÓN

A) Planteo del Tema

La expansión que se ha producido en Europa en lo referente al control judicial de la constitucionalidad de las leyes¹ a partir de la Carta Magna Austríaca del año 1920, inspirada por Kelsen -que además fue magistrado del organismo por él pergeñado- a creado un verdadero problema, pues si bien esta incontenible corriente ha encontrado justificaciones de todo tipo, lo cierto es que han aparecido algunos detractores justamente en los EE.UU. -donde el judicial review tiene una vigencia de casi dos siglos- quienes piensan que a través de este modelo se le está dando demasiadas potestades a los jueces, convirtiéndolos en inspectores de los cuerpos legislativo y ejecutivo; y esta crítica no solo apunta a lo interno a través de los tribunales constitucionales, sino a nivel trasnacional,

1 Obsérvese que el sistema de "control judicial de constitucionalidad", como la llaman los franceses; en Italia, es nombrado como "jurisdicción constitucional" y en Alemania, como "defensa de constitución". FIX ZAMUDIO por su parte prefiere hablar de "justicia constitucional" (véase de este autor 25 Años de la evolución de la Justicia Constitucional 1940-1965, México, UNAM, 1968, ps. 12-3)

Continúa en pág. 2

ÉTICA JUDICIAL*

por el Dr. Atilio Anibal Alterini

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (2002-2006). Profesor universitario desde 1962. Profesor invitado de las Universidades Paris-II, Pantheon, Assas y de la República (Montevideo, Uruguay). Profesor Honorario de las Universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, Nacional San Agustín y Católica Santa María de Arequipa (Perú). Doctor Honoris Causa por las Universidades Nacional de Tucumán, de la República (Montevideo, Uruguay) y San Martín de Porres (Lima, Perú).

La ética, se sabe, concierne a la moral, a las obligaciones del hombre.

El discurso ético genera múltiples interrogantes. ¿Qué es lo bueno? ¿Qué es lo malo? Si se considera la ética en el sentido axiológico de Max Scheler, ¿los valores son relativos o son absolutos, dependen del individuo o de la colectividad? ¿Los juicios morales sólo expresan sentimientos del que los formula, como quería Alfred J. Ayer? ¿O llevan además el propósito de influir sobre conductas ajenas, como quería Charles L. Stevenson?

Propongo incluir en la exposición la perspectiva de la estética, que atiende a las

SUMARIO

REFLEXIÓN, por Pedro J. Frías.....	1
LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DEL PODER JUDICIAL Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, Por Juan Carlos Hitters	1
Ética judicial*, por el Dr. Atilio Anibal Alterini	1
CULTURA, TRABAJO Y TRANSFORMACIÓN JUDICIAL, por Ricardo Li Rosi	8
ACTIVIDAD DE LA ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DE CHUBUT	9
EL AUMENTO INUSITADO DE LAS PENAS MÍNIMAS: UNA NUEVA VÍA	
OBLICUA DE DESNATURALIZACIÓN PUNITIVA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, por José I. Cafferata Nores	11
INTERNAS ABIERTAS Y SIMULTÁNEAS EN CHUBUT., UNA INTENCIÓN FRUSTRADA, por Enrique Anibal Maglione	12
LA MEDIDA DE LA JUSTICIA, por Alejandro Javier Panizzi	15

bloquea las reformas que la sociedad pide. La autorización de tachas en las listas sábanas se reglamentó de modo que prácticamente no se cuentan. El Consejo de la Magistratura se politizó y por ser legisladores, están la esposa y una cuñada del gobernador que ahora concluye su mandato, que se apresta a asumir el radical Colazo. Las instrucciones de la Legislatura a los legisladores nacionales de la provincia no funcionan. El Consejo de Planificación no se ha creado. El juicio de residencia desnaturalizado. Y recién se reglamenta la revocatoria anticipada del mandato. Esto que consigno es conocido: todo lo que pueda comprometer a los funcionarios políticos es resistido. Así, la inercia compromete cualquier programa de reforma política, por necesaria que sea. Los ponderados juicios del jurista Demetrio Martinelli me fueron útiles. Entre tanto, concluía la XIII Reunión del Comité de Frontera y se acordaban Río Grande –la ciudad más poblada de Tierra del Fuego- con Punta Arenas en Chile, para vincularse a través de una micro región de océano a océano. Me sentí fortalecido en mi insistencia a favor de la integración regional.

En otro sentido, advierto con júbilo

que Ushuaia es otra ciudad; la urbanización y las viviendas son de calidad. El porcentaje de inseguridad y de necesidades básicas insatisfechas (NBI) son mínimas. Claro, el turismo internacional le ha dado un gran impulso. Pero ahora, el gobierno analiza con preocupación el fallo en que la Corte Suprema de Justicia Nacional, no le reconoce a la provincia costera ninguna potestad tributaria, más allá de las 3 millas marítimas. Se priva a sí a Tierra del Fuego, de cobrar impuestos a la explotación de petróleo y la pesca de mar.

Regreso pues de un largo viaje y una corta estadía con el estímulo de que la Argentina tiene en el sur una esperanza. La naturaleza es más pródiga que la sociedad que la maneja. Y por esto, entregué el premio Eco-Córdoba a la comprovinciana Graciela Ramacciotti, quien es Presidenta de la Fundación Finis Tèrrea, que salvó el bosque nativo. Y algo más, recorrí el antiguo presidio, hoy convertido en museo, elemental pero atrapante. En un calabozo, una figura de cera, en saco y corbata, está escribiendo rodeado de libros: es Ricardo Rojas, el más ilustre de los reclusos.

¿No sería una ficción de Borges?.

etc

LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DEL PODER JUDICIAL Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

donde los “pocos hombrecillos” que forman parte de la Corte Internacional, terminan siendo los custodios finales de la interpretación del derecho de un sector comunitario, y por ende los que fijan el orden axiológico de una determinada sociedad².

De ahí entonces que quienes que consideraron que son excesivas esas facultades han intentado retacearlas de algún modo ya sea negándole a los jueces legitimación democrática³, o limitando su actividad a la mera aplicación de las normas; algo así como pretendía la Revolución Francesa, que veía a los jueces como “fonógrafos” de la ley, negándoles toda posibilidad de creación de lo que podríamos llamar “valores políticos y sociales”.

En definitiva tal cual lo remarca CAPPELLETTI⁴ -a quien seguimos en este trabajo- en último termino todas estas cuestiones giran en derredor del “formidable problema” (problème formidable) de la legitimada democrática de los individuos (los jueces) y grupos (la

judicatura) que llena con su propia creación (la jurisprudencia) y por consiguiente con su personal jerarquía de valores, o con sus “predilecciones personales” los standars –recipientes relativamente vacíos de conceptos- como por ejemplo, la libertad, la equidad, el buen padre de familia, etc.

B) Objeciones a la legitimidad democrática

a) Planteos

Desde esta perspectiva se ha dicho que los jueces –y por consiguiente el poder judicial- al no ser generalmente elegidos por el pueblo, no pueden a través del control de constitucionalidad, ser custodios de los otros poderes del Estado, siendo que éstos son quienes gozan de legitimidad democrática⁵.

Antes de seguir adelante, conviene dejar en claro que en realidad esta problemática viene mal planteada, y por ende –como luego veremos- las

2 Sobre este tema puede verse CAPPELLETTI, MAURO, *Justicia Constitucional Supranacional*, traducción de Luis Dorantes Tamayo, “Revista de la Facultad de Derecho de México”, mayo-agosto de 1978. t. XXVIII, N° 110, ps. 337-366.

3 RIGANO, FRANCESCO, *Costituzione e Potree Giudiziario*, Padova, Cedam, 1982, P.22.

4 CAPPELLETTI, MAURO, *el Formidable*

problema de control judicial y la contribución del análisis comparado, traducción de Faustino González, Nueva Época, “Revista de Estudios Políticos”, enero-febrero, 1980, N° 13, p. 61.

5 GUNTHER, G., *Cases and Materials on Constitutional Law*, Nueva York, Foundation Press, 1975, ps. 3-25 (véase CAPPELLETTI, *El formidable problema...*, ob. Cit., p. 62).

ESCUELA DE CAPACITACION JUDICIAL

Director:

Fernando S. L. Royer

Secretaria Académica:

Nadine Laporte

Vocales:

Trelew:

Juan Loup Gerber
Fabio Monti

Sarmiento:

Tomás Malerba
Gustavo M. A. Antoun

Esquel:

Gerardo Tambussi
María Cristina Lanfranconi

Comodoro Rivadavia:

Sergio Oribones
Iris Moreira

Puerto Madryn:

Néstor Lorenzetti
María Inés de Villafañe

Asoc. de Mag. y Func. Judiciales:

Daniel Pintos
María Marta Onaindia

María Tolomei en representación
del Procurador General

Defensoría General:

Arnaldo Hugo Barone

Editor:

Sergio Pravaz

Ejemplar Ley 11723. Registro de la
Propiedad Intelectual N° 241116

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

objeciones quedan en falsete; pues modernamente no rige a rajatabla el clásico sistema francés de la estricta división de los poderes, sino que está en juego la moderna concepción del check and balance (frenos y contrapesos), donde ninguno de ellos debe estar por encima de los demás, dado que existe un mutuo control, sin preeminencias. Aunque, claro está, que debemos reconocer, a menos que pequemos de una excesiva ingenuidad, que el ser las cortes supremas, los postreros intérpretes de las cartas fundamentales, son ellos quienes tienen la última palabra en la interpretación del derecho, por aquello que recalca COOLEY, que la "ley es lo que los jueces dicen que es". Podría decirse que el legislativo está siempre en condiciones de derogar por vía legal, a la jurisprudencia deformante; pero esto resulta una utopía, porque los magistrados judiciales son quienes finalmente aplican las reglas preceptivas, aunque obviamente aquella posibilidad existe, y todo depende de los engranajes y mecanismos que cada ordenamiento posea.

b) Frenos y contrapesos.

Equilibrio de Poderes. Ampliación de las potestades del Poder Judicial.

Parece innecesario poner de resalto que con el andar de los siglos, tanto el ejecutivo como el legislativo, como ciertos "grupos de poder han ido aumentando constantemente sus facultades⁶, fenómeno que se ha profundizado en los últimos tiempos con al aparición del Estado Social que precisa de un gran aparato burocrático para promocionar los derechos más postergados.

Sin embargo, a la par, para evitar la ruptura de este equilibrio, que podríamos denominar "ecológico", es necesario conferírle al judicial mayores facultades (y obligaciones), y que pese a las críticas de DELVIN⁷, ha permanecido siempre a la zaga (como cenicienta entre los que deberían ser sus pares)⁸.

En este cuadro de situación el control judicial de la actividad legislativa, se ha convertido, como con toda nitidez pone de relieve MAURO CAPPELLETTI, en un elemento esencial del moderno Rechtsstaat, donde los órganos jurisdiccionales aparecen como la barrera de contención contra el sobredimensionado auge de los cuerpos ejecutivos y deliberativos, y de los grupos de poder (estos últimos hasta con conexiones multinacionales)⁹.

Este intento ha reverdecido el temor reverencial a la "tiranía de los jueces" que —como trataremos de probar— no tiene en verdad fundamentos valederos, porque si bien como hipótesis es factible, en la práctica ello nunca ha sucedido, porque la sociedad siempre ha encontrado los antídotos necesarios para evitar estos males¹⁰. De ahí entonces que no pocos hayan pensado que —tal cual lo adelantamos— al carecer los órganos jurisdiccionales de legitimación democrática, por no ser elegidos por el pueblo, su actividad no puede ser privilegiada con respecto a los otros poderes, que gozan de esa condición, sobre todo el Parlamento¹¹.

c) Réplica. La legitimación indirecta del poder judicial.

1) El rol del Poder Judicial

Si fuera cierto que realmente el Poder

Judicial está privado de esa legitimación democrática, el fundamento de la jurisdicción constitucional, quedaría apotocado sobre un tembladeral.

Hay que reconocer que ciertos cuerpos jurisdiccionales inicialmente dedicados a impartir verdadera justicia pueden con el tiempo transformarse en instrumentos de sojuzgamiento, si permanecen por largo sin la "ratificación" republicana. Está probado que los derechos sociales y políticos en los sistemas democráticos poseen mayores posibilidades de ser respetados a cabalidad¹². En este orden de pensamiento ha dicho KOOPSMAN¹³: "la democracia y los derechos humanos están estrechamente relacionados, y si quieren preservar esta forma de gobierno, las cortes deben asumir los roles que tienen asignados"¹⁴. No cabe hesitación sobre la exactitud de estas palabras si se tiene en consideración el importante papel que los cuerpos jurisdiccionales, especialmente los tribunales constitucionales, han tenido por ejemplo en Austria, Alemania, Italia y Francia, luego de la segunda guerra mundial, lo que puede considerarse un verdadero "activismo judicial" a favor de los derechos del hombre¹⁵.

2) Argumentos a favor de la legitimación democrática

La opinión de MAURO CAPPELLETTI

Antes que nada debemos puntualizar que el control judicial de constitucionalidad parece ser más eficaz que el parlamentario¹⁶, sin dejar de reconocer sus peligros e inconvenientes, que algunos han resumido en los brocárdicos latinos quis custodiet custodes (¿quien custodia a los

6 La lucha por obtener mayores potestades, no ha sido solo del poder judicial con respecto a los otros dos. Repárese que en la República Francesa, como una forma de restarle atribuciones al Parlamento, se permitió lo que dio en llamarse "la legislación por decreto". Por ese método se sancionó el código de procedimiento civil, en la década del 70.

