

# El Reporte

Director: Jorge Pflieger

RAWSON - CHUBUT - PATAGONIA ARGENTINA

Año 5 - Nº 19 - Junio de 2009



## SUMARIO

EDITORIAL, <i>por JORGE PFLEGER</i> .....	2
JUSTICIA CIEGA, MODALES PÚBLICOS, <i>por ALEJANDRO PANIZZI</i> .....	3
-IN MEMORIAN- AUGUSTO MARIO MORELLO, <i>por JOSÉ LUIS PASUTTI</i> .....	5
LAS DECISIONES DE LAS CÁMARAS DEL CONGRESO NEGANDO LA INCORPORACIÓN A SU SENO DE UN LEGISLADOR ELECTO, <i>por RICARDO HARO</i> .....	6
VERDAD Y JUSTICIA PENAL, <i>por MÓNICA RODRÍGUEZ</i> .....	8
ANTEPROYECTO DE LEY DE PARTIDOS POLÍTICOS, <i>por JUAN GERBER y ELENA REGOJO</i> .....	12
SUFRAGIO UNIVERSAL, <i>por ISAAC ASIMOV</i> .....	17
LA RELACIÓN PRENSA Y MAGISTRATURA, <i>por JORGE LUIS FRÜCHTENICHT</i> .....	21
DERECHOS INDIVIDUALES Y DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA (UNA CLASIFICACIÓN DE DERECHOS EN BASE A LA LEGITIMACIÓN PROCESAL), <i>por RICARDO GEROSA LEWIS</i> .....	22
ALGUNAS APRECIACIONES SOBRE EL PENSAMIENTO DE LA DRA. KEMELMAJER DE CARLUCCI. JUSTICIA RESTAURATIVA, <i>por DANIELA ALMIRÓN</i> .....	25
ADLER ET AL. V. BOARD OF EDUCATION OF THE CITY OF NEW YORK, <i>por FERNANDO E. SHINA</i> .....	26
NARCISO Y LOS JUECES, <i>por PLÁCIDO FERNÁNDEZ VIAGAS BARTOLOMÉ</i> .....	30

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

## MAYO

POR JORGE PFLEGER:

Ministro del Superior Tribunal de Justicia del Chubut.  
Director de la Escuela de Capacitación Judicial.

Cada pueblo necesita de su "Eneida". De una gesta que canten los poetas para que se amalgamen los sentimientos colectivos, se afirme el sentido de pertenencia a una unidad y se construya un destino común.

Por eso, quién sabe, el Mayo frío y lluvioso de las pinturas y las estampas, con un mar de paraguas sobre un fondo de Cabildo. Por eso, quizás, el retrato de los conciliarios del 22 o de la Junta. Por eso, tal vez, la miríada de poemas y de historias apologéticas que una y otra vez se repiten en los actos oficiales.

Porque Mayo es nuestra gesta. Sólo en nosotros, los Argentinos, la palabra Mayo así, a secas, impacta con toda su potencia evocativa. Exalta a la patria y a sus hombres, nos llena de celestes y de blancos y nos emborracha en el humo de los fusiles y de los cañones de las batallas de la independencia.

Y nos distingue, nos agrupa, da tregua a las querellas cotidianas.

Ese es el Mayo épico, que saludamos fervorosamente cada 25. Enhorabuena.

Pero hay otro Mayo, aquél que está bajo la piel de la epopeya. El Mayo carnal, el despojado de leyendas, el que se proyecta en un ideario perenne. El hito primordial de un proceso político social inacabado. El Mayo escondido púdicamente por algunos, vilmente por otros.

El Mayo de Moreno, de Castelli, de Belgrano, de Paso, de Rodríguez Peña, de Agustín Donado, del fraile Aparicio, de French y de Berutti, que no repartieron escarapelas si no chispazos, como tantos otros.

El Mayo del que brotó la legislación más liberal del continente americano y nutrió los dogmas plasmados en la Constitución de 1853.

El Mayo de la generación del 37, cuyo pensamiento sintetizan las palabras simbólicas de Echeverría en su "Dogma Socialista".

Y al descubrir este Mayo podemos comprender, honrar su legado y perseverar en la senda.

Mayo es humanismo, libertad, igualdad, fraternidad; es democracia, tolerancia, decencia pública, honor.

Se encarna en el pundonoroso Belgrano, nacido para el pensamiento y las leyes y vuelto a soldado por el llamado de la historia, con sus campañas de gloriosas derrotas, sólo algunas victorias, pero de siembra perenne. El doctor de quien decimos General.

Es el Castelli de la garganta anudada por la rabia en la respuesta al Obispo de Buenos Aires, Benito Lue, que con obstinación de inquisidor reclamaba el privilegio peninsular para mandar en estas tierras y a quien respondió aquél, como un Saint Just criollo.

Es el del dogma irreversible: sólo es el pueblo el que confiere autoridad y mando.

El de la rabiosa pluma de Moreno que escribe el decreto de supresión de honores, asqueado por el brindis indecente del Capitán Atanasio Duarte "...porque un habitante de Buenos Ayres ni ebrio ni dormido debe tener impresiones contra la libertad de su país...".

Es la firmeza con que la revolución llega al punto de no retorno, cuando el 26 de Agosto de 1810 ejecuta a un ex virrey, un gobernador intendente y un tesorero de la real hacienda, entre otros conjurados en la contrarrevolución realista de Córdoba.

Es el Reglamento de la División de Poderes que sanciona la Junta Conservadora en Septiembre - Octubre de 1811, y declara, entre otras, que: "...El Poder Judicial es independiente, y a él solo toca juzgar a los ciudadanos...".

Es el Decreto sobre libertad de imprenta del 26 de Octubre de 1811 fundado sobre el principio de que "...Tan natural como el pensamiento le es al hombre la facultad de comunicar sus ideas..." y "...Es esta, una de aquellas pocas verdades que mas bien se siente, que se demuestra...".

Es el Decreto de Seguridad Individual del 23 de Noviembre de 1811, basado en la idea de que "...Todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida, de su honor, de su libertad y de sus propiedades...".



### ESCUELA DE CAPACITACION JUDICIAL

**Director:**  
Jorge Pflieger

**Secretaria Académica:**  
Nadine Isabel Laporte

**Integrantes del  
Consejo Consultivo**  
(elegidos por el voto de sus pares, mandato 2008 - 2010)

**Puerto Madryn:**  
Lucio Brondes  
Luis Mures

**Trelew:**  
Juan Gerber  
Alejandro Defranco

**Esquel:**  
Anabel Rodríguez  
Mariela González

**Comodoro Rivadavia:**  
Laura Nogués  
Patricia Fernández

**Sarmiento:**  
Andrea Vázquez  
Daniel Camilo Pérez

**Asociación Magistrados  
y Funcionarios Judiciales:**  
Daniel Pintos  
María Marta Onaindia

**Defensoría General:**  
Arnaldo Hugo Barone  
Luis Paoloni

**Editor**

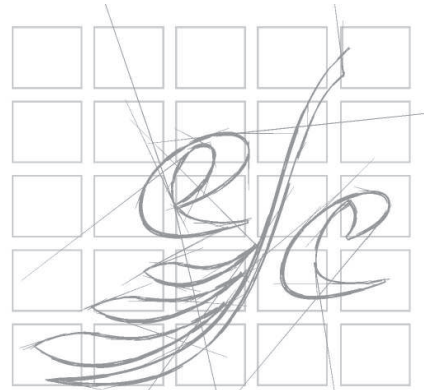
Sergio Pravaz

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

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



Imagen de tapa:  
**Dr. Manuel Belgrano**  
Carbonilla del siglo XVI



ESCUELA DE  
CAPACITACIÓN  
JUDICIAL  
DE LA PROVINCIA  
DEL CHUBUT



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

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

Es la asamblea del Año XIII y los ensayos de constituir una República Constitucional.

Es el Mayo del mensaje moral de Echeverría que debe repicar en nuestra conciencia y guiar nuestras acciones.

“...La astucia es un instinto animal que poseen en alto grado los hombres que carecen de inteligencia, y el cual emplean sin rubor para llegar a sus depravados fines. La virtud y la capacidad marchan a cara descubierta; la hipocresía y la estupidez se la cubren. No hay gloria individual sin estas condiciones. En este crisol pondremos la reputación de nuestras notabilidades revolucionarias, en esta balanza las pesaremos; con esta medida, mediremos y con ella queremos ser medidos. Hemos entrado recién en la vía del progreso: estamos al principio de un camino que nos proponemos andar; no tenemos gloria, ni dignidad, nada poseemos. Cuando hayamos concluido nuestra carrera, estaremos prontos a aparecer ante el Tribunal de las generaciones venideras, y a que se pesen nuestras obras en la misma balanza donde nosotros pesaremos las de la generación pasada... La única gloria que puede legitimar la filosofía en el Magistrado, el legislador o el estadista; es aquella que se muestra pura y deja rastros permanentes de sabiduría, de razón e inteligencia...”

“...Vosotros, legisladores, estadistas, magistrados, que os llenáis de orgullo porque os sentasteis en la silla del poder y la turba repitió vuestro nombre, ved primero si fuisteis acreedores a aquella dignidad, y si vuestras obras y pensamientos han sido de alguna utilidad a la patria...”

Salud, 25 de Mayo.

A las cosas.

## JUSTICIA CIEGA, MODALES PÚBLICOS

POR ALEJANDRO JAVIER PANIZZI

Presidente del Superior Tribunal de Justicia del Chubut.

*“En un mundo que prefiere la seguridad a la justicia, hay cada vez más gente que aplaude el sacrificio de la justicia en los altares de la seguridad. En las calles de las ciudades se celebran las ceremonias. Cada vez que un delincuente cae acribillado, la sociedad siente alivio ante la enfermedad que la acosa. La muerte de cada malviviente surte efectos farmacéuticos sobre los bienvivientes. La palabra farmacia viene de phármakos, que era el nombre que le daban los griegos a las víctimas humanas de los sacrificios ofrendados a los dioses en tiempos de crisis”.*

*(Eduardo Galeano, Patas arriba - La escuela del mundo al revés, pág. 45, Catálogos, 1998).*

### LAS MANERAS DEL PODER Y RAZONES PARAJURÍDICAS

Es posible encontrar justificados o naturales, los actos y sentimientos de quienes proclaman su propósito de que los sospechosos de cometer delitos sean tratados con severidad por el Estado; de quienes públicamente confiesan su fe en algún concilio sobre el dogma del mandurismo y aun de quienes expresan impetuosamente su diatriba contra el Poder Judicial —más allá de la vaguedad y falta de precisión en lo que se dice o escribe.

No es difícil conocer el motivo que excita la ofuscación que mueve protestas gubernamentales y el ánimo o la intención de los ciudadanos a quienes conciernen decisiones jurisdiccionales.

Los vehementes gritos que, por la seguridad ciudadana, con vigor y esfuerzo profiere la clase media, aquejada y constreñida por los fantasmas del delito, encuentran su razón y su apología en el discurso de muchos de los que ocupan cargos públicos o aspiran a hacerlo. Por tal motivo, no es de extrañar que aquellas voces aumenten sus decibeles en las postrimerías de las campañas electorales.

Todo eso puede comprenderse.

Lo que no es lícito, de ningún modo, es abdicar de nuestras convicciones republicanas. No debe permitirse que la persona responsable de la sentencia se sienta presionada antes de dictarla.

El conjunto de ideas filosóficas y políticas sustentadas por muchas personas que se inclinan —por provecho, por afición o por otro pretexto—, hacia prácticas liberticidas, acaso instituyan un acierto innecesario. Es que asignarle al problema del incremento

de la violencia callejera una calidad meramente penal, en lugar de abordarlo como un tema de índole social, no es otra cosa que desviarse del cometido de solucionar el asunto.

Por un lado, los principios republicanos, esos en los que halla raíz el concepto predicamental de que la libertad de los ciudadanos es digna de veneración por su carácter casi divino; que es objeto de culto por la relación que guarda con la historia de la humanidad. Por el otro, la opinión de algunos de quienes rigen —o pretenden hacerlo— los asuntos públicos, se encauza en la dirección inversa; es decir, lleva derechamente su objetivo hacia un término contrario al de aquellos principios.

Se produce así una tensión entre dos designios opuestos: ciertos sectores de la sociedad —aun autoridades estatales— reclaman públicamente de los jueces un modo de fallar y, por otro lado, éstos actúan con la libertad y la independencia con que siempre lo han hecho.

Es difícil pues no sospechar que la sociedad no advierte o no repara como debiera en que si los jueces sentencian de cierta forma, de determinada manera legal, lo hacen en estricto acatamiento de la ley. Entonces ¿Por qué se cuestiona el modo en el que se ejecutan los actos del Poder Judicial? ¿Por qué se ponen en duda la destreza, la honestidad y la sabiduría de los magistrados?

Es algo que nos lleva a otra reflexión más profunda que el tema de la inseguridad: Los ciudadanos del país argentino padecemos de una grave inmadurez democrática si no podemos confiar en las instituciones, si ponemos en crisis, por ejemplo, la fiabilidad del Poder Judicial.

El razonamiento que se emplea para demostrar la proposición de que

el delito crece porque los jueces son inoperantes, deja de lado la siguiente dificultad: que el fenómeno de la inseguridad es plural y se compone de elementos diversos, por lo que debe ser percibido con una mirada más amplia, que analice también las falencias del Estado en su conjunto.

Para comprender las formas de manifestación de la inseguridad, es preciso que se tengan en cuenta factores como el desempleo, la exclusión social, la proliferación de armas ilegales, el incremento del consumo de drogas, el crecimiento de la violencia social, la reproducción de patrones de conducta violentos, entre otros.

No será ejerciendo presión sobre los jueces como se resuelva el problema, ni exigiéndoles permanentemente que no concedan las libertades de los ciudadanos sometidos a procesos penales.

El que eso pueda lograr que voluntariamente y sin oposición los jueces cumplan con tan reiterado encargo, es un juicio sensato. Las emociones hacen que nos equivoquemos y nos mueven a discurrir ideas de modo muy extraño.

Lo terrible de ello es que se pretende obtener un nuevo modelo que sirva de muestra para restringir la libertad de los ciudadanos, sin ley que lo permita.

### DESTINO DE TRIBUNALES

En los estados democráticos de Derecho, los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial tienen a su cargo el conocimiento exclusivo de todas las contiendas judiciales, como un tercero imparcial e independiente. Es ésta la función más evidente de los jueces y, acaso, la más antigua. Esto es muy claro y no ofrece dificultad.

Pero, además de esa tarea, le corresponde al Poder Judicial realizar otras dos funciones por las que merece ser condenado y castigado por la justicia divina.

Una, es la custodia de los derechos fundamentales y libertades individuales, que se trazaron tanto en el derecho penal sustantivo como en el instrumental. Esta competencia judicial resguarda los derechos de la persona no sólo de injusticias penales, sino también con respecto a la imposición arbitraria de una pena.

La otra, el control de legalidad de los actos de los otros dos poderes que —a diferencia de los jueces— sí fueron votados en comicios. Es así, un poder contramayoritario, un contrapoder o, dicho de otro modo, un poder que intenta contrarrestar al poder establecido.

De manera que la nada desdeñable tarea de tutelar el conjunto de garantías y derechos que la ciencia jurídica liberal ha conseguido entronizar a lo largo de tres siglos de historia y de muchas batallas, con las que fueron bautizadas nuestras calles, está a cargo del Poder Judicial. Por la cual es criticado con dureza por un sinnúmero de individuos, medios de comunicación y políticos profesionales en general.

#### EL VALOR DE LA LIBERTAD Y LA VERDAD JURÍDICA

La libertad —¿Qué duda admite?— es en el proceso de desarrollo o transformación cultural propio de las sociedades más adelantadas (por el grado de expresiones humanas), aquello que en sí mismo tiene el complemento de la perfección en su propia naturaleza.

Es uno de los bienes humanos más preciados y estriba en la facultad natural que tienen las personas de obrar de uno u otro modo y de no hacerlo. Constituye el modelo original y primario —el punto de partida moral— de la facultad de la mujer y del hombre de decidir y ordenar la propia conducta, por lo que son responsables de sus actos.

Ese valor ha sido entronizado por la doctrina política que propugna la libertad y la tolerancia en las relaciones humanas.

Según la noción de Estado de Derecho concebida por el liberalismo, el gobierno y los

ciudadanos deben acatar con sumisión la autoridad de las leyes que regulan la actividad estatal y los actos externos y las funciones con que cada Poder del Estado se singulariza entre los demás.

La Constitución francesa de 1791 incluyó la expresión que luego se cristalizaría como el dogma del constitucionalismo liberal: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni se adopte la separación de poderes, carece de Constitución” (artículo 16).

Para que se cumpla el propósito constitucional no sólo deben regularse con precisión el resguardo de las libertades, sino que el Estado debe garantizar que el ordenamiento jurídico entrañe la infalibilidad de sus normas y, por lo tanto, la previsibilidad de su aplicación (en España la seguridad jurídica es un principio constitucional).

Zaffaroni anotó que “El sentimiento de seguridad jurídica no tolera que a una persona (es decir, a un ser capaz de autodeterminarse) se le prive de bienes jurídicos con finalidad puramente preventiva en una medida impuesta sólo por lo que indica su inclinación personal al delito, sin tener en cuenta la extensión del injusto cometido y el grado de autodeterminación que tuvo al actuar”<sup>1</sup>. Alberdi —citado por Mario Midón— decía que, precisamente, “Para la existencia de esa seguridad jurídica no basta que la libertad aparezca enfática y solemnemente proclamada en la Constitución, la ley o los discursos de los gobernantes, sino que es necesario que realmente todos y cada uno de los habitantes tengan el goce efectivo y real de sus derechos... porque una libertad escrita es una libertad muerta, si además de escrita no vive palpitante en los usos y costumbres del país”<sup>2</sup>.

La Corte de la República Argentina explicó que el artículo 18 de la Constitución Nacional, al establecer que la orden de arresto debe provenir de autoridad competente, presupone una norma previa que establezca en qué casos y en qué condiciones procede una privación de libertad<sup>3</sup>.

Por razón de ese principio, los jueces deben afianzar lo estipulado por las normas principales que constituyen la razón fundamental sobre la cual deben proceder. De allí que las reglas que permitan coartar la

libertad personal de los ciudadanos sometidos a proceso (la prisión preventiva y otras medidas de coerción o las que restringen la excarcelación) son de aplicación restrictiva: Es decir, nadie es privado de su libertad si no resulta absolutamente indispensable para asegurar la investigación y la actuación de la ley, de lo contrario el juez actúa en oposición al espíritu de la Constitución<sup>4</sup>.

Cuando se produce una infracción a la ley penal es a los jueces, a quienes les compete comprobar si la norma ha sido efectivamente violada y en qué medida, para imponer la sanción que establece. Esto, desde luego, debe desarrollarse en el marco de un proceso en el que se verifique la culpabilidad del imputado, con todas las garantías constitucionales y con acusación fiscal, cuyo aseguramiento está a cargo del juez. En todo proceso penal la acusación constituye una condición sine qua non de procedibilidad, o sea, una garantía jurídica para la afirmación de una responsabilidad penal y para, eventualmente, la aplicación de una pena: No una condición suficiente en presencia de la cual está permitido o es obligatorio proceder, sino una condición necesaria en ausencia de la cual no está permitido proceder (nullum iudicium sine accusatione)<sup>5</sup>.

Como se sabe, el principio de legalidad penal cumple en un Estado de Derecho una función de limitación objetiva del ius puniendi estatal (facultad estatal de castigar a un culpado por delito).

Ciertos autores modernos, la mayoría de ellos descendientes de los vikingos, han conformado el movimiento abolicionista que postula la supresión de las penas de encierro y de los sitios donde se cumple e, incluso, del propio sistema penal.

Más tarde autores italianos como Luigi Ferrajoli, Alberto Filippi y Alessandro Baratta propusieron el minimalismo penal, teoría que propicia la aplicación mínima del derecho penal, reservándolo sólo a las situaciones más graves (el derecho penal como última ratio del orden normativo).

La doctrina republicana ha establecido con nitidez que sólo la ley, concebida en sentido formal, ha de ser la fuente de delitos e infracciones penales, de penas, de medidas de

seguridad y de circunstancias agravantes.

Hace más de un siglo, el positivismo penal sociológico postulaba la defensa social como fin esencial del derecho penal. Esta doctrina permite justificar que el individuo sea el instrumento para que la sociedad permanezca indemne. Invocarla en la actualidad constituye la incongruencia que resulta de presentar algo como propio de una época a la que no corresponde.

#### MODALES ESTATALES

Hay quienes hallan justificativos con sobrada rapidez para turbar el sosiego de su silencio voluntario. Se trata de quienes pretenden comunicar, reducida a términos claros y precisos, la siguiente proposición: La responsabilidad de la inseguridad pública es del Poder Judicial.

El argumento consiste en reducir cómodamente los problemas de la inseguridad ciudadana y de la violencia callejera a una modesta e ineficaz práctica tribunalicia. Este planteamiento que, admitidas las premisas es innegable, contiene la contingencia inminente de que suceda el absurdo.

Un aspecto inusitado que presenta el discurso simbólico que ha adquirido esta práctica política, es que pasa por alto los postulados del Derecho Constitucional —regulador y fuente de racionalización del poder— dejando de lado una formidable dificultad: la de compatibilizar ese axioma con los derechos humanos, cuya protección la constitución ha confiado a los tres poderes estatales, aunque las competencias para ello no son las mismas en cada uno de éstos.

Si el incremento del delito es responsabilidad de quienes deben sancionarlo, bastaría para erradicarlo la supresión de los organismos encargados de juzgar. Si de lo que se trata es de huir de una dificultad que no puede sortearse, interponiendo una voz o una autoridad respetable, pasaremos por alto el problema sin que éste experimente mutación alguna.

La práctica reside en amonestar agriamente al Poder Judicial vociferando sus vicios y defectos; vituperando o desaprobando la actividad judicial como categoría.

Semejante aportación moral, intelectual o estética a la doctrina que

<sup>1</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Manual de derecho penal - Parte General”, Buenos Aires, 6ª edición, 1997, pág. 71.

<sup>2</sup> Midón, Mario, Manual de Derecho

Constitucional Argentino, Edit. Plus Ultra, pág. 270, 1997.

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 317:1985, LL 1995-B-349. ver consid. 6 del fallo.

<sup>4</sup> Artículos 18 de la Constitución Nacional, 1º del Pacto de San José de Costa Rica, 49 de la Constitución de la Provincia del Chubut y 20 del Código Procesal Penal.

<sup>5</sup> De la moderna doctrina penal puede

consultarse al respecto el Sistema Garantista, axioma A8, (SG A8) de Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, Ed. Trotta, segunda edición 1997, páginas 567, 569, 606 y 607.

se sustenta en los principios republicanos, no hace más que suprimirla.

La situación especial en que se halla la seguridad pública y la inclinación que genera en el ánimo social hacia comportamientos inquietos y turbulentos (especialmente, cuando se comenten crímenes que provocan conmoción), mueven a las autoridades a la desesperación y a expresar impetuosamente su queja o disconformidad, con indiferencia de las verdaderas funciones que tiene el derecho penal.

Con abstracción de las urgencias de quienes tienen a su cargo el diseño y la ejecución de la política anticriminal es fácilmente perceptible una tensión irresuelta entre los Poderes Judicial y el Ejecutivo, que es trasladada por éste a la sociedad.

Las vocinglerías y baladronadas públicas sólo permitirían, en el mejor de los casos, alcanzar el primero y más obvio de los actos del entendimiento, que se limita a la simple noción de justicia, pero lejos está de permitir entenderla.

Quienes ponen en acto estas alocuciones bruscas contra el Poder Judicial acaso ignoren el grave daño que generan en el ánimo de los jueces. Tal vez no sepan que antes que contribuir a acrecentar la eficacia de los tribunales—haciéndolos pasar a un estado mejor—no hacen más que poner trabas entre las tareas de los jueces y su resultado. No es la búsqueda de una justicia mejor sino el aporte a la construcción de un Poder Judicial inútil, inservible e incapaz de solucionar el conflicto penal.

Antes que permitir al pueblo (eso que ahora se llama “la gente”) entender, alcanzar y penetrar en el concepto de justicia; antes que el justiciable pueda adoptar una actitud comprensiva o tolerante frente a los problemas, se lo aleja del conjunto de cualidades que integran un concepto pleno y cabal.

Resulta muy atractivo para los funcionarios proclamar a la seguridad como una de las labores a desarrollar por el Poder Judicial, a la que parece estar obligado por la ley divina, natural o positiva.

Estas prácticas que los argentinos padecemos por tradición o por hábito, hacen que

se distorsionen las diversas razones en las que halla su raíz el crecimiento del delito y de la violencia, de manera que no puedan reconocerse ni distinguirse. Se desconfía de las sentencias y se cuestiona la pericia y la habilidad de los jueces. Eso es lo que se logra con un discurso intransigente, fanático, extremado.

No obstante, lo que se ha dado en llamar “la clase política”, no asume la paradoja ni se hace cargo de los riesgos.

#### PROBLEMA NO ACLARADO, CUESTIÓN DUDOSA

Para imponer su autoridad las dictaduras deben violar la legislación anteriormente vigente; para ejercerla, prescindir de una parte esencial del ordenamiento jurídico.

Así, del conjunto de principios y normas—expresivos de conceptos de justicia y de orden—que regulan las relaciones humanas en toda sociedad, se cercenan de manera coactiva los derechos fundamentales—inherentes a la dignidad humana, imprescindibles para el libre desarrollo de la personalidad—a los que las constituciones modernas les asignan un valor jurídico superior.

Un país con doscientos años de edad, que ha padecido interrupciones sistemáticas, asediado y asolado a lo largo del siglo XX por las dictaduras no puede contar con una cultura democrática de raíces profundas.

La República Argentina, cuyos ciudadanos nos caracterizamos por nuestra falta de sentido o de razón republicana, ha dado lugar a expresiones tales como: “Algo habrán hecho”, “por algo será”, “¡Sálvese quien pueda!”, “un delincuente, una bala”, “¡Que se vayan todos!”, “el que mata tiene que morir”, “no sos vos, soy yo...”.

Entre otras delicias, claro.

En semejante escenario se halla en su estado natural, la sociedad que no reacciona con escándalo cuando escucha invejir a los políticos contra los jueces.

Pero temo que hay otro motivo de entidad más importante, algo más arduo y enfadoso.

Pienso en esa razón y siento la vasta incomodidad del hombre que ha descubierto algo que no debía: Es que no existe un grave error del entendimiento, sino que el pueblo

ha sido decepcionado por el sistema democrático y, por lo tanto, con más o menos discreción, se ejerce contra él una masiva indiferencia y un desapego que denotan menosprecio.

Esto es para mí una novedad porque siempre he creído que la aceptación de la democracia era de carácter ético y que la forma contraria de gobernar la sociedad podía equipararse a conductas depravadas, perversas, o que se apartan de lo aceptado como lícito.

Ahora que ya no es preciso recuperarlos, los argentinos podemos desistir de las garantías y derechos que la Constitución del Estado Nacional reconoce a todos los ciudadanos.

Hay, digámoslo, en esta extraña idea—opuesta a la común opinión y al sentir de los entusiastas compatriotas de la década del ’80—una aseveración menos admisible que extravagante pero que se presenta con apariencias de verdadera.

Nuestro desarrollo del sentimiento democrático no sólo no ha alcanzado aún su plenitud vital, sino que es cada vez más ostensible el cambio hacia una designio represivo, inverso al respeto de las garantías individuales; en detrimento de los esfuerzos democráticos de muchos ciudadanos por procurar el bien ajeno aun a costa del propio.

Declino la pretensión de explicar, siquiera ineficazmente, que nuestra sociedad—por su naturaleza, por la interrupción institucional sistemática o por otro motivo—, se inclina hacia algo en particular: un nuevo tipo de sistema de control social, que con los preceptos usuales de democracia es incapaz de prosperar.

Sin embargo, antes de finalizar, tomaré la precaución de impedir que se ofusque la claridad del lector (o, acaso, de decepcionarlo): Este texto es un mero enunciado compendioso de una noción o de algunos rasgos muy característicos de la sociedad argentina actual, no un postulado que amenaza con el exterminio de la ideología republicana.

La proposición de esa idea no sólo no se incluye en estas líneas, sino que ello ha estado tan lejos de suceder, que ni siquiera se ha ofrecido a mi pensamiento.

## -In memorian- AUGUSTO MARIO MORELLO

POR JOSÉ LUIS PASUTTI

Ministro del Superior Tribunal de Justicia. Profesor Ordinario de Derecho Procesal en la U.N.L.P.S.J.B. Miembro de la Mesa de Conducción de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

Una noticia nos ha conmovido; murió el Dr. Augusto Mario Morello, gran jurista, catedrático, académico, maestro de generaciones de abogados, investigador incansable hasta el último momento de su vida. Escribió más de cien libros pero por sobre todo, fue una buena persona, amable, generoso, preocupado por el destino del país; su pensamiento fue humanista, lo dejó traslucir a través de su exquisita pluma.

Su vida giró alrededor de la Universidad Nacional de La Plata; allí se inició como adjunto de la cátedra de Amilcar Mercader, juntos a otros grandes, tales como Lino Palacio y Sentís Melendo.

Impartió enseñanza a miles de alumnos, muchos de ellos patagónicos, ya que era y es aún una tradición que muchos de nuestros jóvenes se formen en esa alta casa de estudios.

Su generosidad se expresaba en la constante necesidad de transmitir lo que sabía, ya que una de sus virtudes fue formar discípulos que hoy son grandes maestros, como Roberto Berizonce y Juan Carlos Hitters; también tuvo a su lado a otros abogados provenientes de otros lugares a quienes llenaba de enseñanzas y consejos.

Así lo conocí y admiré.

Con motivo de la Reforma Procesal, el maestro Morello nos acompañó en numerosos encuentros que organizamos en las ciudades de Trelew, Puerto Madryn, Esquel y Comodoro Rivadavia; allí exponía sobre la necesidad de cambiar el Proceso Civil, adaptándolo a nuestro tiempo y sobre todo dirigido concretamente al hombre de carne y hueso que vive en Democracia.

Desgraciadamente no siempre el avanzado pensamiento del jurista se ve cristalizado en su totalidad. En muchas ocasiones ha sido recogido por la legislación; en otras, no dudo que lo será con el tiempo.

Recuerdos de algunos de estos encuentros que menciono fueron incorporados a través de un artículo que escribí hace años y que el maestro me honró al incorporarlo en el prólogo de su libro “Estado de Justicia”.

Pudimos hacerle un homenaje en la ciudad de Puerto Madryn en el año 2004, donde emocionadamente nos llenó de sabiduría y consejos exhortándonos a trabajar por la Patagonia, región que amaba profundamente.

Al apagarse la vida del gran profesor, perdimos al jurista argentino más prolífico de toda la historia nacional, que se irradió a otros países del mundo. Su espíritu seguirá viviendo en cada uno de sus libros, en sus enseñanzas y en los consejos que daba con generosidad. Sin dudas que éstos quedarán prendidos en nuestros corazones para siempre.

# LAS DECISIONES DE LAS CÁMARAS DEL CONGRESO NEGANDO LA INCORPORACIÓN A SU SENO DE UN LEGISLADOR ELECTO ¿ES SUSCEPTIBLE DE REVISIBILIDAD JURISDICCIONAL? REFLEXIONES SOBRE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

POR RICARDO HARO

Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba.

## I. INTEGRACIÓN DE LAS CAMARAS DEL CONGRESO

1. Para responder a la inquietud central de estas reflexiones desde una perspectiva más integral, es preciso bucear en la justiciabilidad relativa a las cuestiones controvertidas que plantea el ejercicio de la atribución del citado art. 64 CN, a la luz de la doctrina de la CS precisamente en el tema que hace a la incorporación de los miembros a las Cámaras.