7 DELVIN, LORD, *Judes and lawmakers*, "Moder Law Rev.", 1976, citado por CAPPELLETTI, *Giudice Legislatori?*, Milano, 1984, p. 82.

8 Como lo pone de resalto CESÁREO RODRÍGUEZ AGUILERA (*El Poder judicial en la Constitución*, Barcelona, Bosch, 1980), existe una crítica antigua a la división de los poderes del Estado, hoy anacrónica incluso para sectores conservadores, en la que se confunde su propia naturaleza, al equilibrar el tradicional equilibrio y la consideración a la soberanía popular con un Estado dividido e inestable. Es la nostalgia del Estado Antiguo y el Estado absolutista que modernamente ha pretendido justificarse con la doctrina del caudillaje, desde las obras de W. SOMBRIT, A. SCONKE y H. NEFF, hasta la derrota militar del fascismo y el nazismo en la segunda guerra mundial (ob. cit., p. 31).

9 El formidable problema..., ob. cit., ps. 95-96.

10 No podemos olvidar la importancia que tuvo la jurisprudencia en la creación y perfeccionamiento del sistema jurídico. En efecto repárese que en la época romana, ante que las instituciones quedaran consolidadas por la Codificación Justiniana, el derecho fue enriquecido durante varias centurias por las creaciones pretorianas, fenómeno similar al sucedido posteriormente en Inglaterra con los Chancellors y las Courts of Equity (véase THOMAS, J., *Textbook of Roman Law*, Amsterdam, North Holland, 1976, ps. 35-36. Idem, MERRYMAN y CLARK, D., *Comparative Law, Western European and latin American Legal System*, Indianápolis, Bobb-Merril, 1978, ps. 78-79, citados por CAPPELLETTI, *El formidable problema del control judicial...*, ob. cit., p. 99).

11 Parece ocioso acotar que en todas las épocas ha habido una puja entre los distintos poderes por su prevalencia con respecto a los demás. Un ejemplo reciente lo tenemos en la V República Francesa, ya que como una forma de contrarrestar al del Parlamento, permitió en ciertas circunstancias lo que dio en llamarse, "la legislación por decreto". Así se sancionó el código de procesamiento civil, en la década del 70.

12 CAPPELLETTI, *Giudice Legislatori?*, ob. Cit., ps. 83-84.

13 KOOPSMAN, T., *Legislature and Judiciary, Present Trends in New Perspectives*, p. 337, citado por CAPPELLETTI, *Giudice Legislatori?*, ob. Cit., p. 83.

14 Sobre el aumento de las potestades de los jueces, véase también MORELLO, AUGUSTO M., *Un nuevo rostro de la justicia, Jurisprudencia Argentina*, boletín 5466, del 4 de junio de 1986. Idem, *Un nuevo modelo de justicia, La Ley*, boletín del 5 de junio de 1986.

15 La influencia de dichos órganos de justicia en estos tres Estados ha sido realmente importante. Adviértase que se ocuparon de trascendentes temas, como la constitucionalidad de la legislación sobre el aborto; pese a que no fue resuelto en forma idéntica en tales países. En efecto en Francia lo permitieron, lo mismo que en Italia; mientras que Alemania se puso en una posición conservadora, rechazando una ley que estaba destinada a legalizar ese tipo de intervención quirúrgica.

16 En Inglaterra, obviamente, no tiene vigencia el control judicial de superlegalidad, pues allí se ha proclamado, como resulta por demás sabido, la ilimitada supremacía del Parlamento.

custodios?), o *custodit ipso custodit*¹⁷.

No obstante ello desde la misma vertiente, es necesario destruir “la utopía occidental” consistente en creer que solo el Parlamento y el Ejecutivo tienen consenso, pues según se está demostrando modernamente, en verdad no son solamente ellos paradigma de la democracia representativa, ya que es el Poder Judicial el que está más cerca del pueblo, al resolver los problemas que cotidianamente las partes presentan ante los tribunales¹⁸.

Dijo en ese aspecto el profesor de Berkeley, MARTÍN SHAPIRO que lo que realmente emerge de un análisis de los cuerpos legislativo y ejecutivo, no es su calidad de organismos democráticos, mayoritarios, que portan la voz de la voluntad popular, ante quien responden; sino más bien una compleja estructura de ciertos grupos que buscan ventajas entre los varios centros de presión. Por ello lo que en verdad resulta de esta puja, no es la expresión de la mayoría sino más bien el interés de los sectores con privilegio numérico¹⁹.

Sin querer ir tan lejos, y sin admitir una tesis tan extrema –que puede minar todo el sistema parlamentario y destruir en serio el equilibrio de funciones- lo cierto es que la opinión mayoritaria, no siempre está realmente representada en los parlamentos, o por lo menos, no en todos los casos resulta voluntad “genuina”²⁰.

Puede repetirse entonces, como resumen de este primer argumento, que el cuerpo legiferante, si bien en teoría es el representante del pueblo, en la realidad, y en más de una oportunidad, esta

influenciado por los distintos factores de poder; por lo que desde esa óptica no goza de mayor consenso que el Poder Judicial; que es en definitiva el que está más cerca de quienes reclaman justicia, es decir de la población en general.

Además, y como segundo fundamento no será baladí puntualizar, como acota DHAL, refiriéndose a los EE.UU.²¹, que la Suprema Corte –que como homóloga argentina cumple funciones de Tribunal Constitucional- no está privada de representatividad, porque pese a que está compuesta por nueve ministros designados de por vida por el presidente, con el acuerdo del Senado, se renueva, de promedio, un miembro cada veintidós meses. Este rápido recambio –similar al de los otros dos poderes- demuestra, en síntesis que la filosofía de dicho cuerpo judicial, no dista de la de los demás organismos de Estado²². Esto se advierte con mayor perspectiva en los países de jurisdicción concentrada, donde los componentes de la Corte generalmente son seleccionados con un criterio político. Por ello en definitiva –como más adelante lo veremos- la formación de esos organismos es una muestra de espectro político gobernante, salvo que la designación surja de un sistema “clasista”, sin intervención de los demás poderes.

Si bien es verdad que no es fácil definir en pocas palabras, que es la democracia²³, parece claro que para que ese tipo de gobierno quede configurado es necesaria cierta participación popular; y aunque parezca mentira, en el Poder Judicial es donde más se da esta nota; pues como antes vimos, los litigantes tienen –por lo

menos deben tenerlo en base al principio de intermediación- un “trato directo” con sus juzgadores. Repárese desde este cuadrante, que aquí “el pueblo” actúa directamente, mientras que ante el ejecutivo o ante el legislativo, su participación es normalmente mediata²⁴. Además las Cortes Constitucionales, son continuamente llamadas a resolver cuestiones de alto contenido político y social²⁵ –desde la discriminación racial, hasta el aborto- lo que las obliga a estar cerca de la realidad.

En suma, hay dos reglas fundamentales, que para CAPPALLETTI, son la garantía de la legitimación democrática del poder judicial, a saber: 1) el juez –especialmente de las Cortes Supremas o de los Tribunales Constitucionales- interviene a petición del interesado y por ende en contacto directo con las partes²⁶; y 2) se trata de un tercero imparcial, que no está sujeto a ningún tipo de presión²⁷.

Pero hay otro razonamiento reforzante en favor de la legitimidad de la Justicia, y el mismo consiste en que ella es custodia del principio de legalidad –característica del Estado de Derecho- por medio del cual la actividad gubernamental debe estar basada en ley. En consecuencia al ser la norma legislativa una creación de los representantes del pueblo, quien lo aplica goza indirectamente de dicha representatividad²⁸.

Enanclado con este análisis aparece otro fundamento trascendente –de tipo sociológico- y es el de la jurisprudencia como fuente del derecho, fenómeno que puso de relieve COSSIO hace más de

17 ZAMUDIO, FIX, *Veinticinco años...*, ob. cit., p. 151.

18 CAPPALLETTI, *Giudice...*, ob. cit., ps. 203-204; idem, mismo autor, *El formidable problema...*, ob. cit., p. 94.

19 SHAPIRO, M., *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Englewood Cliffs, NJ, Prentice Hall, 1966, p. 24, citado por CAPPALLETTI, *Giudice Legistoti?*, ob. cit., p. 84.

20 Debemos aclarar que la opinión de SHAPIRO se refiere al derecho norteamericano, aunque tales reflexiones pueden ser válidas para todo el mundo occidental, con muy pocas excepciones. Naturalmente –como asevera CAPPALLETTI- esos “grupos estarán más o menos organizados, según los países, y podrán tener en consecuencia mayor o menor acceso a las fuentes del real poder político” (ob. cit., p. 85).

21 Aunque sus predicciones son aplicables a nuestro país.

22 DHAL, R. A., *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, en “NJ of. Public Law”, 1957, ps. 279-295, referido por CAPPALLETTI, *Giudice...*, ob. cit., p. 85.

23 Recordemos las expresiones de JUAN B. ALBERDI, cuando decía: “Para todos los sistemas tenemos obstáculos, y para el republicano representativo tanto como para otro cualquiera. Sin embargo, estamos

arrojados en él, y no conocemos otros más aplicables, a pesar de nuestras desventajas. La democracia misma se aviene mal a nuestros medios, y sin embargo, estamos en ella y somos incapaces de vivir sin ella. Pues esto mismo sucederá con nuestro federalismo o sistema general de gobierno; será incompleto, pero inevitable a la vez” (ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*).

24 CAPPALLETTI, *Giudice Legistoti?*, ob. cit., ps. 97-89. Es cierto –expresa el citado profesor de Florencia y de Berkeley- que existe el peligro que los jueces se transformen en burócratas, alejados de la realidad, pero que cuando ello acaece un sano sistema democrático, tiene los anticuerpos necesarios para poner en marcha el modelo de “los recíprocos controles” (frenos y contrapesos). Una jurisprudencia deformante que surja de esas circunstancias puede ser derogada expresamente por las leyes (ob. cit., ps. 90-91), e inclusive resulta factible llegar a reformar la Constitución, y en su caso también posible hacerle juicio político a los magistrados judiciales que no cumplan con su deber (véase también, mismo autor, *El formidable problema...*, ob. cit., ps. 62-63, y en especial, nota 6).

25 Repárese la influencia jurígena que ha tenido la Corte Norteamericana en los tres primeros decenios de este siglo, dictando fallos

que forjaron fallos la acción política y legislativa. Tal actitud estuvo afincada en la gran indeterminación de las normas de la Constitución de ese país –y en general de todas, recordemos que se trata de reglas de principio- que obligaron al órgano jurisdiccional a llenar los vacíos. En cambio en los últimos tiempos su control respecto de la constitucionalidad de las leyes ha perdido intensidad –salvo para la defensa de los derechos públicos individuales: Civil Liberties- al ceder frente a la voluntad del Congreso o del presidente (BISCARETTI DI RUFFIA, ps. 565-566, en especial notas 77 y 78).

26 Resulta sabido que esta nota se da con mayor claridad en el modelo dispositivo, aunque también vale para los demás, en la medida que estamos hablando de órganos “superiores”, o de “control de constitucionalidad”, quienes actúan por recurso o por incidente, casi siempre a petición del propio justiciable.

27 Aduna este autor, que esto es en realidad un mito, porque la ley necesita ser interpretada, y allí hay siempre creación por parte de los magistrados judiciales (*Giudice Legistoti?*, ob. cit., p. 91).

28 Ob. cit., ps. 90-92.

29 Ese notable iusfilósofo argentino se ocupó sin vacuedad de esta temática, en dos de sus obras, la primera: *La teoría eológica del derecho. Concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot; y la segunda: *El derecho*

cuatro décadas en nuestro país²⁹. En efecto, la creación de normas y de valores por parte de los jueces, que aparece inevitablemente cuando interpretan la ley, legítima también su tarea. Los tribunales que no pueden hacer menos que participar en la producción del derecho son de ese modo, -como adunaba GENY- los que ponen la última palabra en la exégesis, y quienes fijan el rumbo de la interpretación³⁰.

Ciertamente que en este aspecto los judicantes tienen que tener cuidado con las extralimitaciones, y saber cuál es el límite justo, para no entrometerse en las cuestiones que algunos llaman "no judiciales"³¹, generalmente referidas a political questions³²; y por ende deben ejercer a tiempo el self restraint³³, a fin de evitar que de esa forma se rompa el equilibrio de funciones (frenos y contrapesos).

Pero es preciso recalcar -como señala CAPPELLETTI- que la legitimación de los cuerpos jurisdiccionales, es diversa de la del Parlamento cuyos miembros son casi siempre directamente comisionados por la voluntad mayoritaria. En el caso de los jueces su aptitud está dada por una fundamentación bifronte, pues como ha destacado ALEXANDER BICKEL³⁴, aparece en ellos una mezcla que se da únicamente en los jueces; por un lado lo que este autor llamó "el aislamiento de los estudiosos" -que resulta trascendente para encontrar valores supremos- y; por otro, la preocupación por los "casos reales" que a cada momento deben resolver. Esta conducta se diferencia sin duda de la del legislador, que como antes vimos, trata problemas generales y abstractos, como son los que las leyes regulan.

En este sentido la tarea judicial tiene la posibilidad de ser realmente representativa, próxima y sensible de las

necesidades de la población. Desde esta óptica hay que tener en cuenta que la capacidad de las Cortes de ser receptivas de las carencias de los individuos, es más amplia que la de los individuos, es más amplia que las de los demás órganos del Estado. Mientras las llaves para abrir las puertas de los tribunales se viabiliza por una demanda; resulta mucho más difícil y misterioso llegar a los estrados de una Cámara Legislativa³⁵.

C) Límites del control de constitucionalidad

a) El debate norteamericano previo a la creación de la Corte Constitucional italiana.

Estrechamente vinculado con lo que venimos abordando, está el tema, de los límites del control de constitucionalidad (y en general de los límites de "la actividad jurisdiccional") pues existen grandes dudas sobre cuales son las fronteras hasta donde los jueces pueden llegar en su inspección sobre la superlegalidad de las leyes, ya que algunos piensan que no deben ir más allá de un controlador técnico jurídico (de procedimiento); mientras que otros estiman que están potenciados para revisar también el fondo (la "esencia", como dice CAPPELLETTI).

Esta confusión se presentó en Italia en la década del 40, en los debates previos a la creación de la Corte Constitucional³⁶. El principal desideratum era el de saber si la función de la misma debía ser "técnica", o "política"³⁷. Ciertos legisladores y no pocos juristas, sobre la base de la naturaleza "no democrática" de este cuerpo, estaban por la primera corriente, sosteniendo que el verdadero sistema Kelseniano reducía al Tribunal Constitucional a un organismo "técnico", dedicado exclusiva-mente a imponer la

supremacía de la Carta Suprema.

CALAMANDREI, por su parte, representando al Partido Demócrata, se refirió indirectamente a esta problemática, adunando que los miembros de ese cuerpo tenían que estar equilibrados entre "políticos" y "jueces de carrera".

Desde otro punto de vista, algunos entendieron que el control de constitucionalidad, provenía de la ideología liberal aristocrática, de neto cariz conservador, ya que a través del mismo, lo que se pretendía era mantener los privilegios clasistas³⁸.

El catolicismo concebía a este modelo, como una defensa contra el peligro del excesivo estatismo, y contra el positivismo jurídico, de esencia hegeliana, que concebía al derecho como la voluntad del Estado. En definitiva, este sector estaba a favor de una Corte Constitucional, para salvaguardar al derecho natural.

Los comunistas, estimaron entonces, que los jueces ordinarios, no son los más idóneos para defender ciertas prerrogativas supremas del hombre, y trajeron a colación en el debate parlamentario, ciertos decretos sobre reforma agraria, donde los judicantes comunes actuaron pasivamente, como Pilatos. Este sector proponía que los magistrados de la Corte Constitucional, fueran electos directamente por el pueblo, para lograr una "verdadera legitimación democrática".

Lo cierto es que la Corte Constitucional italiana pergeñada en 1947, opera según CALAMANDREI, a través de un modelo híbrido situado entre el austriaco (técnico) y el norteamericano (político), pero, con personalidad italiana³⁹.

Trajimos a colación -en forma por demás estenográfica- este debate pues allí quedaron perfiladas las dos tendencias

en el derecho judicial, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1967. En ambas destacó la labor creativa del juez al momento de individualizar la norma que debe aplicar en la sentencia, discrepando en algunas cuestiones con el insigne jurista vienés HANS Kelsen. Señalaba COSSIO (El derecho en el derecho judicial, p. 97), que el juzgador siempre lleva a cabo una tarea creativa, por ejemplo, en los casos en que la ley señala un conjunto de posibilidades, todas igualmente legítimas, al escoger una, su actitud es similar a la del legislador, pues éste al sancionar una norma, elige una solución, dejando otras de lado, solo que a diferencia del legislador, el juez interviene sobre casos singulares. Señaló en muchas oportunidades que el fallador crea derecho al sentenciar, dándole vida a una norma individual (Teoría Ecológica, ps. 102 a 190, 454, 478 y 548).

30 Sobre el Tribunal Constitucional Español y su funcionamiento, puede verse, además de la bibliografía ya citada, ALMAGRO NOSETE, JOSÉ, Justicia Constitucional, Madrid, 1980; FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, La jurisdicción Constitucional en España, Madrid, 1984; RUIZ LAPEÑA, ROSA, El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República Española, Barcelona, 1982; MARTINEZ

SOSPEDRA, MANUEL, Aproximación al Derecho Constitucional Español, Valencia, 1980. CANO MATA, ANTONIO, El recurso de Amparo, Madrid, 1983; GIMENO SENDRA, VICENTE, El proceso de corpus corpus, Madrid, 1985; PEREZ LUÑO, ANTONIO, Los derechos fundamentales, Madrid, 1984.

31 Véase, OYHANARTE, JULIO, Cuestiones no justiciables, en Temas de casación y recursos extraordinarios. En honor al Dr. Augusto Mario Morello, Librería Editora Platense, S.R.L., p. 143.

32 OYHANARTE, ob. cit., p. 147.

33 HITTERS, JUAN C., Posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes (Necesidad de que la Corte Nacional rectifique su doctrina), ED, 116-896.

34 The Least Dangerous Branch, Indianápolis, Bobb-Merril, 1962, ps. 25-26, citado por CAPPELLETTI (Giudice Legislatore?, ob. Cit., p. 92). Esta combinación, según dicho autor, da a los órganos de justicia la capacidad de apelar a las virtudes naturales de los hombres que pueden haber quedado olvidadas en la confusión del momento, y predestina a los jueces a convertirse en la voz de la razón, asumiendo la función creativa de descubrir ciertos

principios impersonales y duraderos.

35 Es esta la opinión del notable juez federal norteamericano SHIRLEY HUFSTEDLER (véase CAPPALLETTI, Giudice..., ob. cit., p. 95).

36 Sobre esta problemática, puede consultarse a RIGANO, FRANCESCO, Costituzione e Potree Giudiziario, Padova, Cedam, 1982, ps. 215-259.

37 RIGANO, ob. cit., p. 232. Se suscitaron allí muchas divergencias, como por ejemplo, la elección del órgano que debía resolver los temas de inconstitucionalidad; pues algunos preferían los jueces ordinarios, mientras que otros se inclinaban por los "especializados". GIUSEPE ILEGIBILE se alineó en la primera tendencia, sobre la base del hasta entonces sistema vigente en Italia de la autoexpansión o autoatribución, de la Corte de Casación, en los casos de "arbitrariedad" o de "gravedad institucional". Obviamente esta tesis no privó. Tampoco había unanimidad en el seno de la comisión, sobre si debería sancionar una Constitución "rígida" o "flexible", pese a que luego triunfó la primera postura (ob. cit., ps. 216-259).

38 Ob. cit., ps. 233-235.

39 Ob. cit., ps. 252-254.

sobre los límites del control de constitucionalidad.

b) Límites

En definitiva, según adelantamos, esta problemática ronda en rededor de delinear cuales son los reales límites de control de constitucionalidad. Vimos que sobre el particular existen dos corrientes, que podemos sintetizar, en las opiniones de ELY y de CAPPALLETTI, por ser en algunos aspectos antagónicas.

JOHN H. ELY⁴⁰, defiende la idea de que la jurisdicción constitucional debe solamente garantizar la ecuanimidad de los "procesos políticos" (función técnica), dejando a éstos la determinación de los valores.

MAURO CAPPALLETTI, aclara propedéuticamente, que resulta casi imposible trazar una línea abstracta que determine genéricamente las fronteras hasta donde puede llegar legítimamente la inspección judicial. No obstante replica con mucho respeto a los argumentos de ELY, sosteniendo que los jueces como creadores de derecho deben también ocuparse de los valores. Se pregunta aquel publicista ¿se puede proteger la ecuanimidad de los procedimientos, sin inferir en los resultados de los procesos?, y la respuesta que da, es negativa.

En síntesis -en su opinión, que en esto como vimos coincide con la de COSSIO- los valores supremos deben ser "interpretados" por los jueces, y la interpretación implica necesariamente creación. En definitiva, de ese modo la jurisdicción constitucional, descubre y elabora pautas axiológicas fundamentales e inevitables. Claro está que como lo pusimos ya de resalto, son los propios judicantes los que deben poner límites a su controlador: self restraint, para mantener ese "equilibrio ecológico" de funciones, al que hemos hecho referencia.

II - CONCLUSIONES

Señalamos que a partir de la Constitución austriaca de 1920, se ha contorneado en Europa, con algún paréntesis a causa de la Segunda Guerra Mundial, un extenso movimiento hacia la jurisdicción constitucional de los preceptos legislativos⁴¹.

Empero -como corriente en sentido contrario- se reactivaron especialmente en los EE.UU. las antiguas críticas referentes a la carencia de legitimación democrática de estos cuerpos, que por no representar a la "voluntad popular" como expresión de la democracia, jamás debían

inspeccionar a los otros poderes, que gozan de ese sustento. Desde este andarivel se acotó también que el control judicial de constitucionalidad hace caer en peligro de la politización de la justicia, en la expresión de CARL SCHMITT⁴² o judiocracia, para utilizar las palabras de LOWENSTEIN⁴³, o en el gobierno de los jueces⁴⁴.

En suma, para frenar aquella explosión, por un lado se le negó representatividad al poder judicial, encarnado en este caso en los Tribunales o Cortes constitucionales; y por otro se intentó reducir su tarea a un mero control "técnico" del encaje de la ley en la Carta Fundamental. Y lo curioso de todo ello es que la mayoría de estos sermones tendientes a minar las facultades judiciales, se han originado en los Estados Unidos donde el modelo del judicial review tiene dos centurias de vida.

Acotamos ya, que esta temática debe analizarse en su justa perspectiva, pues no se trata de darle más potestades a un poder que a otro, sino de buscar una armonía entre las funciones del Estado.

Empero no hemos negado que ha habido un crecimiento desparejo del poder judicial con respecto a los otros dos, pues tanto el ejecutivo como el legislativo se fueron sobredimensionando con la aparición del Estado Social⁴⁵ o Promocional. Por ello como una consecuencia natural de equilibrio -de ahí que metafóricamente lo hayamos denominado "equilibrio ecológico"- los cuerpos jurisdiccionales fueron recuperando espacio, por vía del control de constitucionalidad; y la medida para mantener esa equidistancia está en estos órganos sepan, como hasta ahora, autolimitarse.

En lo atinente a su "legitimación democrática" hemos visto, por un lado que el parlamento, no siempre resulta ser la expresión genuina del pueblo, sino que muchas veces, es la consecuencia de la mayor o menor fuerza que puedan tener ciertos grupos de presión; y por otro que ese "consenso" se debe entender de modo distinto en el campo jurisdiccional que en los otros dos; ya que no interesa aquí tanto el modo de elección de sus miembros, como la "forma" de ejercicio de su ministerio. En definitiva, es la democracia un modo de gobierno como se caracteriza por la participación del pueblo, y éste no está ausente -sino por el contrario- en los pedimentos judiciales.

Desde tal óptica, esa "representatividad", puede clasificarse como indirecta, porque al aplicar los judicantes, la ley, elípticamente -como los ballesteros-

adquieren ese halo democrático que la norma legislativa posee.

No hay peligro -por lo menos hasta ahora no se vislumbra- que los magistrados judiciales se alejen de la realidad, para convertirse en "déspotas", dado que ellos tienen que resolver a diario, problemas de alto contenido social y político que los obligan a poner los pies sobre la tierra. La garantía que estos órganos pueden ofrecer -tal cual lo adelantamos- es por un lado que intervienen, por vía de principio, a solicitud de las partes, siendo ellas quienes fijan el thema decidendum; y por otro, que se trata de un tercero imparcial, que no está sujeto a ningún tipo de presiones.

Toda la problemática que hemos abordado, gira en definitiva en derredor de lo que CAPPALLETTI llama el formidable problema (nosotros lo hubiéramos denominado el insoluble problema) de la índole y los límites de la función judicial y de la legitimidad de los jueces y en general del poder judicial y de los tribunales constitucionales, que al "interpretar" las normas, llenan con su propia jerarquía de valores, los conceptos demasiados vagos y latos que surgen de las constituciones.

Conceder a estos magistrados tan tremendo potencial, no es a priori ni bueno ni malo, depende de la forma en que lo ejerzan y de los medios que gocen los demás poderes para contrarrestarlo, en caso de excesos. Además resulta muy difícil fijar en la forma abstracta una línea que determine hasta qué punto puede llegar la inspección jurisdiccional. "La solución de este formidable problema y a las numerosas cuestiones, dudas y desafíos conectados con el fenómeno del control judicial puede ser solo relativa, determinada por variables contingentes, tales como la historia y tradiciones de una sociedad determinada, las demandas y aspiraciones particulares de dicha sociedad, sus estructuras y procesos políticos, el tipo de jueces que ha producido, etcétera"⁴⁶.

Para concluir queremos destacar la importancia y originalidad que tiene toda esta dogmática que busca conferirle legitimidad a los tribunales constitucionales en su puja con los demás poderes del Estado, para mantener el deseado equilibrio. De todos modos estos esfuerzos pueden resultar estériles si se colige que la democracia no es una cualidad de los órganos en particular, sino de todo el régimen de gobierno de una Nación, y tan "representativo" es el parlamento, como el poder administrador, como el judicial; aunque este último no sea elegido por votación popular.