### 1. LA NO JUDICIABILIDAD DE LA INTEGRACIÓN DEL CONGRESO

2. Desde el siglo pasado, *in re "Varela"* de 1881 (Fallos: 23-257), la CS afirmó que *los tribunales de justicia no tienen jurisdicción para la legalidad o la ilegalidad de la composición del Congreso*, desde que por el art. 56 CN (actual art. 64), cada Cámara es juez único de la validez de las elecciones, de los derechos y de los títulos de sus miembros.

Este criterio, fue ratificado tanto en la causa *"S.A. Cía. Azucarera Tucumana"* de 1924 (Fallos: 141-271) al señalar que *es una causa esencialmente política la referida a las formalidades y procedimientos de organización de una rama de la Legislatura en determinada sesión de la misma*, como asimismo y de forma categórica *in re "Junta Electoral Nacional - Entre Ríos"* en 1963 (Fallos: 256-208), al afirmar que *dicha materia, la referida a la integración y a los títulos de los electos para el desempeño de funciones políticas del Gobierno Nacional, está reservada por la Constitución Nacional al Congreso de la Nación*, según lo dispuesto por los arts. 56, 67 incs. 18 y 28, y 81 a 85 (hoy arts. 64, 75 incs. 21 y 32, y 94 a 98), alcanzando la decisión del Congreso a las elecciones igualmente "en cuanto a su validez" o a la pertinencia de su "rectificación". Se trata de una *facultad privativa*

*cuyo ejercicio no debe ser interferido o limitado por una resolución de esta Corte*. En igual sentido, ver las sentencias en *"Partido Justicialista"* de 1965 (Fallos: 263-268) y en *"Unión Cívica Radical"* de 1973 (F. 285-147).

### 2. HACIA LA JUDICIABILIDAD CON POSTERIORIDAD A LA REFORMA DE 1994

3. Pasaron más de dos décadas, y el Tribunal comenzó a realizar un viraje expreso hacia la justiciabilidad en la materia. Los pronunciamientos se originaron en lo dispuesto tanto por el art. 54 de la reforma de 1994 – estableciendo tres senadores por cada provincia y por la Ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta- como por la Disposición Transitoria Cuarta, que procuraba reglar el procedimiento para incorporar el tercer senador hasta el 9 de diciembre de 2001, lo cual provocó la promoción de causas judiciales, ante la variada casuística que se planteaba.

4. Con motivo de la acción declarativa de inconstitucionalidad promovida por el Gobernador de Chaco, contra la resolución del Senado de la Nación, por la que se dispuso hacer lugar a la impugnación deducida por el Partido Justicialista contra senadores designados por la Provincia pertenecientes a la Alianza Frente de Todos -por no cumplir con las condiciones exigidas en la citada Cláusula Transitoria Cuarta de la CN- e incorporar a los senadores justicialistas, la CS dictó sentencia el 24 de noviembre de 1998 en el caso *"Provincia de Chaco"* (Fallos: 321-3236).

Como en el anterior citado Fallos 316-972, la CS declaró que *es inherente a la función de un tribunal judicial interpretar la normas que confieren las potestades que son privativas de los otros poderes*

*para determinar su alcance, sin que tal tema constituye una "cuestión política" inmunes al ejercicio de la jurisdicción, pues establecer si un poder del Estado tienen determinadas atribuciones, exige interpretar la CN, lo que permite definir en qué medida -si es que existe alguna- el ejercicio de ese poder puede ser sometido a revisión judicial*.

No obstante lo afirmado, el Tribunal resolvió *desestimar la demanda, por cuanto la decisión del Senado se encuentra fundada en el pormenorizado dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales, en el marco de una cuestión constitucional novedosa, suscitada por la aplicación de normas de vigencia transitoria, que no contienen previsiones expresas que contemplen el modo de solucionar el conflicto planteado, actuando en el ámbito de sus facultades privativas, de modo que no revela irrazonabilidad ni notorio apartamiento de las normas constitucionales que las definen, ni de aquéllas de las que ha hecho aplicación para resolver el caso*.

Por su parte, la minoría disidente de los ministros Belluscio, Bossert, Fayt y Petracchi, según sus pertinentes votos que compartimos, arribaban a una conclusión más congruente en el sentido de *imprimir a la cuestión planteada, el trámite de juicio sumarísimo y hacer saber al Senado que debería abstenerse de tomar juramento a los senadores justicialistas*. Ante situaciones similares se pronunció en igual sentido tanto la mayoría como la minoría del Tribunal en los siguientes casos: *"Hernández, Guadalupe"* del 31 de agosto de 1999 (Fallos: 322-1988), *"Partido Justicialista - Distrito de Corrientes"* el 5 de Octubre de 1999 (Fallos: 322-2368), y *"Tomasella Cima"* transcripto a pié de página en Fallos: 322-2370.

5. En todos estos casos influyó

notablemente la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, por la doctrina que sobre este tema se sentó en el caso *"Powell vs. Mc Cormack"* al declararse como cuestión justiciable la exclusión del diputado Powell, toda vez que para resolver la causa judicial, debía realizarse una interpretación de la Constitución respecto de la existencia, alcance y modo de ejercicio de dicha atribución por la Cámara de Representantes.

### 3. NUEVO AVANCE DE LA JUDICIALIZACIÓN: EL CASO "HAQUIM"

6. El actor Carlos G. Haquim, interpuso amparo contra el Estado Nacional -Senado de la Nación- y la Provincia de Jujuy -Legislatura provincial- con motivo de lo decidido por la Cámara de Senadores de la Nación que incorporó al Sr. Alberto M. Tell como senador por Jujuy, ante la lo resuelto por la Legislatura local al elegir a propuesta del Bloque Peronista la fórmula integrada por el citado señor Tell y Delfin N. Zamboni, distinta de la consagrada en los comicios partidarios del Partido Justicialista compuesta por los señores Haquim y Tell.

7. La CS dictó sentencia rechazando la demanda el 9 de agosto de 2001 (Fallos: 324-2299) en la causa *"Haquim c/ Pcisa. de Jujuy y otro"*, con apoyo en la Cláusula Transitoria Cuarta del texto de la CN según la Reforma de 1994, que introdujo una novedosa participación de los partidos políticos que tenía representación en las legislaturas locales, *al disponer que en todos los casos, los candidatos a senadores serán propuestos por aquéllos o por alianzas electorales*. Continuaba la CS diciendo que quien invoca su condición de candidato titular del cargo de senador (Haquim), no aparece legitimado para cuestionar lo resuelto por el Senado de la Nación

sobre la base de lo actuado en sede local, ya que es el partido político con derecho a proponer el candidato el titular de la acción, en tanto serían sus derechos constitucionales, y no los del candidato, los presuntamente afectados por la decisión de la legislatura provincial y por la validez que a ella le otorgó el Senado de la Nación. En conclusión: La CS judicializó la cuestión debatida.

#### 4. REAFIRMACIÓN DE LA JUSTICIABILIDAD: EL CASO "BUSSI" (I)

8. Antonio Domingo Bussi, fue electo diputado nacional por la provincia de Tucumán en los comicios de octubre de 1999. Presentado el diploma ante la Cámara de Diputados, ésta le negó su incorporación al Cuerpo en mayo de 2000, invocando *inhabilidad moral y política e inidoneidad constitucional* por su participación en la represión del Proceso Militar de 1976/83. Planteada por Bussi la acción de amparo, fue desestimada *"in limine"* en primera y segunda instancia, llegando a la CS por vía del recurso extraordinario. El Tribunal revocó el pronunciamiento el 11 de octubre de 2001 (Fallos: 324-3358), con fundamentos que compartimos, y que abren definitivamente la posibilidad de la justiciabilidad de las resoluciones de las Cámaras en la materia, ordenando que volviesen los autos al Juzgado de origen a fin de que se dé trámite a la acción de amparo deducida.

9. En lo sustancial la CS dijo que *configura cuestión justiciable el conflicto planteado por la negativa de la Cámara de Diputados a la incorporación de un legislador*, con sustento en objeciones de orden ético y en ejercicio de la atribución que le concede el art. 64 CN respecto del examen y aprobación de los títulos de los legisladores. Ello así, por ser función del Poder Judicial precisar el alcance de las normas jurídicas que atribuyen facultades a los poderes del Estado -en el caso las Cámaras del Congreso- pues dicha tarea exige una interpretación de la CN a fin de establecer si tales poderes existen y su ejercicio puede someterse a revisión judicial.

Por otra parte señaló que, *planteada una causa, no hay otro poder por encima de esta Corte, para resolver acerca de la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los Departamentos Legislativo o Ejecutivo, y del deslinde de atribuciones de éstos entre sí y*

*con respecto a las provincias, sin que tal tema constituya una "cuestión política"*, inmune al ejercicio de la jurisdicción atendiendo a que el Tribunal es el intérprete final de la Constitución. (doctrina de Fallos: 316-972).

#### 5. UN CASO MÁS A TENER EN CUENTA: "ALIANZA FRENTE POR UN NUEVO PAÍS"

10. Continuando con el decidido vuelco de la doctrina de nuestro más alto Tribunal en cuanto a *la justiciabilidad de las cuestiones que hacen a la incorporación de legisladores a sus respectivas Cámaras*, cabe señalar el pronunciamiento de la CS en la causa *"Alianza Frente por un Nuevo País"* del 4 de junio de 2003 (Fallos: 326-1816), por el que entró a conocer de la resolución de la Cámara Nacional Electoral que decidió proclamar como senador por la ciudad de Buenos Aires al candidato postulado por el "Frente por un Nuevo País", señor Gustavo Béliz, en virtud de los recursos interpuestos tanto por el candidato Alfredo Pedro Bravo, como por el Partido Popular Nuevo Milenio y la alianza "Alternativa para una República de Iguales" y por su propio derecho, por el señor Rafael Martínez Raymonda. Estaba en juego la interpretación del art. 54 CN concordantemente los arts. 157 del Cód. Electoral y 3 y 10 de la Ley Orgánica de PP. PP.

11. El Tribunal luego de un pormenorizado examen de temas referidos tanto a la interpretación de la CN y de las leyes, como al sistema representativo y a los partidos políticos, expresó: *Del examen armónico de las normas que regulan el sistema electoral se desprende que, en materia de elección de senadores nacionales, fue intención del constituyente asignar las bancas de ese cuerpo a los partidos políticos.* La tercer banca de senador de cada distrito corresponderá al partido político (o alianza electoral, de acuerdo a lo establecido en el art. 157 del Código Electoral) que hubiera seguido al partido (o alianza) que hubiera obtenido el mayor número de votos en la elección. Si dos o más partidos coinciden en oficializar la misma lista de candidatos a senador y su intención es la de acumular los votos obtenidos por cada uno, *deben someterse a las formalidades impuestas en la reglamentación establecida para la constitución de alianzas o acuerdos transitorios* (conf. arts. 3° y 10° de la Ley

Orgánica de los Partidos Políticos); esas son las únicas fuerzas políticas con derecho a proponer candidato a ocupar la banca en disputa. *Para que exista la posibilidad de que dos fuerzas unan sus votos a favor de un candidato es preciso que hayan formalizado el acuerdo entre ellas con la constitución de una alianza en los términos exigidos en la ley 23.298 (arts. 3° y 10°).* Todo acuerdo informal, fuera de las prescripciones de dicha ley, no podrá tener el efecto de acumular los votos obtenidos por cada una. Hasta aquí la CS.

#### 4. NUEVO PRONUNCIAMIENTO DE LA CS EN CASO "BUSSI" (II)

12. Devuelta en la anterior oportunidad la causa al juzgado de origen, se desestimó la demanda interpuesta. Apelada la resolución, la Cámara Nacional Electoral declaró que *"carece de interés jurídico actual pronunciarse en la presente causa"* atendiendo a que el cargo de diputado nacional al que pretendía acceder el actor, ya había sido cubierto con la incorporación del suplente y por lo tanto el asunto presenta un interés puramente teórico y la cuestión se había tornado abstracta.

Llegados los autos a la CS por vía de la queja y del recurso extraordinario, el Tribunal se pronunció el 4 de noviembre de 2003 (Fallos: 326-4468) y sostuvo por mayoría (ministros Fayt, Patracchi, Boggiano, Vazquez y Antelo y con las disidencias de los ministros Belluscio, Maqueda y Mitchell), recordando su primer fallo que *"aún cuando las circunstancias impidieron al tribunal expedirse en tiempo oportuno por haberse consumado la proclamación y asunción de cargos, ello no es óbice suficiente para impedir el dictado de un pronunciamiento sobre la cuestionada validez de los antecedentes de los títulos"*, *porque los hechos de toda causa, producidos con olvido o desconocimiento de resoluciones judiciales, no pueden erigirse en obstáculos para que la Cámara Nacional Electoral resuelva una cuestión propia de su competencia, consolidando el derecho de defensa en el debido proceso electoral"*.

13. Que en el caso, *"quedó sometido a decisión un caso concreto de competencia y derecho electoral y no una simple cuestión abstracta, meramente académica o conjetural, toda vez que la vía intentada resulta absolutamente esencial para salvaguardar un interés concreto y actual que arraiga en el principio de la*

*soberanía popular.* Y en este ámbito, es donde debe primar la defensa de la transparente manifestación de la voluntad de los ciudadanos, a riesgo de quedar afectado el pleno imperio de la CN (arts. 1, 5, 22 y 33).

*Que la pretensión esgrimida en el ámbito electoral, sin tener naturaleza distinta de la que se formula en cualquier otro proceso, goza -por su propia índole- de peculiaridades que exigen un cumplimiento estricto de lo que se podría denominar el "debido proceso electoral", como una garantía innominada de la representación política o de los derechos electorales que sirven de fundamento jurídico de la democracia representativa.*

Con estos argumentos, entre muchos otros, el Tribunal hizo lugar a la queja y al recurso extraordinario, dejando sin efecto la sentencia de la Cámara y ordenando que los autos vuelvan al Tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo a lo decidido.

14. Cabe destacar la extensa disidencia del ministro Maqueda que en lo cardinal y retomando la vieja jurisprudencia del Tribunal en base a la irrevisibilidad del ejercicio de las facultades privativas, estimó que la decisión adoptada por la Cámara en virtud de la atribución que le otorga por el art. 64 CN -cuestión más política que legal- y la posterior incorporación del diputado suplente, pertenecen al marco de la actividad y decisión exclusivas del cuerpo legislativo y, por consiguiente, excluidos del control judicial de esta Corte.

#### 5. TERCER PRONUNCIAMIENTO DE LA CS EN CASO "BUSSI" (III)

15. Habiendo dictado nueva sentencia la Cámara Nacional Electoral y reingresada la causa a la CS, ésta se pronunció en la misma el 13 de julio de 2007, y en su decisión mayoritaria de los jueces Lorenzetti, Fayt, Zaffaroni y Argibay, y con las disidencias de los jueces Maqueda, Highton de Nolasco y Petracchi, expuso reseñadamente los siguientes fundamentos para declarar categóricamente -en nuestro entender- que el ejercicio de la atribución de las Cámaras ha dejado de ser una "cuestión política" para ser judicialable respecto del respeto o desborde de los límites que enmarcan dicha atribución:

a) Que existe un caso federal cuyo interés institucional subsiste al momento del dictado de la presente

y el amparo resulta absolutamente esencial para salvaguardar el interés de la soberanía popular, la defensa de la transparente manifestación de la voluntad de los ciudadanos y la posibilidad de repetición del acto, todo lo cual justifica una decisión esclarecedora, a riesgo de quedar afectado el pleno imperio de la CN (arts. 1, 5, 22 y 33)

b) La CS se encuentra habilitada para revisar la decisión por la cual la Cámara de Diputados de la Nación rechazó el diploma de un diputado electo con fundamento en su inhabilidad moral, derivada de haber ocupado un cargo público durante el último gobierno de facto pues, si bien el art. 64 CN dispone que la citada Cámara es juez de los títulos de los diputados, dicha competencia no es exclusiva ni excluyente, en tanto el art. 116 CN establece que incumbe al Poder Judicial el conocimiento y la decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por ella.

c) La facultad que el art. 64 CN le reconoce a la Cámara sólo puede referirse a la revisión de la legalidad de los títulos de los diputados electos y la autenticidad de sus diplomas, este es, si fueron regularmente emitidos por la autoridad competente.

d) Una interpretación que llevara al extremo la no justiciabilidad de las decisiones del Congreso, anularía el diálogo de poderes que la CN sustenta, y podría producir el desamparo de los ciudadanos que pertenecen a minorías, al quedar sujetos a lo que decidieran mayorías circunstanciales.

e) No hay otro poder por encima del de esta Corte para resolver acerca de la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los departamentos legislativo, judicial y ejecutivo.

f) Corresponde declarar inoficioso todo pronunciamiento sobre la validez de la decisión de la Cámara de Diputados que rechazó la pretensión del actor de ser incorporado como miembro de dicho cuerpo, ya que resulta abstracto el interés subjetivo invocado por el demandante, no sólo porque es de cumplimiento imposible, sino porque no ha habido ninguna declaración expresa de nulidad del acto en las instancias inferiores, ni ha sido materia recursiva ante la CSJN.

#### 6. REITERACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA REVISIÓN JUDICIAL EN EL CASO "PATTI"

16. Esta doctrina judicial del alto Tribunal sobre la justiciabilidad de las decisiones de las Cámaras del Congreso negando la incorporación a su seno de legisladores elegidos por

la voluntad popular y no impugnados en las etapas pertinentes del proceso electoral, fue reiterada a recientemente en el pronunciamiento que la CS del 8 de abril de 2008 en el caso "Patti, Luis Abelardo", en el que se hizo lugar a la acción de amparo que el actor en su condición de diputado electo en los comicios del 23 de octubre de 2005, promovió a fin de que se deje sin efecto la resolución de la Cámara de Diputados de la Nación por la cual se había rechazado su incorporación como miembro del Cuerpo, acción a la que había hecho lugar la Cámara Nacional Electoral.

El Tribunal, sostuvo textualmente que:

"Que los planteos de la recurrente remiten al examen de cuestiones sustancialmente análogas a las consideradas y resueltas por esta Corte en la causa B.903.XL "Bussi, Antonio Domingo c/ Estado Nacional (Congreso de La Nación - Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados", sentencia del 13 de julio de 2007, a cuyos fundamentos y conclusión corresponde remitir por razones de brevedad (decisión mayoritaria conformada con el voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Argibay y por el voto concurrente del juez Zaffaroni). Que los jueces Highton de Nolasco, Petracchi y Maqueda, se remiten a

sus respectivos votos en disidencia en la causa citada. Por ello y habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, por mayoría, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia recurrida"

#### 7. A MANERA DE COLOFÓN

17. Por nuestra parte adherimos al criterio de la mayoría en ambos casos, pues estamos persuadidos que dejar librado al criterio discrecional de las mayorías legislativas de turno y sin posibilidad de revisión judicial, la atribución por la que se pueda negar arbitrariamente a un legislador el derecho que tiene a ocupar la banca para la cual fue elegido, es un riesgo muy peligroso que afecta grave y manifiestamente la integración de un Poder del Estado.

Baste para apoyar lo expresado y a título de ejemplo, que la causal de la *inhabilidad moral y política e inidoneidad constitucional* invocada a veces para encubrir intereses políticos subalternos, es de una imprecisión y vaguedad tal que puede oponerse con peligrosa arbitrariedad ante las más diversas e imprevistas circunstancias de vida de quien fue elegido por la voluntad popular (¿corrupción? ¿participación en el terrorismo de Estado o en alguna organización subversiva o guerrillera? ¿haber integrado gobiernos descalificados arbitrariamente? ¿alcoholis-

mo? ¿drogadicción? etc, etc ).

Por otra parte cabe también preguntarse: ¿Es justo que una mayoría interesada de legisladores tenga la potestad de frustrar el derecho de los electores, impidiendo la incorporación de candidatos que han obtenido no sólo el suficiente respaldo de la voluntad popular, sino que además transitó indemne todos los controles y procedimientos judiciales electorales, habiendo sido oficializado y proclamado en el cargo por la autoridad judicial competente, después de someterse a lo que se ha llamado el *debido proceso electoral*?

18. Por el contrario, tenemos la convicción que la revisibilidad judicial por tribunales y magistrados independientes, alejados de las turbulencias y pasiones políticas partidarias, constituye la mejor garantía para una decisión objetivamente justa y fundada jurídicamente en tan trascendental atribución.

La cuestión es grave. Por ello viene al caso recordar dos apogemas severamente lúcidos: Uno, de Thomas Jefferson: "Ciento setenta y tres déspotas, aún elegidos, serán tan opresores como uno". El otro de Maximilien de Robespierre: "Que el despotismo tenga una cabeza o setecientas cabezas, siempre es despotismo".



## VERDAD Y JUSTICIA PENAL

POR MÓNICA RODRÍGUEZ

Jueza de la Cámara Primera en lo Criminal de Trelew.

La reciente reforma procesal penal de la Provincia de Chubut, en su avance hacia el establecimiento de un procedimiento acusatorio, actualiza la necesidad de repasar el análisis de los diferentes criterios de "verdad" en el pensamiento filosófico, pues resulta innegable la directa **conexión entre ciertas posiciones e ideas acerca de la verdad y los diferentes modelos de proceso penal.**

En ese marco resulta útil observar someramente el estado actual del pensamiento científico en esta cuestión, y finalmente **determinar si**

**cabe atribuir relevancia al descubrimiento de la llamada *verdad real*, en el clásico sentido de verdad-correspondencia, dentro del contexto del nuevo proceso.**

Vale aclarar que no se pretende agotar el análisis de las distintas posiciones doctrinarias que se han elaborado al respecto, sino mostrar los lineamientos más importantes en el tema, pues entendemos fundamental que **todo aquel que tome intervención- en particular quien tome decisiones-, dentro de un ámbito de poder de tal intensidad,**

**debe ser consciente del marco conceptual en que cada decisión es adoptada.**

Genero R.Carrió, en el prólogo de una pequeña gran obra muy utilizada por los estudiantes de Filosofía del Derecho, "Los exploradores de cavernas" de Lon L. Fuller (traducción de Genaro R.Carrió y Leopoldo J. Niilus, Abeledo Perrot, Bs. As., 1976), sintetiza esa vinculación constante e imperceptible, a veces, entre la teoría y la práctica: "...los problemas más abstractos de la filosofía jurídica gravitan en la



decisión de las controversias que se ventilan en los tribunales, de suerte que el esclarecimiento de aquellos no es un mero placer para especialistas, sino una premiosa urgencia.”.

A pesar de la devaluación que ha experimentado el concepto de “verdad” en el último siglo, y del desplazamiento que ha sufrido desde el mítico lugar que históricamente se le confirió, **intentaremos demostrar el acierto de algunas concepciones teóricas que postulan, en la actualidad, rehabilitar el concepto de “verdad procesal” en el plano epistemológico dentro del procedimiento penal, como uno de los presupuestos legitimantes de la respuesta punitiva del Estado.**

Así, si bien en un extremo el descubrimiento de la verdad real se presenta como una **utopía**, pensar un procedimiento penal en el que no interese, en absoluto, “la verdad”, equivale a aceptar un sistema judicial que puede tornarse arbitrario e injusto; no sin razón la verdad ha sido siempre altamente considerada: como un valor moral asociado a la idea de justicia. Por eso es necesario insistir, frente al avance de actitudes escépticas, para las que la cuestión de la verdad no es relevante o, peor, frente a posiciones decisionistas, que sostienen la posibilidad de arribar a una *verdad real*, cualquiera sea el medio que se emplee para conseguirlo, que es **posible sostenerla como paradigma, mediante la construcción de criterios racionales y objetivos que permitan determinar la verdad o falsedad de los enunciados descriptivos, en tanto se exija que tal conocimiento sea justificado por pruebas (empíricas), como presupuesto de la aplicación de una pena.**

Resulta imposible, sabemos, acceder a una verdad absoluta u objetiva de los hechos dentro del proceso penal, pues, como en todo proceso de conocimiento histórico- y aún más-, existen complejos mecanismos de selección que tiñen de subjetividad el conocimiento que se tiene de las cosas. Sin embargo afirmamos **que el norte de una teoría y política garantistas del proceso penal debe ser lograr la máxima correspondencia entre la verdad histórica y la verdad legítimamente obtenida.**

## EL PROBLEMA DE LA VERDAD

El contenido y alcance del concepto de **verdad** ha ocupado un lugar mítico en la historia del

pensamiento, desvelando a los filósofos desde la antigüedad.

En **Platón** el problema de la verdad se ubica en el centro de sus preocupaciones fundamentales. **Enrique Marí**, en su trabajo *“La Verdad en la Filosofía a Fines de Nuestro Siglo”*, alude a la concepción platónica, al decir: “... la hermosa forma de la verdad, que en Platón es el modo equivalente de decir la Verdad como Forma, es y no puede dejar de ser de una sola pieza. Compacta, impenetrable, consistente como todas las esencias, nada ni nadie la puede amenazar, ni cortar en mil fragmentos y dispersarlos a los cuatro vientos....Habría de resultar ajena por completo a su marco teórico, e inconsistente lógicamente con su propio sistema de verdad, la ficción o metáfora de una verdad seccionada en mil piezas y dispersada a los cuatro vientos. La Verdad es una Forma que, como la belleza, la igualdad, la triangularidad y la justicia constituye el orden racional....”.

La metáfora a la que hace referencia pertenece a Milton, mencionado por Ashley Montagu, en su obra “Proceso a la sociobiología”: *“La verdad incluso referida a temas pequeños y más todavía la referida a temas vastos, casi nunca es pura y jamás simple. Como dijo Milton, la verdad nunca se encontrará en una pieza prefabricada. En cambio, ha sido cortada en mil fragmentos y dispersada a los cuatro vientos. Y desde ese momento (continuaba Milton) los tristes amigos de la Verdad, los que osaron presentarse imitando la cuidadosa búsqueda del Isis(...)/por Osiris, fueron de un lado a otro juntando miembro por miembro, tal como podían encontrarlos. Aún no los hemos encontrado a todos, señores lores y representantes, ni los encontraremos nunca hasta el segundo advenimiento del Amo de la Verdad...”*.

La posición de **Aristóteles**, en cambio, emparentada con la concepción realista de la filosofía y reverso, a su vez, del platonismo, es conocida como *Teoría de la Correspondencia*, mucho más arraigada en las ideas contemporáneas: La definición clásica “Decir de lo que es que no es, o de lo que no es que es, es falso, mientras que decir de lo que es que es, o de lo que no es que no es, es verdadero”. Un razonamiento que parece tan simple, que concuerda tanto con lo que el sentido común aprecia como verdadero, ha impregnado durante siglos el mundo teórico de Occidente.

En el Medioevo la concepción aristotélica de correspondencia entre el pensamiento y las cosas fue receptada, también, por Santo Tomás de Aquino: “adaecutio rei et intellectus”.

Pero llegando al siglo XX comienzan a delinearse profundos cambios en las concepciones tradicionales de verdad. Es un proceso que Marí define como de *“...un progresivo debilitamiento del concepto y una activa desestructuración de sus mecanismos. Para decirlo en pocas palabras: ya no se levantan pedestales a la verdad. Su aroma de sacralidad platónica se ha evaporado; se duda, por otro lado, de su vigorosa condición aristotélica de harpón rígido de enlace entre lo conceptual y lo real. Distintas posiciones patrocinan este cuadro: algunas, como las que ya hemos visto de Tarski, no consideran a la verdad como un concepto filosófico interesante; otras renuncian directamente a él por superfluo en todos los planos; o bien lo circunscriben a una mera cuestión de coherencia lógica; o adjudican a la verdad una simple función de ideal regulativo, de guía, en el interior de un programa metodológico...”*

Es una etapa de desvalorización del concepto de verdad; la **filosofía positivista** clásica, con sus **criterios de verdad**, no ya como intento de alcanzar la verdad de la filosofía trascendental, sino tan solo de proporcionar las condiciones de adecuación material y corrección formal de los enunciados de una teoría. En el ámbito de las ciencias físico-naturales, dentro de la filosofía de la ciencia, el concepto de verdad ha virado al de “argumentación” o “rational acceptability”.

Por otra parte, en la década del '60 el pensamiento francés propone sustituir el prisma de *“criterios de verdad”* por el de *“régimen de verdad”*, analizando el concepto dentro de la Historia. Hemos de referir someramente, más adelante, el pensamiento de Michel Foucault, pues resulta de particular utilidad para el presente análisis.

Dentro de este panorama, también en el ámbito continental europeo se han elaborado teorías, más o menos difundidas, que abandonan el concepto clásico de verdad. Entre las que más ha repercutido en el campo de la Teoría del Derecho está *la idea de la verdad como consenso, en el pragmatismo trascendental, sostenido, con variantes, por Karl O. Apel y Jürgen Habermas, en*

*Alemania.*

Se advierte pues, en el panorama de fin de siglo, una **deconstrucción del concepto absoluto y atemporal de la verdad**, aunque las actuales perspectivas epistemológicas, como señala el profesor Marí, no aparecen del todo inconciliables.

Analizaremos, aunque someramente, tales posiciones filosóficas, para proyectarlas **al ámbito del proceso penal**, a fin de determinar las **implicancias prácticas** que conlleva la adhesión a una posición u otra.

## LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL

El sistema penal, pese a constituir un mecanismo de control social, tal como está plasmado en los ordenamientos modernos es un sistema epistemológico que opera a modo de superestructura de *tutela del ciudadano frente al arbitrio del poder punitivo*; un esquema que, más allá de su heterogeneidad y ambivalencias teóricas y filosóficas, intenta constituir un **modelo garantista**, impregnado del pensamiento jurídico ilustrado que inspiró la Revolución Francesa.

Dos resultan los elementos esenciales de esta epistemología garantista:

- La **definición legislativa de la desviación punible**, de lo cual se deriva el principio de estricta legalidad y su contracara, el principio de reserva.

- La **necesidad de comprobación jurisdiccional de la desviación punible.**

En un estado de derecho la garantía ciudadana está representada por la *estricta legalidad de los delitos y la verdad formal* que persigue su investigación en el marco de un proceso jurisdiccional. Aquí aparece el trascendente marco en el cual el concepto de verdad adquiere relevancia.

Históricamente los protagonistas del sistema penal han asumido diferentes criterios de verdad según el modelo de proceso penal vigente. Es importante detenerse en este punto, pues es, justamente, aquel que nos hará reflexionar acerca de la incidencia que el concepto de **verdad** al que se adhiera tiene sobre la práctica judicial concreta.

Distintas corrientes del pensamiento contemporáneo han abordado la cuestión, alcanzando relevancia en el ámbito jurídico. Conocerlas nos permitirá extraer algunas conclusiones acerca de aquella que nos parezca más garantizadora de los derechos y

libertades ciudadanas.

En el ámbito académico, en nuestro medio, la cuestión ha sido abordada por procesalistas de nota, como Vélez Mariconde en su obra "Derecho Procesal Penal"; Clariá Olmedo, en su Tratado de Derecho Procesal Penal; Julio Maier en su Derecho Procesal Penal Argentino., entre otros.

Este último autor sostiene que si bien es un lugar común entre los procesalistas decir que uno de los objetivos del proceso penal es el hallazgo de la verdad objetiva, *esa función o finalidad del procedimiento debe ser considerada como ideal político del sistema penal, conciente de que, en muchos casos, no puede alcanzarse.*

Maier expresa "...*El procedimiento penal, en verdad, alcanza su objetivo aunque no se arribe al conocimiento de la verdad (no se alcance la certeza, positiva o negativa, sobre la imputación) y pese a que se conozca claramente esa situación. Desde el punto de vista social él está concebido como uno de los instrumentos para arribar a la paz jurídica, como un medio para lograr una solución acerca del conflicto social que está en la base de un caso penal, como una herramienta para poner fin a ese conflicto mediante una decisión dotada de la autoridad del Estado (método de control social).*

Winfried Hassemer, miembro del Tribunal Constitucional Federal de Alemania y catedrático, parte de la base de que es imposible que el hombre pueda llegar a la verdad por medio de un ejercicio intelectual (Fundamentos de Derecho Penal, pág. 182 y sgts). Sostiene, a su vez, una definición de verdad como **concepto cultural**; la que se afirme será, en todo caso, la verdad de las proposiciones y éstas son actos lingüísticos. Dado que las proposiciones se expresan en un **lenguaje**, se requiere un acuerdo entre el emisor y el receptor de ese lenguaje acerca del significado de las palabras que expresan el enunciado, ya que un desacuerdo en el significado de las palabras cambiaría las condiciones de verdad del enunciado.