40 *Toward a Representation-Reinforcing Made of Judicial Review*, en "MD. L. Rev.", 1978, núm. 37, p. 3 (véase CAPPALLETTI, *El formidable problema...*, ob. Cit., p. 62).

41 *A la par de ese desarrollo se ha formado una nueva disciplina, como "el anillo de Saturno", que se denomina "Derecho procesal constitucional"*.

42 *La Defensa de la Constitución*, trad. Por S. Sartos, Barcelona, 1931, p. 33.

43 *Teoría de la Constitución*, trad. por Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, 1964, p. 324.

44 RABASA, EMILIO, *La Constitución y la dictadura*, 3ª ed. México, 1956, p. 189.

45 "Estado de Derecho Democrático de carácter social, como lo denomina el art. 20,

fracción I de la Constitución de la República Federal Alemana" (véase HERGHEL, WILLHEM, *Protezione del lavoro mello y stato de diritto sociale*, "Nuova Rivista di diritto commerciale, diritto dell' economia, diritto sociale", Pisa, 1956, p. 67 y sigtes).

46 CAPPALLETTI, *El formidable problema del control judicial*, ob. cit., p. 63.

ETICA JUDICIAL*

tensiones entre lo que es tenido por bello y lo que es tenido por feo, entre lo que agrada y lo que desagrada. En esa área, la estética axiológica atiende a un grupo de valores (como lo bello o lo ordenado) y también discute si esos valores son relativos o son absolutos, si dependen del individuo o de la colectividad.

Parece evidente que la colectividad exige de jueces una cierta ética y una cierta estética. Quiere, a la vez, que sus jeces procedan bien, y que no actúen desagradablemente.

El reclamo de la gente no coincide necesariamente con los niveles éticos y estéticos que todos los jueces están dispuestos a asumir, pero constituye un piso mínimo debajo del cual la gente les pierde el respeto o la confianza, o directamente los repudia. Este mínimo exigido y determinante debe resultar del sentido común, como punto intermedio entre el escepticismo y el dogmatismo, que adecua al *senus communis naturae* de los escolásticos, y que toma en cuenta el criterio generalizado respecto de algunos principios o de algunas verdades a las que considera aceptables.

Las estadísticas indican que, a lo sumo, uno de cada diez argentinos tiene confianza en sus jueces. ¿Quiénes creen en ellos? Seguramente algunos desatentos, los parientes, los seguidores del consejo del Viejo Vizcacha “hacete amigo del juez”. Pero también, y fundamentalmente, los que efectivamente sabemos, por conocimiento de causa, que en general, nuestros jueces son buenos y tienen conducta ordenada. Como ha dicho el juez Anthony Kennedy, “si se percibe injusticia, si en apariencia parece que la hay, el Poder Judicial se encontrará bajo la sospecha del descrédito”. Las estadísticas sólo atañen a lo que la gente piensa de sus jueces, no a lo que los jueces son. Y el común de la gente cree que en nuestro tribunales rigen reglas como estas: “A los amigos, hasta el alma. A los enemigos, sin alma. A los indiferentes el, Derecho vigente”.

Una vieja norma de conducta, el Reglamento para la Justicia Nacional, contiene varias normas de ética y de estética que suelen ser incumplidas.

Leamos algunas de las reglas principales del Art. 8 de ese Reglamento y comparemos sus preceptos con la conducta cuando menos antiestética de muchos jueces:

Deben ser reservados respecto de los asuntos en trámite ante un tribunal. Y violan el secreto del proceso, posibilitan que las pruebas sean ventiladas públicamente, o directamente se convierten en *telejueces*.

No deben interesarse en asuntos de terceros. Y su actitudes dan lugar a que la gente crea que efectivamente se interesan en asuntos de terceros.

Deben abstenerse de actividad política en resguardo de su independencia. Y la

gente tiene la convicción de que no sólo tienen que ver con la política sino que se subordinan a ella y se convierten en sirvientes del poder.

Deben rehusar dádivas o beneficios. Y varios jueces han dado el escándalo de haberlos recibido.

En suma, muchos jueces no observan, como deberían, como se lo imponen las normas, “una conducta irreprochable”, que concierne a la corrección y a la apariencia correcta de su vida personal y de su vida profesional, la cual implica su hombría de bien, su discreción, su transparencia, su prudencia, su serenidad de juicio, su imparcialidad, su diligencia, su eficiencia, su neutralidad, su rectitud, su integridad, su independencia. Conoció los tiempos en que la conducta de los jueces era irreprochable, y en esos tiempos la gente tenía una imagen positiva de ellos.

La conducta irreprochable tiene que ver con el decoro, esto es, con la circunspección, con el recato, con la honra, con el pundonor. El decoro no es respetado cuando ciertos jueces, en vez de ser ascéticos, son exhibicionistas; en vez de ser recatados, son descarados; en suma, en vez de ser jueces, son togados sin toga, pobres fantoches que corrompen un rol nobilísimo que sólo puede ser desempeñado en sintonía con la dignidad. Estos malos jueces se hacen notar, estos malos jueces son los que la gente ve, y son los que contribuyen en una alta proporción a decidir la opinión negativa de más del noventa por ciento de los argentinos que creen que en la Argentina no hay Justicia.

En los últimos siglos el poder de gobierno en los Estados pasó del Monarca al Parlamento, y luego se trasladó a los jueces. En los Estados Unidos de América, se trata de un largo proceso, iniciado desde que en *Marbury V. Madison*, en el año 1803, la Corte Suprema consideró que los tribunales tienen potestad para invalidar las leyes contrarias a la Constitución; y son bien conocidas las afirmaciones sobre la vigencia del gobierno de los jueces en ese país. En Europa, el poder de los jueces resulta claramente de los criterios de la Corte de Justicia de la Unión, que ha establecido la supremacía del Derecho Comunitario desde “*Van Gend en Loos*” del año 1963, hasta “*Francovich y Bonifaci*” del año 1991, caso en el cual reconoció el efecto directo del Derecho Supranacional, y decidió que los sujetos del Derecho Comunitario son no sólo los Estados sino también los particulares, quienes están legitimados para demandar cuando los derechos que de él emanan se incorporan directamente a su patrimonio jurídico.

Mariano Moreno imaginó a la Argentina como un Estado de Derecho con una “Constitución firme”, con un gobierno que tenga delineado “el camino de sus operaciones por reglas” que no estén “en

sus manos trastornar”, y con gobernantes sin “libertad para hacerse malos impunemente”. Para conseguirlos son necesarios jueces. Jueces como los de Prusia en tiempos de Federico II El Grande.

Cuenta la historia que este monarca autócrata quiso comprar las tierras de un campesino. Que éste no estaba dispuesto a venderlas. Que, entonces, lo amenazó con imponerle la venta en uso de sus poderes reales absolutos. Y que el campesino, sin amedrentarse, le dio una respuesta paradigmática: “No majestad, no será así mientras en Prusia haya jueces”.

El imperio de la Justicia es un reclamo natural del ser humano, y los jueces simbolizan tanto la realidad como las aspiraciones de ese imperio de la Justicia. El Juez que quiere la ciudadanía —con palabras de García de Enterría— no debe ser ni órgano ciego ni señor del Derecho. El Juez debe asumir compromiso con la Justicia, tener coraje para ser el gladiador en la defensa de sus valores supremos, aportar soluciones adecuadas a las circunstancias de cada tiempo tan innovadoras como sea necesario, y debe asumir que cada sentencia no se agota en sí misma sino que forma parte de un universo en el que se proyecta como precedente. La sociedad reclama jueces que tengan —como quería Jemolo— manejo de juristas, que estén libres de círculos encadenantes e inhibidores, y que obren como personas vivas, comunicadas y despiertas a la posibilidad múltiple. A la vez, la sociedad repudia el fariseísmo judicial que aparenta hipócritamente respetar el Derecho que elude cualquier responsabilidad para con la Justicia.

Yo tengo un sueño. Que algún día el Presidente de la Corte Suprema de Justicia argentina, tenga como el Chief Justice de la Corte de los Estados Unidos de América, el primer rango de status en la consideración pública, aún por encima del Presidente de la Nación. Que, cuando un Presidente de la Corte Suprema argentina muera, puede decirse de él lo que el Presidente Clinton dijo del fallecido Chief Justice Brennan: “se fue un gigante legal, cuyas contribuciones a la libertad y a la igualdad nunca desaparecerán”; y que, como el Justice Brennan, merezca ser enterrado en un lugar equivalente al Cementerio Nacional de Arlington, que sólo recibe a los grandes hombres de la Nación del Norte.

* Conferencia del Dr. Atilio Aníbal Alterini dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 2/10/03 en el marco de las Jornadas Internacionales sobre Ética Judicial.

CULTURA, TRABAJO Y TRANSFORMACIÓN JUDICIAL*por Ricardo Li Rosi**Juez Nacional en lo Civil. Prof. universitario. Miembro del Consejo Académico de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura. Director Académico de la Academia Judicial (International Judicial Academy - Washington - EEUU). Autor de numerosos trabajos sobre su especialidad.*

Nadie tiene derecho a quejarse de su época ni de su gente; pues si son malos ahí está él para hacerlos mejores.

Carlyle

PROLOGANDO LAS IDEAS Y LOS CONCEPTOS...

Tenía apenas 19 años cuando empecé a trabajar en Tribunales. Desde hace veinte que vengo leyendo, oyendo y viendo todas las estadísticas, todos los diagnósticos, todos los pronósticos, todas las profecías, todas las maquetas, todas las ciudades (judiciales y extrajudiciales), todos los proyectos, todos los anteproyectos, todas las escuelas, todos los centros (de capacitación y de incapacitación), todos los proyectos piloto (co-piloto y de todas las fórmulas, químicas también), todos los discursos, todas las promesas, todas las cuentas (presupuestarias, de tres simple, de tres compuesto, álgebra judicial, etc.), todos los procedimientos, todos, todos, todos...

El maestro de los laberintos decía que de ellos sólo se salía por arriba... Cualquier otra salida sería tanto como someterse a la ley del laberinto...

Recordando esa enseñanza, un día decidí confiar menos en todo lo que había leído, escuchado y visto y decidí confiar más en mí, en mi percepción y en mi pensamiento...

Y decidí -para empezar- que no soy Juez, **trabajo** como Juez. A la mañana, bien temprano, cuando despierto debajo de la ducha, no soy Juez, soy apenas un tipo tratando de inaugurar el día y olvidar la protección fiel de la cama. Cuando estoy en la cancha, no soy Juez (o colegiado, según terminología hispana), apenas soy un apasionado -aunque pacífico- «hinch». Cuando estoy con mis hijos, no soy Juez de mis hijos, trato de ser un buen padre. Siento que debo amar y no juzgar a quien tanto me ama. Cuando estoy con mis amigos, no soy Juez de mis amigos (pocos lo soportarían), sino compañero de sus vidas...

En definitiva, decidí que prefería **trabajar** de Juez que **ser** Juez. Recordé, para ello, que los Jueces en las Antiguas Escrituras eran algo así como una suerte de Profetas; la imagen de Moisés, bajando del Sinaí, con la Verdad Revelada no era -definitivamente- el traje que más convenía a mi decisión...

Preferí, en cambio, la imagen del Juez en una República y la imagen del trabajo me inundó hasta la plenitud. La Magistratura decidí, no debía ser para mí una misión, siquiera una sagrada sino un trabajo. Entienda bien quien a esta altura siga leyendo que no estoy hablando de cualquier trabajo sino de uno excepcional, superlativo, institucionalmente relevante pero... un trabajo.-

Entendí, entonces que, como todo trabajo, exige de la presencia de un trabajador que, forzoso es decirlo, se «**somete**» (por «entregarse a») a las reglas del trabajo. Admite que, como todo

trabajo, exige la existencia de herramientas, que debe reconocer y que debe aprender a manejar. Lo primero, porque no todas las herramientas sirven para todos los trabajos; lo segundo, porque no basta poseer las herramientas sino manejarlas idóneamente. Y luego admití que, reconocida la calidad del trabajo, la existencia del trabajador, el reconocimiento y el aprendizaje de las herramientas, era preciso ordenar un plan de trabajo pues, como todo producto humano, debe seguir un orden...

Acepté, luego, que para trabajar de Juez en una República es preciso un grado de sutileza tal que permita tratar con cuestiones, asuntos, pensamientos y personas muy diferentes a los míos. Para ello era necesario dotarme de un «**plus**» de tolerancia...

Si hay una nota que distingue a nuestra especie del resto es que somos capaces de hacer la misma cosa de diferentes maneras... No sólo varias personas hacen la misma cosa de diferente manera; la misma persona tiene la capacidad de hacer la misma cosa de formas distintas... Amamos de diferentes maneras, comemos de diferentes maneras, nos vestimos de diferente forma, tenemos distintos cortes de cabello, tenemos pensamientos diversos... Y la tolerancia consiste, precisamente, en soportar (tolerar) tales diferencias...

Intuí, entonces, el grado de superlativa tolerancia que posee el Juez de Instrucción para poder juzgar conductas tan distintas a las que conducen sus valores; para poder presenciar y valorar objetivamente a los delitos y sus autores. Concluí, entonces, que para este «trabajo» era necesaria una dosis de tolerancia superior a la de cualquier ciudadano común que, en una República, debe ser importante...

Luego pensé que este «**trabajo**» de Juez no tiene una sino muchas maneras de ser realizado... La riqueza de la República no consiste en que haya uno sino varios «**perfiles**» de Juez...

Más tarde recordé que uno de los requisitos para ser nombrado Juez, Fiscal, Defensor, Secretario, es el título de Abogado... y no pude comprender por qué sólo se llamaba así a quienes ejercían su profesión como litigantes... «**los**» abogados somos casi todos los agentes relevantes del proceso judicial... también -recuerdo- está el justiciable. Pero no advertí -más allá de la función- que hubiese alguna diferencia significativa entre unos y otros abogados de los que trabajan en la solución de los conflictos y, entonces, decidí eliminar toda distinción que no fuera -precisamente- la que estrictamente marcaba la función...

Y, si se trataba de realizar un trabajo, pero no uno cualquiera sino uno de relevancia institucional, que había sido puesto en manos de los abogados, que exigía un grado de tolerancia que tornaba a ese individuo en alguien sutil, que la sutileza radicaba -principalmente- en la tolerancia con lo diferente, que sutil era el trabajo y el trabajador porque trata de algo tan delicado como la ley y la justicia, decidí que era un desafío... pero no uno cualquiera...

Entonces debí elegir el método del trabajo y pensé que, el que más me convenía era el del ensayo y del error. Pero para que me sirviera el método debí aceptar un par de premisas... que me equivoco y que aprendo más de los errores que de los aciertos...

No hay religión, filosofía, doctrina o ideología que sostenga que el hombre es perfecto... El hombre es, por esencia, defectuoso, tiene defecto («vicio», llamamos los abogados al defecto; vgr. el «vicio» de los actos jurídicos o el «vicio» de los actos procesales) y advertí, luego, que el vicio más grave que se puede tener es pretender no tener defecto alguno...

Y, si se trata de juzgar conductas (nunca personas), es preciso, además de la sutileza y la tolerancia, soportar el defecto que lleva ínsita la naturaleza humana...

Elegido el pensamiento que habría de guiarme y el método por el que llevaría a cabo el pensamiento, que el ensayo y el error habrían de enseñarme el camino, advertí -luego- que debía admitir que todo ello estaba sujeto a un proceso de cambio...

Es que el hombre es sutil, el hombre es tolerante, el hombre es defectuoso pero, también, el hombre cambia... Pasan los años y, con ellos, nuestra visión del mundo, de la vida y de nosotros mismos. Y pensé, entonces, que un pensamiento abierto, dispuesto al cambio, sería bueno para mis propósitos y útil para el método que había elegido...

Para elegir las herramientas volví al principio según el cual no «soy» Juez sino que trabajo de ello y entonces advertí que el Juez no es «el que más sabe» sino el que menos... y ello me dolió...

Pero luego reflexioné y ví que, objetivamente, el Juez es quien menos sabe de la causa. Las partes, quienes las representan, conocen muchos más detalles que los que son traducidos en los escritos y alegatos y, en cuanto al Derecho... el Juez es un abogado generalista, de una vasta cultura jurídica pero... sobre esa causa en particular es quien menos sabe pues los plazos y la consabida superpoblación de expedientes le impide interiorizarse con los detalles que podrían ponerlo en pie de igualdad de conocimiento...

Claro que si «soy» Juez, no necesito herramienta alguna; basta con «La Verdad» y «La Justicia» de la cual sería una suerte de intérprete único, exclusivo... pero no fue ésa mi decisión y entonces comprendí que aprender a preguntar, manejar bien mis tiempos profesionales, conocer adecuadamente las causas, adquirir un concepto probatorio, subordinar a él los ofrecimientos... serían mis herramientas y a su conjunto me gustó que las llamaran «manejo de casos»...

Pero cuando todo parecía ir bien y fui con mis ideas, mi tolerancia, mi sutileza, mi pensamiento y mi cambio, me encontré con alguien que no lo soportó y me dijo:

«está bien, pero aquí siempre se hizo así»...

Y luego me encontré con otro abogado, que pensaba parecido a mí, pero que nunca había trabajado en los tribunales porque, a los diecinueve años, empezó a trabajar en un bufete de un abogado viejo y sabio y me dijo que a él le había pasado lo mismo y lo mismo le contestaron y, cuando protestó, le dijeron que era «el criterio del Juzgado» y cuando volvió a protestar le dijeron «preséntelo por escrito»...

Entonces pensé que la persona que así me contestó a mí y al abogado que trabajaba en el bufete (que para entonces ya había heredado del viejo sabio), no era muy sutil, ni demasiado tolerante, ni admitía que cometía errores, ni estaba demasiado dispuesto al cambio...

El «criterio» del juzgado me sonó a algo despersonalizado... Es que si se tratara del criterio de Gómez o Ramírez, tendría al menos la posibilidad de discutirlo con ellos... pero si se trataba del criterio del «juzgado» del cual ese señor era su máximo intérprete (algo así como un semidiós olímpico), la cuestión se me hacía -ciertamente- más complicada...

Y recordé cuando alguna vez en la Facultad me hablaron del «criterio de la Cátedra» y recordé, también, que no se decía es el criterio del Profesor Martínez o del Adjunto Pérez, a quienes conocía... y también entonces era muy complicado para mí discutir con una Cátedra...

Y entonces concluí que esa manera de pensar era una la continuación de la otra y decidí, entonces, que no la quería para mí y para mi trabajo, porque no me servía...

Decidí, luego, que mi pensamiento no tenía nada que ver con esa ideología ni era útil para el cambio que me proponía y, entonces, decidí que mi pensamiento fuera complejo, pero no complicado...

Más tarde, cuando tuve todo esto más o menos claro, decidí conocer a otros y

comparar sus trabajos con los míos... y fui tan lejos que hasta otros países conocí... Y en esos otros lugares vi cómo otros hombres y mujeres que trabajaban como jueces se reunían en «centros» y «escuelas». Pensé al principio que se trataba de conocer algún dogma universitario pero luego me di cuenta que se trataba de un lugar que se buscaba...

Para entonces ya tenía para mí que no debía preocuparme tanto de todas las estadísticas, todos los diagnósticos, todos los pronósticos, todas las profecías, todas las maquetas, todas las ciudades (judiciales y extrajudiciales), todos los proyectos, todos los anteproyectos, todas las escuelas, todos los centros (de capacitación y de incapacitación), todos los proyectos piloto (co-piloto y de todas las fórmulas; las químicas también), todos los discursos, todas las promesas, todas las cuentas (presupuestarias, de tres simple, de tres compuesto, álgebra judicial, etc.), todos los procedimientos, todos, todos, todos... y que si algo podía ser cambiado, ello estaba en mí, mucho más cerca de lo que creía y, entonces, concluí que «mi posición frente al trabajo define mi trabajo»...

Es que, según la posición que asumiera frente a este, mi trabajo, iba a ser el resultado-producto y que había muchas cosas importantes que podían ser modificadas pero ello no estaba en mis manos ni en mi posibilidad; pero había muchas otras que sí podrían modificarse si mi pensamiento y actitud cambiaban... y así lo hice...

Y me sometí (me entregué a) la regla del trabajo pues, aceptando que es un trabajo, que soy un trabajador, que necesito de las herramientas y preciso de un plan, es que me sirve el método y el pensamiento... pues para nada me servirían las reglas de la organización, el método de los casos, la agenda inteligente, el control de la prueba, el método del ensayo y el error si no acepto lo primero, que de un trabajo se trata y lo segundo, que mi posición frente a él lo define, como todo producto humano define la posición del hombre que se plante frente suyo...

ACTIVIDAD DE LA ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DE CHUBUT

La ECJ conceptualmente ha sido definida por sus integrantes como un espacio de debate y reflexión permanente que pone en valor cualidades y eficiencia del desempeño de magistrados, funcionarios y empleados. En muchas ocasiones, las jornadas, cursos y talleres fueron dictados por capacitadores locales y principalmente de las filas del Poder Judicial.

De la abundante programación académica que ha desarrollado la Escuela de Capacitación Judicial a lo largo del año 2003, los cursos de Atención al Público, Técnicas de Prensa para Jueces, Fiscales y Defensores, y el referido al Manejo de Audiencias, tuvieron una muy buena repercusión.

SE LLEVÓ A CABO UN CURSO DE ATENCIÓN AL PÚBLICO

Fue organizado por la Escuela de Capacitación Judicial. Notable repercusión entre empleados y funcionarios.

La Escuela de Capacitación Judicial informa que se llevó a cabo el pasado 01 de septiembre en la ciudad de Trelew, el Curso de Atención al Público destinado a todos los operadores del Poder Judicial.

El mismo, que se dictó en instala-

ciones del Quincho de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de Trelew (Portugal y Cabot), contó con una nutrida concurrencia, entre empleados y funcionarios del Poder Judicial de las ciudades de Rawson, Trelew, Puerto

Servicio Social

Los capacitadores del mencionado curso fueron los integrantes del Servicio Social de la circunscripción judicial de Trelew.

A través de diversas metodologías, fueron abordados los siguientes objetivos: a) Identificar las peculiaridades comunicacionales de los distintos actores con quien se relacione cotidianamente. b) Conducir eficazmente una entrevista con objetivos claros. c) Evaluar las situaciones que se le presentan a fin de determinar la conveniencia de su intervención. d) Discriminar entre los actores y el problema no identificándose ante situaciones conflictivas. e) Los límites de la empatía. f) Brindar a los operadores del Poder Judicial estrategias de atención al público, que reduzcan el stress laboral.

Ante el éxito obtenido y la demanda que provocó la propuesta, la Escuela de Capacitación Judicial informa que se dictará nuevamente este curso de capacitación antes de fin de año.

Jueces, fiscales, defensores y funcionarios judiciales asistieron a un curso de capacitación en técnicas de comunicación de medios de prensa.

TÉCNICAS DE PRENSA PARA JUECES, FISCALES Y DEFENSORES

La Escuela de Capacitación Judicial informa que entre la tarde del 19 y la mañana del 20 de setiembre del corriente se llevó a cabo en su sede (Rivadavia y Jones/Rawson) un "Seminario Taller de Técnicas de Prensa para jueces, fiscales, defensores y funcionarios judiciales". El mismo, estuvo a cargo de los periodistas Daniel Alonso y Eduardo Epstein.

En la oportunidad, estuvieron participando, además de los magistrados y funcionarios judiciales que se dieron cita en la E.C.J. a fin de llevar a cabo prácticas de entrenamiento para una mejor comunicación del mensaje judicial a la comunidad, el titular del Alto Cuerpo, Dr. Fernando S.L. Royer y el ministro, Dr. Daniel Luis Caneo.

Marco Conceptual

El Superior Tribunal de Justicia adjudica una vital importancia a la incorporación de un espacio de análisis y práctica del lenguaje de los medios de

difusión destinado a jueces, fiscales, defensores y demás funcionarios judiciales. El objeto es ahondar en los aspectos esenciales de un entrenamiento eficaz para los operadores del Derecho, en un marco de intercambio interdisciplinario.

En las presentes jornadas se abordaron los requerimientos específicos sobre técnicas de prensa y comunicación (radio, televisión y gráfica) a fin de establecer, desde la dinámica de taller, otra perspectiva que incorpore diversos contenidos del mundo de los medios periodísticos para lograr una comunicación más efectiva sobre el mensaje que los diversos órganos de justicia tienen para dar a la comunidad.

Capacitadores

El mencionado curso de capacitación estuvo dictado por los periodistas Eduardo Epstein y Daniel Alonso, prestigiosos profesionales de los medios de prensa de la ciudad de Comodoro Rivadavia, y docentes en temas vinculados al mundo de la información.

Arturo Eduardo Epstein: Jefe de Redacción de diario Crónica (1976/1990). Miembro de Número de la Junta de Estudios Históricos de Comodoro Rivadavia. Productor y Conductor Periodístico LU 83 TV Canal 9 (1991/1992). Jefe de la Sección Policiales y Judiciales en diario El Patagónico (1991/2002). Fundador y primer Presidente de la Asociación de Periodistas, Reporteros Gráficos y Camarógrafos de TV de Comodoro Rivadavia (1995).

Daniel Hugo Alonso: Prosecretario de Redacción diario El Patagónico (1979/1983). Becario Rotary Club, Mississippi y Tennessee, USA (1984). Director de Cultura de Comodoro Rivadavia (1983/1990). Jefe de Redacción de diario Crónica (1990/1992). Prosecretario de Acción Cultural, Universidad Nacional de la Patagonia, San Juan Bosco (1992/1994). Director de Radio Universidad - UNLPSJB- (1995/2003). Fundador y primer Tesorero de la Asociación de Periodistas, Reporteros Gráficos y Camarógrafos de TV de Comodoro Rivadavia (1996).

SE DESARROLLÓ CURSO SOBRE MANEJO DE AUDIENCIAS PARA ABOGADOS DEL FORO

Exitoso taller sobre manejo de audiencias en el marco de la Reforma

Procesal Civil se desarrolló en Rawson. Estuvo dirigido a abogados del foro como operadores del derecho. En la 2ª etapa habrá una dramatización filmada sobre casos concretos.