Partiendo de la teoría de **Habermas**, y su concepción acerca la **acción comunicativa**, Hassemer explica que si bien la asignación del valor "verdad" se da en un ámbito o contexto de diálogo, es ilusorio creer que esta verdad pueda surgir en cualquier tipo de diálogo; en primer término, sería necesario una igualdad real entre los que dialogan, ya que si uno tiene la **posibilidad de imponer su proposición**, el concepto de

verdad no será consensuado; por otra parte, no se concibe un diálogo sin un contexto de poder determinado.

Surge entonces la pregunta ¿existe diálogo libre de interferencias? La respuesta parece obvia. No, pues el proceso de comunicación está teñido por el mayor poder de alguno de los hablantes. Y si bien una "situación ideal de diálogo" puede funcionar como una meta o faro, un "concepto regulativo" en términos jurídicos, sabemos que no existe un discurso libre de dominación.

Hassemer agrega que en el proceso penal hay lenguaje, escenificación, posicionamientos; por eso habla de "comprensión escénica", concepto relacionado con un interrogante similar a aquel que se plantea acerca de si es verdadera o falsa la interpretación hecha por el director de teatro. Por eso considera a **la idea de verdad no como un polo externo al proceso sino como un concepto interno del proceso.**

Partiendo de la imposibilidad de una situación ideal de diálogo, el jurista habla de condiciones ideales de un **discurso institucionalizado**: con un objeto predeterminado e impuesto, una dimensión temporal determinada, la imposibilidad o coacción para dialogar y la necesidad de consecuencias impuestas imperativamente. Por ende se tratará, sin dudas, de una **situación coactiva de comunicación.**

Resulta de especial interés mencionar la posición doctrinaria que sobre el tema ha desarrollado **Luigi Ferrajoli**, catedrático de filosofía del derecho en la Universidad de Camerino, Italia, autor de numerosos ensayos sobre teoría del derecho, lógica jurídica, metodología de la ciencia jurídica y crítica del derecho, quien ha abordado en profundidad la cuestión en su obra "Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale" (traducida al castellano por Editorial Trotta, Madrid, 1995).

Es necesario distinguir, siguiendo a Ferrajoli, dos modelos muy diferenciados de proceso, según se han desarrollado a lo largo de la historia: uno de tipo "**cognoscitivo**" y otro, de corte "**decisionista**"; en el marco de cada uno de ellos, los criterios de "verdad" varían sustancialmente.

Dicho con otras palabras, las diferencias epistemológicas y los distintos fundamentos axiológicos que caracterizan a los distintos modelos de sistemas penales se manifiestan en el **distinto tipo de "verdad jurídica"** a la que cada uno de ellos aspira: "Fue mérito del pensamiento penal ilustrado el reconocimiento de los nexos entre garantismo, convencionalismo legal y

cognoscitivismo jurisdiccional, de un lado, y entre despotismo, sustancialismo extralegal y decisionismo valorativo, de otro." (ob.cit. pág. 46)

Así, el **modelo sustancialista** pretende obtener una **verdad absoluta** respecto a las personas investigadas, lo que si bien en una primera aproximación al tema puede parecer valioso, en la práctica legitima **una estrategia que no reconoce límites, ni reconoce reglas rígidas de procedimiento.** Si a ello se suma, situación que no es infrecuente en este tipo de esquemas, **una determinación vaga e imprecisa de las hipótesis de indagación, se desemboca en un incontrolado subjetivismo y en concepciones arbitrarias e irracionistas del proceso.**

Por el contrario, el modelo cognoscitivo exige, como presupuesto de la condena, una **verdad formal o procesal**, alcanzada con irrestricto respeto a reglas precisas y relativa a los hechos y circunstancias penalmente relevantes. Es, en consecuencia, **una verdad más controlada en cuanto al método de adquisición y, por ello mismo, más reducida en cuanto al contenido informativo.**

Pero a pesar de estas profundas diferencias y fundamentalmente de la trascendencia que la cuestión tiene, se advierte que, en el ámbito teórico al menos, las cuestiones de verdad, verificabilidad y verificación (así como las de falsedad, refutabilidad y refutación), han sido descuidadas por los juristas y filósofos del derecho, pese a que nadie discute que el juicio penal es un **saber-poder**, es decir, una combinación **conocimiento (veritas) y decisión (auctoritas).**

Por eso resulta de enorme importancia **definir la noción de verdad procesal y cuáles son las condiciones para que una tesis fáctica asumida jurisdiccionalmente pueda ser considerada verdadera.** Ello constituye, para el autor, el primer capítulo que debería abordar una teoría analítica del proceso.

Siguiendo ese orden conceptual, sostiene Ferrajoli que en el modelo cognoscitivo de proceso penal los actos jurisdiccionales constan de **proposiciones asertivas**, susceptibles de verificación y refutación, y de **proposiciones prescriptivas** justificadas, legitimadas por las primeras. En ese sentido parece obvio que sólo un **proceso de partes**, en el que confronten acusación y defensa, lo puede garantizar. En este esquema la imputación de un hecho y la aplicación de una pena debe fundarse en el "**conocimiento**" y no sólo en la "autoridad".

Ya en el núcleo de su postulación

teórica, específicamente relacionada al tema que nos ocupa, refiere que "**un modelo penal garantista equivale a un sistema de minimización del poder y de maximización del saber judicial**, en cuanto condiciona la validez de las decisiones a la **verdad**, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones..."

En ese marco, la problemática de la verdad se amplía si se advierte que en toda decisión jurisdiccional existen **enunciados fácticos y enunciados normativos**; los primeros serán verificables a través de la **investigación empírica**, los segundos, mediante la **interpretación.** Como la noción de "verdad procesal" los comprende a ambos, tendremos una "**verdad fáctica**" y una "**verdad jurídica**".

A su vez, como la investigación jurisdiccional es obligatoria y debe concluir en algún momento, si el dilema no se resuelve **debe prevalecer la tesis más favorable al imputado.**

Los fenómenos que se investigan en un proceso penal no pueden afirmarse por observación directa o "verificación experimental", por ello la verdad jurídica es un tipo de **verdad histórica.** En su búsqueda resultan aplicables las reflexiones epistemológicas desarrolladas respecto a cualquier proposición que verse sobre el pasado, en particular las de la historia.

Tal como lo hace el historiador, el Juez accede, no ya al hecho delictivo, sino a sus **pruebas**, que son experiencias de hechos presentes interpretables como hechos del pasado. Los hechos probados pueden representarse como una **inferencia inductiva**; por ende su conclusión (o hipótesis de explicación) tiene el valor de una **hipótesis probabilística: no es una verdad demostrada sino probada.** Es por eso que un mismo grupo de hechos o datos probatorios admite, a menudo, varias explicaciones alternativas.

La **verdad jurídica**, es un tipo de verdad clasificatoria, referida a categorías elaboradas por el léxico jurídico e interpretadas. La verdad de las proposiciones jurídicas está mas lejana aún del modelo de la "correspondencia", y se transita hacia ella a través de un razonamiento llamado "subsunción", y que consiste en una **inferencia deductiva.** La verdad de la conclusión y de las premisas es **opinable.**

En el marco expuesto tenemos, pues, que en un proceso penal **la verdad fáctica tiene un carácter probabilístico y la verdad jurídica un carácter opinable.** Si a ello le sumamos la inevitable **subjetividad del juzgador** (sus sentimientos, su

historia, sus concepciones ideológicas, etc.), y la existencia de **reglas y procedimientos para la comprobación de los hechos**, las que, necesariamente limitan el caudal informativo que ingresa al mismo, veremos que **la verdad procesal es siempre una verdad aproximativa**.

En síntesis, podemos decir, con Ferrajoli, que se trata de una **Verdad Normativa**, en un triple sentido: porque tiene valor normativo, porque está convalidada por normas y porque solo lo es si es conseguida con respeto a las normas. **Las reglas garantistas son sólo aquellas cuya observancia favorece la máxima aproximación a la verdad objetiva- y la absolución en caso de duda**.

En la actualidad es una exigencia epistemológica, política y normativa plasmada en las Constituciones modernas, que la legitimidad de las decisiones penales se condicione a la verdad empírica de sus decisiones. **Verdad entendida como la correspondencia, mas o menos argumentada y aproximativa, de las proposiciones con la realidad objetiva -hechos juzgados y normas aplicadas-**.

Un proceso garantista debe procurar **la máxima exposición de las hipótesis acusatorias a la refutación de la defensa**. Es que las controversias en el marco del proceso pueden concebirse *“como disputas entre hipótesis explicativas contradictorias- una que excluye la tesis de la culpabilidad y otra la de la inocencia del acusado- pero ambas concordantes con las pruebas recogidas. Y la tarea del investigador judicial es eliminar el dilema a favor de la hipótesis más simple, dotada de mayor capacidad explicativa, que mayores controles ha superado favorablemente y, sobre todo, compatible con el mayor número de pruebas y conocimientos adquiridos con anterioridad”* (Ferrajoli, ob. cit. p. 30).

Sólo un modelo de proceso así concebido se corresponde con el paradigma de proceso penal diseñado por la Constitución Nacional, pues ella establece la secuencia diferenciada de “acusación”, a cargo de Ministerio Fiscal, “juicio”, a cargo del juez natural, y consagra el principio de inocencia, así como la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18, 60, 115 y 120, C.N.). Este paradigma ha sido ratificado y enriquecido mediante los pactos internacionales, incorporados a nuestra Carta Magna (art. 75 inc. 22, C.N.).

Debe insistirse en que si bien dentro de un proceso penal se busca

la verdad como en cualquier investigación empírica, esa meta debe atemperarse pues existen, además de las limitaciones que se derivan de las propias leyes del conocimiento, otras **basadas en los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en tanto se conciba el proceso como una estructura de tutela de los derechos del individuo frente a la pretensión estatal de someterlo a una restricción de sus derechos a título de pena por la comisión de un delito** (el principio de inocencia, el ejercicio del derecho de defensa, el derecho a la intimidad, la prohibición de la tortura, la prohibición de obligar a declarar contra sí mismo, la exclusión de pruebas obtenidas ilegalmente, etc.).

Resulta de importancia, el marco de la cuestión propuesta, aproximarnos a la postura de **Michel Foucault** acerca de la verdad. El filósofo francés analiza las diferentes formas en que se ha establecido la “verdad” en distintos momentos históricos, desde la Grecia clásica, pasando por el medioevo, hasta el estado moderno y la aparición de la función judicial.

En su obra “La verdad y las formas jurídicas” el autor analiza las “prácticas judiciales” (prácticas regulares, aunque constantemente modificadas a lo largo de la historia), como una de las formas más relevantes de ejercicio del **saber-poder**, de las relaciones entre el hombre y la verdad.

Comienza su análisis reflexionando acerca de la obra de Nietzsche, quien niega la preexistencia de un sujeto de conocimiento: en un determinado punto del tiempo y en un determinado lugar del universo, unos animales inteligentes **inventaron** el conocimiento. El término “invención” lo emplea para oponerlo a “origen”. Vale la pena citar el texto de Nietzsche a que alude: “...En algún punto perdido del universo, cuyo resplandor se extiende a innumerables sistemas solares, hubo una vez un astro en el que unos animales inteligentes inventaron el conocimiento. Fue aquél el instante más mentiroso y arrogante de la historia universal”.

Lo dicho en relación al conocimiento también resulta aplicable a la religión, la moral, la poesía; en relación a la moral alude a una *especie de fábrica gigantesca, de enorme factoría en la que se produce el ideal*. El ideal no tiene origen, también fue inventado, fabricado, producido por una serie de pequeños mecanismos. Y ese comienzo, según Nietzsche, es mezquino, inconfesable, pues obedece a **oscuras relaciones de poder**.

El conocimiento, entonces, siguiendo a Foucault, no es natural del hombre, “...es como una centella que brota del choque entre dos espadas, pero que no es del mismo hierro del que están hechas las espadas...”. Si queremos saber qué es, debemos aproximarnos no como filósofos sino como políticos, pues **surge de las relaciones de lucha y poder**.

Contraponiéndose a la filosofía occidental, que siempre caracterizó al conocimiento por la semejanza, la adecuación, la beatitud, la unidad, para Foucault, al igual que para Nietzsche, en el conocimiento no hay nada que se parezca a la felicidad o al amor, sino más bien al odio, a la hostilidad, la lucha, la relación de poder. “...Solamente en estas relaciones de lucha y poder, en la manera como las cosas entre sí se oponen, en la manera como se odian entre sí los hombres, luchan, procuran dominarse unos a otros, comprendemos en qué consiste el conocimiento...” (ob.cit. pág. 28).

A través del análisis de cuestiones tales como el castigo, la locura, la sexualidad, etc., Foucault intenta explicar los mecanismos por los cuales se **fabrica la verdad en el marco de un contexto histórico determinado**. En ese contexto analiza las relaciones de poder-saber que construyen los **discursos de verdad**. Podríamos sintetizar esta noción, como lo explica el profesor Marí en la obra ya citada, con una frase del propio filósofo francés: **“En realidad, el poder produce, produce lo real, produce dominios de objetos y rituales de verdad”**.

En este sentido la Historia está plagada de ejemplos que claramente demuestran de qué manera cada régimen político social elabora sus propios discursos de verdad, admitiendo determinadas formas y procedimientos para obtener la verdad; es muy ilustrativa la serie de conferencias dictadas por Foucault en la década del '70, compiladas en la obra “La Verdad y las Formas jurídicas”, en las que analiza la evolución de los conceptos de verdad y los modos o procedimientos socialmente aceptados para obtenerla, desde la Grecia arcaica y clásica (origen de nuestra civilización), pasando por el Derecho Feudal, esencialmente germánico, hasta la estatización de la Justicia Penal en la alta edad media, y el establecimiento de una Sociedad Disciplinaria, a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX.

Las ideas de Foucault han tenido un impacto importantísimo en toda una generación de intelectuales de los más diversos ámbitos; y dentro de las disciplinas relacionadas con el proceso penal, han provocado el

derrumbe definitivo del enfoque positivista que dominó, casi sin interferencias, hasta la década del ochenta.

Esta influencia se advierte fundamentalmente en la llamada “criminología crítica”, que ha denunciado la enorme complejidad de la cuestión penal y las diferentes perspectivas o “miradas” que la cuestión exige. Estas teorías criminológicas han significado un valiosísimo aporte para la comprensión del fenómeno penal: la teoría de la anomia y de las subculturas criminales, la de la asociación diferencial y de la criminalidad de cuello blanco, la del encasillamiento o etiquetamiento, las teorías psicoanalíticas, las teorías del conflicto, etc..

## CONCLUSION

Consideramos que **la búsqueda de la verdad material sigue y seguirá siendo el objetivo principal del proceso penal. Pero debe quedar claro que esa búsqueda no puede ser, en ningún caso, a toda costa o a cualquier precio**.

Es cierto que esta verdad debe ser relativizada, ya que su obtención debe lograrse sólo y en la medida en se empleen los medios legalmente reconocidos. Ese menor contenido de verdad es el precio que hay que pagar por un proceso penal respetuoso con las garantías y derechos humanos, verdadero paradigma jurídico a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Discrepamos con las posiciones del empirismo filosófico en tanto sostienen que conocer la verdad sobre un hecho del pasado sólo es un ideal inalcanzable, por lo cual el responsable de la búsqueda de la verdad en un proceso penal debe conformarse con alcanzar una aproximación, más o menos precisa, meramente probable.

Es, cuando menos, preocupante que ciertas conclusiones filosóficas, que tienen una dimensión claramente especulativa, sean utilizadas en la práctica judicial como pretextos -aún bien intencionados- **para conformarse con “menos verdad” de la requerida en una sentencia condenatoria, equiparando “certeza” con “probabilidad”, sobrevalorando las pruebas de cargo y, en definitiva, ampliando el campo de la arbitrariedad judicial, aún aquella inspirada en las “mejores intenciones”**.

Nos inclinamos, siguiendo a Ferrajoli, por la necesidad de **revalorizar el lugar de la verdad dentro del proceso penal**, en su sentido clásico de adecuación entre

el pensamiento y la cosa, particularmente en la etapa del juicio, para evitar caer en posturas escépticas extremas, que ven el proceso penal sólo como una fórmula de solución ritualizada de conflictos. Ello sin dejar de resaltar la enorme importancia que tienen hoy válidas alternativas de "salida" del proceso penal, situaciones en que la verdad apenas se insinúa.

La verdad, con todas las limitaciones que hemos señalado, probabilística o aproximativa en lo fáctico, opinable en lo jurídico, subjetiva por la subjetividad del juzgador y por la de muchos medios de prueba- testimonios, careos, pericias, reconocimientos, etc.-, limitada por reglas precisas de procedimiento que garanticen el respeto de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, la verdad en el proceso debe ser una meta.

Y esa meta puede enunciarse como la búsqueda de la máxima aproximación a la verdad objetiva; ésta a su vez, enmarcada en nuestra cultura, será la racionalidad empírica, que dará "legitimidad" a las conclusiones que surjan de un juicio justo.

#### BIBLIOGRAFIA

- Binder, Alberto. Justicia Penal y Estado de Derecho, "El relato del hecho y la regularidad del proceso...". Ed. Ad-Hoc, 1993.
- Clariá Olmedo, Tratado de Derecho Procesal Penal, T.I, parág. 320, 321, 327, 352 y sgts.
- Cóppola Patricia- Cafferata Nores José I. "Verdad procesal y decisión judicial". Alveroni Ediciones, 2000.
- Foucault, Michel, "La verdad y las Formas Jurídicas, Ed. Gedisa, 1995, y "Vigilar y Castigar", Siglo Veintiuno Editores, 17° edición.
- Maier, Julio. Derecho Procesal Penal Argentino. T.1 b, Fundamentos. Pág. 362 y sgts.
- Marí, Enrique. "La Verdad en la Filosofía a fines de nuestro Siglo"
- Muñoz Conde, Francisco : "Búsqueda de la verdad en el proceso penal" ( Hammurabí- José Luis Depalma- Editor, mayo 2000)
- Velez Mariconde , Derecho Procesal Penal, T. II, Cap. III, pág. 122 y sgts. y 185.

## ANTEPROYECTO DE LEY DE PARTIDOS POLÍTICOS

Elaborado por JUAN LOUP GERBER, Secretario del Superior Tribunal de Justicia a cargo de la Secretaría del Tribunal Electoral Provincial y ELENA REGOJO, Prosecretaria Jefa del Superior Tribunal de Justicia.

### CAPÍTULO I -PRINCIPIOS GENERALES-

**Artículo 1°.-** La constitución, organización, derechos, obligaciones y funcionamiento de los partidos políticos provinciales y municipales en el Territorio de la Provincia, deberán ajustarse a las disposiciones prescriptas en la presente Ley, las cuales son de orden público.

**Artículo 2°.-** Todos los ciudadanos tienen el derecho de asociarse con fines políticos, como asimismo el de formar partidos políticos.

Se garantiza la libre actividad que incluye la de desarrollar propaganda y proselitismo de los partidos que se hayan adecuado a las exigencias prescriptas en esta Ley Orgánica.

**Artículo 3°.-** Los partidos políticos provinciales, municipales y las confederaciones que se reconozcan como tales, tendrán personalidad jurídica política. Serán, además, personas de derecho privado.

**Artículo 4°.-** Los partidos políticos provinciales y municipales podrán integrar alianzas. A tal efecto deberán cumplir lo preceptuado en el Capítulo VIII de la presente Ley.

**Artículo 5°.-** A los partidos políticos provinciales, municipales y confederaciones debidamente reconocidos les compete la nominación de candidatos para cargos públicos electivos. Pudiendo presentar candidatura de ciudadanos no afiliados a la agrupación política que los postula; posibilidad ésta que deberá establecerse expresamente en la respectiva Carta Orgánica, que regle la organización y funcionamiento del partido.

**Artículo 6°.-** Podrán actuar como asociaciones regidas por el derecho privado todas aquellas agrupaciones que persiguiendo fines políticos, cumplan con lo prescripto en el artículo 33°, y no alcancen a reunir las exigencias necesarias para ser reconocidas como partidos políticos provinciales o municipales.

### CAPÍTULO II -DEL TRIBUNAL ELECTORAL-

**Artículo 7°.-** El Tribunal Electoral al que refiere el artículo 259° de la Constitución Provincial será en única instancia el órgano de aplicación de la presente Ley, cuyas disposiciones se declaran de orden público.

### CAPÍTULO III -DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS MUNICIPALES-

**Artículo 8°.-** Los ciudadanos de las Municipalidades, de las Comisiones de Fomento y de las Comunas Rurales, tienen el derecho de formar partidos políticos municipales.

**Artículo 9°.-** Para que una Agrupación Municipal sea reconocida como partido político municipal, deberá solicitarlo al Tribunal Electoral.

A tal efecto deberá presentar una petición suscripta por las autoridades promotoras y por el Apoderado de dicha Agrupación, quienes serán solidariamente responsables de la veracidad de lo expuesto en la presentación y en la documentación adjunta que forma parte de la misma.

**Artículo 10°.-** La solicitud establecida en el artículo anterior deberá ir acompañada de la siguiente documentación:

- a) Acta de fundación y constitución de la Agrupación en la que se incluirá el nombre del Partido y su domicilio legal.
- b) Declaración de Principios, Carta Orgánica y Bases de Acción Política aprobada por la Asamblea Constitutiva.
- c) Acta de designación de Autoridades Promotoras.
- d) Acta de designación de Apoderados.
- e) Constitución de domicilio en la Capital Provincial, sede del Tribunal Electoral Provincial.
- f) Adhesión que acredite el número de electores exigida en el artículo 11°.

**Artículo 11°.-** La adhesión establecida en el inc. "f" del artículo 10° deberá ser superior al cuatro por

mil (4°/oo) del total de los inscriptos en el Padrón de Electores correspondientes al Municipio, Comisión de Fomento o Comuna Rural vigente a la fecha de la solicitud.

El número de adherentes, en ningún caso, podrá ser inferior:

a) A doscientos (200) electores en los núcleos urbanos con más de cuatro mil (4000) inscriptos en el Padrón.

b) A cien (100) electores en los núcleos urbanos con menos de cuatro mil (4000) inscriptos en el Padrón.

c) A veinticinco (25) electores en los núcleos urbanos con menos de doscientos (200) inscriptos en el Padrón.

### CAPÍTULO IV -DE LOS PARTIDOS PROVINCIALES-

**Artículo 12°.-** Para poder actuar como partido político provincial, las agrupaciones deberán solicitar tal reconocimiento ante el Tribunal Electoral, cumpliendo los requisitos del artículo 10° y además acompañar la adhesión inicial del cuatro por mil (4°/oo) de los electores inscriptos, exigida en el artículo 11° 1er. párrafo de la presente Ley para obtener el reconocimiento definitivo, o de mil (1000), si aquella cifra resultara mayor.

### CAPÍTULO V -DISPOSICIONES COMUNES PARA RECONOCIMIENTO DE PARTIDOS MUNICIPALES Y PROVINCIALES-

**Artículo 13°.-** El documento que acredite la adhesión del número mínimo de electores que habilita para iniciar el trámite de reconocimiento, contendrá apellido y nombre, domicilio y matrícula individual de los adherentes, así como la certificación por la autoridad promotora de sus firmas en forma individual.

**Artículo 14°.-** Cumplido el trámite exigido en los artículos 10°, 11° y 12° la Agrupación obtendrá el Reconocimiento Provisorio como partido

político municipal o provincial y quedará habilitado para realizar la afiliación mediante fichas, cuyo modelo, entregará el Tribunal Electoral.

**Artículo 15°.-** El Reconocimiento Definitivo para Partidos Municipales será obtenido, cuando se acredite la afiliación del número de electores requeridos en los artículos 10° y 11° del total de Inscriptos en el Padrón correspondiente al Municipio, Comisión de Fomento o Comuna Rural, vigente a la fecha de solicitud.

El Reconocimiento Definitivo para los Partidos Provinciales será obtenido al acreditar la afiliación de un número superior al cuatro por mil (4 o/oo) del total de los inscriptos en el Padrón correspondiente a la Provincia, vigente a la fecha de solicitud.

## CAPÍTULO VI -DE LOS PARTIDOS DE DISTRITO-

**Artículo 16°.-** Las agrupaciones que hayan sido reconocidas como partidos políticos de distrito, de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 23.298 y sus modificatorias, por el Juez Federal con competencia electoral en jurisdicción de la Provincia, podrán actuar como partidos políticos provinciales, acreditando ante el Tribunal Electoral el mencionado reconocimiento mediante testimonio o copia certificada de la resolución expedida por el citado Juzgado Electoral.

**Artículo 17°.-** La presentación se efectuará en forma escrita, acompañando además:

1. Carta Orgánica y Bases de Acción Política.
2. Nómina de Autoridades.
3. Acta de designación de Apoderados.
4. Constitución de domicilio en la capital provincial, sede del Tribunal Electoral Provincial.

## CAPÍTULO VII -DISPOSICIONES COMUMES A PARTIDOS MUNICIPALES Y PROVINCIALES-

**Artículo 18°.-** Dentro de los dos (2) meses de producido su reconocimiento, los partidos políticos deberán hacer rubricar ante el Tribunal Electoral, los libros a que se refiere el artículo 45°.

**Artículo 19°.-** Dentro de los tres (3) meses de producido el reconocimiento, las autoridades promotoras de los partidos políticos deberán convocar a elecciones internas para constituir las autoridades

definitivas de los mismos. El acta de la elección será remitida al Tribunal Electoral, dentro de los quince (15) días de realizada; conforme las disposiciones contenidas en el Capítulo XIV de la presente ley.

## CAPÍTULO VIII -DE LAS CONFEDERACIONES Y ALIANZAS DE LOS PARTIDOS-

**Artículo 20°.-** Los partidos provinciales y municipales reconocidos podrán confederarse.

El reconocimiento de la confederación deberá solicitarse al Tribunal Electoral, cumpliendo con los siguientes requisitos:

- a) Especificación de los partidos que se confederan y justificación de la voluntad de formar la confederación con carácter permanente, expresada por los organismos partidarios competentes.
- b) Acompañar testimonio o copia certificada de las resoluciones que reconocieron personería a cada uno de los partidos que se confederan
- c) Nombre y domicilio legal de la confederación
- d) Incluir la declaración de principios, bases de acción política y carta orgánica de la confederación y los de cada partido.
- e) Adjuntar el acta de elección de autoridades de la confederación y de la designación de los apoderados y suministrar nómina de las autoridades de cada partido.
- f) Constituir domicilio en la capital de la provincia, sede del Tribunal Electoral Provincial.

**Artículo 21°.-** Los partidos confederados tienen el derecho de secesión y podrán denunciar el acuerdo que los confederan. Sus organismos centrales carecen del derecho de intervención.

**Artículo 22°.-** Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, los partidos provinciales y municipales y las confederaciones que hubieren sido reconocidos, podrán concertar alianzas transitorias con motivo de una determinada elección, siempre que sus respectivas cartas orgánicas lo autoricen.

El Tribunal Electoral Provincial no homologará acuerdo alguno entre partidos que signifique llevar iguales candidatos para distintos partidos en boletas separadas.

**Artículo 23°.-** El reconocimiento de la alianza deberá ser solicitado por los partidos que la integren al Tribunal Electoral, por lo menos dos (2) meses antes de la elección, cumpliendo los siguientes requisitos:

a) La constancia de que la alianza fue resuelta por los organismos partidarios competentes, en reunión convocada especialmente al efecto y por el voto de las dos terceras (2/3) partes de sus miembros en ejercicio.

b) Nombre adoptado.

c) Plataforma electoral común.

d) Constancia de la forma acordada para la integración de las listas de candidatos; los que deberán ser elegidos de conformidad a las normas estatutarias de los partidos a los que pertenezcan.

e) La designación de apoderados comunes.

f) Constitución de domicilio en la capital provincial, sede del Tribunal Electoral Provincial.

## CAPÍTULO IX -DE LAS ELECCIONES-

**Artículo 24°.-** Las alianzas podrán concertarse de la siguiente manera:

**I.-** Entre partidos de distrito y provinciales, entre partidos provinciales, siendo su capacidad para actuar el ámbito provincial.

**II.-** Entre partidos de distrito, provinciales y municipales, o partidos provinciales y municipales; siendo su capacidad para actuar el ámbito municipal para el cual haya sido reconocido el partido municipal.

**III.-** Entre partidos municipales de un mismo circuito electoral, con participación exclusiva en el circuito para el que fuera reconocido.

**Artículo 25°.-** Los partidos políticos provinciales reconocidos podrán intervenir en las elecciones Provinciales, Municipales, de las Comisiones de Fomento y de las Comunas Rurales.

Los partidos políticos municipales podrán participar, exclusivamente, en las elecciones para cubrir cargos ejecutivos y en los cuerpos colegiados de las Municipalidades, Comisiones de Fomento o Comunas Rurales respectivas.

## CAPÍTULO X -DEL NOMBRE Y DEMÁS ATRIBUTOS-

**Artículo 26°.-** El nombre constituye un atributo exclusivo del partido político provincial, municipal o confederación. No podrá ser usado por ningún otro, ni asociación o entidad de cualquier naturaleza, sin perjuicio de su ulterior cambio o modificación.

La trasgresión de la exclusividad del nombre o número del partido por parte de terceros autorizará al afectado o al Tribunal Electoral Provincial de oficio a tomar las medidas

necesarias para hacer cesar de inmediato el uso indebido mediante el uso de la fuerza pública en caso de ser necesario.

**Artículo 27°.-** La adopción de nombre, símbolo, emblema y número, o su cambio o modificación se formalizará mediante resolución del Tribunal.

A los efectos de una eventual oposición, la solicitud respectiva se notificará a los apoderados de los partidos políticos reconocidos y en formación y se publicará por tres (3) días en el Boletín Oficial. La oposición tramitará conforme las normas del proceso contencioso del Capítulo XXI - Títulos I y II.

**Artículo 28°.-** La denominación "partido" podrá ser utilizada únicamente por las agrupaciones reconocidas como tales, o en formación.

**Artículo 29°.-** El nombre no podrá contener designaciones personales ni derivadas de ellas, ni las expresiones "argentino", "nacional", "provincial", "municipal", "internacional", ni sus derivados, ni palabras que exterioricen antagonismos raciales, de clases, religiosos o conduzcan a provocarlos. Deberán distinguirse razonable y claramente del nombre de cualquier otro partido, asociación o entidad. En caso de escisión, el grupo desprendido no tendrá derecho a emplear, total o parcialmente, el nombre originario del partido o agregarle aditamentos.

**Artículo 30°.-** Cuando por causa de caducidad se cancelare la personalidad política de un partido provincial o municipal, o fuere declarado extinguido, su nombre no podrá ser usado por ningún otro partido, asociación o entidad de cualquier naturaleza, hasta transcurrido seis (6) años, desde la fecha de producido el acto respectivo por parte del Tribunal Electoral.

**Artículo 31°.-** Los partidos provinciales o municipales tendrán derecho al uso permanente de un número de identificación que quedará registrado, adjudicándose en el orden en que obtengan su reconocimiento.-

**Artículo 32°.-** Los partidos provinciales o municipales reconocidos tienen derecho al registro y al uso exclusivo de sus símbolos, emblemas y número, que no podrán ser utilizados por ningún otro, ni asociación o entidad de cualquier naturaleza. Respecto a los símbolos y emblemas, regirán limitaciones análogas a las que esta Ley establece en materia de nombres.

## CAPÍTULO XI -DE LA DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS, PROGRAMAS Y BASES DE ACCIÓN-

**Artículo 33°.-** La declaración de principios y el programa o bases de acción política, deberá sostener los fines de la Constitución Nacional, de la Constitución Provincial y de las Cartas Orgánicas Municipales; y expresar la adhesión al sistema democrático, representativo, republicano, pluripartidista, el respeto a los derechos humanos y no auspiciar el empleo de la violencia para modificar el orden jurídico o llegar al poder. Los partidos se comprometerán a observar en la práctica y en todo momento, los principios contenidos en tales documentos, los que se publicarán por un día, en el Boletín Oficial y en un (1) periódico de su elección de vasta circulación.

Las modificaciones de la declaración de principios y el programa o bases de acción política, también se publicarán en la forma indicada en el párrafo anterior.

## CAPÍTULO XII -DE LA CARTA ORGÁNICA Y PLATAFORMA ELECTORAL-

**Artículo 34°.-** La Carta Orgánica es la Ley fundamental de los partidos provinciales o municipales. En ese carácter rige los poderes, derechos y obligaciones partidarias. Sus autoridades y afiliados deberán ajustar obligatoriamente su actuación a aquella y sus modificaciones. Ambas deberán ser aprobadas por el Tribunal Electoral Provincial y se publicarán, según se establece en el artículo 33°.

**Artículo 35°.-** La Carta Orgánica partidaria deberá adecuarse conforme los siguientes requisitos:

a) Gobierno y administración distribuidos en órganos ejecutivos, deliberativos, de fiscalización y disciplinarios. Las convenciones, congresos o asambleas generales serán los órganos de jerarquía máxima del partido provincial o municipal.

b) Sanción por los órganos partidarios de la declaración de principios, programa o bases de acción política.

c) Apertura permanente del registro de afiliados. La Carta Orgánica garantizará el debido proceso partidario en toda cuestión vinculada con el derecho de afiliación.

d) Participación y fiscalización de los afiliados y de las minorías en el

gobierno, administración y elección de las autoridades partidarias y candidatos a cargos públicos electivos.

e) Determinación del régimen patrimonial y contable, asegurando su publicidad y fiscalización con sujeción a las disposiciones de esta Ley.

f) Enunciación de las causas y forma de extinción del partido provincial o municipal.

g) Establecer un régimen de incompatibilidades que impida desempeñar simultáneamente, cargos partidarios y funciones electivas o políticas en los poderes Ejecutivos y Legislativos Provincial y/o Municipal.

h) Las autoridades partidarias sólo podrán ser reelegidas por un (1) período más al que corresponde a su elección

i) Disponer que la duración de los mandatos en todos los cargos partidarios no podrán exceder de cuatro (4) años.-

j) Establecer la capacitación en los pactos consagrados constitucionalmente en el art. 75 inc 2do. de la Constitución Nacional y los que en consecuencia se suscriban así como en los que la Provincia sea parte.

## CAPÍTULO XIII -DE LA AFILIACIÓN-

**Artículo 36°.-** Para afiliarse a un partido se requiere del habitante:

a) Estar domiciliado en la Provincia del Chubut respecto a los partidos provinciales; en el ejido del correspondiente Municipio, Comisión de Fomento o Comuna Rural respecto de los partidos municipales. Se tendrá por domicilio el último registrado en el documento de identidad válido para emitir sufragio. El Tribunal Electoral no registrará afiliación alguna si el domicilio no se correspondiere al último Padrón o Registro Municipal vigente al tiempo de la afiliación.

b) Acreditar identidad mediante Documento válido para emitir sufragio.

c) Presentar por cuadruplicado ficha de afiliación que contenga: Apellido, nombre, domicilio, matrícula individual, clase, sexo, estado civil, profesión u oficio y la firma o impresión digital.

La firma o impresión digital deberá certificarse en forma fehaciente por funcionario público competente. También podrán certificarse por los Órganos Ejecutivos de los Partidos o quienes éstos designen cuya nómina deberá ser remitida a la autoridad de aplicación con anterioridad a la afiliación.

El modelo de ficha de afiliación

será suministrado por el Tribunal Electoral.

Si las autoridades certificantes incurrieran en falsedades serán pasibles de las responsabilidades penales y administrativas correspondientes.

Dos ejemplares de la ficha serán conservadas por el Tribunal Electoral, las dos restantes por la Agrupación Partidaria. En caso de duda y a todo efecto tendrán valor las que obraren en poder de la autoridad de aplicación de la presente Ley.-

**Artículo 37°.-** No pueden ser afiliados:

a) Los excluidos del Registro Electoral, como consecuencia de disposiciones legales vigentes.

b) El personal militar de las Fuerzas Armadas de la Nación en actividad, o en situación de retiro cuando haya sido convocado.

c) El personal superior y subalterno de las Fuerzas de Seguridad de la Nación y de la Provincia, en actividad, o en situación de retiro cuando haya sido llamado a prestar servicio. Quedan excluidos de la incompatibilidad el personal perteneciente a los escalafones: técnico, administrativo y de servicios de estos organismos.

d) Los magistrados y funcionarios del Poder Judicial.

**Artículo 38°.- I** - La calidad de afiliado se adquirirá a partir de la resolución de los organismos partidarios competentes que aprobaran la solicitud respectiva, los que deberán expedirse dentro de los cuarenta y cinco (45) días a contar de la fecha de su presentación. Transcurrido dicho plazo sin que mediare decisión en contrario, la solicitud se tendrá por aprobada. Una ficha de afiliación se entregará al interesado, otra será conservada por el partido y las dos restantes se remitirán a la justicia de aplicación.

**II** - No podrá haber más de una afiliación. La afiliación a más de un (1) partido provincial o a más de un (1) municipal implicará la renuncia automática de toda otra anterior y su extinción. Sin embargo la afiliación a un (1) partido político provincial y a un (1) partido político municipal no implicará doble afiliación.

**III** - El rechazo de la afiliación y los fundamentos serán comunicados al Tribunal dentro de los treinta (30) días corridos de producido.

**IV** - La afiliación también se extinguirá: por renuncia, expulsión, incumplimiento o violación de lo dispuesto en los artículos 36° y 37°. Si la renuncia presentada de manera fehaciente, no fuere considerada

dentro del plazo que establezca la Carta Orgánica, se la tendrá por aceptada dentro de los treinta (30) días de haberse producido.

La extinción de la afiliación, cualquiera fuere la causa de la misma, será comunicada al Tribunal Electoral.

**Artículo 39.-** El registro de afiliados, constituido por el ordenamiento actualizado de las fichas de afiliación y las constancias correspondientes a que se refieren los artículos anteriores, estará a cargo de los partidos provinciales o municipales y del Tribunal Electoral.

Los datos relativos a la afiliación tendrán carácter público.

**Artículo 40°.-** Con antelación mínima de dos (2) meses a cada elección interna las autoridades del partido provincial o municipal, podrán presentar el Padrón de Afiliados, el que será certificado por el Tribunal Electoral Provincial o solicitarlo a éste, el que será entregado al requirente sin cargo.

## CAPÍTULO XIV -DEL FUNCIONAMIENTO INTERNO DE LOS PARTIDOS-

**Artículo 41°.- I** - Los partidos provinciales y municipales practicarán en su vida interna el sistema democrático a través de elecciones periódicas para la nominación de autoridades mediante la participación de los afiliados, de conformidad con las prescripciones de su Carta Orgánica.

**II** - Las elecciones internas para la designación de autoridades partidarias serán consideradas válidas cuando votase un porcentaje de afiliados superior al diez por ciento (10%) del Padrón Partidario vigente.

De no alcanzarse tal porcentaje, se deberá efectuar una segunda elección dentro de los treinta (30) días, que a efectos de ser tenida por válida deberá cumplir los mismos requisitos.

Si no se obtuviese el mínimo de votantes exigidos en el presente artículo, dará lugar a la caducidad de la personería jurídica política del partido.

**III** - En caso de oficializarse una sola lista para la elección de autoridades, no podrá prescindirse del acto eleccionario, salvo que la lista fuere avalada por las dos terceras (2/3) partes del padrón de afiliados vigente para la elección interna.

**IV** - Las elecciones partidarias internas se registrarán por la Carta Orgánica, subsidiariamente por esta Ley, y en lo que sea aplicable por la

legislación nacional electoral.

**Artículo 42°.-** El Tribunal Electoral a petición de parte controlará las elecciones partidarias por medio de veedores designados al efecto, quienes confeccionarán acta con los resultados obtenidos. La misma será suscripta por la Junta Electoral Partidaria, elevándose al Tribunal Electoral dentro de los tres (3) días siguientes.

Efectuada la proclamación de autoridades por parte de autoridad partidaria competente deberá remitir al Tribunal Electoral Provincial en el plazo de treinta (30) días la correspondiente Resolución.

Podrán actuar como veedores los Escribanos de Registros, titulares, suplentes o adscriptos y abogados de la matrícula, con el carácter de carga pública, previa designación por parte del Tribunal.-

**Artículo 43.-** No podrán ser candidatos a cargos partidarios:

- a) Los que no fueren afiliados
- b) Los que desempeñaren cargos directivos o fueren gerentes o apoderados de empresas concesionarias de servicios u obras públicas de la Nación, Provincia, Municipalidades, Entidades Autárquicas o Descentralizadas, o Empresas Extranjeras
- c) Presidentes y/o directores de Bancos o Empresas estatales o mixtas.
- d) Los inhabilitados por esta Ley y por la Ley Electoral Nacional.

**Artículo 44.-** El afiliado que en una elección interna del partido, ya sea este provincial o municipal, suplantare a otro sufragante, o votare más de una vez en la misma elección, o de cualquier otra manera sufragare a sabiendas sin derecho, será pasible de la pena de inhabilitación pública, entre dos (2) y seis (6) años, para elegir y ser elegido, en toda elección partidaria interna.

## CAPÍTULO XV -DE LOS LIBROS Y DOCUMENTOS PARTIDARIOS-

**Artículo 45.-** Además de los libros y documentos que prescriba la Carta Orgánica, los partidos provinciales o municipales deberán llevar en forma regular los siguientes libros rubricados y sellados por el Tribunal Electoral:

- a) De Inventario;
- b) De Caja: La documentación complementaria pertinente será conservada por el plazo de cuatro (4) años
- c) De Actas y Resoluciones.

## CAPÍTULO XVI -DE LOS ACTOS REGISTRABLES-

**Artículo 46°.-** El Tribunal Electoral deberá llevar un registro en el cual se inscribirán los datos relativos a:

- a) Los Partidos Provinciales, Municipales y las Alianzas que se formalicen
- b) El nombre partidario, sus cambios y modificaciones.
- c) Los símbolos, emblemas y números que se registren.
- d) El nombre y domicilio de los apoderados.
- e) El registro de afiliados y sus actualizaciones.
- f) La cancelación de la personalidad jurídico-política.
- g) La extinción y disolución partidaria.

## CAPÍTULO XVII -DE LOS BIENES Y RECURSOS-

**Artículo 47°.-** El patrimonio del partido provincial, municipal o confederación, se integrará con las contribuciones de sus afiliados y los bienes y recursos que autorice la Carta Orgánica y no prohíba esta Ley.

**Artículo 48°.-** Los partidos provinciales, municipales o confederaciones, no podrán aceptar o recibir, directa o indirectamente:

- a) Contribuciones o donaciones anónimas. Los donantes tienen facultad de imponer el cargo de que sus nombres no se divulguen, pero los partidos deberán conservar por cuatro años, la documentación que acredite fehacientemente el origen de la donación.
- b) Contribuciones o donaciones de entidades autárquicas o descentralizadas, nacionales, provinciales o municipales; o de empresas concesionarias de servicios u obras públicas; de las que exploten juegos de azar; o de gobiernos, entidades o empresas extranjeras.
- c) Contribuciones o donaciones de asociaciones sindicales, patronales o profesionales.
- d) Contribuciones o donaciones de personas que se encontraren en situación de subordinación administrativa o relación de dependencia, cuando aquellas le hubieren sido impuestas obligatoriamente por sus superiores jerárquicos o empleadores.

**Artículo 49°.- I -** Los partidos provinciales, municipales o confederaciones, que contravinieren las

prohibiciones establecidas en el artículo anterior, incurrirán en multa equivalente al doble del monto de la donación o contribución ilícitamente aceptada.

**II -** Las personas de existencia ideal que efectuaren las contribuciones o donaciones prohibidas en el texto precedente, se harán pasibles de multa que equivaldrá al cuádruplo del importe de la donación o contribución realizada, sin perjuicio de las sanciones que correspondieren a sus directores, gerentes, representantes o agentes, con arreglo a las disposiciones vigentes.

**III -** Las personas físicas que se enumeran a continuación quedarán sujetas a inhabilitación de dos (2) a seis (6) años para el ejercicio del derecho de elegir y ser elegidas en elecciones generales y en las partidarias internas, a la vez que para el desempeño de cargos públicos:

- a) Los propietarios, directores, gerentes, agentes, representantes o apoderados de las empresas, grupos, asociaciones, autoridades u organizaciones individualizadas en el artículo 48° y, en general, todos los que contravinieren lo allí dispuesto.
- b) Las autoridades, afiliados y apoderados que, por sí o por interpósita persona, solicitaren o aceptaren a sabiendas para el partido, provincial, municipal o confederación, donaciones o aportes de los mencionados en el inciso anterior.

c) Los empleados públicos o privados y los empleadores que gestionaren o intervinieren, directa o indirectamente, en la obtención de aportes o donaciones de sus inferiores jerárquicos o empleados, para un partido provincial, municipal o confederación, así como los afiliados que, a sabiendas, aceptaren o recibieren para el ente político contribuciones o donaciones logradas de ese modo.

d) Los que en una elección partidaria interna utilizaren, en forma directa o indirecta, fondos del partido provincial, municipal o confederación, para influir, en perjuicio de otra u otras, en la nominación de determinada persona.

**Artículo 50°.-** El producido de las multas que se aplicaren en virtud de las disposiciones anteriores, ingresará al "FONDO PARTIDARIO PERMANENTE".

**Artículo 51°.-** Los fondos del partido, provincial, municipal o confederación, deberán depositarse en el Banco del Chubut S.A. o su continuadora a su nombre y a la orden de las autoridades que determine la respectiva Carta Orgánica.

**Artículo 52°.-** Los bienes inmuebles adquiridos con fondos partidarios o que provinieren de donaciones con tal objeto, deberán inscribirse a nombre del partido, provincial, municipal o confederación.

**Artículo 53°.-** Los muebles o inmuebles pertenecientes a los partidos provinciales, municipales o confederaciones reconocidos, estarán exentos de todo impuesto, tasa y gravámenes provinciales y municipales.

Esta exención alcanzará a los bienes inmuebles locados o cedidos en comodato, siempre que se encontraren destinados en forma exclusiva y habitual a las actividades específicas del partido, y cuando las contribuciones fueren a su cargo.

Comprenderá, igualmente, los bienes de renta del partido provincial, municipal o confederación, con la condición de que aquella se invierta exclusivamente, en la actividad propia y no acrecentare, directa o indirectamente, el patrimonio de persona alguna, así como a las donaciones a favor del partido provincial, municipal o confederación.

## CAPÍTULO XVIII -DEL CONTROL PATRIMONIAL-

**Artículo 54°.-** Las Agrupaciones partidarias que trata esta Ley deberán:

- a) Llevar contabilidad detallada de todo ingreso y egreso de fondos o especies, con indicación de la fecha de los mismos y de los nombres y domicilios de las personas que los hubieran ingresado o recibido, la misma tendrá que ser conservada durante cuatro (4) ejercicios con todos sus comprobantes.
- b) Presentar dentro de los sesenta (60) días de finalizado cada ejercicio, al Tribunal Electoral, el estado anual de su patrimonio y la cuenta de ingresos y egresos de aquel, certificado por Contador Público Nacional. Dicho estado contable será publicado por un (1) día en el Boletín Oficial.
- c) Presentar al Tribunal Electoral, dentro de los sesenta (60) días de celebrado el acto electoral, provincial o municipal en que haya participado el partido, relación detallada de los ingresos y egresos concernientes a la campaña electoral.
- d) Las cuentas y documentos aludidos se pondrán de manifiesto en el Tribunal Electoral, durante treinta (30) días, plazo dentro del cual podrán hacerse impugnaciones.

## CAPÍTULO XIX -DE LA CADUCIDAD Y LA EXTINCIÓN DE LOS PARTIDOS PROVINCIALES, MUNICIPALES Y CONFEDERACIONES-

**Artículo 55°.- I** - La caducidad implicará la cancelación de la inscripción del partido provincial, municipal o confederación en el Tribunal Electoral Provincial y la pérdida de la personalidad política, subsistiendo aquellos como personas de derecho privado.

**II** - La extinción pondrá fin a la existencia legal del partido provincial, municipal o confederación y producirá su disolución definitiva.

**Artículo 56°.-** Son causas de caducidad de la personalidad política de los partidos provinciales, municipales o confederaciones:

a) No realizar elecciones partidarias internas durante el plazo de cuatro años, salvo la previsión del artículo 41° inc. III.

b) No presentarse en dos elecciones consecutivas, sin debida justificación.

c) No obtener en alguna de las dos (2) elecciones anteriores el tres por ciento (3%) del Padrón Electoral.

d) El supuesto establecido en el artículo 41° inc. II.

e) La violación de lo prescripto por los artículos 19° y 45°, previa intimación judicial.

f) Atentar contra los principios fundamentales establecidos en el artículo 33°, a través de la acción de sus autoridades o candidatos y representantes partidarios.

**Artículo 57°.-** Los partidos provinciales, municipales y confederaciones se extinguen:

a) Por las causas que determine la respectiva Carta Orgánica.

b) Cuando la actividad que desarrollan a través de la acción de sus autoridades, candidatos y representantes partidarios, fuere atentatoria a los principios fundamentales establecidos en el artículo 33°.

**Artículo 58°.-** La cancelación de la personería jurídica política y la extinción de los partidos políticos debe ser declarada por resolución del Tribunal Electoral Provincial, con todas las garantías del debido proceso legal en el que sea parte.

**Artículo 59°.-** En caso de declararse la cancelación de la personería jurídico-política de un partido, provincial, municipal o confederación reconocido, su personalidad política podrá ser solicitada nuevamente después de

celebrada la primera elección, si se cumpliera con lo dispuesto en los Capítulos III, IV, V y VII.

El partido provincial, municipal o confederación extinguido por resolución firme no puede ser reconocido nuevamente con el mismo nombre, número, Carta Orgánica, Declaración de Principios, Programa o Bases de Acción Política, así como también el uso de los emblemas y símbolos por el término de seis (6) años.

**Artículo 60°.-** Los bienes del partido extinguido tendrán el destino establecido en su respectiva Carta Orgánica. En caso de que ésta no lo determine deberán previa liquidación ingresar al "Fondo Partidario Permanente", sin perjuicio del derecho de los acreedores.

Los libros, archivos, ficheros y emblemas del partido provincial, municipal o confederación extinguido, quedarán en custodia del Tribunal Electoral, el cual transcurridos seis (6) años y con debida publicación anterior en el Boletín Oficial, por tres (3) días, podrá disponer su destino u ordenar su destrucción.

## CAPÍTULO XX -FINANCIAMIENTO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS-

**Artículo 61°.-** Créase el Fondo Partidario Permanente, por medio del cual el Estado Provincial contribuirá al sostenimiento de los partidos políticos reconocidos.

**Artículo 62°.-** La Ley de Presupuesto de la Provincia destinará los recursos necesarios a tal efecto bajo el rubro "Fondo Partidario Permanente".

El Poder Ejecutivo distribuirá dichos fondos entre todos los partidos en forma proporcional al número de votos válidos obtenidos por cada agrupación en la última elección celebrada en su respectivo ámbito de actuación. Podrá asimismo anticipar fondos a los partidos en formación de conformidad con lo que determine la reglamentación.

**Artículo 63°.-** Si un partido político no obtuviese el tres por ciento (3%) de los votos válidamente emitidos en la última elección general provincial, municipal o comunal, no tendrá derecho a acceder a los beneficios otorgados por el Fondo Partidario Permanente.

**Artículo 64°.-** Sólo podrán efectuar el requerimiento ante el "Fondo Partidario Permanente" aquellos partidos que previa certifi-

cación por parte del Tribunal Electoral Provincial cumplan con lo prescripto en el Capítulo XVIII.-

## CAPÍTULO XXI -PROCESO CONTENCIOSO-

### I - RÉGIMEN PROCESAL

**Artículo 65°.-** El procedimiento contencioso ante el Tribunal Electoral Provincial se regirá por las siguientes normas:

a) Las actuaciones estarán exentas del pago de la tasa de justicia. Las publicaciones previstas en esta ley se harán en el Boletín Oficial de la provincia sin cargo.

b) Tendrán legitimación para actuar ante el Tribunal Electoral Provincial los partidos políticos reconocidos o en trámite de reconocimiento, los candidatos y afiliados cuando les hayan sido desconocidos los derechos otorgados por las Cartas Orgánicas, agotadas previamente las instancias partidarias.

c) La personería se acreditará mediante copia autenticada del acta de elección o designación de autoridades o apoderados o por poder otorgados mediante escritura pública. En el caso de los afiliados podrá ser acreditada mediante acta poder extendida por ante el secretario del Tribunal Electoral Provincial.

En todos los casos deberá constituirse domicilio legal en la primera presentación por ante el Tribunal Electoral Provincial. Podrá actuarse sin patrocinio letrado, sin perjuicio de que el Tribunal Electoral Provincial lo requiera en consideración a la naturaleza de las cuestiones que se controviertan.

### II - PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO

**Artículo 66°.-** Cuando la cuestión planteada fuese contenciosa se sustanciará por escrito. En la primera presentación deberá acompañarse toda la documentación y se ofrecerá la prueba restante.

**Artículo 67°.-** De la presentación se correrá traslado a la contraria por el término de cinco (5) días.

Contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo el Tribunal Electoral Provincial fijará audiencia a celebrarse dentro de cinco (5) días a efectos de recibir la prueba y oír a las partes. Su convocatoria se hará bajo apercibimiento de realizarla con quienes concurren.

La resolución se dictará dentro de

los diez (10) días de celebrada la audiencia.

**Artículo 68°.-** Contra la sentencia procederá el Recurso Extraordinario de Casación en la forma y términos del Capítulo V - Sección 1ª. del CPCC.

**Artículo 69°.-** En todo lo que no estuviese previsto en este Capítulo se aplicará supletoriamente las normas del Código de Procedimiento Civil y Comercial, especialmente las disposiciones del Título III, Capítulo II de dicha norma legal.

## CAPÍTULO XXII -PUBLICIDAD-

**Artículo 70°.-** El Estado Provincial garantizará la libertad de propaganda y proselitismo partidario y deberá para ello asegurar el acceso a los medios públicos de difusión en la forma que necesariamente deberá reglamentar.

**Artículo 71°.-** El Tribunal Electoral Provincial previa denuncia intervendrá en los conflictos que pudieran suscitarse al respecto.

## -DISPOSICIONES TRANSITORIAS-

**Artículo 72°.-** Los Partidos Políticos Provinciales y Municipales deberán en el término de ciento veinte (120) días desde la publicación de la presente actualizar por ante el Tribunal Electoral Provincial, lo dispuesto en el Capítulo XIV, artículo 42, antepenúltimo párrafo y en el Capítulo XVIII.

En caso de incumplimiento el Tribunal Electoral Provincial decretará de oficio la caducidad de la personería jurídico-política.

**Artículo 73°.-** A los efectos de permitir a los Partidos de Distrito su actuación en el ámbito político electoral provincial, deberán en el mismo plazo establecido en el artículo anterior cumplimentar con lo dispuesto en el Capítulo XIV, artículo 42, antepenúltimo párrafo.

**Artículo 74°.-** La publicación a que hace referencia el artículo 72° será por el plazo de dos (2) días en el Boletín Oficial de la Provincia y en los diarios y radios de mayor difusión provincial que se harán por intermedio del Ministerio de Coordinación de la Provincia.

## -DISPOSICIONES FINALES-

**Artículo 75°.-** Derógase la Ley N° 2126 y toda otra norma que se oponga a la presente.



*Calma, estimado lector de "El Reporte". Adelanto que esta no es una nota de opinión sobre algún tema de Derecho Electoral; suficiente tendrán con la lectura del proyecto de ley de partidos políticos que forma parte de la presente edición. Recurro a la literatura como fuente inagotable ya que el tema me "puede" tanto desde lo científico como desde la ficción; por eso les propongo la lectura del cuento del gran escritor norteamericano, Isaac Asimov. Se trata de "Sufragio Universal". Un visionario relato escrito en 1955 que sitúa las elecciones de su país en un futuro martes 4 de noviembre de 2008, es decir, elecciones recientes en EE.UU, bipartidismo y voto electrónico. En este texto el proceso electoral queda reducido a la acción de una maquina, Multivac, y a un solo votante, el señor Muller. Todo suyo lector.*

JUAN GERBER

## SUFRAGIO UNIVERSAL

POR ISAAC ASIMOV

(1929/1992) escritor y bioquímico nacionalizado estadounidense y nacido en Bielorrusia; exitoso y excepcionalmente prolífico autor de obras de ciencia ficción, historia y divulgación científica.

Linda, que tenía diez años, era el único miembro de la familia que parecía

disfrutar al levantarse. Norman Muller podía oírla ahora a través de su propio coma drogado y malsano. Finalmente había logrado dormirse una hora antes, pero con un sueño más semejante al agotamiento que al verdadero sueño.

La pequeña estaba ahora al lado de su cama, sacudiéndole.

- ¡Papaíto! ¡Papaíto, despierta! ¡Despierta!

-Está bien, Linda -dijo.

-¡Pero papaíto, hay más policías por ahí que nunca! ¡Con coches y todo!

Norman Muller cedió. Se incorporó con la vista nublada, ayudándose con los codos. Nació el día. Fuera, el amanecer se abría paso desganaadamente, como germen de un miserable gris..., tan miserablemente gris como él se sentía. Oyó la voz de Sarah, su mujer, que se ajetreaba en la cocina preparando el desayuno. Su suegro, Matthew, carraspeaba con estrépito en el cuarto de baño. Sin duda, el agente Handley estaba listo y esperándole. Había llegado el día.

¡El día de las elecciones! Para empezar, había sido un año igual a cualquier otro. Acaso un poco peor, puesto que se trataba de un año presidencial, pero no peor en definitiva que otros años presidenciales.

Los políticos hablaban del electorado y del vasto cerebro electrónico que tenían a su servicio. La prensa analizaba la situación mediante computadoras industriales (el *New York Times* y el *Post-Dispatch* de San Luis poseían cada uno el suyo propio) y aparecían repletos de pequeños indicios sobre lo que iban a ser los días venideros.

Comentadores y articulistas ponían de relieve la situación crucial, en feliz contradicción mutua.

La primera sospecha indicando que las cosas no ocurrirían como en años anteriores se puso de manifiesto cuando Sarah Muller dijo a su marido en la noche del 4 de octubre (un mes antes del día de las elecciones): - Cantwell Johnson afirma que Indiana será decisivo este año. Y ya es el cuarto en decirlo. Piénsalo, esta vez se trata de nuestro estado.

Mathew Hortenwiler asomó su mofletudo rostro por detrás del periódico que estaba leyendo, posó una dura mirada en su hija y gruñó:

- A estos tipos les pagan por decir mentiras. No les escuches.

- Pero ya son cuatro, padre - insistió Sarah con mansedumbre-. Y todos dicen que Indiana.

- Indiana es un estado clave, Matthew -apoyó Norman, tan mansamente como su mujer-, a causa del Acta Hawkins-Smith y todo ese embrollo de Indianápolis. Es... El arrugado rostro de Matthew se contrajo de manera alarmante. Carraspeó: - Nadie habla de Bloomington o del condado de Monroe, ¿no es eso?

- Pues... -empezó Norman.

Linda, cuya cara de puntiaguda barbilla había estado girando de uno a otro interlocutor, le interrumpió vivamente:

- ¿Vas a votar este año, papi?

Norman sonrió con afabilidad y respondió:

- No creo, cariño.

Mas ello acontecía en la creciente excitación del mes de octubre de un año de elecciones presidenciales, y Sarah había llevado una vida tranquila, animada por sueños respecto a sus familiares. Dijo con anhelante

vehemencia:

- ¿No sería magnífico?

- ¿Que yo votase?

Norman Muller lucía un pequeño bigote rubio, que le había prestado un aire elegante a los juveniles ojos de Sarah, pero que, al ir encaneciendo poco a poco, había derivado en una simple falta de distinción. Su frente estaba surcada por líneas profundas, nacidas de la inseguridad, y en general su alma de empleado nunca se había sentido seducida por el pensamiento de haber nacido grande o de alcanzar la grandeza en ninguna circunstancia.

Tenía mujer, un trabajo y una hija. Y excepto en momentos extraordinarios de júbilo o depresión, se inclinaba a considerar su situación como un adecuado pacto concertado con la vida. Así pues, se sentía un tanto embarazado y bastante intranquilo ante la dirección que tomaban los pensamientos de su mujer.

- Realmente, querida -dijo-, hay doscientos millones de seres en el país, y en lances como éste creo que no deberíamos desperdiciar nuestro tiempo haciendo cábalas sobre el particular.

- Mira, Norman -respondió su mujer-, no son doscientos millones, lo sabes muy bien. En primer lugar, sólo son elegibles los varones entre los veinte y los sesenta años, por lo cual la probabilidad se reduce a uno por cincuenta millones. Por otra parte, si realmente es Indiana...

- Entonces será poco más o menos de uno por millón y cuarto. No apostarías a un caballo de carreras contra esa ventaja, ¿no es así? Anda, vamos a cenar.

Matthew murmuró tras su periódico:

- ¡Malditas estupideces!

Linda volvió a preguntar:

- ¿Vas a votar este año, papi?

Norman meneó la cabeza y todos se dirigieron al comedor.

Hacia el 20 de octubre, la excitación de Sarah había aumentado considerablemente. A la hora del café, anunció que la señora Schultz, que tenía un primo secretario de un miembro de la asamblea, le había contado que «todo el papel» estaba por Indiana.

- Dijo que el presidente Villiers pronunciaría incluso un discurso en Indianápolis.

Norman Muller, que había soportado un día de mucho trajín en el almacén, descartó las palabras de su mujer con un fruncimiento de cejas.

- Si Villiers pronuncia un discurso en Indiana -dijo Matthew Hortenweiler, crónicamente insatisfecho de Washington-, eso significa que piensa que Multivac conquistará Arizona. El cabeza de bellota ése no tendría redaños para ir más allá. Sarah, que ignoraba a su padre siempre que le resultaba decentemente posible, se lamentó:

- No sé por qué no anuncian el estado tan pronto como pueden, y luego el condado, etcétera. De esa manera, la gente que fuese quedando eliminada descansaría tranquila.

- Si hicieran algo por el estilo -opinó Norman-, los políticos seguirían como buitres los anuncios. Y cuando la cosa se redujera a un municipio, habría un congresista o dos en cada esquina.

Matthew entornó los ojos y se frotó con rabia su cabello ralo y gris.

- Son buitres de todos modos. Escuchen...

- Vamos, padre... -murmuró Sarah.

La voz de Matthew se alzó sin tropiezos sobre su protesta:

- Miren, yo andaba por allí cuando entronizaron a Multivac. Él terminaría con los partidismos políticos, dijeron. No más dinero electoral despilfarrado en las campañas. No habría otro don nadie introducido a presión y a bombo y platillo de publicidad en el Congreso o la Casa Blanca. ¿Y qué sucede? Pues que hay más campaña que nunca, sólo que ahora la hacen en secreto. Envían tipos a Indiana a causa del Acta Hawkins-Smith y otros a California para el caso que la situación de Joe Hammer se convierta en crucial. Lo que yo digo es que se deben eliminar todas esas insensateces. ¡Hay que volver al bueno y viejo...!

Linda preguntó de súbito:

- ¿No quieres que papi vote este año, abuelito?

Matthew miró a la chiquilla.