La Escuela de Capacitación Judicial informa que el viernes 10 de octubre del corriente, entre las 16.00 y las 20.30, se llevó a cabo en su sede (Rivadavia y Jones - Rawson), un notable "Taller sobre Manejo de Audiencias en el marco de la Reforma Procesal Civil". El mismo estuvo dirigido a los abogados del foro en su carácter de operadores del Derecho.

Apertura

La apertura de este exitoso taller de capacitación para abogados estuvo a cargo del Dr. Juan Gerber, quien es miembro titular, por la ciudad de Trelew, en el Consejo Consultivo de la Escuela de Capacitación Judicial. En la oportunidad, Gerber, en representación de la ECJ, dio la bienvenida a los 20 profesionales del derecho, explicó la metodología del trabajo a desarrollar durante la jornada y presentó al Dr. Sergio Lucero (Juez de la Cámara Civil y Miembro de la Comisión Redactora para la Reforma Procesal Civil), quien a su turno efectuó una completa introducción sobre las características del anteproyecto de Reforma Procesal Civil. Luego expuso detalladamente el método de trabajo que será necesario durante el manejo de audiencias y los diversos aspectos de esta metodología.

Asimismo y luego de concluir con el marco teórico de referencia, se dispuso la proyección de videos a fin de trabajar sobre los mismos, para pasar luego a la etapa de debate y discusión, la que se extendió, en virtud de la riqueza del mismo, hasta las 20..30.

Segunda etapa

Durante la segunda etapa, que se llevará a cabo el viernes 7 de noviembre del corriente en la sede de la ECJ (en breve se confirmará mayor información al respecto) se desarrollará un trabajo de role play, es decir una dramatización o puesta en escena entre todos los asistentes, que incluye filmación de video) a fin de localizar el trabajo de campo sobre el manejo de las audiencias, con casos concretos y reales, desde la metodología de Taller.



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



EL AUMENTO INUSITADO DE LAS PENAS MÍNIMAS: UNA NUEVA VÍA OBLICUA DE DESNATURALIZACIÓN PUNITIVA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

por José I. Cafferata Nores

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba.
Profesor Titular de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional de Córdoba.

La buena doctrina procesal siempre ha señalado que la privación de libertad durante el proceso, por aplicarse a un inocente que no ha sido declarado culpable por sentencia, solo puede tener una naturaleza cautelar, despojada de todo atisbo o intención de pena anticipada.

Por lo tanto, tal medida de coerción procesal únicamente podrá legitimarse como excepción («no debe ser la regla general») dispone el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de nivel constitucional - Art. 75 inc. 22 -), cuando existiendo suficientes pruebas de culpabilidad (que con una proyección hacia el futuro muestren como probable la imposición de una condena cuyo justo dictado se quiere asegurar), la privación de libertad sea imprescindible (de máxima necesidad y no sustituible por otra medida coercitiva de similar eficacia pero menos severa), para eliminar el grave peligro (por lo serio y probable) de que el imputado en libertad, obstaculice el accionar de la justicia, frustrando la investigación (borrando, ocultando o alterando pruebas de cargo), impidiendo con su fuga la sustanciación completa del proceso (el juicio en rebeldía está proscrito en nuestro ordenamiento jurídico), o eludiendo el cumplimiento de la pena que se le pueda imponer al dictarse sentencia condenatoria (conductas frustratorias éstas, denominadas genéricamente por la doctrina, «daño jurídico»).

a) No obstante lo expuesto, ha sido una regla en nuestro país que las autoridades gubernamentales alzaprimen la prisión preventiva como el recurso más impactante en la lucha contra el delito, procurando que funciones como un anticipo de pena. Esta desviación es característica de toda América Latina. Carranza, Houed, Mora y Zaffaroni, afirman en tal sentido que «la reacción penal intimidante en la jurisprudencia y la instrumentación de la prisión preventiva con igual criterio, es un signo inequívoco de subdesarrollo en el área de la administración de justicia penal» (*El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, ILANUD, 1983, p.140).

Pero esto no ocurre solo en nuestra región. Desde la Europa continental Luigi Ferrajoli advierte que «la captura del imputado sospechoso inmediatamente después del hecho representa, sin duda, la medida de defensa social más eficaz: primero se castiga y después se procesa, o mejor, se castiga procesando» (*Derecho y razón* - Ed. Trotta, 1995, p. 775).

Estas desviaciones convierten a la prisión preventiva en una herramienta de marketing, mediante la cual las agencias legislativas o judiciales procuran mejorar su imagen de gestión ante la comunidad. Es aquí donde la tentación de echar mano a la prisión preventiva para paliar con ese «castigo» inmediato y anticipado, aunque sea falazmente (y con puro efecto cosmetológico) la crisis en que se encuentra sumido el sistema de administración de justicia, parece «políticamente» irresistible, y se echa mano a esos fines a diversas instrumentaciones legislativas.

b) La desnaturalización punitiva del encierro previo a la condena tuvo hasta no hace poco tiempo, una preponderante instrumentación de «naturaleza procesal»: mediante reformas a códigos de procedimiento penales se buscaba evitar la excarcelación de los imputados de ciertos delitos, para que su prisión preventiva fuese obligatoria y cumpliera así una función de sanción ejemplar

anticipada (pena a cuenta). El mecanismo consistía, o en disponer directamente la «inexcarcelabilidad» de ciertos delitos (vgr, el abigeato), o en invocar argumentos de variada índole (vgr, gravedad o repercusión social del hecho; posibilidad de que el imputado continúe con esa actividad delictiva) para prohibir la excarcelación, pero sin que estos argumentos se fundaran ni demostraran la necesidad de asegurar los fines del proceso mediante la imposición obligatoria de la prisión preventiva. Por esta vía, en cambio, se buscaba y se lograba adelantar pena el imputado, adelanto de pena que era disfrazado de medida de coerción pretextando inexistentes razones de cautela procesal.

c) Pero en los últimos tiempos, el mismo e inconstitucional propósito se procura por el método inverso. Se trata ahora, en cambio, de hacer imposibles esas excarcelaciones, aumentando inusitada o desproporcionadamente los mínimos de las escalas penales previstas para ciertos delitos, con el único y declarado propósito de evitar cualquier posibilidad de libertad, imponiendo obligatoriamente el encierro durante el proceso.

Pero no es que por razones de política criminal se quiera punir más severamente ciertos ilícitos y para ellos se aumente fuertemente el mínimo de la escala penal de la pena privativa de libertad con que se los conmina, para poner «un piso» al castigo, expresivo del nivel de reprobación social o legislativa del delito en cuestión. Se trata, en cambio, únicamente de fijar un mínimo que de por sí solo sirva para ahuyentar cualquier posibilidad de excarcelación, de modo que la prisión preventiva funcione, en toda caso de imputación de estos delitos, como un mensaje fuertemente aleccionador de su represión inmediata.

d) En suma: los objetivos del viejo y del moderno desvío son los mismos. Pero frente a la normativa constitucional que impide imponer o mantener franca o explícitamente una prisión preventiva a

modo de pena anticipada, mediante argumentos pseudo-cautelares insertos en leyes de procedimiento penal, hoy se opta por hacerlo de modo larvado y encubierto, por la vía de la legislación penal, mediante la imposición de mínimos de inusitada gravedad de las escalas penales previstas para ciertos delitos, y con evidente desproporción en relación a los previstos para otros ilícitos de similar o menor gravedad, afectadores de bienes jurídicos idénticos o de similar naturaleza o jerarquía.

e) Hace mas de un lustro nos tocó advertir, inútilmente, sobre las primeras expresiones de esta nueva forma de desnaturalización punitiva, en el debate de la ley 24.769 en la Cámara de Diputados de la Nación: «Por medio de la imposición de estas penas mínimas se intenta desnaturalizar el mínimo de la pena y el instituto de la prisión preventiva transformándolo en una pena. De este modo, la prisión preventiva ya no es una medida cautelar....Se está violando la Constitución cuando se pretende utilizar la prisión preventiva como una pena y al encarcelamiento durante el proceso como una medida ejemplarizadora, como un mensaje de autoridad frente a la sociedad, no por un delito probado frente al juez competente sino por meras sospechas o indicios que autorizan el sometimiento al proceso».

f) Antes y ahora tales intenciones distan mucho de ser implícitas o de presentarse enmascaradas: son de una hiriente frontalidad.

Para demostrar esta situación, bastará sólo con leer los fundamentos de los proyectos de ley que invocan expresamente aquellas intenciones para justificar los mínimos de las escalas penales que proponen establecer (en nuevos delitos, vgr, la «asociación ilícita tributaria») o aumentar (en los ya existentes, vgr, falsificación de medicamentos), y el confeso discurso mediático de sus autores en ese sentido.

INTERNAS ABIERTAS Y SIMULTÁNEAS EN CHUBUT. UNA INTENCIÓN FRUSTRADA.

por Enrique Anibal Maglione

Abogado. Especialista en Derecho Penal. Ex Subsecretario de Gobierno y Justicia.

La Legislatura de la Provincia del Chubut sancionó la Ley 4.885 en virtud de la cual establecía la elección de Internas Abiertas y Simultáneas para la elección de los candidatos a Gobernador, Vicegobernador, Diputados Provinciales, Intendentes y Concejales.

Establecía asimismo que los partidos políticos o alianzas reconocidos legalmente en la Provincia debían adecuar sus Cartas Orgánicas dentro de los sesenta (60) días de sancionada la norma.

Por otra parte determinaba la competencia electoral para el Juzgado Federal en la Provincia atribuyéndole el deber de confeccionar y entregar a los partidos políticos o alianzas el padrón que se utilizará en esta elección.

Por último en su artículo 5° expresaba “que serán proclamados candidatos a Gobernador, Vicegobernador, Diputados Provinciales, Intendentes y Concejales los que hayan obtenido la mayoría simple de votos válidos emitidos”.

Hasta aquí el contenido fundamental de la Ley de Internas Abiertas y Simultáneas, sin perjuicio a los restantes artículos que han sido textualmente copiados del Código Electoral Nacional, con la sola excepción del artículo 12° que fija para Poder Ejecutivo un término de treinta (30) días a partir de su sanción para su reglamentación.

Esta norma adolecía de vicios de forma que tornaba de imposible cumplimiento a la misma, es por ello que el Poder Ejecutivo con fecha 19 de Julio de 2002 mediante Decreto N° 848/02 vetó la norma sancionada, empero fue insistido por el Cuerpo Legislativo, lográndose finalmente su sanción definitiva.

Entre los vicios de forma podemos mencionar como uno de más importante, es que la Ley no establecía “quien tenía la facultad de convocar a la elección”. En este sentido, si bien la responsabilidad de reglamentar la Ley estaba atribuida al Poder Ejecutivo, éste no podía arrogarse por vía de decreto la facultad de efectuar la mencionada convocatoria, en virtud del principio de jerarquía de las normas, por lo tanto nos encontrábamos en un callejón sin salida o mejor dicho en una situación fáctica que no nos permitía avanzar en la voluntad del legislador.

Inconstitucionalidad.

Por otra parte, existían motivos para inferir que la Ley 4.885 era inconstitucional, que fueron expuesto oportunamente en los fundamentos del Decreto N° 848/02 que vetó la misma, es así que de la lectura del artículo 2° de la norma sancionada se desprende que era una ley de naturaleza electoral, y guardaba íntima relación con el Título IV Sección I “Régimen Electoral” de la Constitución Nacional.

En este sentido la Carta Magna ha establecido el sistema de mayoría agravada, como resguardo al régimen electoral, por la relevancia que significa, en su Artículo 256° “in fine”, requiriéndose el voto de las tres cuartas partes del total de los miembros de la Legislatura.

De las constancias de la versión taquigráfica de la sanción de la norma en cuestión, surge que no obtuvo el voto favorable de las tres cuartas partes de los miembros del Cuerpo Legislativo Provincial, en una flagrante contraposición con la norma constitucional.

En los artículos 3° y 4° de la Ley 4.885, se abrogaban facultades que por la Constitución Provincial corresponden al Tribunal Electoral Provincial, como el de la confección del padrón electoral y el diseño del modelo de sello utilizado para registrar la emisión del voto, desconociéndose absolutamente la competencia de éste en materia electoral en la Provincia del Chubut, establecido por el Artículo 259 de la Constitución Provincial.

Por último el artículo 5° de la norma sancionada constituye otra abierta violación a los derechos de los partidos políticos de no respetarse la distribución de cargos y la representación de las minorías que por Carta Orgánica conforme a la Constitución Provincial

están establecidos. Asimismo vuelve este artículo a desconocer la competencia del Tribunal Electoral Provincial, otorgándole la competencia a la Justicia Federal, lesionando la manda constitucional del Artículo 260 de la Carta Magna, como así también se omite en la especificación de quién es el que detenta la facultad de proclamar a los candidatos elegidos.

Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo Provincial.

Para salvar la responsabilidad institucional delegada por la Ley al Poder Ejecutivo de su obligación de reglamentar la misma, se remite un nuevo proyecto de Ley que, a mi criterio, venía a subsanar los vicios legales mencionados.