- No lo entenderías. -Se volvió a Norman y Sarah-. En un tiempo, yo voté también. Me dirigía sin rodeos a la urna, depositaba mi papeleta y votaba. Nada más que eso. Me limitaba a decirme: ese tipo es mi hombre y voto por él. Así debería ser.

Linda dijo, llena de excitación:

- ¿Votaste, abuelo? ¿Lo hiciste de verdad?

Sarah se inclinó hacia ella con presteza, tratando de paliar lo que muy bien podía convertirse en una historia incongruente, trascendiendo al vecindario.

- No es eso, Linda. El abuelito no quiso decir realmente votar. Todo el mundo hacía esa especie de votación cuando tu abuelo era niño, y también él, pero no se trataba realmente de votar.

Matthew rugió:

- No sucedió cuando era niño. Tenía ya veintidós años, y voté por Langley. Fue una auténtica votación. Quizá mi voto no contase mucho, pero era tan bueno como el de cualquiera. Como el de cualquiera -recalcó-. Y sin ningún Multivac para... Norman intervino entonces:

- Está bien, Linda, ya es hora de acostarte. Y deja de hacer preguntas sobre las votaciones. Cuando seas mayorcita, lo comprenderás todo.

La besó con antiséptica amabilidad, y ella se puso en marcha, renuente, bajo la tutela materna, con la promesa de ver el visor desde la cama hasta las nueve y cuarto, si se prestaba primero al ritual del baño.

- Abuelito -dijo Linda.

Y se quedó ante él con la mandíbula caída y las manos a la espalda, hasta que el periódico del viejo se apartó y asomaron las

espesas cejas y unos ojos anidados entre finas arrugas. Era el viernes 31 de octubre.

- ¿Sí?

Linda se aproximó y posó ambos antebrazos sobre una de las rodillas del viejo, de manera que éste tuvo que dejar a un lado el periódico.

- Abuelito -volvió a la carga la pequeña-, ¿de verdad que votaste alguna vez?

- Ya me oíste decir que sí, ¿no es cierto? ¿No irás a creer que cuento bolas?

- Nooo... Pero mamá dice que todo el mundo votaba entonces.

- Pues claro que lo hacían.

- ¿Cómo podían hacerlo? ¿Cómo podía votar todo el mundo?

Matthew miró gravemente a su nieta y luego la alzó, sentándola sobre sus rodillas. Por último, moderando el tono de su voz, dijo:

- Mira, Linda, hasta hace unos cuarenta años, todo el mundo votaba. Pongamos que deseábamos decidir quién debía ser el nuevo presidente de los Estados Unidos...

Demócratas y republicanos nombraban a su respectivo candidato, y cada uno decía cuál de los dos quería. Una vez pasado el día de las elecciones, se hacía el recuento de votos de las personas que deseaban al candidato demócrata y las que deseaban al republicano.

Y el que había recibido más votos se llevaba la palma. ¿Lo ves?

Linda asintió.

- ¿Cómo sabía la gente por quién votar? -preguntó-. ¿Se lo decía Multivac?

Las cejas de Matthew se fruncieron, y adoptó un aspecto severo.

- Se basaban tan sólo en su propio criterio, pequeña.

La niña se apartó un tanto del viejo, y éste volvió a bajar la voz:

- No estoy enojado contigo, Linda. Pero mira, a veces llevaba toda la noche contar..., sí, hacer el recuento de lo que opinaban unos y otros, a quién habían votado. Todo el mundo se impacientaba. Por ello se inventaron máquinas especiales, capaces de comparar los primeros votos con los de los mismos lugares en años anteriores. De esta manera, la máquina preveía cómo se presentaba la votación en su conjunto y quién sería elegido.

¿Lo entiendes?

- Como Multivac -asintió ella.

- Las primeras computadoras eran mucho más pequeñas que Multivac. Pero las máquinas fueron aumentando de tamaño y, al mismo tiempo, iban siendo capaces de indicar cómo iría

la elección a partir de menos y menos votos. Por fin, construyeron Multivac, que puede preverlo a partir de un solo votante.

Linda sonrió al llegar a la parte familiar de la historia y exclamó:

- ¡Qué bonito!

Matthew frunció de nuevo el entrecejo.

- No, no tiene nada de bonito. No quiero que una máquina decida lo que yo hubiera votado sólo porque un chistoso de Milwaukee dice que está en contra que se suban las tarifas. A mí tal vez me hubiese dado por votar a ciegas sólo por gusto. O quizá me hubiese negado a votar en absoluto. Y tal vez...

Pero Linda se había escurrido de sus rodillas y se batía en retirada.

En la puerta tropezó con su madre, quien llevaba aún puesto el abrigo. Ni siquiera había tenido tiempo de quitarse el sombrero.

- Apártate un poco, Linda -ordenó, jadeante aún-. No me cierres el paso.

Al ver a Matthew, dijo, mientras se quitaba el sombrero y se alisaba el pelo:

- Vengo de casa de Agatha.

Matthew miró a su hija con aire desaprobador y, desdeñando la información, se limitó a gruñir y recoger el periódico.

Sarah se desabrochó el abrigo y continuó: - ¿A que no sabes lo que me ha dicho? Matthew alisó el periódico con un crujido, para proseguir la lectura interrumpida por su nieta.

- Ni lo sé ni me importa.

- ¡Vamos, padre...!

Pero Sarah no tenía tiempo para enfadarse. Necesitaba comunicar a alguien las noticias, y Matthew era el único receptor a mano a quien confiarlas.

- Joe, el marido de Agatha, es policía, ya sabes, y dice que anoche llegó a Bloomington todo un cargamento de agentes de la secreta.

- No creo que anden tras de mí.

- ¿Es que no te das cuenta, padre? Agentes de la secreta... Y casi ha llegado el momento de las elecciones. ¡En Bloomington!

- Quizá anden en busca de algún ladrón de bancos.

- No ha habido un robo en ningún banco de la ciudad desde hace muchos años... ¡Padre, eres imposible!

Y Sarah abandonó la habitación.

Tampoco Norman Muller recibió las noticias con mayor excitación, al menos perceptible.

- Bueno, Sarah, ¿y cómo sabía Joe, el marido de Agatha, que se

trataba de agentes de la secreta? -preguntó con calma-. No creo que anduviesen por ahí con los carnets pegados en la frente.

Pero a la tarde siguiente, cuando ya noviembre tenía un día, Sarah anunció triunfalmente:

- Todo Bloomington espera que sea alguien de la localidad el votante. Así lo publica el *News*, y también lo dijeron por la radio.

Norman se agitó desasosegado. No podía negarlo, y su corazón desfallecía. Si

Bloomington iba a ser alcanzado por el rayo de Multivac, ello supondría periodistas, espectaculares transmisiones por vídeo, turistas y toda clase de..., de perturbaciones.

Norman apreciaba la tranquila rutina de su vida, y la distante y alborotada agitación de los políticos se estaba aproximando de un modo que resultaba incómodo.

- Un simple rumor -rechazó-. Nada más.

- Pues espera y verás. No tienes más que esperar.

Según se desarrollaron las cosas, el compás de espera fue extraordinariamente corto. El timbre de la puerta, sonó con insistencia. Cuando Norman Muller la abrió, se vio frente a un hombre de elevada estatura y rostro grave.

- ¿Qué desea? - preguntó Norman.

- ¿Es usted Norman Muller?

- Sí. Su voz sonó singularmente opaca. No resultaba difícil averiguar, por el porte del desconocido, que representaba a la autoridad. Y la naturaleza de su súbita visita era tan manifiesta como inimaginable le pareciese hasta unos momentos antes. El hombre mostró su documentación, penetró en la casa, cerró la puerta tras de sí y dijo con acento oficial:

- Señor Norman Muller, en nombre del presidente de los Estados Unidos, tengo el honor de informarle que ha sido usted elegido para representar al electorado norteamericano el día martes 4 de noviembre del año 2008.

Con gran dificultad, Norman Muller logró caminar sin ayuda hasta su butaca, en la cual se sentó con el rostro pálido y casi sin sentido, mientras Sarah traía agua, le frotaba asustada las manos y le cuchicheaba apretando los dientes:

- No vayas a desmayarte ahora, Norman. Elegirán a otro... Cuando por fin logró recuperar el uso de la palabra, Norman murmuró a su vez:

- Lo siento, señor.

- ¡Bah! No tiene importancia - le

tranquilizó el visitante. Todo rastro de formalidad oficial parecía haberse desvanecido tras la notificación, dejando sólo un hombre abierto y más bien amistoso-. Es la sexta vez que me corresponde comunicarlo al interesado y he visto toda clase de reacciones. Ninguna de ellas se ajustó a la que vieron en el vídeo.

Saben a lo que me refiero, ¿verdad? Un aire de consagración y entrega y un personaje que dice: «Será para mí un gran privilegio servir a mi país...» Toda esa serie de cosas...

El agente rió para alentarles. La risa con que Sarah le acompañó tuvo un acento de aguda histeria. El agente prosiguió:

- Permaneceré con ustedes durante algún tiempo. Mi nombre es Phil Handley. Les agradeceré que me llamen Phil. Señor Muller, no podrá abandonar la casa hasta el día de las elecciones. Usted, señora, informará al almacén que su marido está enfermo. Puede salir a hacer la compra, pero deberá despacharla con la mayor brevedad posible. Y desde luego, guardará una absoluta reserva sobre el particular. ¿De acuerdo, señora Muller?

- Sí, señor. Ni una palabra - confirmó Sarah, con un vigoroso asentimiento de cabeza.

- Perfecto, señora Muller. - Handley adoptó un tono muy grave al añadir: - Tenga en cuenta que esto no es un juego. Por lo tanto, salga sólo en caso que le sea absolutamente preciso y, cuando lo haga, la seguirán. Lo siento, pero estamos obligados a actuar así.

- ¿Seguirme?

- Nadie lo advertirá... No se preocupe. Y será sólo durante un par de días, hasta que se haga el anuncio formal a la nación. En cuanto a su hija...

- Está en la cama - se apresuró a decir Sarah.

- Bien. Se le dirá que soy un pariente o amigo de la familia. Si descubre la verdad, deberá permanecer encerrada en casa. Y en todo caso, su padre será mejor que no salga.

- No le gustará nada - dudó Sarah.

- No queda más remedio. Y ahora, puesto que nadie más vive con ustedes...

- Al parecer, está muy bien informado sobre nosotros - murmuró Norman.

- Bastante - convino Handley-. De todos modos, éstas son por el momento mis instrucciones. Intentaré, por mi parte, cooperar en la medida de lo posible y no causarles molestias.

El gobierno pagará mi mantenimiento, así que no supondré ningún gasto para ustedes. Cada noche, seré relevado por alguien que se instalará en esta habitación. No habrá problemas de acomodo para dormir. Y ahora, señor Muller... - ¿Sí, señor?

- Llámeme Phil - repitió el agente-. Estos dos días preliminares antes del anuncio formal servirán para que se acostumbre a ver su posición. Preferimos que se enfrente a Multivac en un estado mental lo más normal posible. Descanse tranquilo e intente tomarse todo esto como si se tratase de su trabajo diario. ¿De acuerdo?

- De acuerdo - respondió Norman. De pronto, denegó violentamente con la cabeza-. ¡Pero yo no deseo esa responsabilidad! ¿Por qué yo?

- Muy bien, vayamos al grano. Multivac sopesa toda clase de factores conocidos, billones de ellos. Pero existe un factor desconocido, y creo que seguirá siéndolo por mucho tiempo. Dicho factor es el módulo de reacción de la mente humana. Todos los norteamericanos están sometidos a la presión moldeadora de lo que los otros norteamericanos hacen y dicen, de las cosas que a él se le hacen y de las que él hace a los demás. Cualquier norteamericano puede ser llevado ante Multivac para determinar la tendencia de todas las demás mentes del país. En un momento dado, algunos norteamericanos resultan mejores que otros a tal fin. Eso depende de los acontecimientos del año. Multivac le seleccionó a usted como al más representativo del actual. No el más despejado, ni el más fuerte, ni el más dichoso, sino el más representativo. Y no vamos a dudar de Multivac, ¿no es así? - ¿Y no podría equivocarse? - preguntó Norman.

Sarah, que escuchaba impaciente, le interrumpió:

- No le haga caso, señor. Está nervioso... En realidad, es muy instruido y ha seguido siempre las cuestiones políticas de cerca.

- Multivac toma las decisiones, señora Muller - respondió Handley-. Y él eligió a su esposo.

- ¿Pero seguro que lo sabe todo? - insistió Norman tercamente-. ¿No podría haber cometido un error?

- Pues sí. No hay motivo para no ser franco. En 1993, el votante seleccionado murió de un ataque dos horas antes del instante fijado para notificarle su elección. Multivac no predijo aquello. Le era imposible. Un votante puede ser mentalmente inestable, moralmente impropio, incluso desleal. Multivac no puede

conocerlo todo sobre todos, si no se le proporcionan los datos. Por eso, siempre se seleccionan algunos candidatos más. No creo que tengamos que recurrir a ninguno de ellos en esta ocasión.

Usted está en buen estado de salud, señor Muller, y ha sido investigado a fondo. Sirve. Norman ocultó el rostro entre las manos y se quedó inmóvil.

- Mañana por la mañana se encontrará perfectamente bien - intervino Sarah-. Tiene que acostumbrarse a la idea, eso es todo.

- Desde luego - asintió Handley.

En la intimidad del dormitorio, Sarah Muller se expresó de distinta y más enérgica manera. El estribillo de su perorata era el siguiente:

- Compórtate como es debido, Norman. Parece como si intentaras lanzar por la borda la suerte de tu vida.

Norman musitó desesperado:

- Me atemoriza, Sarah. Todo este asunto...

- ¿Y por qué, santo Dios? ¿Qué otra cosa debes hacer más que responder a una o dos preguntas?

- Demasiada responsabilidad. Me abrumba.

- ¿Qué responsabilidad? No existe ninguna. Multivac te seleccionó, ¿no? Pues a él le corresponde la responsabilidad. Todo el mundo lo sabe.

Norman se incorporó, quedando sentado en la cama, en súbito arranque de rebeldía y angustia.

- Se supone que todo el mundo lo sabe. Pero no lo saben. Ellos...

- Baja la voz - siseó Sarah en tono glacial-. Van a oírte hasta en la ciudad.

- No me oirán - replicó Norman, pero bajó en efecto la voz hasta convertirla en un cuchicheo-. Cuando se habla de la Administración Ridgely de 1988, ¿dice alguien que ganó con promesas fantásticas y demagogia racista? ¡Qué va! Se habla del «maldito voto MacComber», como si Humphrey MacComber fuese el único responsable por las respuestas que dio a Multivac. Yo mismo he caído en eso... En cambio, ahora pienso que el pobre tipo no era sino un pequeño granjero que nunca pidió que le eligieran. ¿Por qué echarle la culpa? Y ya ves, ahora su nombre está maldito...

- Te portas como un niño - le reprochó Sarah.

- No, me porto como una persona sensible. Te lo digo, Sarah, no aceptaré. No pueden obligarme a votar contra mi voluntad. Diré que estoy enfermo. Diré....

Pero Sarah ya tenía bastante.

- Ahora, escúchame - masculló con

fría cólera-. No eres tú el único afectado. Ya sabes lo que supone ser el Votante del Año. Y de un año presidencial para colmo. Significa publicidad, y fama, y posiblemente montones de dinero...

- Y luego volver a la oficina.

- No volverás. Y si vuelves, te nombrarán jefe de departamento por lo menos..., siempre que tengas un poco de seso. Y lo tendrás, porque yo te diré lo que debes hacer.

Si juegas bien las cartas, controlarás esa clase de publicidad y obligarás a los Almacenes Kennell a un contrato en firme, a una cláusula concediéndote un salario progresivo y a que te aseguren una pensión decente.

- Pero ése no es exactamente el objetivo de un votante, Sarah.

- Pues será el tuyo. Si no te crees obligado a hacer nada ni por ti ni por mí, y conste que no pido nada para mí, piensa en Linda. Se lo debes.

Norman exhaló un gemido.

- Bien, ¿estás de acuerdo? - le atosigó Sarah.

- Sí, querida - murmuró Norman.

El 3 de noviembre se publicó el anuncio oficial. A partir de entonces, Norman no se encontraba ya en situación de retirarse, aun en el caso de reunir el valor necesario para intentarlo.

Sellaron su casa, y agentes del servicio secreto hicieron su aparición en el exterior, bloqueando todo acceso.

Al principio, sonó sin cesar el teléfono, pero fue Phillip Handley quien respondió a todas las llamadas, con una amable sonrisa de excusa. Al fin, la central pasó todas las llamadas al puesto de policía.

Norman pensó que de ese modo se ahorra no sólo las alborozadas (y envidiosas) felicitaciones de los amigos, sino también la pesada insistencia de los vendedores que husmeaban una perspectiva y la artera afabilidad de los políticos de toda la nación... Quizás hasta las amenazas de muerte de los inevitables descontentos.

Se prohibió que entrasen periódicos en la casa, a fin de mantenerle al margen de cualquier presión, y se desconectó amable pero firmemente la televisión, a pesar de las indignadas protestas de Linda.

Matthew gruñía y se metía en su habitación; Linda, pasada la primera racha de excitación, hacía pucheros y lloriqueaba porque no le permitían salir de casa; Sarah dividía su tiempo entre la preparación de las comidas para el presente y el establecimiento de planes para el futuro, en tanto que

la depresión de Norman seguía alimentándose a sí misma.

Y la mañana del martes 4 de noviembre del año 2008 llegó por fin. Era el día de las elecciones.

El desayuno se sirvió temprano, pero sólo comió Norman Muller, y aun él de manera mecánica. Ni la ducha ni el afeitado lograron devolverle a la realidad, ni desvanecer su convicción de estar tan sucio por fuera como sucio se sentía por dentro. La voz amistosa de Handley hizo cuanto pudo para infundir cierta normalidad en el gris y hosco amanecer. La predicción meteorológica había señalado un día nuboso, con perspectivas de lluvia antes del mediodía.

- Mantendremos la casa aislada hasta el regreso del señor Muller. Después, dejaremos de estar colgados de su cuello.

El agente del servicio secreto vestía ahora su uniforme completo, incluidas las armas en sus pistolas, abundantemente tachonadas de cobre.

- No nos ha causado molestia alguna, señor Handley -dijo Sarah con bobalicona sonrisa.

Norman se bebió dos tazas de café bien cargado, se secó los labios con una servilleta, se levantó y dijo con aire decidido:

- Estoy dispuesto...

Handley se levantó a su vez.

- Muy bien, señor. Y gracias, señora Muller, por su amable hospitalidad.

El coche blindado atravesó con un ronquido las calles vacías. Siempre lo estaban aquel día, a aquella hora determinada.

Handley dio una explicación al respecto:

- Desvían siempre el tráfico desde el atentado que por poco impide la elección de Leverett en el 92. Habían puesto bombas.

Cuando el coche se detuvo, Norman fue ayudado a descender por el siempre cortés Handley. Se encontraba en un pasaje subterráneo, junto a cuyas paredes se alineaban soldados en posición de firmes.

Le condujeron a una estancia brillantemente iluminada. Tres hombres uniformados de blanco le saludaron sonrientes.

- ¡Pero esto es un hospital! - exclamó Norman.

- No tiene importancia alguna - replicó al instante Handley-. Se debe sólo a que el hospital dispone de las comodidades necesarias...

- Bien, ¿y qué debo hacer yo?

Handley inclinó la cabeza, y uno de los tres hombres vestidos de

blanco se adelantó.

- Yo me encargaré de él a partir de ahora, agente.

Handley saludó con desenvoltura y abandonó la habitación.

El hombre de blanco dijo:

- ¿No quiere sentarse, señor Muller? Yo soy John Paulson, calculador jefe. Le presento a Samson Levine y Peter Dorogobuzh, mis ayudantes.

Norman estrechó envaradamente las manos de todos. Paulson era hombre de mediana estatura, con un rostro de perenne sonrisa, y un evidente tupé. Usaba gafas de montura de plástico, de modelo anticuado. Mientras hablaba, encendió un cigarrillo. Norman rehusó el que le fue ofrecido.

- En primer lugar, señor Muller -dijo Paulson-, deseo que sepa que no tenemos prisa alguna. En caso necesario, permanecerá con nosotros todo el día, para que se acostumbre al ambiente y descarte la idea que se trata de algo insólito, para que olvide su aspecto... clínico. Creo que sabe a qué me refiero.

- Sí, desde luego - contestó Norman-. Pero me gustaría que todo hubiese terminado ya.

- Comprendo sus sentimientos. Sin embargo, deseamos exponerle con exactitud el procedimiento. En primer lugar, Multivac no está aquí.

- ¿Que no está?

Aun en medio de su abatimiento, había deseado ver a Multivac, del que se decía que medía más de kilómetro y medio de largo, que tenía una altura equivalente a tres pisos y que cincuenta técnicos recorrían sin cesar los corredores interiores de su estructura. Una de las maravillas del mundo.

Paulson sonrió.

- En efecto, no es portátil - confirmó-. De hecho, se encuentra emplazado en un subterráneo, y pocos son los que conocen el lugar preciso. Muy lógico, ¿verdad?, ya que supone nuestro supremo recurso natural. Créame, las elecciones no constituyen su única función.

Norman pensó que el hombre de blanco se mostraba deliberadamente parlanchín, pero de todos modos se sentía intrigado.

- Me gustaría verlo...

- No lo dudo. Mas para ello se necesita una orden presidencial, refrendada luego por el departamento de seguridad. Sin embargo, nos mantenemos en conexión con Multivac por transmisión de ondas. Cuanto él diga puede ser interpretado aquí, y cuanto nosotros digamos le será transmitido. Así que, en cierto

sentido, nos hallamos en su presencia.

Norman miró a su alrededor. Las máquinas y aparatos que había en la estancia carecían de significado para él.

- Permítame que se lo explique, señor Muller - prosiguió Paulson-. Multivac posee ya la mayoría de la información necesaria para decidir todas las elecciones, nacionales, provinciales y locales. Únicamente necesita comprobar ciertas imponderables actitudes mentales y, para ello, recurriremos a usted. No podemos predecir qué preguntas formulará, aunque está en lo posible que no tengan mucho sentido para usted..., ni siquiera para nosotros en realidad. Tal vez le pregunte qué opina sobre la recogida de basuras en su ciudad o si considera preferibles los incineradores centrales. O bien, si tiene usted un médico de cabecera o acude a la seguridad social... ¿Comprende?

- Sí, señor.

- Pues bien, pregunte lo que pregunte, usted responderá como mejor le plazca. Y si cree que debe extenderse un poco en su explicación, hágalo. Puede hablar durante una hora si lo juzga necesario.

- Sí, señor.

- Una cosa más. Debemos emplear algunos sencillos aparatos que registrarán automáticamente su presión sanguínea, las pulsaciones, la conductividad de la piel y las ondas cerebrales mientras habla. La maquinaria le parecerá formidable, pero es totalmente indolora... Ni siquiera la notará.

Los otros dos técnicos se atareaban ya con relucientes y pulidos aparatos, de ruedas engrasadas.

- ¿Desean comprobar si estoy mintiendo o no? - preguntó Norman.

- De ningún modo, señor Muller. No se trata en absoluto de detección de mentiras, sino de una simple medida de la intensidad emotiva. Por ejemplo, si la máquina le pregunta su opinión sobre la escuela de su pequeña, quizá conteste usted: «A mi entender, está atestada». Mas esas son sólo palabras. Por la manera en que reaccionen su cerebro, corazón, hormonas y glándulas sudoríparas, Multivac juzgará con exactitud con qué intensidad se interesa usted por la cuestión. Descubrirá sus sentimientos, los traducirá mejor que usted mismo.

- Jamás oí cosa igual - manifestó Norman.

- Estoy seguro que no. La mayoría de los detalles de Multivac son secretos celosamente guardados. Cuando se marche, se le pedirá que

firme un documento jurando que jamás revelará la naturaleza de las preguntas que se le formularon, como tampoco sus respuestas, ni lo que se hizo o cómo se hizo. Cuanto menos se conozca a Multivac, menos oportunidades habrá de presiones exteriores sobre los hombres que trabajan a su servicio o se sirven de él para su trabajo. - Sonrió melancólico-. Nuestra vida resulta bastante dura...

- Lo comprendo.

- Y ahora, ¿desearía comer o beber algo?

- No, gracias. Nada por el momento.

- ¿Alguna otra pregunta que formular?

Norman meneó la cabeza en gesto negativo.

- En ese caso, usted nos dirá cuando se halla dispuesto.

- Ya lo estoy.

- ¿Seguro?

- Por completo.

Paulson asintió. Alzó una mano en dirección a sus ayudantes, quienes se adelantaron con su aterrador instrumental. Muller sintió que su respiración se aceleraba mientras les veía aproximarse.

La prueba duró casi tres horas, con una breve interrupción para tomar café y una embarazosa sesión con un orinal. Durante todo ese tiempo, Norman Muller permaneció encajonado entre la maquinaria. Al final, tenía los huesos molidos.

Pensó sardónicamente que le sería muy fácil mantener su promesa de no revelar nada de lo que había acontecido. Las preguntas ya se habían reducido a una especie de vagarosa bruma en su mente.

Había pensado que Multivac hablaría con voz sepulcral y sobrehumana, resonante y llena de ecos. Ahora concluyó que aquella idea se la había sugerido la excesiva espectacularidad de la televisión. La verdad le decepcionó en extremo. Las preguntas aparecían perforadas sobre una cinta metálica, que una segunda máquina convertía en palabras. Paulson leía a Norman estas palabras, en las que se contenía la pregunta, y luego dejaba que las leyese por sí mismo.

Las respuestas de Norman se inscribían en una máquina registradora, repitiéndolas para que las confirmara. Se anotaban entonces las enmiendas y observaciones suplementarias, todo lo cual se transmitía a Multivac.

La única pregunta que Norman recordaba de momento era una incongruente bagatela:

- ¿Qué opina usted del precio de los huevos?

Ahora todo había terminado. Los operadores retiraron suavemente los electrodos conectados a diversas partes de su cuerpo, desligaron la banda pulsadora de su brazo y apartaron la maquinaria a un lado.

Norman se puso en pie, respiró profundamente, se estremeció y dijo:

- ¿Ya está todo? ¿Se acabó?

- No, no del todo - respondió Paulson, sonriendo animoso-. Debemos pedirle que se quede durante otra hora.

- ¿Y por qué? - preguntó Norman con cierta acritud.

- Es el tiempo preciso para que Multivac incluya sus nuevos datos entre los trillones que ya dispone. Sepa usted que existen miles de alternativas, algo sumamente complejo... Puede suceder que se produzca algún raro debate aquí o allá, que algún interventor en Phoenix, Arizona, o bien alguna asamblea en Wilkesboro, Carolina del Norte, formulen alguna duda. En tal caso, Multivac precisará hacerle una o dos preguntas decisivas.

- No - se negó Norman-. No quiero pasar de nuevo por eso.

- Probablemente no sucederá - trató de tranquilizarle Paulson-. Raras veces ocurre... De todos modos, deberá quedarse por si acaso. - Cierta tono acerado, un tenue matiz, asomó a su voz-. No tiene opción, ya lo sabe. Debe quedarse.

Norman se sentó con aire fatigado, encogiéndose de hombros.

- No podemos dejarle leer el periódico - añadió Paulson-, pero si quiere una novela policíaca, o jugar al ajedrez..., cualquier cosa en fin que esté en nuestra mano proporcionarle para que se entretenga, dígalos sin reparos.

- No deseo nada, gracias. Esperaré.

Paulson y sus ayudantes se retiraron a una pequeña habitación, contigua a la estancia en que Norman había sido interrogado. Y éste se dejó caer en un butacón tapizado de plástico, cerrando los ojos.

Tendría que aguardar a que transcurriese aquella hora lo mejor posible.

Bien arrellanado en su asiento, poco a poco fue cediendo su tensión. Su respiración se hizo menos entrecortada y, al entrelazar las manos, no advirtió ya ningún temblor en sus dedos.

Tal vez no hubiese ya más preguntas. Tal vez hubiese acabado de modo definitivo.

Y si todo había terminado, ahora vendrían los desfiles de antorchas y las invitaciones para hablar en toda clase de solemnidades. ¡El Votante del Año!

Él, Norman Muller, un vulgar empleado de un almacén de Bloomington, Indiana, un hombre que no había nacido grande ni había realizado jamás acto alguno de grandeza, se hallaría en la extraordinaria situación de impulsar a otro a la grandeza.

Los historiadores hablarían con serenidad de la Elección Muller del año 2008. Ése sería su nombre, la Elección Muller.

La publicidad, el puesto mejor, el chorro de dinero que tanto interesaba a Sarah, ocupaban sólo un rincón de su mente. Todo ello sería bienvenido, desde luego. No lo rechazaría. Pero, por el momento, era otra cosa lo que comenzaba a preocuparle.

Se agitaba en él un latente patriotismo. Al fin y al cabo, representaba a todo el

electorado. Era el punto focal de todos ellos. En su propia persona, y durante aquel día, se encarnaba todo Estados Unidos...

Se abrió la puerta, despertando su atención y despabilándole por completo. Durante unos instantes, sintió que se le encogía el estómago. ¡Que no le hicieran más preguntas!

Pero Paulson sonreía.

- Hemos terminado, señor Muller.

- ¿No más preguntas, señor?

- No hay ninguna necesidad. Todo ha quedado completamente claro. Será usted escoltado hasta su casa y volverá a ser un ciudadano particular..., en la medida en que el público lo permita.

- Gracias, muchas gracias. - Norman se sonrojó-. Me preguntaba... ¿Quién ha sido elegido?

Paulson meneó la cabeza.

- Tendrá que esperar al anuncio oficial. El reglamento se muestra muy severo al respecto. No podemos decírselo ni siquiera a usted. Supongo que lo comprende... - Desde luego.

Norman parecía embarazado.

- El servicio secreto tendrá dispuestos los papeles necesarios para que usted los firme.

- Sí.

De pronto, Norman se sintió orgulloso, lleno de energía. Ufano y arrogante. En este mundo imperfecto, el pueblo soberano de la primera y mayor Democracia Electrónica había ejercido una vez más, a través de Norman Muller (a través de él), su libre derecho al sufragio universal.

## LA RELACIÓN PRENSA Y MAGISTRATURA

POR JORGE LUIS FRÜCHTENICHT  
Juez de Cámara de Apelaciones de Esquel.

Debo advertir que la relación entre la prensa y la magistratura en general se presenta un tanto tensa.

Dicha tirantez aparece ante la diversidad de intereses que imbuyen la actividad de unos y otros, estimando oportuno aportar algunas herramientas a ser tenidas en cuenta al momento de ponderarse la facilitación de información a la primera de ellas.

Así entiendo que, la libertad de expresión y la libertad de prensa constituyen dos caras de una misma moneda, pudiendo afirmarse que ambas conllevan necesariamente el derecho a recibir información y difundirla y de esa forma conocer situaciones u opiniones ajenas. Su reconocimiento constitucional lo hallamos en los arts. 14, 32, 33 y 68 de nuestra Carta Magna nacional - aunque el último de los mencionados refiera específicamente a los miembros del Congreso de la Nación - encontrándolo también en aquellos Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos incorporados con tal jerarquía a partir de la reforma del año 1994, tal el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 18 y 19); Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 18) y Convención Americana de Derechos Humanos (art. 13).

En nuestro derecho provincial, tales tratados se hallan receptados por la cláusula de referencia contenida en el art. 22 de la Constitución de la Provincia del Chubut.

Tal derecho no resulta absoluto, encontrándose limitado por su similar a la intimidad, al honor y reputación de los demás.

La cuestión así descripta, admite cuestionarse si la vida privada y el honor y reputación constituyen un límite válido para la libertad de prensa, presentándose cuatro combinaciones posibles acerca de la información que es dable analizar: 1) información de interés público y no privada; 2) de interés público y privada; 3) no privada y carente de interés público; y 4) privada y carente de interés público.

Para ir delimitando la cuestión,

podemos afirmar que en los supuestos 1 y 3, no existiría conflicto, pues si existe interés público y la información no es privada, debe concederse prevalencia a la libertad de informar. También en el supuesto en que la información no es privada y tampoco tiene un interés público, pues puede o no informarse, sin consecuencia aparente alguna.

Tampoco existe conflicto en el supuesto 4, pues si la información asume el carácter de privada pero no es de interés público, debe prevalecer el derecho a la intimidad o privacidad del sujeto informado.

En los supuestos en análisis, el conflicto se presenta en el caso 2: hay un interés público en la información, pero ésta es de índole privada. A fin de abonar la crisis, habría que considerar si el hecho privado a divulgar corresponde a una persona o funcionario público o a una persona anónima.

Hasta aquí el dilema que se le presenta a la prensa.

Por su parte, el juez tiene la obligación de administrar la justicia, sin miedo ni favores, afecciones o voluntad enferma, y están llamados a hacer efectivo el vallado de garantías que la constitución reconoce a los ciudadanos, teniendo la función judicial un componente de discrecionalidad que no puede ser eliminado. Con mayor o menor amplitud, el juez debe llenar necesariamente con sus decisiones aquellas materias que no están en la ley, la que como toda creación humana, suele ser imperfecta, siendo función de los magistrados integrarlas a fin de hacer realidad el valor justicia.

Ahora bien, el propósito de este artículo es plantearnos la relación considerando nuestra posición de posibles generadores de información.

Lo cierto que el conflicto mayor - en nuestro caso - se plantea también en el caso 2 de aquellos mencionados más arriba. Ello así, por cuanto: a) existe un interés público en la información (a la sociedad toda le interesa el funcionamiento de la institución judicial); y b) los asuntos ventilados en nuestra sede ostentan

el rótulo de privados, por estar comprometidas conductas, vida, familia o patrimonio de los justiciables.

Concluyendo, podemos afirmar que a partir de las normas citadas y que se constituyen en el marco de referencia ineludible de nuestra actuación, la tensión habida tradicionalmente entre la justicia y la prensa –y que se refiere en los

seminarios realizados acerca de esta temática – impone a los magistrados la realización de un adecuado *bastanteo y ponderación* de ambos derechos (a la libertad de prensa, por una parte, y a la intimidad y el honor, por la otra), debiendo aquellos guiar la conducta del juez como fuente de información en su relación con los medios de prensa y su reconocida y

legítima afección por la primicia.

En tal dirección, aparece oportuna y conveniente la creación de espacios de divulgación de la actividad judicial en el ámbito de diferentes órganos – jurisdiccionales o no – pero usualmente comprendidos dentro del concepto de justicia, pues se constituyen en un principio de diálogo en la búsqueda de un idioma común.

numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional en que encuentra cabida la tradicional acción de amparo... Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados”.<sup>6</sup>

Los derechos o intereses difusos<sup>7</sup> –también denominados “fragmentarios”, “supraindividuales”, “metaindividuales”, “de masa”, “comunitarios”, “transpersonales” o “derechos de incidencia colectiva en general” (según la denominación que utiliza nuestra Constitución Nacional en su artículo 43)<sup>8</sup>-, por su parte, han sido definidos como aquellos “que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrante de grupos, clases o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, de una misma prerrogativa. De forma tal que la satisfacción del fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo, se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta, simultánea y globalmente, a los integrantes del conjunto comunitario”.<sup>9</sup>

Tres son los rasgos principales que caracterizan a estos derechos o intereses:<sup>10</sup>

1.) En primer lugar, “una pluralidad de titulares indeterminados o de difícil

## DERECHOS INDIVIDUALES Y DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

(UNA CLASIFICACIÓN DE DERECHOS EN BASE A LA LEGITIMACIÓN PROCESAL)

por Ricardo Tomás Gerosa Lewis

Autor de dos tomos de la Constitución del Chubut comentada. Fue Presidente de la Convención Constituyente redactora de la primera Carta Orgánica Municipal de Esquel. Profesor de Derecho Constitucional en la U.N.L.P. “San Juan Bosco” (Esquel).

La posibilidad que tienen los particulares de poder recurrir a la Justicia en defensa de un derecho y de obtener de ésta una respuesta satisfactoria está condicionada a la existencia de legitimación procesal. En consecuencia, ella representa –al decir de un autor- “la llave para abrir el proceso”.<sup>1</sup>

La legitimación, dice MARIENHOFF, “en general significa la aptitud de ser parte en un determinado proceso o asunto judicial. Y tal aptitud se determina por la posición en que se encuentre el actor respecto de la pretensión que da lugar al proceso o asunto, entendiéndose aquí por pretensión lo que el actor pide que le sea reconocido jurisdiccionalmente... Sólo las personas que se encuentran en determinada relación con la pretensión pueden ser parte en el proceso en que la misma

se deduce”.<sup>2</sup>

Por lo tanto, para ejercer en juicio la tutela del derecho, es absolutamente imprescindible que exista un nexo que vincule a la persona con el derecho que se entiende afectado, lesionado o amenazado.<sup>3</sup>

De esta manera, si la persona que pone en marcha la acción no es aquella que según el ordenamiento jurídico está habilitada para hacerlo (es decir, que está legitimada), el juez puede rechazar “in limine” la demanda o, con mayor razón, hacer lo propio al momento de dictar sentencia.<sup>4</sup>

En virtud de lo expuesto y siguiendo las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus últimos fallos, en base a la legitimación procesal podemos clasificar a los derechos en tres categorías distintas: derechos

individuales, derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.<sup>5</sup>

Los derechos individuales, como es sabido, son los derechos de “primera generación”, es decir, los propios del constitucionalismo clásico o liberal. Tienen en cuenta al individuo “en si” y se reconocen “frente” o “contra” el Estado. Por lo tanto, solo pueden ser ejercidos por su titular.

La titularización de la legitimación para recabar su protección, pues, le corresponde únicamente al particular interesado, al damnificado directo, al que sufre el perjuicio “en carne y hueso”, pues tal lesión no trasciende del ámbito individual.

Y no obsta lo expuesto “la circunstancia de que existan

<sup>1</sup> “La posibilidad jurídica de reclamar la protección jurisdiccional –señala GOZAINI- exige una determinada cualidad en quien lo pide. Esta atribución le permitirá no sólo poner en marcha el aparato jurisdiccional sino también convertirse en parte... Para convertirse en parte es preciso tener legitimación suficiente... La legitimación cubre así el rol de un presupuesto procesal: es el derecho reconocido a una persona para formular pretensiones... Como se ve, la introducción al proceso no es tan simple como se piensa” (GOZAINI, Osvaldo Alfredo: “Teoría procesal de la legitimación”, L.L.

1989-B-977).-

<sup>2</sup> MARIENHOFF, Miguel: “La legitimación en las acciones contra el Estado (Acción popular. Interés simple. Interés difuso. Acto administrativo discrecional)”, en L.L. 1986-C-899.-

<sup>3</sup> GOZAINI, Osvaldo Alfredo: “La legitimación procesal del Defensor del Pueblo (Ombudsman)”, en L.L. 1994-E.1378.-

<sup>4</sup> Conf. S.C. Mendoza, Sala I, 18/12/1999, “Caretta Pons de Zeballos, Cecilia A. y otros c/. Consorcio de Propietarios Rivadavia 3842, en L.L. 1992-C-200. Ver, también, ARAZI, Roland: “La excepción

de falta de legitimación para obrar”, en L.L. 1985-A-953.-

<sup>5</sup> C.S.J.N., 24/2/09, in re: “HALABI, Ernesto c/. P.E.N. – ley 25.873”, en E.D. del día 25 de marzo de 2009, Suplemento de Derecho Constitucional, págs. 1 a 12, con nota de PALADO, Eugenio Luis: “Hoy como ayer, la Corte Suprema instaura nuevas vías procesales. Luces y sombras de “Halabi”, a 100 años de “Rey c. Rocha””.-

<sup>6</sup> C.S.J.N., 24/2/09, in re: “HALABI, Ernesto c/. P.E.N. – ley 25.873”, en E.D. del día 25 de marzo de 2009, Suplemento de Derecho Constitucional, págs. 1 a 12.-

<sup>7</sup> Comparto lo que dice Emilio IBARLUCÍA

en el sentido de que es más apropiado hablar de derechos, “dado que refuerza su protección” (conf. IBARLUCÍA, Emilio A.: “Hacia la precisión del concepto de derechos de incidencia colectiva (con motivo del caso ‘Mujeres por la vida’ de la C.S.J.N.)”, en La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 30 de abril de 2007, pág. 6.-

<sup>8</sup> CAFFERATA, Néstor: “Los derechos de incidencia colectiva”, en L.L. 2006-A-1196.-

<sup>9</sup> STIGLITZ, Gabriel: “La responsabilidad civil”, Ed. La Ley, Bs.As., pág. 24.-

<sup>10</sup> STIGLITZ, Gabriel (Director) y otros: “Defensa de los consumidores de

determinación". Es decir que en este caso no hay un único, exclusivo y excluyente titular del derecho, sino que—por el contrario— existe un grupo, colectividad o pluralidad de personas que tienen la intención y el interés de proteger el mismo porque comprometen valores fundamentales.

2.) En segundo término, la "ausencia de una relación-base que una a los miembros del grupo" (que es precisamente lo que los diferencia de los intereses colectivos, en los cuales hay un vínculo asociativo preexistente que agrupa a tales personas).

3.) Y, finalmente, la "indivisibilidad del objeto de interés, puesto que cualquier intervención en su protección beneficia a todos o perjudica a todos". Se trata de bienes comunes, es decir, insusceptibles de apropiación exclusiva.

La Constitución Nacional efectúa una enumeración de estos derechos en la segunda parte del artículo 43 (igualdad o no discriminación, medio ambiente, derecho de los usuarios y consumidores, y defensa de la competencia).

Se trata, empero, de una enumeración meramente enunciativa.<sup>11</sup> Es decir, no constituye un catálogo cerrado o taxativo. Así lo da a entender el propio artículo cuando, en forma inmediata, señala que también entra en esta categoría "cualquier otro derecho de incidencia colectiva en general".<sup>12</sup>

Por lo tanto, todo otro derecho que participe de los rasgos o caracteres indicados anteriormente queda abarcado dentro de esta noción, aunque no se encuentre—repetidamente— en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Así, deben considerarse comprendidos dentro del concepto de

derechos o intereses difusos:

1.) La protección y defensa del medio ambiente y el equilibrio ecológico con relación a hechos producidos o previsibles que impliquen su deterioro, toda vez que, como bien lo explica LORENZETTI, "el medio ambiente no interesa a un solo individuo, sino a un grupo de ellos. Se trata de un problema de acción colectiva y no individual".<sup>13</sup> En consecuencia, "al preservarlo para sí se lo preserva para todos en una interrelación recíproca y solidaria".<sup>14</sup>

2.) La tutela de los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios.

3.) La igualdad y consecuente no discriminación de las personas (que son "sólo dos aspectos de un mismo problema."<sup>15</sup>). Es que en estos casos el daño se infiere con motivo de alguna calidad, característica u opinión compartida entre la víctima y otros sujetos. De ahí, entonces, que todos estos estén interesados en obtener la erradicación de los esos actos dañinos.

4.) La defensa de la competencia.

5.) La protección del patrimonio cultural, histórico y artístico. El artículo 113 de la Constitución de la Provincia del Chubut, por ejemplo, expresamente señala en este sentido que "los bienes culturales, en cuanto hacen a la identidad cultural, constituyen un patrimonio social al que todo habitante tiene un acceso libre y responsable".

Para la UNESCO, "patrimonio cultural es el legado que recibimos del pasado, lo que vivimos en el presente y lo transmitimos a las generaciones venideras".

Dentro de esta categoría, pues, deben entenderse comprendidos: 1.) Los monumentos (obras arquitectónicas, de escultura, o pintura monumentales, elementos de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia. 2.) Los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración con el paisaje les de un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia y 3.) Los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico".<sup>16</sup>

Es que "los países junto al "patrimonio natural" de sus respectivas geografías, poseen otro "patrimonio", que testimonia su historia como pueblo. Esa geografía construida cohabita con cada integrante de la comunidad, está presente en cada rincón, pertenece a todos y a cada uno de los miembros de esa comunidad y conforma su "patrimonio cultural". El "patrimonio cultural" junto al "patrimonio natural" constituye, a nuestro modo de ver, el "entorno" que le da "sentido de pertenencia" a un pueblo o nación, lo reconoce en una historia, en una geografía, y lo proyecta—en su especificidad— al futuro. Así visto "patrimonio" es "todo" lo que contribuye a formar y consolidar la identidad de un lugar y con ello facilita la relación del hombre con su medio".<sup>17</sup>

6.) La salud pública, que es considerada por nuestro ordenamiento jurídico no sólo un derecho

subjetivo privado sino también un bien que reviste interés público.<sup>18</sup>

Constituye, por lo tanto, un verdadero derecho difuso que autoriza a cualquier persona a solicitar a las autoridades su protección.<sup>19</sup>

Es que, como todos sabemos, la problemática que plantean las enfermedades no se agota en la persona que las padecen sino que sus consecuencias se trasladan a toda la sociedad, pudiendo por ende poner en peligro a toda la comunidad.

7.) La moral pública. En este sentido se ha dicho que "toda comunidad se apoya en un núcleo de valores básicos que le da identidad, permiten el desarrollo de saludables diferencias sin riesgo de disolución, operan como supuestos comunes en la convivencia y se traducen en usos y costumbres en cuyo clima, para bien o para mal, viven y crecen los individuos que la integran. La sociedad es así necesariamente educadora de sus miembros, que reciben su influencia condicionante sin perjuicio de la libertad personal que en definitiva logren alcanzar y ejercer. De ahí que el Estado no pueda desatenderse ni se desatienda de la cuestión, y en virtud de ello oriente la educación, promueva determinadas actividades y prohíba o desaliente otras y custodie la moral pública, o sea como pautas de conducta objetivadas, al margen de la suerte que puedan correr en el ámbito de la vida privada de cada persona, sólo reservada a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha caracterizado el bien público como el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros el logro más fácil de su propia perfección. Y así entendida, la noción

productos y servicios", 2ª edición, Ed. La Rocca, Bs.As., 1994, pág. 106. Ver, también, GIL DOMINGUEZ, Andrés: "El caso 'Mendoza': hacia la construcción pretoriana de una teoría de los derechos colectivos", en L.L., Suplemento de Derecho Constitucional, 22 de agosto de 2006, pág. 31.-

<sup>11</sup> En igual sentido ver CARNOTA, Walter F.: "Derechos de incidencia colectiva en general", en L.L., Suplemento de Derecho Constitucional, 24 de febrero de 2003, pág. 37, quien afirma que el constituyente "formuló una enumeración meramente enunciativa, de supuestos objetivos (los más frecuentes) de procedencia".-

<sup>12</sup> El criterio decisivo para determinar su inclusión dentro de la categoría de derechos colectivos—como bien lo ha señalado la Sala Constitucional del

Tribunal Supremo de Venezuela—"es el bien común, entendido este concepto como el conjunto de condiciones que permiten el disfrute de los derechos humanos y el cumplimiento de los deberes que les son conexos, en donde la seguridad jurídica, la justicia, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la libertad, la igualdad en principio de no discriminación y la procura existencial mínima para poder vivir dignamente, esto es el conjunto de condiciones que contribuya a hacer agradable y valiosa la vida (calidad de vida), constituyen la manifestación misma de los derechos colectivos (Resolución del Tribunal Supremo de Venezuela, Sala Constitucional, sobre la acción de amparo de PDVSA ante el accionar del colectivo "Gente del Petróleo", 19 de diciembre de 2002).-

<sup>13</sup> LORENZETTI, Ricardo: "La protección

jurídica del medio ambiente", en L.L. 1997-E-1469.-

<sup>14</sup> MORELLO, Augusto Mario y STIGLITZ, Gabriel A.: "Daño moral colectivo", en L.L. 1984-C-1199.-

<sup>15</sup> KIPER, Claudio: "Derechos de las minorías ante la discriminación", op.cit., pág. 145.-

<sup>16</sup> Sobre este tema ver especialmente ZENDRI, Liliana: "El patrimonio cultural y la identidad cultural", en J.A. del 30 de mayo de 2001, Suplemento especial de Derecho Administrativo, pág. 33; BIDART CAMPOS, Germán J.: "Patrimonio histórico-cultural, acción de amparo, intereses difusos y legitimación procesal", en E.D. 159-361 y MARIENHOFF, Miguel S.: "Régimen jurídico legal de los monumentos, lugares históricos y de interés científico", en L.L. 1979-B-972.-

<sup>17</sup> ZENDRI, Liliana: "El patrimonio cultural

y la identidad cultural", op.cit., pág. 33 y 34.-

<sup>18</sup> El artículo 66, inc. 8º de la Constitución de la Provincia del Chubut, por ejemplo, define a la salud como "un bien social".

<sup>19</sup> Sobre este punto ver especialmente MERTEHIKIAN, Eduardo: "La "protección de la salud" como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al Estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido", en L.L. 1998-F-303. Ver, también, BIDART CAMPOS, Germán J.: "Lo explícito y lo implícito en la salud como derecho y como bien jurídico constitucional", en MACKINSON, Gladys (Directora) y FARINATI, Alicia (Coordinadora): "Salud, derecho y equidad. Principios constitucionales. Políticas de salud. Bioética. Alimentos y desarrollo", Ed. Ad-Hoc, Bs.As., 2001, pág. 27.—

del bien público no sólo hace referencia a las estructuras materiales de la vida estatal. Incluye, también, junto a otras condiciones sociales, políticas, jurídicas y culturales, criterios y pautas morales que hacen a nuestra identidad y ofrecen un marco valioso para el aprendizaje y desarrollo de la convivencia, integrando así el patrimonio espiritual de la comunidad... Más allá de las dificultades que pueda presentar su determinación *no se advierten, pues, razones para excluir la moral pública del ámbito de los bienes comunes, susceptible de un interés colectivo o difuso*".<sup>20</sup>

8.) La legalidad constitucional: A mi entender y siguiendo a la Corte Constitucional de Colombia, existe un derecho fundamental de todas las personas a la integridad y primacía de la Constitución.<sup>21</sup>

Por lo tanto, considero que la legalidad constitucional es un verdadero derecho de incidencia colectiva, que hace que cualquier ciudadano interesado tenga legitimación procesal para defender la Constitución cuando no existe un individuo determinado que, según el ordenamiento jurídico, la titularice personalmente.

Ello, en tanto y en cuanto "la supremacía constitucional como derecho personal significa que cualquier persona –y todas- tienen derecho a que esa supremacía se respete, se haga efectiva, y de sufrir mella, se restaure".<sup>22</sup>

"Partimos de la premisa que la Constitución Nacional es la norma fundamental del Estado, se encuentra en la cima del ordenamiento jurídico y además organiza y estructura al

Estado. Es decir, determina los parámetros básicos de la conducta de los poderes públicos. Esa conducta me interesa como ciudadano porque repercute en mi vida diaria. Una norma o acto que infrinja la Constitución me despoja del orden y la seguridad, pero además lesiona mis legítimas expectativas de bienestar general, a cuyo fin se encuentra orientado el tramado racional de normas del texto fundamental".<sup>23</sup>

En consecuencia, en caso de burlarse una cláusula constitucional y no exista un individuo determinado que pueda ejercer la acción respectiva (básicamente, porque no tiene relación directa e inmediata con el derecho involucrado), es obvio que toda persona debe quedar legitimada para promover judicialmente tal proceso a fin de que se realice el control de constitucionalidad del acto, la norma o la decisión que se impugnan como opuestas a la constitución suprema, ya que –repito- "vemos en la Constitución las reglas fundamentales de la organización del Estado que tienden racionalmente a la consecución eficiente y eficaz del bienestar general por el Estado. Por consiguiente, si se verifican actos contrarios a las reglas de la Constitución, todos los habitantes de la Nación estaríamos interesados en la anulación de dicho acto que nos compromete y afecta a todos por igual".<sup>24</sup>

De otra forma, se verificaría una situación jurídica de indefensión para la colectividad social entera, toda vez que se vería impedido el cuestionamiento judicial de la norma o acto en cuestión.

Dicho en otras palabras: los ciudadanos tienen derecho a la vigencia del principio de legalidad

constitucional y a procurar su defensa en sede judicial. Y no debe pensarse que quien lo hace es sólo portador de un interés simple. Frente a la inexistencia de una relación jurídica específica en la que hay unos afectados concretos, todos los ciudadanos lo son y, por ende, todos tienen legitimación para solicitar el restablecimiento de principio señalado.<sup>25</sup>

Ahora bien: la enumeración de los derechos de incidencia colectiva que hemos efectuado, como ya lo expresáramos, de ninguna manera puede considerarse taxativa, toda vez que –como bien lo explica SAGÜES- el catálogo de los derechos difusos no es cerrado ni rígido, sino cambiante, dado que "determinados rubros que otrora no eran visualizados como difusos pasan después al listado de ellos".<sup>26</sup>

En el caso de los derechos o intereses difusos (denominados actualmente por la Corte, como vimos, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos), lo más importante es que el universo de legitimados se amplía enormemente<sup>27</sup>, ya que, de conformidad con lo previsto en la segunda parte del artículo 43 de la Constitución Nacional, no sólo puede ejercer la acción correspondiente el damnificado directo (es decir, quien sufre el perjuicio "en carne y hueso"), sino también el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas conforme a la ley, y aún el "afectado", que es quien "no habiendo sido aún dañado, se encuentra en el ámbito posible o potencial de ser dañado".<sup>28</sup>

De esta manera, "esta disposición

produjo un cambio sustancial en la estructura constitucional argentina, en la medida que reconoció el derecho a accionar judicialmente a sujetos potencialmente distintos de los afectados en forma directa".<sup>29</sup>

Finalmente, cabe destacar que la categoría de "derechos de incidencia colectiva en general" también "hospeda en el espacio de su contenido constitucional protegido a los derechos individuales homogéneos".<sup>30</sup>

En estos supuestos un mismo hecho generador, fáctico o normativo, o varios hechos idénticos, generan daños a un sector de la sociedad o a una pluralidad de personas, que reclaman su reparación. Por lo tanto, esa idéntica situación colectiva (homogénea) y la circunstancia de compartir entre sí la identidad del sujeto pasivo permite que ellos sean tutelables grupalmente (legitimación grupal) a través de una "acción colectiva" o "acción de clase" por parte de los legitimados directos o indirectos determinados constitucionalmente (defensor del pueblo, afectados, asociaciones), como así también que el fallo que se dicte aproveche a todas las personas que se encuentran en idénticas circunstancias, aunque no hayan participado en el juicio, pues el carácter colectivo de la controversia obliga a dar también alcance colectivo para todos los que se encuentren en la misma condición que el reclamante.<sup>31</sup>

Es decir que, como puede observarse, si bien no hay un bien colectivo porque se afectan derechos individuales enteramente divisibles, hay un hecho único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por

<sup>20</sup> Cám. Nac. Civ., Sala I, 28/4/93, Bosch, Francisco c/. Inspección General de Justicia, en J.A. 1994-I-512.-

<sup>21</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, 1/10/1992, in re: "Mariño Ochoa, Luis E. y Palacios Sanchez, Alvaro", Sentencia n° C-543, en E.D. 151-191.-

<sup>22</sup> BIDART CAMPOS, Germán J.: "La acción de tutela (amparo) en el nuevo derecho colombiano", en E.D. 151-185.-

<sup>23</sup> DEBONO, Leonardo Francisco: "La legalidad constitucional como derecho de incidencia colectiva en la Provincia de Tucumán", en L.L.N.O., Año 11, número 7, agosto de 2007, pág. 694.-

<sup>24</sup> Ídem.-

<sup>25</sup> Ver GAMBIER, Beltrán: "Civismo y amparo. Derechos de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad", en L.L. 2000-B-274.-

<sup>26</sup> SAGUES, Néstor Pedro: "Acción de amparo, intereses difusos y acción popular", en J.A. 1994-I-523.-

<sup>27</sup> En la causa "Defensor del Pueblo de la Nación c/. Estado Nacional" (L.L. 2007-E-145), los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Dres. HIGHTON y

ARGIBAY indicaron, con relación a este tema, que el constituyente había previsto una "legitimación anómala, extraordinaria, diferente a la general, que... se caracteriza por la circunstancia de que resulta habilitado para intervenir en el proceso un sujeto que no es el titular de la relación jurídica sustancial controvertida en el pleito". La Dra. María JEANNERET DE PEREZ CORTES clarifica la idea al decir que "el artículo 43 extiende la protección judicial a aquellos supuestos en los que no existe sólo un conflicto meramente individual, sino que se hace patente la dimensión o repercusión social de la afectación, de su incidencia colectiva, y la dimensión social, colectiva, de un interés general comprometido" (conf. "La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones", en L.L. 2003-B-1333).-

<sup>28</sup> QUIROGA LAVIE, Humberto: "El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus en la reforma de la Constitución Nacional", en A.A.V.V., "La reforma de la Constitución explicada por miembros de la comisión de redacción", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fé,

1994, pág. 154. Respecto de la noción de "afectado" que brinda el art. 43 de la Constitución Nacional –y sin perjuicio de las diversas teorías que se han diseñado sobre ese punto- ver BIDART CAMPOS, Germán: "La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución", en E.D. 166-860; GOZAINI, Osvaldo Alfredo: "La legitimación para actuar en el juicio de amparo", en L.L. 1994-C-967; TORICELLI, Maximiliano: "La legitimación activa en el art. 43 de la Constitución Nacional", en A.A.V.V.: "El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades (Art. 43 de la Constitución Nacional)", Ed. Depalma, Bs.As., 1999, pág. 33 y SAGUES, Néstor P.: "Los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo", en A.A.V.V.: "El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades (Art. 43 de la Constitución Nacional)", op.cit., pág. 19. También puede verse sobre este punto la posición restringida –que no comparto- de BARRA, Rodolfo C. en "La acción de amparo en la Constitución Reformada: la legitimación

para accionar", en L.L. 1994-E-1087 y "Los derechos de incidencia colectiva en una primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia", en E.D. 169-433.-

<sup>29</sup> RIVERA, Julio C.: "La noción de derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores", en J.A. del día 25 de junio de 2008, 2008-II, Pág. 11.-

<sup>30</sup> GIL DOMINGUEZ, Andrés: "Los derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos", en L.L. del día 3 de septiembre de 2008, Pág. 1. Ver también, del mismo autor, "Neoconstitucionalismo y derechos colectivos", Ed. Ediar, Bs.As., 2005.-

<sup>31</sup> UCIN, María Carlota: "Los derechos individuales homogéneos: una categoría autónoma y residual", en elDial.com, 24 de octubre de 2005 y GIANNINI, Leandro: "Los procesos colectivos y la tutela de derechos individuales homogéneos. Los problemas que suscita la noción derechos de incidencia colectiva", en L.L. 2008-A-97.-



lo tanto es identificable la causa fáctica homogénea. Y ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos es común a todos esos intereses. Hay homogeneidad fáctica y normativa que lleva al legislador a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte.<sup>32</sup>

Cuando estamos en presencia de un derecho individual homogéneo, pues, es procedente la “acción colectiva” o “acción de clase” y, por lo tanto, cualquiera de las personas indicadas anteriormente puede accionar en pos de su tutela.

Dicho en otras palabras: los derechos individuales homogéneos son esencialmente derechos individuales cuya violación puede dar origen a reclamos individuales por cada persona. Sin embargo, la nota característica de estos derechos—que los distingue de los derechos individuales propiamente dichos—es su homogeneidad, que deriva del hecho que el daño o la restricción a estos derechos tiene un origen común. Y es ese origen común lo que justifica—por razones prácticas—el tratamiento conjunto de las pretensiones de todas las personas afectadas, a pesar de la naturaleza esencialmente individual y divisible de cada reclamo, como así también que la sentencia tenga efectos “erga omnes” y sus efectos se hagan extensivos a aquellas personas que estén en similares circunstancias que quien inició el juicio.<sup>33</sup>

Cabe destacar, al respecto, que recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación le dio carta de ciudadanía a los derechos de incidencia colectiva referente a derechos individuales homogéneos y a las acciones de clase que benefician las causas grupales en el caso “HALABI”<sup>34</sup>, instaurando así un nuevo camino procesal por vía pretoriana, tal como lo hizo, hace mucho tiempo, con el amparo por actos de particulares y por actos de autoridad estatal.

<sup>32</sup> C.S.J.N., in re: “Ministerio de Salud y/o Gobernación”, Fallos 329:4741, voto del Dr. LORENZETTI. Ver, también, L.L. 2006-F-422 y la nota a fallo de PIZZOLO, Calogero, en L.L. 2006-F-509.-

<sup>33</sup> RIVERA, Julio C.: “La noción de derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores”, en J.A. del día 25 de junio de 2008, 2008-II, Pág. 11.-

<sup>34</sup> C.S.J.N., in re: “Halabi, Ernesto”, 24 de febrero de 2009.-

## ALGUNAS APRECIACIONES SOBRE EL PENSAMIENTO

DE LA DRA. KEMELMAJER DE CARLUCCI.

# JUSTICIA RESTAURATIVA

POR DANIELA ALMIRÓN

Abogada. Mediadora. Coordinadora del Servicio Público de Mediación de Puerto Madryn - Provincia de Chubut.

En breve tiempo y de manera reciente tuve dos oportunidades de escuchar a la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza. Una, en ocasión de participar del último módulo correspondiente al “Programa de Actualización de Derecho de Familia”, organizado por la Escuela de Capacitación Judicial del Poder Judicial de la Provincia. Y más reciente en su “Conferencia Inaugural de las “II Jornadas Australes de Derecho Civil”, realizadas en la ciudad de Trelew, los días 6, 7 y 8 de mayo del corriente año.

Escucharla, involucrarse con su discurso, observarla, es maravillarse. Su solvencia doctrinaria, claridad de exposición, espontaneidad y su autoridad intelectual, generan en uno el deseo simplemente de que regrese y exponga nuevamente todas las veces que sean posibles.

Luego, acercarse a ella es descubrir una mujer sencilla, cordial, atenta a todos los abordajes que se requieran, dispuesta a escuchar y responder.

En la edición del diario Jornada del día sábado 09 de mayo (www.diariojornada.com.ar) se ha publicado una entrevista que se le realizara a la Dra. Kemelmajer de Carlucci en oportunidad de encontrarse en la ciudad de Trelew por las jornadas referidas.

Se le consultó acerca de su opinión en relación a la “imputabilidad de los menores” (punibilidad y no punibilidad de los menores). Ella comenzó su respuesta y la totalidad de la entrevista versa y gira sobre “Justicia Restaurativa”.

Con magistral acierto la Dra. Kemelmajer nos brinda ejemplos de concreción de esta “restauración”.

Mi pretensión en el presente y en esta oportunidad, no es profundizar

in extenso acerca de la filosofía y el concepto de “Justicia Restaurativa”. Simplemente, me limitaré a esbozar una idea de la misma, y a transmitir de manera breve y vital, su desenvolvimiento en la actualidad en procesos de Mediación Penal en nuestra Provincia con respecto a adolescentes. Y a esto me circunscribo.

El diccionario de la lengua española 2005 Espasa-Calpe, nos dice de **restaurar**: Volver a poner una cosa en el estado o circunstancia en que se encontraba antes, **restituir**: Restablecer o poner una cosa en el estado que tenía antes. Advertimos la coincidencia.

Para el procedimiento retributivo los actores son el infractor perseguido y el estado sancionador. Alguna acotada participación se le atribuye a la víctima según el momento procesal.<sup>1</sup>

La Justicia Restitutiva constituye una filosofía, una actitud, un modo de pensar y un nuevo paradigma en cuanto a la forma de enfrentar al delito desde la perspectiva de la víctima, del infractor y de la comunidad. La corriente que predica la Justicia Restitutiva percibe el acto delictuoso como violación de las relaciones humanas más que como violación de las leyes, entendiendo que los crímenes se cometen contra las personas y comunidades más que contra los estados, reconociéndose que el delito como una transgresión contra las personas y contra las relaciones es pernicioso y no debe ocurrir, pero admitiendo que después de acontecido, existen tanto riesgos como oportunidades.<sup>2</sup>

Este “Volver a poner una cosa en el estado o circunstancia en que se encontraba antes”, nos refiere al restablecimiento de las relaciones humanas, que tiene por fin la “Justicia Restaurativa – Restitutiva”, en vista

sin duda a la paz social.