Como primera medida se adoptaba que la elección de los candidatos allí mencionados, se realizaría a través de internas abiertas y simultáneas para aquellos partidos políticos que hayan establecido este sistema en sus Cartas Orgánicas, respetándose de esta manera la autonomía de los partidos políticos. Asimismo los partidos políticos con personería podrían acordar la fecha del acto electoral hasta una fecha tope de la convocatoria a elecciones generales (noventa días antes de la elección general), vencido ese plazo y no habiendo acuerdo, se facultaba al Poder Ejecutivo para dentro de los diez días subsiguientes fijara la fecha para que participen los partidos políticos que adhieran a este sistema.

Se establecía por otra parte que las elecciones internas abiertas y simultáneas se realizarían con el padrón electoral de la Nación, vigente al tiempo que se realicen las mismas, y se le confería como establece la Constitución Provincial la competencia electoral al Tribunal Electoral Provincial.

Otro de los aspectos más importantes de la reforma era establecer la facultad de

la proclamación de los candidatos, delegada al Tribunal Electoral Provincial y el respeto a la representación de las minorías, de acuerdo a las cartas orgánicas de cada partido, y en un todo de acuerdo con lo establecido por el artículo 261 inc. 3° de la Constitución Provincial.

La redacción de este proyecto de Ley más allá de venir a corregir una error material que torna de imposible cumplimiento a la Ley vigente, como así también su clara inconstitucionalidad, tenía un profundo fundamento democrático cual es el respeto de los partidos políticos como institución base de los principios democráticos en una República.

Este proyecto de reforma, lejos de buscar una conveniencia política coyuntural, respetaba la decisión de mayoría parlamentaria de instaurar el sistema de internas abiertas y simultáneas en la Provincia del Chubut y a salvaguardar tanto los derechos políticos de los ciudadanos en general como la autonomía de los partidos políticos en particular, al establecer que sean los propios partidos políticos, que hayan adoptado este sistema en sus propias cartas orgánicas, los que acuerden una fecha de elecciones, sin necesidad de intervención unilateral del Estado.

Se protegían y se garantizaban por otra parte en este proyecto de Ley, los derechos políticos de los ciudadanos en el sentido que se estaba garantizando la concreción real de una elección interna y simultánea como lo exige la manda legal para elegir los candidatos de los partidos políticos que van a competir en una futura elección general.

Cabe señalar que el proyecto original de la Ley 4.885 fue de autoría de una legisladora del Partido Justicialista, que fue votada por su bloque y parte del bloque de la Alianza, lográndose así su sanción. El Poder Ejecutivo no estuvo

oportunamente de acuerdo con la sanción de aquella norma, vetándola en su totalidad por los fundamentos expuestos precedentemente, y en el mismo sentido se expidió el órgano máximo partidario de la Unión Cívica Radical de la Provincia. Empero con la insistencia del veto y su promulgación forzada, el Poder Ejecutivo no tuvo otra alternativa que aceptar las normas legales y proponer un proyecto superador de la actual ley vigente, que más allá de sus carencias legislativa y de sus vicios de forma, en mi criterio era rayana a la inconstitucionalidad.

Por último, la misma Legislatura que el 4 de Julio de 2002 sancionó la Ley 4.885, posteriormente insistió con mayoría de los dos tercios en el veto a la misma, con fecha 3 de Julio de 2003, a un año exactamente, sanciona la Ley 5.027, por unanimidad derogando la Ley 4.885, lo que demuestra la carencia de las convicciones de las posiciones adoptadas por una parte, y por otra el interés partidario de determinados sectores a los que representan los actuales legisladores.

Críticas al sistema

En mi opinión, en el sistema de internas abiertas y simultáneas existen cuestiones vinculadas con la afectación de la autonomía de los partidos políticos, en cuanto que existe un perjuicio a las agrupaciones como personas jurídicas organizadas de acuerdo a la ley y a sus cartas orgánicas, con la intromisión estatal en este sentido.

El sistema de por sí contraría la autonomía de los partidos políticos toda vez que permite la realización de elecciones internas "abiertas", es decir donde podrán participar no solo los afiliados del propio partido, sino también el electorado independiente o los afiliados a otros partidos políticos, según el caso (no en el supuesto de la Ley 4.885). Este hecho de inmiscuirse en la vida interna de los partidos, ya sea por parte del Estado, ya sea con la participación de electores independientes que no dejan de ser extraños y ajenos a la doctrina e ideología de un partido político, no es sino una afrenta a los partidos políticos como institución política, que no hace más que vulnerarlos y debilitarlos.

El Estado debe ser garante de su estabilidad, de su adecuación en sus cartas orgánicas a las normas de la Constitución y de las Leyes, ese ha sido el espíritu de la Ley 23.298, pero nunca entrometerse en la vida íntima de estas instituciones so pretexto de transparencia, ni mucho menos por una situación política partidista de conveniencia.

En cuanto a los partidos políticos existen muchas definiciones, pero me pareció la más completa aquella que establece la Constitución Española: "los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el

ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos." (art. 6° Constitución Española).

La Corte Suprema ha reconocido que el derecho a constituir partidos es una consecuencia del derecho de asociación del Artículo 14 de la Constitución Nacional ("Molina", Fallos, 270: 367) como el régimen representativo y republicano del Artículo 1° de la Constitución Nacional y que tales partidos son órganos de la democracia representativa ("Partido Obrero", Fallos 253:133).

En tal sentido la Ley Orgánica de Partidos Políticos los define como "instrumentos necesarios para la formulación y realización de la política nacional" y a quienes les incumbe "en forma exclusiva la nominación de candidatos para cargos públicos electivos" (art. 2° Ley 23.298).

La mencionada Ley 23.298 más adelante establece que los partidos políticos se regulan por su carta orgánica, que disciplina también las elecciones internas, siendo éstas las que garantizan el sistema republicano y democrático de la Constitución.

Posteriormente con la introducción del artículo 29 bis a la Ley 23.298 se incorpora al plexo legal el sistema de elección de candidatos mediante internas abiertas y simultáneas para los partidos políticos, que tiene su sustento institucional en el Acuerdo Federal para la Reforma del Sistema Político Argentino que suscribió el ex Presidente de la Nación Eduardo Duhalde con todos los gobernadores de provincias y el titular de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en fecha 6 de Febrero de 2002, a la que adhirió la Provincia del Chubut mediante Ley 4.839, empero es una nueva institución aislada dentro de un cuerpo legal con otra connotación distinta.

Sin embargo este nuevo sistema, similar a las elecciones primarias abiertas (open primary) de Estados Unidos, que no deja de ser un condicionamiento de los organismos internacionales de crédito en un momento del país donde estaba severamente cuestionada la clase política, no puede llevarse a cabo en la Argentina en razón de tornarse de imposible cumplimiento. Finalmente este sistema es derogado por el mismo Congreso Nacional que fue sancionado oportunamente, algo similar ocurriría unos meses después en nuestra Provincia como lo he referenciado precedentemente.

Por su parte la mayoría de doctrina nacional se ha expedido a favor del sistema, a través de diversos artículos, así Germán Bidart Campos nos reseña que "...no hay violación ni con la obligación de realizar elecciones internas, ni con la simultaneidad establecida para todos los partidos [pues] la legislación sobre sistema electoral y partidario está habilitada para imponer a los partidos el deber de llevar a cabo elecciones internas o primarias, abiertas

o no, y para establecer el momento de su realización, incluida la simultaneidad. [...] Si el congreso puede legislar en materia electoral y partidaria, hay que admitir que lo puede hacer en las distintas etapas o instancias en que, razonablemente, subdivide la cuestión. Cuando a los fines del acto eleccionario para designar gobernantes decide que, en un momento previo, habrá elecciones en los partidos a efectos de que éstos hagan sus ofertas de candidatos, hemos de comprender que la reglamentación de tales elecciones internas (primarias, porque se sitúan primero; o "antes" que las otras) es ampliamente abarcativa de una serie de aspectos, entre los que el momento y la simultaneidad forman parte de lo que la ley del congreso tiene a su disposición". (Bidart Campos, Germán J., "El artículo 38 de la Constitución y las elecciones internas y simultáneas", Rev. LL, 5 de noviembre de 2002).

Que la exigencia de que las elecciones internas abiertas se celebren en todos los partidos en un mismo momento ha sido justificada por la doctrina sobre la base de que "es un presupuesto lógico tanto de la imperatividad de las mismas, de su necesaria concentración y orden en las actividades electorales previas, como de su concreción en un mismo día en todo el país; evitando así cualquier desvirtuación en la transparencia de los comicios." (Haro, Ricardo, "Reflexiones sobre las elecciones internas abiertas", El Derecho -constitucional- 7 de octubre de 2002, pág. 3).

Se ha dicho asimismo que corresponde concluir "...como recaudo de viabilidad de las internas abiertas que éstas se desarrollen a través de una legislación que las imponga compulsivamente para todos los partidos en forma simultánea, de modo tal que el votante no pueda inmiscuirse en la vida interna de un partido que no es de su real interés..." (Evans, Guillermo F., "Vida interna de los partidos políticos: incidencia de la ley de lemas y opción por las internas abiertas", JA, 1995-I, 753, p. 762).

Por otra parte, se argumentó que "...en el ámbito de la obligatoriedad, para que el sistema de primarias abiertas pueda tener resultado positivo en su aplicación, también resulta imprescindible requerir, como episodio dinámico no eludible, que las elecciones primarias se realicen en el ámbito jurisdiccional donde tendrán lugar las elecciones generales, en un mismo acto y siguiendo idéntico procedimiento para la selección de designados". Se subrayó, así "la imprescindible exigencia que las elecciones primarias se realicen, todas en cada partido, en un mismo acto eleccionario el mismo día y en el mismo lugar..." (Spota, Alberto Antonio, "Elecciones primarias abiertas obligatorias y simultáneas", LL, 1990-D, 744, Sec-Doctrina, p. 760 y 761).

Como se podrá apreciar la doctrina ha opinado, en forma brillante sobre la legalidad del sistema de internas abiertas y simultáneas, como así también sobre su

legitimidad por parte del Congreso Nacional, o de las Legislaturas Provinciales según correspondiere, sin embargo nada se ha dicho respecto a la conveniencia, mérito u oportunidad para su instauración en el país o en una provincia, claro está que es facultad exclusiva de los legisladores.

Es por ello que debemos asimilar una nueva cultura aún no instalada en nuestra incipiente y joven democracia, para ello, y si es que nuestro rumbo se encamina hacia el norte, debemos aprender de la experiencia americana.

La experiencia americana

Hauriou al hacer referencia al sistema democrático americano nos refiere que "Las Asambleas primarias cerradas son aquellas que los electores deben declarar oficialmente el partido al que pertenecen. Cada elector demócrata o republicano reciben entonces un ballot o boletín de su partido, con una lista de candidatos para cada uno de los puestos a cubrir. Hay que tener presente que en el momento de las elecciones los ciudadanos americanos son invitados a hacer al mismo tiempo muchos nombramientos: gobernador, representantes, magistrados, oficiales de la policía, etc. Cada elector pone una cruz delante del nombre del candidato que quiera elegir, para cada uno de los puestos a cubrir. Los que reúnan el mayor número de votos son los candidatos oficiales del partido. Las Asambleas primarias abiertas no llevan consigo afiliación pública a uno u otro partido. El elector recibe dos boletines, uno republicano y otro demócrata y utiliza uno de ellos de la forma señalada antes" (Hauriou, Andre, - Gicque, Jean - Gelard, Patrics, "Derecho constitucional e instituciones políticas", Ed. Ariel, traducción de José A. González Casanova, Barcelona, 1980, p.. 514).

Hipólito Orlandi por su parte nos in-

dica que las primarias cerradas o Closed Primary se aplican en 42 estados de los Estados Unidos y que la pertenencia al partido es un concepto mucho más vago que el de filiación partidaria tal como se la conoce en Europa o Latinoamérica, los partidos requieren una larga obediencia, el hecho de haber votado con anterioridad o un juramento de que votará ese candidato en la elección general. En las primarias abiertas u Open Primary se da la posibilidad de votar en más una elección primaria de manera promiscua y aun por las mismas categorías de candidatos a cargos electivos. Asimismo Orlando indica que "Key, considerado pionero en estas investigaciones empíricas, refiriéndose a las primarias abiertas, dice: los comicios primarios abiertos son un anatema a las organizaciones regulares del partido, destruyen la responsabilidad del partido haciendo posible que los demócratas participen en los comicios primarios republicanos y viceversa... los votantes de un partido pueden invadir el comicio primario de otro partido y llevar a cabo el nombramiento de un candidato débil o indeseable, al que sería muy fácil derrotar en las elecciones generales" (Orlando, Hipólito, "Los sistemas electorales. Sus consecuencias políticas y partidarias", Ed. Fucade).

Conclusiones finales

La experiencia ha indicado que el discurso ha quedado en el mundo de la retórica, sin poder llevarse cabo un sistema de elecciones abiertas y simultáneas en un país donde los partidos políticos cumplen un fuerte rol importante en las decisiones de las políticas de Estado, y por otra parte, constituyen constitucionalmente la célula básica de la vida democrática de un país como el nuestro.

Esta retórica ha sido incentivada por los medios de comunicación desde donde

se criticó no solo a la clase política, a los partidos políticos, sino también a las instituciones de la Nación, bajo el discurso de la transparencia y la mayor participación, pero escondiendo sus fuertes intereses económicos de algunos sectores que concentran la mayoría de la riqueza del país, creyendo tal vez que con la instauración de un nuevo sistema de internas abiertas y simultáneas para los partidos políticos, éstos se debilitarían y caerían en el ostracismo político.