Transitar un proceso de mediación, por parte de víctimas y victimarios en el caso adolescentes, permitirá vislumbrar un aprendizaje, una oportunidad y también inculcar en el ofensor nuevas maneras, precisamente pacíficas de operar en la comunidad.

Por ello, luego de leer el contenido de la entrevista que se le realizara a la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, detallado anteriormente, me alienta, me enorgullece, pertenecer a un Poder Judicial, que como política judicial se encuentra alineado en este sentido, en ese camino, el que justamente entiende atinado tan prestigiosa jurista nacional, en el tema que se le consultara.

Así, en el Servicio Público de Mediación dependiente de la Dirección Provincial de Mediación del Poder Judicial se desarrolla el proceso de mediación, para todas aquellas cuestiones que resulten disponibles para las partes, conforme nuestra Legislación vigente, Ley 4.939 y su normativa reglamentaria.

En casos específicos de cuestiones vinculadas a hechos de características delictivas, se desarrollan mediaciones penales, con miras a la concreción de Justicia Restaurativa, en casos derivados por el Ministerio Público Fiscal, o aquellos traídos a este servicio de manera espontánea por los particulares.

El desarrollo de esta mediación, en particular en la Coordinación del Servicio Público de Mediación de la Circunscripción Judicial Puerto Madryn, se lleva adelante desde el año 2007.

Esto implica y se devela en un trabajo y una confianza conjunta y articulada intrapoder, es decir Servicio Público de Mediación, Fiscales, Funcionarios y empleados de Fiscalía, Ministerio de la Defensa

<sup>1</sup> Ulf Christian Eiras Nordenstahl – Mediación Penal de la práctica a la Teoría

– Librería – Editorial HISTORICA – 2005.

<sup>2</sup> Adolfo Prunotto Laborde – Mediación

Penal – Editorial Juris - 2006

Pública Civil y Penal y Jueces de Garantías.

Dentro de los marcos de soporte legal tanto del Proceso de Mediación como del Proceso Penal, ha permitido que en estos años, adolescentes/ofensores, se encuentren con víctimas/denunciados y se trabaje y se arribe, construido por los propios participantes con la colaboración del mediador, a una reparación integradora, humana, emotiva, y en algunos casos también de naturaleza patrimonial.

Este trabajo según cada caso se desenvuelve en encuentros conjuntos y/o privados, siempre de participantes con los mediadores.

Es decir, todos son escuchados y se escuchan, porque así lo han decidido y aceptado voluntariamente.

Las satisfacciones son muchas, las de cada participante, que en un espacio judicial, voluntario, de acceso público y gratuito, confidencial, comunicacional, colaborativo, encuentra paz, calma y solución, luego de padecer las consecuencias de un hecho "delictivo", en el caso del ofendido. Y el adolescente y sus padres, cuentan con la oportunidad de reparar, personalmente. Esto de hacerse cargo, responsabilizarse, concurrir, participar, involucrase en Reuniones de Mediación, donde el adolescente se expresa, es escuchado, atendido en su discurso, y podrá escuchar y atender al otro en su padecer como víctima/ofendido. Luego, la satisfacción también es nuestra, de los mediadores, como operadores judiciales.

El Presidente del Superior Tribunal de Justicia del Poder Judicial de nuestra Provincia, Dr. Alejandro Javier Panizzi, días pasados, por medios periodísticos gráficos y radiales, se ha expresado en relación al uso y aplicación de métodos alternativos de solución de conflictos/disputas y en particular de la mediación, desde el Poder Judicial. Ello resaltándolo como servicio, alternativa válida y precisa para la comunidad, de acceso a la justicia.

Haciéndome eco de estas manifestaciones, en la certeza de haber transitado hasta aquí un camino, que nos permite saber que estamos en la buena senda, la del proceso de mediación como acceso a la justicia por los particulares y la Justicia Restaurativa es posible, concreta, realizable, aguardo continuemos avanzando, queda aún mucho por hacer.

## ADLER ET AL. v. BOARD OF EDUCATION OF THE CITY OF NEW YORK.

POR FERNANDO SHINA

Abogado (U.B.A) Consultor en temas de Derecho Civil y Comercial. Publicó, en colaboración con otros autores, "La Responsabilidad Objetiva: El artículo 1113 del Código Civil", Ediciones de Cuyo. Fue profesor universitario de Derecho Civil, Parte General, Elementos de las Obligaciones y Responsabilidad Civil, en la cátedra del Dr. Carlos Ghersi (UBA). Ejerció la docencia en los Estados Unidos para el Providence School Department (2002/2004).

1952.<sup>1</sup>

- **Director de Escuela: Profesor Adler, ¿es o ha sido usted miembro de alguna organización comunista?**

- **Profesor Adler: Me niego a contestar a esa pregunta.**

- **Director de Escuela: Esa respuesta constituye un acto de insubordinación.**

La Gran Depresión y el final de la Segunda Gran Guerra habían dejado un sucesor: la Guerra Fría. Durante los gobiernos de **Harry S. Truman** (1945-1953) y **Dwight D. Eisenhower** (1953 - 1961) se inicia la más importante y triste cruzada anti-comunista que Estados Unidos haya conocido en su historia. En el año 1947, aterrado por la idea de que los espías estaban por todos lados, pero fundamentalmente cerca de su oficina, Truman ordena una gigantesca investigación entre los empleados estatales para determinar su grado de lealtad a la patria. Como era previsible, la mayoría de los *encuestados* no pudo mostrar la honradez requerida y tuvo que ir a buscarla a la calle y agregarla en algún formulario de empleo. En el medio de estas diatribas aparece la figura de un senador que fue emblema de esta primera parte de la Guerra Fría: **Joseph McCarthy**. Tanto brillo tuvieron sus opacos logros que la historia bautizó a este breve período como *Macartismo*. Padecieron sus persecuciones trastornadas, dirigentes políticos, intelectuales, artistas, académicos, sindicalistas, homosexuales. Ninguna profesión estuvo a salvo de las *listas negras* que McCarthy iba haciendo lentamente. Infinidad de artistas, a los que se creía vinculados a organizaciones izquierdistas, no pudieron trabajar por muchos años en su país. Unos cuantos escritores y directores de cine sufrieron penas de prisión. Se los condenaba por la simple negativa a dar los nombres de otros colegas supuestamente

emparentados al Partido Comunista. Hacia 1954, el inefable Joe ya estaba ebrio de poder; no obstante o quizás por esa misma razón, inició una campaña pública contra los militares de su país, acusándolos de sostener ideologías comunistas. Los libros de historia dicen que durante una memorable reunión en el Congreso un parlamentario lo interrumpió y le hizo una pregunta algo retórica: *Senador, ¿acaso usted no tiene ningún sentido de la decencia?* La sala entera comenzó a aplaudir sin parar. Probablemente, durante el lento transcurso de estos aplausos McCarthy haya visto un anticipo de su porvenir. Algunos estudiosos dicen que ese incidente fue la gota que rebalsó el vaso de su carrera política. Otros, afirman que su carrera política rebalsó porque en su vaso nunca dejaba ni una gota. Lo cierto es que sin el apoyo de Eisenhower, y aislado políticamente, el más famoso cazador de brujas de la historia reciente de los Estados Unidos muere en el año 1957, siendo todavía Senador. En su ocaso, el delirio del alcohol ocupó el lugar de sus ideas delirantes. Cuando murió tenía 48 años.

El caso **Irvin Adler v Board of Education** tuvo lugar en este contexto político. Y en tales circunstancias es difícil imaginar una Corte Suprema libre de las miradas vigilantes de Truman, Eisenhower, McCarthy, y un ejército de ojos obedientes que sólo miran para encandilar al amo transitorio. A lo largo de la historia, el Poder Ejecutivo, sobre todo en sistemas republicanos de tradición presidencialista, siempre quiso

cortear a la inquietante y solitaria Justicia. El poder tiene muchas mañas, pocos escrúpulos y perores modales. Pero no hay que confundir ojos vendados con ceguera, ni pudor con debilidad, que es casi su opuesto. Normalmente, el enojo de los poderosos procede de su poder extenuado. Y los encantos de la Justicia, de la dignidad tranquila de sus veredictos.

Por entonces, **Irvin Adler** era un destacado maestro de matemáticas. Se desempeñaba como docente en algunos colegios secundarios de la ciudad de Nueva York. Además, desarrollaba una intensa actividad gremial que lo llevó a sumarse a las filas de la poderosa **New York Teachers Union**. En ese sindicato llegó a ser jefe de la comisión de asuntos salariales y legislativos. En 1947, la administración del Presidente Truman decretó una "ley de lealtad", conocida como *Feinberg Law*, que obligaba a los empleados públicos a manifestar si tenían, o habían tenido, alguna actuación en organizaciones comunistas. En cumplimiento de esa ley, el Superintendente de Escuelas de Nueva York mandó a llamar a todos los maestros de su distrito y los interrogó en ese sentido. Los que se negaban a contestar eran despedidos. Irvin Adler, se negó. Pero llevó su causa a la justicia. En el año 1952 la Corte Suprema de Justicia falló en su contra. Pasaron más de 10 años, pero finalmente la Corte Suprema cambió su criterio en el marco de otro caso. Entonces, los maestros despedidos durante la vigencia de la *Ley Feinberg* solicitaron ser

reintegrados a sus antiguas posiciones. Ese pedido fue concedido y Adler recupera su puesto de trabajo. En el año 1977, este luchador incansable, protagonista de una época de histerias acentuadas y derechos atenuados, se jubila como docente del sistema escolar de la ciudad de Nueva York.

#### SUMARIO DE LOS HECHOS.

Diversas leyes nacionales prescriben que no podrán acceder a puestos públicos aquellas personas que tengan vinculaciones con organizaciones que postulan derrocar al gobierno por medios ilegales. La ley de Educación, modificada por la llamada *Ley Feinberg*, les requiere a las Juntas Escolares que tomen las medidas necesarias para excluir de sus posiciones al personal que se aparte de la normativa antes citada. La providencia indica que la sola pertenencia a una organización como las descritas es causa de despido e inhibición para acceder a un empleo como docente de la escuela pública.<sup>2</sup>

Las normas citadas no son violatorias de la libertad de expresión, o de otros derechos políticos de los docentes del sistema público de enseñanza, ni de quienes se postulen para cubrir posiciones en ese sector. Tampoco viola la garantía constitucional del debido proceso la circunstancia de que, prima facie, los miembros de *organizaciones subversivas* no puedan acceder a posiciones en el sistema público de escuelas. Por otra parte, el uso de la palabra “*subversiva*”, que aparece en la *Ley Feinberg*, no puede ser impugnado a causa de su vaguedad, porque esa misma ley define –unos

párrafos más adelante – con total precisión lo que significa una organización subversiva. Se trata, dice la norma, de formaciones que proclaman derrocar al gobierno por la fuerza o por la violencia.<sup>3</sup>

En el la exposición de motivos, los autores de la *Ley Feinberg* explican que tras exhaustivas investigaciones se descubrió que miembros de agrupaciones subversivas, especialmente del Partido Comunista, y otras relacionadas con ese partido, están infiltrando elementos en el Estado. Con ese objetivo, intentan incorporar a su gente en el Estado, a través de posiciones que se ofrecen para cubrir cargos en el sector público. Este *modus operandi* se repite con los puestos para cargos docentes del sistema escolar de enseñanza oficial. De esta forma, la propaganda ideológica de esos sectores, que proclaman el derrocamiento de gobierno por medios violentos o ilegales, sería fácilmente diseminada entre los niños y los jóvenes que asisten a la escuela pública. Los legisladores afirman que esa propaganda es sutil y que puede infiltrarse en las aulas escapando a los controles de las autoridades escolares. Por esa misma razón, agregan, se hace necesario prohibir el acceso a puestos docentes a las personas que sean miembros del Partido Comunista u otras asociaciones que tengan la misma ideología. La *Ley Feinberg* promueve que toda persona que sostenga que un gobierno puede derrocar por la fuerza o medios violentos debe ser desplazada de su cargo docente, o inhibida de acceder a un cargo dentro de la escuela pública.<sup>4</sup>

Texto del fallo original: The pre-

amble of the Feinberg Law, 1, makes elaborate findings that members of subversive groups, particularly of the Communist Party and its affiliated organizations, have been infiltrating into public employment in the public schools of the State; that this has occurred and continues notwithstanding the existence of protective statutes designed to prevent the appointment to or retention in employment in public office, and particularly in the public schools, of members of any organizations which teach or advocate that the government of the United States or of any state or political subdivision thereof shall be overthrown by force or violence or by any other unlawful means. As a result, propaganda can be disseminated among the children by those who teach them and to whom they look for guidance, authority, and leadership. The Legislature further found that the members of such groups use their positions to advocate and teach their doctrines, and are frequently bound by [342 U.S. 485, 490] oath, agreement, pledge, or understanding to follow, advocate and teach a prescribed party line or group dogma or doctrine without regard to truth or free inquiry. This propaganda, the Legislature declared, is sufficiently subtle to escape detection in the classroom; thus, the menace of such infiltration into the classroom is difficult to measure. Finally, to protect the children from such influence, it was thought essential that the laws prohibiting members of such groups, such as the Communist Party or its affiliated organizations, from obtaining or retaining employment in the public schools be rigorously enforced. It is the purpose of the Feinberg Law to provide for the disqualification and

removal of superintendents of schools, teachers, and employees in the public schools in any city or school district of the State who advocate the overthrow of the Government by unlawful means or who are members of organizations which have a like purpose.

No está en discusión que toda persona tiene derecho a expresarse libremente, o reunirse en asambleas, o pensar y creer en lo que quiera. Pero también es claro que no existe el derecho constitucional a trabajar para el Estado. Las personas que aspiren a trabajar en el sistema escolar oficial, deberán hacerlo bajo determinados términos y condiciones que fija el propio Estado. No hay ninguna violación a derechos individuales, porque únicamente se limitan algunos derechos a quienes aspiran a un trabajo específico. El Estado no prohíbe hacer o no hacer una determinada conducta, o decir o no decir un determinado discurso, o pensar o no pensar de una forma determinada. El Estado solamente impone algunos requisitos para ocupar cargos. Uno de esas exigencias es que los candidatos a posiciones laborales no sean partidarios de derrocar a un gobierno por la fuerza, la violencia u otros medios ilegales. Por otra parte, antes de tomar la decisión de no contratar o de despedir a un docente, se realiza un proceso administrativo con todas las garantías constitucionales de defensa y debido proceso. Se toma una audiencia donde el docente tiene derecho de expresar sus mejores argumentos defensivos, y ofrecer las pruebas de su descargo. Además, lo resuelto en esa audiencia puede ser revisado en los tribunales judiciales.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Texto del fallo original: The Civil Service Law of New York, 12-a, makes ineligible for employment in any public school any member of any organization advocating the overthrow of the Government by force, violence or any unlawful means. Section 3022 of the Education Law, added by the Feinberg Law, requires the Board of Regents (1) to adopt and enforce rules for the removal of any employee who violates, or is ineligible under, 12-a, (2) to promulgate a list of organizations described in 12-a, and (3) to provide in its rules that membership in any organization so listed is prima facie evidence of disqualification for employment in the public schools. No organization may be so listed, and no person severed from or denied employment, except after a hearing and subject to judicial review. Held: This Court finds no constitutional infirmity in 12-a of the Civil Service Law of New York or in 3022 of the Education Law. Pp. 486-496

<sup>3</sup> Texto del fallo original: 1. Section 3022 and the rules promulgated there under do not constitute an abridgment of the

freedom of speech and assembly of persons employed or seeking employment in the public schools of New York. Garner v. Los Angeles Board, 341 U.S. 716 . Pp. 491-493.

2. The provision of 3022 directing the Board of Regents to provide in rules there under that membership in any organization so listed by the Board shall constitute prima facie evidence of disqualification for employment in the public schools does not deny members of such organizations due process of law. Pp. 494-496.

3. The use of the word “subversive” in 1 of the Feinberg Law, which is a preamble and not a definitive part of the Act, does not render the statute void for vagueness under the Due Process Clause, in view of the fact that in subdivision 2 of 3022 it is given a very definite meaning - i. e., an organization that advocates the overthrow of government by force or violence. P. 496.

<sup>4</sup> Texto del fallo original: The preamble of the Feinberg Law, 1, makes elaborate findings that members of subversive groups, particularly of the Communist

Party and its affiliated organizations, have been infiltrating into public employment in the public schools of the State; that this has occurred and continues notwithstanding the existence of protective statutes designed to prevent the appointment to or retention in employment in public office, and particularly in the public schools, of members of any organizations which teach or advocate that the government of the United States or of any state or political subdivision thereof shall be overthrown by force or violence or by any other unlawful means. As a result, propaganda can be disseminated among the children by those who teach them and to whom they look for guidance, authority, and leadership. The Legislature further found that the members of such groups use their positions to advocate and teach their doctrines, and are frequently bound by [342 U.S. 485, 490] oath, agreement, pledge, or understanding to follow, advocate and teach a prescribed party line or group dogma or doctrine without regard to truth or free inquiry. This

propaganda, the Legislature declared, is sufficiently subtle to escape detection in the classroom; thus, the menace of such infiltration into the classroom is difficult to measure. Finally, to protect the children from such influence, it was thought essential that the laws prohibiting members of such groups, such as the Communist Party or its affiliated organizations, from obtaining or retaining employment in the public schools be rigorously enforced. It is the purpose of the Feinberg Law to provide for the disqualification and removal of superintendents of schools, teachers, and employees in the public schools in any city or school district of the State who advocate the overthrow of the Government by unlawful means or who are members of organizations which have a like purpose.

<sup>5</sup> Texto del fallo original: It is clear that such persons have the right under our law to assemble, speak, think and believe as they will. Communications Assn. v. Douds, 339 U.S. 382 . It is equally clear that they have

El Estado tiene derecho a interrogar a quienes van a formar parte de su staff. Esas averiguaciones sirven para saber qué candidato se adapta mejor a la posición ofrecida. Es importante saber qué conducta tuvo en el pasado, y cuáles fueron sus lealtades. Porque estar al tanto de estas cuestiones ayudan a determinar si se trata del candidato adecuado para cubrir el puesto, o si es quien mejores chances tiene de acomodarse bien en el trabajo. También sirven para establecer si merecerá la confianza de sus jefes. Cuando el empleador es una persona o empresa o industria del sector privado, todas estas cuestiones son tratadas en las entrevistas, y nadie cuestiona sus validez. No es una afrenta a la Constitución que el Estado también lo haga. Los docentes tienen a cargo una tarea muy sensible que se desarrolla en las aulas donde asisten los niños y los jóvenes de nuestro país. Tienen la función de formar conciencias y prepararlas para su futuro desarrollo en la sociedad. Las escuelas tienen la obligación de controlar al personal que contratan, procurando que sea el más apropiado para la importante misión que tiene que cumplir. Para eso es relevante saber qué conducta tuvo el individuo en el pasado, o en qué asociaciones políticas o sociales participó. Al momento de tomar personal las autoridades no deben tener

limitaciones para averiguar esos aspectos de la vida de un individuo. Este obrar no es lesivo de ningún derecho constitucional. No es otra cosa que la aplicación del viejo refrán popular que dice, "dime con quién andas y te diré quien eres."<sup>6</sup>

Una persona que ha participado en alguna de las organizaciones políticas sindicadas, no puede ser docente del sistema de enseñanza oficial. Pero esto no significa que esa persona no tenga el derecho de expresarse como mejor le parezca o de reunirse con quien quiera. Solamente significa que no es apta para obtener la posición a la que aspira. Lo que se limita es la capacidad de las personas de pertenecer, simultáneamente, al Estado y a determinadas organizaciones políticas. Si se es miembro de esas organizaciones, no se puede ser miembro del Estado. Pero no se restringe ni su expresión ni sus derechos políticos. En todo caso, es inherente a cada una de las elecciones que hace el sujeto en su vida. Siempre se renuncia a algo cuando se toma una decisión. Este es un problema de la naturaleza humana, no del derecho constitucional.<sup>7</sup>

El Estado presume que la sola pertenencia a una organización que proclama el derrocamiento de los gobiernos por medios no democráticos es causal para no contratar a un aspirante, o para desplazarlo de

su posición. Pero esta presunción, que sigue una regla general de prudencia, admite la prueba en contrario. Es decir, la persona indicada tiene amplias facultades para demostrar que esta pertenencia no afecta su idoneidad para el trabajo requerido. Si alcanza esa prueba, la presunción desaparece. De manera tal que la queja referida a la violación de la garantía del debido proceso, también debe desestimarse.<sup>8</sup>

También se afirma que la *Ley Feinberg* utiliza la palabra "subversiva" en forma vaga y confusa. Sin embargo, en la parte especial de esa ley se delimita con toda precisión ese término: se trata de toda organización que predica y apoya el derrocamiento de los gobiernos por medio de la fuerza o la violencia. Por tanto, también debe desestimarse ese agravio, y confirmarse la decisión tomada por no ser violatoria de ninguna norma constitucional.<sup>9</sup>

#### OPINIÓN DE LA MINORÍA.

El fallo que comentamos fue dividido. Las opiniones de la minoría son, a la luz de la historia, más importantes que dadas por la mayoría. Anticiparon el final de una década oscura para la democracia. Pronosticaron la llegada de los años 60, quizás la época más dorada en términos de libertades individuales.

La *Ley Feinberg* es otra de las

tantas promulgadas por el Congreso, cuya única finalidad es convertir en peligroso decir o hacer cualquier cosa que sea diferente al pensar que hoy tiene esta mayoría transitoria. En este caso, la ley se refiere a la actividad escolar. La idea básica de la norma es la creencia de que el gobierno debe supervisar y limitar el flujo de ideas que ingresan a la conciencia de las personas. El efecto que el gobierno quiere lograr, sancionando leyes de este tipo, es moldear a la gente dentro de un patrón intelectual único. Pero, de acuerdo a nuestra Constitución, y sobre todo de acuerdo a la Primera y Decimocuarta Enmienda Constitucional, los gobiernos deben dejar en absoluta libertad el espíritu y la conciencia de los justiciables. Esos son los pilares de la libertad. Se contraviene la Constitución si se permite al gobierno controlar lo que la gente piensa o dice, o su participación en actividades políticas o sociales. Un gobierno con tales atribuciones, deja de ser un servidor de la sociedad y se convierte en un patrón de las personas que viven en esa sociedad. Por eso disiento con la opinión de la mayoría.<sup>10</sup> La opinión de la minoría dice, sin ningún camuflaje, que la *Ley Feinberg* se dictó para castigar a los docentes que tengan un pensamiento disidente, o que adhieran a organizaciones políticas opositoras.

no right to work for the State in the school system on their own terms. *United Public Workers v. Mitchell*, 330 U.S. 75. They may work for the school system upon the reasonable terms laid down by the proper authorities of New York. If they do not choose to work on such terms, they are at liberty to retain their beliefs and associations and go elsewhere. Has the State thus deprived them of any right to free speech or assembly? We think not. Such persons are or may be denied, under the statutes in question, the privilege of working for the school system of the State of New York because, first, of their advocacy of the overthrow of the government by force or violence, or, secondly, by unexplained membership in an organization found by the school authorities, after notice and hearing, to teach and advocate the overthrow of the government by force or violence, and known by such persons to have such purpose.

<sup>6</sup> Texto del fallo original: We think that a municipal employer is not disabled because it is an agency of the State from inquiring of its employees as to matters that may prove relevant to their fitness and suitability for the public service. Past conduct may well relate to present fitness; past loyalty may have a reasonable relationship [342 U.S. 485, 493] to present and future trust. Both are commonly inquired into in determining fitness for

both high and low positions in private industry and are not less relevant in public employment." 341 U.S., at p. 720.

We adhere to that case. A teacher works in a sensitive area in a schoolroom. There he shapes the attitude of young minds towards the society in which they live. In this, the state has a vital concern. It must preserve the integrity of the schools. That the school authorities have the right and the duty to screen the officials, teachers, and employees as to their fitness to maintain the integrity of the schools as a part of ordered society, cannot be doubted. One's associates, past and present, as well as one's conduct, may properly be considered in determining fitness and loyalty. From time immemorial, one's reputation has been determined in part by the company he keeps. In the employment of officials and teachers of the school system, the state may very properly inquire into the company they keep, and we know of no rule, constitutional or otherwise, that prevents the state, when determining the fitness and loyalty of such persons, from considering the organizations and persons with whom they associate.

<sup>7</sup> Texto del fallo original: If, under the procedure set up in the New York law, a person is found to be unfit and is disqualified from employment in the public school system because of membership in a listed organization, he is not thereby denied the right of free speech and

assembly. His freedom of choice between membership in the organization and employment in the school system might be limited, but not his freedom of speech or assembly, except in the remote sense that limitation is inherent in every choice. Certainly such limitation is not one the state may not make in the exercise of its police power to protect the schools from pollution and thereby to defend its own existence. [342 U.S. 485, 494]

<sup>8</sup> Texto del fallo original: The statute also makes it clear that . . . proof of such membership 'shall constitute prima facie evidence of disqualification' for such employment. But, as was said in *Potts v. Pardee* (220 N. Y. 431, 433): 'The presumption growing out of a prima facie case . . . remains only so long as there is no substantial evidence to the contrary. When that is offered the presumption disappears. . .

<sup>9</sup> Texto del fallo original: It is also suggested that the use of the word "subversive" is vague and indefinite. But the word is first used in 1 of the *Feinberg Law*, which is the preamble to the Act, and not in a definitive part thereof. When used in subdivision 2 of 3022, the word has a very definite meaning, namely, an organization that teaches and advocates the overthrow of government by force or violence. We find no constitutional infirmity in 12-a of the *Civil Service Law* of New York or in the *Feinberg Law* which

implemented it, and the judgment is Affirmed.

<sup>10</sup> Texto del fallo original: This is another of those rapidly multiplying legislative enactments which make it dangerous - this time for school [342 U.S. 485, 497] teachers - to think or say anything except what a transient majority happen to approve at the moment. Basically these laws rest on the belief that government should supervise and limit the flow of ideas into the minds of men. The tendency of such governmental policy is to mould people into a common intellectual pattern. Quite a different governmental policy rests on the belief that government should leave the mind and spirit of man absolutely free. Such a governmental policy encourages varied intellectual outlooks in the belief that the best views will prevail. This policy of freedom is in my judgment embodied in the First Amendment and made applicable to the states by the Fourteenth. Because of this policy public officials cannot be constitutionally vested with powers to select the ideas people can think about, censor the public views they can express, or choose the persons or groups people can associate with. Public officials with such powers are not public servants; they are public masters. I dissent from the Court's judgment sustaining this law which effectively penalizes school teachers for their thoughts and their associates.

## DISENSO DEL JUEZ FRANKFURTER

La *Ley Feinberg* fue promulgada en el año 1949. En su exposición de motivos explica que su finalidad es evitar la infiltración en el Estado de elementos pertenecientes a organizaciones subversivas. Particularmente, se refiere a miembros del Partido Comunista que, a través de obtener posiciones laborales en el sector de la enseñanza oficial, procurarían inculcar su ideología *diabólica* a los estudiantes. Además, la *Ley Feinberg* manda a las escuelas a tomar medidas muy estrictas para evitar esta *maligna* infiltración filosófica. Entre esas medidas se intima a confeccionar listas de las organizaciones subversivas existentes. Luego, se prescribe que cualquier persona que forme parte de esas organizaciones será, *prima facie*, descalificado para acceder, o conservar una posición docente. También se obliga a las escuelas a informar a la legislatura qué medidas fueron tomadas para llevar adelante los mandatos de la *Ley Feinberg*.<sup>11</sup>

A partir de esta ley, se han creado verdaderas maquinarias para elaborar informes anuales sobre cada uno de los empleados del sistema escolar. Se investiga a cada docente con la finalidad de sancionar toda posible infracción cometida en contra de esta ley. Las Juntas Escolares avisaron que las listas de organizaciones políticas subversivas serían publicadas, enfatizando que la sola membresía a esas asociaciones es causal de despido. La máxima autoridad del sistema de escuelas de Nueva York apoyó estas medidas,

acentuando que las escuelas tenían una obligación esencial que no podían omitir: tomar, de manera urgente y conclusiva, las medidas más positivas para erradicar de los colegios a todo el *personal subversivo*.<sup>12</sup>

## DISENSO DE LOS JUECES DOUGLAS Y BLACK.

Los argumentos de estos Jueces en contra la *Ley Feinberg* son durísimos. Su oposición al fallo de la mayoría es absoluta. Quizás sean los magistrados que mejor supieron interpretar las consecuencias futuras de esta norma atroz. Y lo más destacable es que trataron de luchar asumiendo el lugar de la minoría. Ellos dieron batalla contra el autoritarismo cuando los autoritarios tenían autoridad. Parecían saber que cuando el despotismo se apodera de las aulas son varias las generaciones que terminan pagando las consecuencias. Las quejas de las minorías tienen ese orgullo tan particular de las derrotas anticipadas que no quieren evitarse. Pocas cosas irritan más que ver a políticos, legisladores y jueces lanzando bravuconadas contra los enflaquecidos poderosos que ayer cortejaban en reuniones de opíparo beneplácito.

No puedo aceptar esta doctrina que sostiene que un ciudadano que entra a trabajar en el sector público debe sacrificar sus derechos civiles. No encuentro en nuestro sistema constitucional una norma que le de al Estado el poder para convertir a sus empleados en ciudadanos de segunda

clase. Porque justamente esa es la consecuencia de la *Ley Feinberg*. Esta norma permite crear una categoría de ciudadanos a los que no les corresponde los derechos de expresión y de pensamiento. Por el contrario, la Constitución les asegura esas libertades a todos los habitantes de la sociedad. Es cierto que todos tienen esos derechos, pero también es cierto que pocos lo necesitan tanto como los docentes para realizar su trabajo. La escuela pública es la cuna de nuestra democracia. Prueba de esa importancia es la misma *Ley Feinberg*, que se ocupa especialmente de ella. Pero lo hace de manera equivocada. El propósito de la Primera Enmienda fue liberar a la expresión y al pensamiento de esta clase de actos de censura.<sup>13</sup>

Esta ley reposa sobre un principio que repugna a nuestra sociedad: la culpabilidad por pertenecer a una asociación. Un maestro puede ser descalificado (rechazada su candidatura o removido de su posición) por ser miembro de una organización que es considerada subversiva. Pero lo más grave de todo, es que el carácter subversivo de la organización surge de investigaciones previas en las cuales el maestro no puede intervenir. El docente únicamente participa de la cuestión al momento de ser acusado de pertenecer a organizaciones subversivas. No puede probar que la organización sea efectivamente subversiva porque ese debate cerrado para el empleado acusado. Es decir, el carácter subversivo de la organización es inapelable. Llevar a un docente a una audiencia donde se

lo acusa de pertenecer a una organización subversiva, pero no permitirle al acusado que pruebe que la organización no es subversiva es una burla constitucional. La sola pertenencia a esa organización lo hace, *prima facie*, culpable. Se dice que puede demostrar su inocencia, pero en esas condiciones no es posible.<sup>14</sup>

La verdadera amenaza de este procedimiento es que pretende emparentar la libertad académica con la destrucción. De esta forma, cualquier organización que intente una protesta contra una medida impopular o por alguna acción del gobierno será sospechosa. Usualmente, el Partido Comunista logra infiltrarse en este tipo de estructuras. Y entonces ningún maestro se anima a participar en ellas por temor a perder su empleo y, por tanto, la libertad de expresión terminará siendo asfixiada.