Es preciso señalar entonces que aquellos que vilipendian a los partidos políticos no hacen otra cosa que denostar a la democracia como sistema de gobierno, la cual "*necesaria e inevitablemente requiere un Estado de partidos*" como nos enseña Hans Kelsen.

Aquellos que pensaron modificar nuestro sistema político con los nuevos aires del norte se equivocaron, primero que éstos no son tan nuevos sino que tienen casi la misma edad que la Constitución de los Estados Unidos, y en segundo término, el sistema de elecciones primarias abiertas u open primary se puede realizar en aquél país porque ya está establecido desde hace muchos años la fecha de concreción de las mismas, para cumplir con la simultaneidad por una parte, y por otra porque forma parte de la idiosincrasia democrática del pueblo americano.

Podemos concluir que hubo una intención frustrada en la Nación, y con efecto cascada también se dio el mismo resultado, aunque en circunstancias distintas, en la Provincia del Chubut.

Esta intención se frustró por diversos motivos pero creo que el más relevante es el hecho mezquino de la conveniencia política de un momento político en particular, y la negación obstinada en consecuencia de generar cambios sustanciales que decisivamente orienten hacia una Argentina más justa.

El Reporte

Ultimo Número

El último número del año de El Reporte, es decir el N° 12, estará enteramente dedicado a la Capacitación. Esta decisión conceptual intenta plasmar sobre el papel la idea que permanentemente sostiene la Escuela de Capacitación Judicial del Chubut. Ésta siempre se ha manifestado sobre la necesidad de construir un espacio de debate y reflexión permanente que permita desarrollar las cualidades y destrezas de los magistrados y funcionarios judiciales en pos de su, mejor desempeño. Por tal motivo, hemos convocado a grandes especialistas -tanto del orden nacional como regional y provincial- para que acerquen su opinión a nuestras páginas.

El Reporte

LA MEDIDA DE LA JUSTICIApor **Alejandro Javier Panizzi***Juez del Juzgado Unico Letrado de Fuero Universal de Sarmiento (Chubut).
Docente universitario. Autor de numerosos artículos de su especialidad.*

La República Argentina está cambiando. Esa es la sensación colectiva desde que las flamantes autoridades nacionales instalaron la nueva agenda política. En cualquier caso, la mayoría de los argentinos no nos empeñamos en evitar la seducción de concebir una prudente esperanza, una expectativa abierta. Sostenemos la necesidad de incorporar a nuestra conciencia cotidiana la virtud democrática.

A pesar de ello, los argentinos no podremos olvidar fácilmente nuestro pertinaz romance con la tragedia.

La Provincia del Chubut no es ajena a las sensaciones azarosas y sombrías que nos depara la realidad nacional desde hace quién sabe cuánto tiempo. Estos estados de ánimo producen recelos ciudadanos de los actos de su gobierno. Provenzan de donde provinieren, incluso, de los mejores inspirados, de las licitaciones, de las leyes y de las sentencias. Aun cuando no haya motivos evidentes para hacerlo.

Es verdad: los ciudadanos del país argentino hemos adquirido el pasmoso hábito de renegar de la credibilidad de las acciones de los gobiernos. Se mudó con nosotros una situación política y social que se niega a abandonar su carácter dramático. Acaso la debilitada credibilidad argentina se confirme a partir del periódico descubrimiento de impostores, intrusos, y farsantes. No nos asombra, ya muchas veces estuvimos allí.

Carlos S. Nino describió con maestría el problema endémico de la falta de juridicidad en nuestra República Argentina y el de la insolvencia de sus ciudadanos para aceptar el gobierno de la ley (*Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*; Buenos Aires, Emecé, 1992).

Cuando escuchamos que se ha enclavado en la palestra provincial la cuestión relativa a la ampliación del elenco de jueces de la corte territorial, casi involuntariamente, desconfiamos.

Con aquel cristal, cualquiera podría ser seducido por la idea de que tal intención gubernativa, se vincula menos con razones de Estado que con los arcanos del poder.

Tal vez por esas mismas percepciones, se advierte cierta apatía general y notoria —me retraigo de anotar “desinterés”— sobre este asunto público, el cual, sólo en apariencia, se presenta como excesivamente lejano del contacto cotidiano con la ciudadanía.

Como se sabe, la Constitución de todos los ciudadanos chubutenses asentó que el Superior Tribunal de Justicia se compone como mínimo de tres miembros y no más de seis (Artículo 163). El Artículo 166 del estatuto provincial establece que los jueces superiores son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo legislativo.

La instauración del número de miembros se determina por ley sancionada con el voto de la nada desdeñable cantidad de dos tercios del total de diputados que componen la Legislatura.

Sin embargo, es paradójico que si la Constitución de la Provincia del Chubut consagra la facultad de fijar la cantidad de jueces de la corte provincial como un acto propio de los poderes legítimamente constituidos, se cuestione tal facultad como un ejercicio autocrático, afín a desviaciones cívicas y morales. La paradoja, según una idea concebida por el ensayista romántico Thomas De Quincey, no es algo extravagante, no: es una verdad que puede parecer increíble. Me pregunto si esa incongruencia no delata la medida de cierto subdesarrollo republicano.

En todo caso, el punto de partida de una reflexión acerca del beneficio o desventaja del incremento o no del número de jueces de la corte provincial, será el problema concerniente al propósito de la ampliación. ¿Es necesaria la ampliación del Superior Tribunal de Justicia? ¿Cuánto debe medir? Resultarían inservibles tales interrogantes, si se perdiera de vista la virtud de uno u otro propósito. El aumento del Superior Tribunal de Justicia ha de ser un acto político que debe ser distinguido por la voluntad genuina. No alcanza con someterse con total rigidez a las etapas y las reglas de juego institucionales que gobiernan el proceso de designación.

El Poder Judicial constituye un poder autónomo e independiente de todo otro poder (o sea, no sólo de los otros dos Poderes del Estado), al que compete exclusivamente la función judicial. Acaso el interrogante sobre el asunto, deba centrarse en la función de gobierno y control democrático del Poder Judicial, necesarios para otorgar pleno sentido al significado político del ejercicio jurisdiccional. Ello, con miras al control de constitucionalidad y a la misión institucional que tiene asignada el Superior Tribunal de Justicia.

En este marco, no habría credibilidad posible si el Poder Ejecutivo aspirara a modificar el statu quo del Poder Judicial sin demostrar públicamente su honestidad sobre el punto para consagrar la legitimidad democrática del acto. Escrito de otro modo: es preciso probar previamente la justificación de la necesidad de cambiar en número de ministros del Superior Tribunal de Justicia.

Esta prueba, exigible al poder político, va más allá de su facultad constitucional porque se relaciona con razones de ética pública. El tema, digámoslo, merece necesariamente debate, ventilación pública, con la participación de las asociaciones profesionales de abogados y de magistrados, de la universidad y de los medios de prensa, para obtener la mayor difusión posible, a fin de que los ciudadanos de la provincia consideremos la opción que nos parezca preferible.

El cono de sombras en el que nos contamos todos los funcionarios públicos impide que el reclutamiento de nuevos ministros se haga de espaldas a la ciudadanía. En cambio, habrá que abrir la discusión, construir un proceso de decisión que involucre a la sociedad; que conciba patrones objetivos que cercioren la determinación sobre la base de criterios de necesidad funcional y que disipe la sospecha de ingenierías forzadas del poder político en la integración del Poder Judicial. Debe suprimirse el tema de la ampliación de jueces, de la retahíla de sospechas de prácticas políticas perversas, que merecen la severa condena de todos los que creemos en la democracia.

Pero, por otro lado, a nadie se oculta que en la Provincia del Chubut existe un proceso substancial de reformas normativas. La mera disconformidad ante la inminencia de innovaciones judiciales profundas no hace justicia a las complejidades de la coyuntura. La prudencia exige una cavilación prospectiva sobre este tema, considerado como complementario de las transformaciones en ciernes, con miras a una evolución exhaustiva y eficaz del servicio de justicia provincial. No sería difícil culpar de los colapsos que hoy padece el Poder Judicial a la excesiva parsimonia o vacilación a la hora de implementar transformaciones medulares en la legislación concerniente a su funcionamiento.

Estos cuestionamientos deben enlazarse con razones sistémicas de justificación orgánica, relacionadas directamente con el servicio de justicia que se pretende para la Provincia del Chubut.

Con esta advertencia, me refiero a que el razonamiento acerca de los eventuales beneficios o perjuicios de la ampliación propiciada, no debe configurarse con el perceptible menoscabo de no haber

podido discutirse exhaustiva y racionalmente. En todo caso, la decisión debería ser el corolario de un debate profundo. Se trata de una discusión acerca de una reforma institucional que afectaría (o involucra) al conjunto de los ciudadanos del Chubut. Cuanto más plural, más cristalina y más abierta, mejor.

El presidente Bartolomé Mitre –acaso en una de las primeras definiciones de la función del Poder Judicial como *contrapoder*– se jactaba, no sin razón, de haber incorporado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a jueces que instaurarían un control imparcial e insospechado de los abusos de los otros poderes del Estado y que darían la mayor seguridad, protección de sus derechos y la garantía de una absoluta y total independencia del alto tribunal a sus conciudadanos.

El número adecuado de miembros del Superior Tribunal de Justicia dependerá del modelo de juicio que se implemente (en lo penal, en lo civil, comercial y laboral) y, por ello, a la función jurisdiccional que pretenda asignarse a la corte provincial. Es decir, que no deben desvincularse los métodos procesales que se propicien, de la organización judicial que se necesita para implementarlos.

Desde este punto de vista, el aumento a cinco de los miembros del Superior Tribunal de Justicia obedecería más a la necesaria reestructuración del servicio de justicia que a razones de celeridad de la tramitación de las causas.

La ubicuidad jurisdiccional del Superior Tribunal de Justicia, hace aconsejable la integración de especialidades diversas

y, desde esta perspectiva, sería conveniente el fraccionamiento en salas específicas, conforme lo determine la ley.

Hay otro elemento que no debe soslayarse, cual es la estructura geográfica de la Provincia del Chubut, que sugiere que la cumbre del Poder Judicial **represente** (que haga presente en la sede capitalina), en un marco institucional aceptable, la diversidad territorial y cultural que distingue al territorio provincial.

Si acaso fuera verdad que nuestro país se ha matriculado en un paradigma de transformaciones, deberíamos aceptar concientemente y de una buena vez, que el concepto de federalismo se ha dejado vencer –hasta el presente– por la índole metropolitana de las instituciones, que casi siempre es engalanada apenas por una mera anécdota turística.

En cuanto a la selección de la vacante actual de la corte provincial, sobre la base de estos argumentos, es plausible la decisión del Poder Ejecutivo, de escoger al doctor Caneo, combinando el elenco del principal tribunal con un sentido integrador. El papel substancial que desempeñan los ministros del Superior Tribunal de Justicia así lo reclamaba. Es esencial el objetivo puesto de manifiesto públicamente por el Gobernador, de incorporar al cuerpo a una persona que provenga de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia.

De acuerdo a la composición presente del Superior Tribunal de Justicia, si se pusiera en efecto la ampliación de la corte provincial, la selección deberá apuntar a alguien que detente la especialidad en el

derecho penal y con un horizonte de pensamiento amplio.

Si el incremento numérico de los jueces del alto tribunal contribuyese a un rediseño del esquema de administración de justicia provincial o si, al contrario, forjase una variación institucional lamentable, es un debate que no debemos rehuir y que debe ponerse en acto con inmutable serenidad. En conclusión, será positivo para la Provincia si se tiene en cuenta la función específica para la cual debería propiciarse y si se implementara mediante un dispositivo concebido sobre la base de los principios republicanos. A la hora de la decisión deberán tenerse presentes los procesos nuevos, las especialidades y la peculiaridad del territorio provincial.

El Decreto nacional N° 222/2003 (publicación en el B.O.: 20/06/2003), reglamentó –restringió– la facultad presidencial que el inciso 4° del artículo 99 de la Constitución de la Nación Argentina le confiere al Presidente de la Nación para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Para ello, estableció un procedimiento para la preselección de candidatos para la cobertura de vacantes en el mayor tribunal del país, sobre la base de parámetros que permitan que la designación constituya un aporte a la efectiva mejora del servicio de justicia, al fortalecimiento del sistema republicano y al incremento de la calidad institucional. Sería saludable que se imitara esa restricción en el ámbito provincial.

En todo caso, no estaría mal seguir el ejemplo mitrista.

Aún a riesgo de cometer jactancia.

g/c

El Reporte

**Estimados Colegas: Abogados,
Magistrados y Funcionarios:**

El Reporte, publicación bimestral de la Escuela de Capacitación Judicial del Chubut, desde hace aproximadamente 2 años y medio viene trabajando con la pretensión de ser una revista de doctrina donde se publiquen trabajos de investigación, monografías, comentarios y artículos de profesionales de la provincia, conjuntamente con destacados juristas del país, e inclusive del extranjero. Es por ello que nuevamente invitamos a todos los abogados que ejercen la magistratura o la profesión, para que nos hagan llegar su aporte, a fin de continuar con nuestra labor de hacer circular las ideas y el pensamiento jurídico, como franca posibilidad de participar en la mejor divulgación del Derecho.

El Director