Esta ley, inevitablemente, terminará por convertir a las escuelas en centros de inteligencia o espionaje. En ella se prescribe la necesidad de efectuar reportes anuales para comprobar la *lealtad* de los maestros. Los directores de escuelas terminan actuando como agentes secretos. Por su parte, los estudiantes, los padres y el resto de la comunidad pasan a ser informantes. Y lo que es peor, todos los prejuicios de la sociedad son protagonistas en esta verdadera cacería contra los maestros *desleales*. Este no es el tipo de control que debe hacerse sobre un docente para probar su competencia. La ley es en sí misma establece un

<sup>11</sup> Texto del fallo original: In 1949 the Legislature passed a new act, familiarly known as the Feinberg Law, designed to reinforce the prior legislation. The Law begins with a legislative finding, based on "common report" of widespread infiltration by "members of subversive groups, and particularly of the communist party and certain of its affiliated organizations," into the educational system of the State and the evils attendant upon that infiltration. It takes note of existing laws and exhorts the authorities to greater endeavor [342 U.S. 485, 499] of enforcement. The State Board of Regents, in which are lodged extensive powers over New York's educational system, was charged by the Feinberg Law with these duties: (1) to promulgate rules and regulations for the more stringent enforcement of existing law; (2) to list "after inquiry, and after such notice and hearing as may be appropriate" those organizations membership in which is proscribed by subsection (c) of 12-a of the Civil Service law; (3) to provide in its rules and regulations that membership in a listed organization shall be *prima facie* evidence

of disqualification under 12-a; (4) to report specially and in detail to the legislature each year on measures taken for the enforcement of these laws

<sup>12</sup> Texto del fallo original: An elaborate machinery was designed for annual reports on each employee with a view to discovering evidence of violations of these sections and to assuring appropriate action on such discovery. The Board also announced its intention to publish the required list of proscribed organizations and defined the significance of an employee's membership therein in proceedings for his dismissal. These Rules by the Board of Regents were published with an accompanying Memorandum by the Commissioner of Education. He is the administrative head of New York's school system and his Memorandum was for the guidance of school officials throughout the State. It warned of the danger of indiscriminate or careless action under the Feinberg Law and the Regents' Rules, and laid down this duty: "The statutes and the Regents' Rules make it clear that it is a primary duty of the school authorities [342 U.S. 485, 500] in each school district to

take positive action to eliminate from the school system any teacher in whose case there is evidence that he is guilty of subversive activity. School authorities are under obligation to proceed immediately and conclusively in every such case."

<sup>13</sup> Texto del fallo original: I have not been able to accept the recent doctrine that a citizen who enters the public service can be forced to sacrifice his civil rights. \* I cannot for example find in our constitutional scheme the power of a state to place its employees in the category of second-class citizens by denying them freedom of thought and expression. The Constitution guarantees freedom of thought and expression to everyone in our society. All are entitled to it; and none needs it more than the teacher. The public school is in most respects the cradle of our democracy. The increasing role of the public school is seized upon by proponents of the type of legislation represented by New York's Feinberg law as proof of the importance and need for keeping the school free of "subversive influences." But that is to misconceive the effect of this type of legislation. Indeed

the impact of this kind of censorship on the public school system illustrates the high purpose of the First Amendment in freeing speech and thought from censorship.

<sup>14</sup> Texto del fallo original: The present law proceeds on a principle repugnant to our society - guilt by association. A teacher is disqualified because of her membership in an organization found to be "subversive." The finding as to the "subversive" character of the organization is made in a proceeding to which the teacher is not a party and in which it is not [342 U.S. 485, 509] clear that she may even be heard. To be sure, she may have a hearing when charges of disloyalty are leveled against her. But in that hearing the finding as to the "subversive" character of the organization apparently may not be reopened in order to allow her to show the truth of the matter. The irrebuttable charge that the organization is "subversive" therefore hangs as an ominous cloud over her own hearing. The mere fact of membership in the organization raises a *prima facie* case of her own guilt. She may, it is said, show her innocence.

sistema de secreto de persecución contra los docentes.<sup>15</sup>

Las situaciones que plantea esta ley son típicas de los estados autoritarios. Los maestros están bajo vigilancia constante; se busca en su pasado alguna marca de deslealtad; en sus declaraciones, claves que indiquen un pensamiento peligroso. Las aulas están cubiertas por un velo. No puede existir verdadera libertad académica en este contexto. Las sospechas se esparcen por el aire, todos tienen miedo de perder su trabajo; ni siquiera hay libertad para el ejercicio intelectual. El dogmatismo ha tomado el lugar de la investigación, de la curiosidad por saber; el pensamiento tiene que estar alineado con el de la mayoría, con el enfoque que es aceptado. El miedo se ha instalado en las aulas. Los maestros han dejado de ser un estímulo y una guía para que los alumnos se atrevan a recorrer la aventura del pensamiento. Los maestros son ahora divulgadores de información segura. Se desalienta el libre debate de ideas; las discusiones en clase terminan en el mismo lugar en que deben comenzar. Esta ley ha esterilizado la educación.<sup>16</sup>

Exactamente eso es lo que sucede cuando el censor está al acecho de los maestros. Este sistema de espionaje escolar, de vigilancia, de reportes acusatorios, contaminado por delaciones inciertas no puede traer nada bueno. La libertad académica debe primar en la educación, porque estandarizar el pensamiento no es la manera correcta de acercarse a la verdad. Un sistema escolar que *entrena* estudiantes como si fueran robots pone en peligro aquello que fue nuestro mayor orgullo. Los Fundadores de la Patria sabían que la verdadera fortaleza solo procede de las mentes libres. Apoyar esta ley es dejar en el olvido sus ideales y desprestigiar las enseñanzas de la Primera Enmienda.<sup>17</sup>

Desde luego, los colegios no deben convertirse en células del partido Comunista, ni las aulas en foros de propaganda Marxista. Pero la culpabilidad de los maestros debe seguir el camino de sus actos, no el de sus ideas. En la medida que un docente cumpla su trabajo de enseñar, su vida privada, su parecer político, su pensamiento filosófico, su actividad social no debe ser causa de revanchas en su contra.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Texto del fallo original: The law inevitably turns the school system into a spying project. Regular loyalty reports on the teachers must be made out. The principals become detectives; the [342 U.S. 485, 510] students, the parents, the community become informers. Ears are cocked for tell-tale signs of disloyalty. The prejudices of the community come into play in searching out the disloyal. This is not the usual type of supervision which checks a teacher's competency; it is a system which searches for hidden meanings in a teacher's utterances.

<sup>16</sup> Texto del fallo original: What happens under this law is typical of what happens in a police state. Teachers are under constant surveillance; their pasts are combed for signs of disloyalty; their utterances are watched for clues to dangerous thoughts. A pall is cast over the classrooms. There can be no real academic freedom in that environment. Where suspicion fills the air and holds scholars in line for fear of their jobs, there can be no exercise of the free intellect. Supineness and dogmatism take the place of inquiry. A "party line" - as dangerous as the "party line" of the Communists - lays hold. It is the "party line" of the orthodox view, of the conventional thought, of the accepted approach. A problem can no longer be pursued with impunity to its edges. Fear stalks the classroom. The teacher is no longer a stimulant to adventurous thinking; she becomes instead a pipe line for safe and sound information. A deadening dogma takes the place of free inquiry. Instruction tends to become sterile; pursuit of

knowledge is discouraged; discussion often leaves off where it should begin.

<sup>17</sup> Texto del fallo original: This, I think, is what happens when a censor looks over a teacher's shoulder. This system of spying and [342 U.S. 485, 511] surveillance with its accompanying reports and trials cannot go hand in hand with academic freedom. It produces standardized thought, not the pursuit of truth which the First Amendment was designed to protect. A system which directly or inevitably has that effect is alien to our system and should be struck down. Its survival is a real threat to our way of life. We need be bold and adventuresome in our thinking to survive. A school system producing students trained as robots threatens to rob a generation of the versatility that has been perhaps our greatest distinction. The Framers knew the danger of dogmatism; they also knew the strength that comes when the mind is free, when ideas may be pursued wherever they lead. We forget these teachings of the First Amendment when we sustain this law.

<sup>18</sup> Texto del fallo original: Of course the school systems of the country need not become cells for Communist activities; and the classrooms need not become forums for propagandizing the Marxist creed. But the guilt of the teacher should turn on overt acts. So long as she is a law-abiding citizen, so long as her performance within the public school system meets professional standards, her private life, her political philosophy, her social creed should not be the cause of reprisals against her.

## NARCISO Y LOS JUECES

POR PLÁCIDO FERNÁNDEZ VIAGAS

(1924/1983). Juez y político español. Nació en Tánger cuando esta ciudad formaba parte del protectorado español en Marruecos. Estudió Derecho en la Universidad de Sevilla. Ejerció la magistratura en diversas ciudades. Formó parte de Justicia Democrática, grupo clandestino de funcionarios que luchó contra el franquismo. Fue suspendido en sus funciones de juez por participar de una manifestación a favor de la amnistía por los presos políticos durante 1976. Fue elegido senador en diversas oportunidades.

Muy recientemente en una entrevista concedida al diario francés *Le Figaro*, Dominique Commaret, avocat général à la Cour de cassation, señalaba que "la crisis de legitimidad que atraviesa el Estado no excluye a la institución judicial. La opinión pública saluda el coraje y la acción de los magistrados para hacer desaparecer inmunidades y privilegios pero teme igualmente un "gobierno de los jueces".

La Justicia está en plena mutación y la acción de los jueces alcanza todos los dominios. El desarrollo de sus poderes exorbitantes no carece de riesgos, y de tentaciones entre los cuales el corporativismo, la demagogia o el "vedettariat".(1) Peligrosa tentación esta última, ciertamente. Las "vedettes" resultan atractivas exitantes incluso, pero también causan problemas. Para conocer alguno de ellos, bastaría con aproximarnos a la mitología.

Así, la griega nos cuenta que habiendo llegado un día Narciso, célebre por su belleza, al borde de una fuente contempló su propia imagen y quedó prendado de sí mismo. Enloquecido, al no poder alcanzar el objeto de su pasión, se fue consumiendo de inanición y melancolía hasta quedar transformado en la flor que en adelante se llamó narciso. De ahí ha permanecido, no sólo para la literatura sino también para la psicología y la ciencia en general, un nombre: el narcisismo. Como nos explicaría cualquier enciclopedia, se trata de una canalización de los afectos y emotividad hacia la propia persona. En el proceso sicoevolutivo del individuo, el narcisismo alcanza su máxima plenitud en la etapa infantil

cuando el niño todavía no ha detectado el mundo exterior, y la preferencia por su yo es exclusiva. Con el descubrimiento del otro, el individuo se abre a otras posibilidades afectivas y sexuales, madura.

Existe el riesgo, sin embargo, de que la tendencia perviva como desviación patológica, y la sexualidad del sujeto quede reducida a la propia persona.

Es interesante tener en cuenta, además, que las alteraciones de la vida del espíritu muchas veces no son individuales. Pueden llegar a afectar en forma colectiva a generaciones enteras. Como ha expuesto Luis Rojas Marcos, "cada era produce su forma única y peculiar de patología psicosocial. El mal de una época suele manifestarse en la expresión exagerada de los rasgos del carácter de los hombres y mujeres que forman la sociedad del momento. A finales de los años sesenta comenzó a brillar la generación del yo, la edad del culto al individuo, a sus libertades y a su cuerpo, la devoción fanática al éxito personal, al dinero al consumo. La dolencia cultural que padecemos desde entonces es el narcisismo"(2) El mundo se ha llenado de "Narcisos". Bien es verdad que en una sociedad dirigida a la búsqueda del placer y de la felicidad personal, como la nuestra, ese fenómeno afectará especialmente a los individuos más expuestos a la mirada del otro, "vedettes", protagonistas de un juego destinado a seducir y a ser seducido.

La seducción es un fenómeno señaladamente coyuntural. Cada momento histórico modifica sus modelos. Lo que ayer resultó

(1) "La crise de légitimité que traverse l'Etat n'épargne pas l'institution judiciaire. Ainsi, l'opinion publique salue-t-elle le courage et l'action des magistrats pour faire disparaître immunités et privilèges mais craint-elle également un "gouvernement des juges" La justice est en pleine mutation et l'action du juge porte sur tous les domaines. Le développement de ses pouvoirs "exorbitants" ne va pas sans risques. Et sans tentations parmi les quelles celles du corporatisme, du vedettariat ou de la démagogie" *Le Figaro*, 23 octobre 1989.

(2) Luis Rojas Marcos. "La era de la depresión". *El País*, miércoles 27 de enero

de 1993. Con idéntica brillantez, continúa añadiendo que es cierto, según dan a entender estudios recientes, que la comunidad de Occidente, está siendo invadida ahora por un nuevo mal colectivo: la depresión. Tendría su lógica, "la caída del pedestal intocable de la prepotencia narcisista produce salpicaduras depresivas y angustiantes... Un estado de ánimo colectivo, cargado de dudas y desasosiegos, quizá sea el peaje obligatorio que tengamos que pagar por evolucionar, por conocernos mejor, por sentirnos más humanos y, en definitiva, por ponernos al día".

atractivo, no lo es hoy. Los titulares de poder, por ejemplo, poseyeron siempre el carisma necesario para ser admirados, también temidos, por sus contemporáneos. Sin embargo, en el Occidente desarrollado, han dejado de tenerlo, entre otras razones, porque han sido desmitificados pues ya no hay espacios reservados al secreto. Todo es público. Han perdido así todo el prestigio que proporcionaba la oscuridad. El juego combinado de odio y atracción reforzaba los mecanismos morbosos de la seducción. Ahora, sin embargo, el control de la ciudadanía les ha hecho demasiado conocidos, vulgares incluso. Son iguales que nosotros, con los mismos defectos. No proporciona ninguna seguridad colocarse a su sombra.

Hay alguien, sin embargo, que ha adquirido una sorprendente valoración: el juez. Es algo paradójico. El Poder Judicial nació para ser invisible y casi nulo. Era invisible porque era una simple máquina carente de rasgos. Lo que hacía era aplicar la norma al caso concreto, una función de mera ejecución. Si cada supuesto de la realidad, tenía su adecuada respuesta en la ley, bastaría con la estructura matemática de un buen ordenador... Es cierto que pronto se puso de manifiesto que el sistema jurídico era algo suficientemente complejo como para necesitar una ardua labro de interpretación. Aun así, el dueño de la norma seguía siendo el legislador. La labor del juez consistía en escrutar sus designios. Es verdad también que, a lo largo del tiempo, fue poniéndose de manifiesto la importancia de la sabiduría, rectitud, y bondad de los funcionarios judiciales, notas indudablemente personalizadas. Pero se trataba simplemente de méritos necesarios para acceder a la función y valorables por un mercado reducido de especialistas, o por los justiciables que querían indagar los designios siempre inciertos de su suerte. Lo esencial era que la voluntad del juez no podría suplantar la de la ley, para evitarlo era mejor que no saliera a la luz.

Las cosas han cambiado completamente. Es cierto que de una manera paulatina. Y ello a virtud de un proceso que encuentra su inicio en los Estados Unidos de Norteamérica. Allí empezó a manifestarse lo que se ha sido dado en llamar "judiciocracia" o gobierno de los jueces, hasta el punto de que la "Supreme

Court" llegó a considerar como una tercera cámara de legislación. Lo que, en su momento, no dejó de levantar suspicacias. Es conocida la protesta de Jefferson contra Marshall: "el Tribunal como instancia suprema de todas las cuestiones constitucionales significa someternos al despotismo de una oligarquía". No obstante los temores de Jefferson, las construcciones jurídicas del juez Marshall no sólo se impusieron en los Estados Unidos sino que también han ejercido una progresiva influencia en el continente europeo.(3)

La posición norteamericana configura el texto constitucional como un parámetro normativo superior, con arreglo al cual podrá enjuiciarse la validez de las leyes del Parlamento. Allí se van a incluir los llamados derechos "inviolables" o fundamentales de la persona que, como indica Ferrajoli, constituyen la expresión de los valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista, "el principio de igualdad, el valor de la persona humana, los derechos civiles y políticos, y además casi todas las garantías penales y procesales de libertad y certeza enumerados en nuestro sistema" (4) Todo lo esencial para el mantenimiento de una cultura jurídica de libertad se incluye en la Constitución, evitando el peligro de que un irresponsable legislador histórico pudiera eliminar lo garantizado en el "pacto social" como diría Madison, si las garantías del sistema están incluidas en el propio texto constitucional "los tribunales de justicia se consideraran a sí mismos, en alguna forma, como sus guardianes.(5)

Como nos indica Buró Neuborne, el derecho constitucional norteamericano lo que intenta es eludir el peligro de la tiranía, o la vulneración de los sagrados derechos del hombre, "permitiendo que los jueces identifiquen la existencia de derechos individuales implícitos en el texto de la Constitución (6) y que protejan tales derechos, incluso contra la voluntad de la mayoría, mediante el mecanismo del control de la constitucionalidad" (7). Realmente este "higher law", situado por encima del ordenamiento positivo, fue históricamente utilizado por los colonos norteamericanos para defender sus derechos individuales "a la vida, libertad y a la búsqueda de la felicidad" frente a la corona británica, preconizando la existencia de un

derecho superior al establecido. Y cuando triunfaron, lo positivaron colocándolo en el propio texto constitucional. El Derecho Natural dejó de ser situado "más allá de las estrellas".

Pues bien, y con independencia de la obvias diferencias entre los sistemas de primacía legal y los del common law, lo cierto es que la influencia de la cultura jurídica norteamericana sobre los países de la Europa continental (8) en este punto se va a hacer evidente a partir de la segunda guerra mundial(9). Y no va a ser precisamente por casualidad que la Ley Fundamental de Bonn de 1949 establezca en su artículo 1.3, encabezando el aparato a ellos destinado, que: "los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial a título de derecho directamente aplicable (10). También el Poder Judicial debe atenerse estrictamente, no de manera teórica o abstracta, a la regulación de tales derechos por el constituyente. El problema es que los derechos constitucionales están siempre cargados de ideología. Su interpretación, por tanto, no podrá realizarse con las técnicas hermenéuticas elaboradas desde siempre en el derecho privado. Todo texto constitucional expresa un determinado sistema de valores que no puede ser reducido a reglas precisamente porque su finalidad, en los orígenes del constitucionalismo, no era la de normar sino la de expresar los principios del sistema.

Una vinculación directa a la Constitución va a llevar consigo, paradójicamente, una importante desvinculación judicial, pues tantas veces como lo considere pertinente, podrá eludir las exigencias concretas de la norma con sólo argumentar el carácter jerárquicamente superior de la "Carta Magna". Al tratarse de un texto político, la redacción de sus preceptos resulta, con frecuencia, imprecisa y ambigua. El juez es el único que puede establecer sus límites. Entonces, y como se ha dicho, "el juez dejará de estar sometido a la ley, para ser la ley la que esté sometida al juez". En consecuencia se convierte en una instancia creadora, sale a la luz. Mientras la interpretación, en su sentido clásico, suponía una labor inspirada en reglas dirigidas a conocer lo que quería el legislador u objetivamente la voluntad de la norma, ahora el pensamiento de su autor va

a convertirse en un simple criterio a tener en cuenta, y no el más importante.

Todo esto, sin embargo, ha tenido una importancia determinante para la superación de arcaicas concepciones formalistas que tanto daño causaron en la mentalidad de los juristas continentales. Pero lo cierto es que, con este tipo de planteamiento, el juez adquiere un inmenso poder, prácticamente es el único Poder en un mundo en el que se encuentran en crisis las instituciones políticas clásicas. En consecuencia, va a tener enorme interés para los "medios".

En la búsqueda de la información, su actividad va a proporcionar material de primer orden. La libertad del ciudadano frente al aparato del Estado se ha ido consolidando a través de un proceso dirigido a la reducción de la arbitrariedad. Solamente la autoridad judicial ha quedado al margen, precisamente porque ha sido instituida en garantía del pacto social, constituyendo el símbolo de la lucha por la sumisión a la legalidad de todos los poderes del Estado. Puede, por tanto con plena legitimidad y en principio sin otro control que el representado por el instrumento procesal de los recursos, investigar la vida privada, decidir sobre culpabilidad o inocencia, acordar la privación de la libertad... Y su actuación vendrá justificada por la necesidad de mantener el pacífico y normal desenvolvimiento de cualquier comunidad. Lo que puede ocurrir sin embargo hoy día, es que la trascendencia social de esos poderes influya esencialmente en la imagen de sus titulares y, en consecuencia, en su comportamiento. El juez debía operar con arreglo a la ley y según las exigencias de su conciencia. ¿Hasta qué punto no estará ahora también condicionado por la repercusión de los "medios"? Si la sociedad, merced a ellos, se hubiese convertido en un gigantesco teatro, los poderes del juez permitirían considerarlo una de sus mejores "estrellas".

El rigor, la serenidad, el estudio que constituían las notas características de la función judicial tradicional se van a ver desplazadas en el interés del público por los aspectos más espectaculares de su papel: la lucha contra el crimen, la detención de los delincuentes, el "juicio", el ingreso en prisión... Y si esto es lo que interesa, como lógica con-

(3) El fundamento de todo ello se encuentra en la sentencia dictada en 1803 en el asunto *Marbury vs. Madison* según la cual. "That the people have an original right to establish, for their future government, such principles, as, in their opinion, shall most conduce to their own apeace is the basis on which the whole American fabric has been erected. The exercise of this original right is a very great exertion; nor can it, nor

ought it, to be frequently repeated. The principles, therefore, so established, are deemed fundamental. And as the authority from which they proceed is supreme, and can seldom act, they are designed to be permanent..." (Cita recogida de "The constitutional decision of John Marshall" Edited with an introduction by Joseph P Cotton New York da Capo Press, 1969)

(4) Luigi Ferrajoli, en su obra "Derecho y razón" repetidamente citada, indica: "En

particular, los derechos inviolables de la persona, derechos personalísimos e indisponibles no son sino la forma jurídica positiva que los derechos naturales, teorizados como pre o meta o suprajurídicos en los orígenes del Estado moderno, han asumido con su garantía en tanto que derechos subjetivos en las Constituciones modernas".

(5) "If they are incorporated into the

Constitution, independent Tribunal of Justice Hill consider themselves in a peculiar manner the guardians of those rights".

(6) Derechos individuales contenidos en las primeras enmiendas a la Constitución ratificadas el 15 de diciembre de 1791.

(7) Buró Neuborne. "El papel de los juristas y el imperio de la ley en la sociedad americana". Civitas 1995 Pág. 10.

secuencia se fomentarán los jueces que se adapten mejor a dicho estilo. La racionalidad se verá sustituida por la ilusión cinematográfica. Son los gestos los que van a tener importancia, teniendo en cuenta, además, que a la prensa se le vende mejor la información cuanto más estereotipada y simplificada aparezca.

Por eso a los medios de comunicación les resulta extraordinariamente atractivo el papel del Juez. Su figura representa la vuelta a lo oculto, a la decisión personal, las terribles consecuencias de la misma, el miedo a lo desconocido... Es decir, todo lo que refuerza los aspectos primarios de la relación de la ciudadanía con el poder.

Por otra parte, la sociedad, o quienes la dirigen, selecciona desde el principio lo que merece ser objeto de información. Según su grado de desarrollo cultural e idiosincrasia, los "medios" le proporcionarán uno u otro tipo de datos, con su correspondiente tratamiento. Sin embargo, la fuerza de los instrumentos informativos, y su internacionalización, condiciona los propios deseos de los grupos sociales, lo que permite simplificar el material a elegir. Por regla general, el interés del público se centrará en temas atinentes a ocio, guerra, crimen y escándalo (en cuanto comportamiento que rompa las reglas de la comunidad). Todo lo susceptible de sorprender, de provocar sensaciones inusuales. Su tratamiento, en cuanto se dirige a una audiencia masiva ajena en principio a las dudas intelectuales que plantea el matiz, tenderá a la generalización y a la búsqueda de sus factores más espectaculares o morbosos. La noticia es sólo tal en cuanto le interesa a quien la va a consumir, y éste, a su vez, acomodará sus deseos a lo que le dicten unos "medios" que normalmente primarán el contenido rápido y superficial que es lo que mejor, o más fácilmente se acomoda a sus técnicas.

La civilización "mediática" no puede vivir sin el espectáculo. La "prensa" deja de ser el reflejo de la sociedad en la que vive. Por el contrario, la transforma de acuerdo con sus necesidades. Vivimos todavía en un mundo conceptual según el cual las libertades de expresión y de información van dirigidas a la creación de "opinión pública", fomentando el debate y el intercambio de los datos

necesarios para la autodeterminación social.

Los instrumentos informativos cumplirían la labor de un espejo destinado a mostrar la verdadera imagen de los actores sociales, se movería en consecuencia en el terreno estricto de la neutralidad. Deberían ser invisibles para que su objeto pudiera contemplarse con nitidez, sin interferencias. Todo esto deja de tener validez desde el momento en que la comunicación se convierte en un negocio empresarial. Necesita, por tanto, conquistar un mercado y mantenerse. Ya no basta con transmitir información, es necesario que sea vendible. Y si no lo es, habrá que transformarla.

El problema se planteará cuando lo que merezca la pena transformar sea el propio papel del juez. El "pacto social" solo podía mantenerse estableciendo una instancia encargada de dirimir los conflictos ciudadanos. Para ello, era necesario revestirla de garantías suficientes de imparcialidad, sobre todo en materia penal donde los intereses a ventilar eran esenciales. Por eso era necesario que hubiera siempre "jueces en Berlín". El delincuente era el primero que los reclamaba puesto que frente a una acusación, por muy fundada que fuere, era imprescindible desplegar son interferencias su derecho a la defensa. No es posible entender la civilización occidental sin constatar que ha sido construida a través de un largo proceso orientado hacia el reconocimiento de la dignidad del ser individual. El hombre, incluso el delincuente, incluso el mayor de los asesinos, tiene unos "derechos sagrados e inviolables" (11). Y su tutela se atribuyó históricamente al juez. En consecuencia, el órgano judicial constituyente esencialmente un instrumento garantizador. Debía decidir sobre culpabilidad o inocencia, oyendo previamente a las partes y sobre todo, al acusado. No existe "juicio" sin "audiencia".

El juez no ha sido creado para eliminar a los criminales, por tanto. Esa es una tarea que incumbe a la comunidad en su conjunto, mediante los distintos procesos de "socialización", y más específicamente al aparato policial. Por el contrario, su misión es garantizar que el proceso se desarrolle con arreglo a reglas y dictar una sentencia justa. Si lo

convertimos en un órgano represor, dejará de ser juez. Paradójicamente, sin embargo, en la sociedad actual, por lo menos en la que determinados países del Mediterráneo, puede observarse un peligroso deslizamiento de la labor judicial hacia tareas represivas. Incluso llega a hablarse de una "guerra" contra la delincuencia. En este sentido, es de reseñar el espíritu que resulta de las distintas declaraciones realizadas por jueces y magistrados, de prestigio continental, en un libro de Denis Robert publicado recientemente bajo el título "La justicia o el caos". En el mismo, se llega a decir "la guerra en la que estamos comprometidos contra el crimen organizado no es una guerra que pueda ser ganada únicamente por los profesionales. No es el ejército profesional que somos el que permitirá resolver los problemas. Se trata de una verdadera guerra civil" (12)

Por muy interesantes que sean dichas manifestaciones, lo cierto es que un juez no puede participar en ninguna guerra, ya fuere civil o de otra clase (13). Dejaría de ser juez.

Por otra parte, ya hemos indicado la importancia de la imagen en una sociedad mediática. En consecuencia, si la lucha contra la delincuencia constituye un importante objetivo social, como indudablemente lo es, las características del protagonista de la misma van a ser esenciales en su propaganda. De ahí, que el proceso se tienda a configurar como espectáculo teatral en el que el magistrado se convertirá en su principal estrella. Lo que será muy peligroso no sólo para las garantías tradicionales de defensa sino incluso para la propia coherencia y lucidez intelectual de quienes intervienen. La exhibición continua de la propia imagen no sólo fomenta el narcisismo, ya de por sí bastante negativo, genera algo mucho más peligrosos: la conversión del proceso en un escenario del propio brillo personal con olvido de las características tradicionales de racionalidad, imparcialidad y legalidad que era las realmente importantes en un juez.

El deseo de triunfo personal es evidente que constituye una tentación permanente del espíritu humano y, por tanto, también de los jueces. Sin embargo, hasta ahora, cuando la vanidad de éstos quería manifestarse al exterior lo hacía mediante la exhibición intelectual del producto de su trabajo:

la calidad de sus resoluciones, su razonabilidad o sensatez. Y los destinatarios de ese juego eran exclusivamente sus compañeros o unos profesionales del Derecho que podían verse influenciados por determinadas líneas doctrinales. El ego judicial sólo competía en un mercado de especialistas y lo único que podría alcanzar era prestigio. Por el contrario, actualmente su vanidad puede manifestarse universalmente, intentando mostrar los aspectos más favorables de su ser personal. Un simple juego primario de exhibición de la imagen. Pero el problema radica en que el juez atraído por los medios, o simplemente temeroso de los mismos, corre el serio riesgo de dejarse influir por sus planteamientos. Actuar con arreglo a ellos puede proporcionarle prestigio social, o carencia de problemas al fallar con arreglo a la opinión dominante, pero a costa de la libre formación de su "falle" con arreglo a conciencia, es decir de su imparcialidad (14)

Nuestra civilización ha pretendido caracterizarse en los últimos siglos por la búsqueda de la racionalidad. La lógica cartesiana pretendía el dominio de la naturaleza mediante la razón y la experiencia. El mundo podía transformarse conociendo con precisión sus reglas, bastaba con la observación sistemática y la correcta aplicación de las técnicas de inducción y deducción propias del comportamiento científico. Habían sido desterrados los hombres providenciales, pues la misma providencia deja de intervenir directamente en el universo. Sorprendentemente, en estos momentos de "fin de la historia" parece surgir un último taumaturgo, el juez. Es honesto, eficaz, terror de criminales, a veces, incluso, atractivo. En España, además, todo esto adquiere un relieve mucho mayor. Este país ha sido siempre muy partidario de los toreros, seres que arriesgan su vida y se la juegan. En una sociedad tan amante de lo simple, jugársela es excitante. Por tanto, parece normal que los jueces se dediquen al espectáculo, a las buenas faenas, a capturar delincuentes... Pero, con independencia de lo peligroso que resulta todo esto para la solidez y coherencia del sistema jurídico, ¿no será además muy ridículo?

(8) Véase K Loewenstein. "Teoría de la Constitución", Ariel 1976, pág 316. para quien en Europa "sólo en las recientes Constituciones, después de la segunda guerra mundial, y en virtud de creciente interés por el derecho a gozar de gran popularidad".

(9) Con independencia de las aportaciones anteriores de Kelsen y su influencia sobre el sistema austríaco de jurisdicción constitucional concentrada.

(10) Y ello después de haber indicado en los apartados 1 y 2 del mismo precepto que: "1. La dignidad del hombre es intangible. Respetarle y protegerle es obligación de todos los poderes públicos. 2. El pueblo alemán se identifica, por lo tanto con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz de la justicia en el mundo".

(11) Sobre ellos se edificó la Revolución

americana pues, según, su Declaración de Independencia, "todos los hombres son iguales y poseen unos derechos sagrados e inviolables cuales son la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad".

(12) Denis Robert. "La justicia o el caos". Muchnik. Editores. 1996 pág. 114. Ciertamente, Bernard Bertossa es el fiscal general de Ginebra. Su posición, en consecuencia, no puede equipararse exactamente ala de un juez, pero es lo cierto

que la inmensa mayoría de los magistrados que colaboran en dicho libro, por lo demás indudablemente interesante, parecen compartir la idea de "guerra contra la criminalidad".

(13) Fernández-Viagas Bartolomé. Plácido. "El juez imparcial". Comares. 1997, pág. 108

(14) Vide. Fernández-Viagas Bartolomé, Plácido "El juez imparcial" Comares, 1997, Pag. 13