

Encuentro con Maestros del Derecho Procesal



Homenaje a Roberto Berizonce

9 y 10 de Marzo de 2012
Sarmiento - Chubut

En el marco del encuentro se pondrá en funcionamiento el Centro Patagónico de Estudios e Investigaciones de Derecho Procesal "Dr. Augusto Mario Morello".

Serán reconocidos como miembros honorarios:
Roberto Berizonce, Roland Arazi, Jorge Peyrano y Angela Ledesma.

Organizan:

- *Superior Tribunal de Justicia del Chubut.
- *Foro Patagónico de Superiores Tribunales de Justicia.
- *Colegio Público de Abogados de Sarmiento (Chubut).
- *Cátedra de Derecho Procesal Civil de la Universidad Nacional de la Patagonia, San Juan Bosco -sedes Trelew y Puerto Madryn-

Coordinadores: Edgardo Rubén Hughes y José Luis Pasutti.

AÑO 6 - N° 25 - DICIEMBRE DE 2011

EL REPORTE JUDICIAL

AÑO 6 - N° 25 - DICIEMBRE DE 2011

El Reporte

JUDICIAL

DIRECTOR: ALEJANDRO PANIZZI



Fernando S.L. Royer

Entrevista exclusiva al presidente de REFLEJAR

José Raúl Heredia

A la memoria de Arturo Enrique Sampay

Edgardo Rubén Hughes

Autonomía del recurso federal

ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT



ESCUELA DE
CAPACITACION
JUDICIAL

Director
Dr. Fernando S.L. Royer

Secretaria Académica:
Nadine Isabel Laporte

**Integrantes del
Consejo Consultivo**

Representantes de Pto. Madryn:
Lucio Brondes
y Luis Mures

Representantes de Trelew:
Alejandro Defranco
y Guillermo Cosentino

Representantes de Esquel:
Mariela González
y Nelly García

Representantes de C. Rivadavia:
Patricia Fernández
e Iris Moreira

Representantes de Sarmiento:
Daniel Camilo Pérez
y Gustavo Antoun

**Representantes de la
Asociación de Magistrados
y Funcionarios Judiciales:**
Daniel Pintos

**Representante de la
Defensoría General:**
Arnaldo Hugo Barone
Patricia Funes

**Representante de la
Procuración General:**
Marcos Fink



Imagen de tapa
Obra de María José Castro Blanco.
Título: "Las horas".
Técnica mixta, año 2011.



ESCUELA DE
CAPACITACIÓN
JUDICIAL
DE LA PROVINCIA
DEL CHUBUT



Rivadavia y Jones
Tel./Fax: (0280) 4484723
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.

SUMARIO

Editorial: Mirar, escuchar, decir	1
<i>Por Alejandro Javier Panizzi</i>	
Un Juez plenamente capacitado puede ser independiente.....	4
<i>Entrevista a Fernando S. L. Royer presidente de Reflejar</i>	
A la Memoria de Arturo Enrique Sampay	10
<i>Por José Raúl Heredia</i>	
A propósito de un requisito contenido en las Acordadas 4/2007 de la CSJN, y 3821/09 del STJCH.....	21
<i>Por Edgardo Rubén Hughes</i>	
Apuntes sobre derecho, lenguaje y literatura (II)	25
<i>Por Daniel Luis María Pintos</i>	
El incumplimiento de Sentencias de la Corte Suprema de Justicia por la provincia de Santa Cruz y la posibilidad de la intervención federal.....	29
<i>Por Antonio María Hernández</i>	
Firma Electrónica y/o digital: Su implementación en el Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe	44
<i>Por Rafael Gutiérrez</i>	
Las fronteras dinámicas que plantea el conocimiento.....	51
<i>Por Luis Raúl Rossi Baethgen</i>	
Los motivos de las decisiones judiciales ¿Mito normativo o realidad empírica?	57
<i>Por Lucio H. Brondes</i>	
Los delitos de tráfico y trata de personas como una forma sutil y moderna de esclavitud en el siglo XXI	65
<i>Por Manuel Alberto Pizarro</i>	
Las ideas esenciales de Sarmiento sobre el municipio y el cabildo indiano.....	73
<i>Dra. María Gabriela Abalos</i>	
Registro de Antecedentes Penales (RAP) Una realidad en Nuestra Provincia. II parte.....	78
<i>Por Alicia Pugh</i>	
El Fantasma de Tribunales	82
<i>Por Adrián Eduardo Duplatt</i>	
Declaración de Voluntad Anticipada. Algunas consideraciones.....	98
<i>Por Mariana Ripa</i>	
El Reporte Judicial en San Francisco	103
Se reunieron en Esquel todas las Escuelas de Capacitación Judicial del país	105
Romance del juez bribón	107
<i>Por Luis Cané</i>	

EL REPORTE

Director
Alejandro Panizzi

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.

MIRAR, ESCUCHAR, DECIR

POR ALEJANDRO JAVIER PANIZZI: DIRECTOR DE EL REPORTE.
MINISTRO DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.



Terminamos el año. En un año pasan cosas y se producen cambios.
Me refiero, claro, al Poder Judicial.

Un año durante el cual la Escuela de Capacitación del Poder Judicial de la Provincia del Chubut y la revista que le corresponde, produjeron modificaciones. Esta revista: El Reporte Judicial.

Además, hubo un hecho sobresaliente: el 16 de setiembre, el director de nuestra Escuela de Capacitación, nuestro colega Fernando S. L. Royer, fue elegido como presidente de “REFLEJAR” (Red de Escuelas Judiciales de las Provincias Argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), federación que depende de la Ju.Fe.Jus. (Junta Federal de Cortes, organismo que congrega a los jueces de las cortes y superiores tribunales de justicia de

todo el país). En este número de El Reporte Judicial es sido el propio doctor Royer quien se encarga de contarnos de qué se trata.

Hay más noticias.

El mes pasado los chubutenses tuvimos el privilegio de que en nuestra Provincia, entre el 23 y el 25, se llevara cabo, en la ciudad de Esquel, el Decimoquinto Congreso Nacional de Capacitación Judicial (organizado por la Escuela de Capacitación Judicial del Chubut y por “Reflejar” vamos, organizado por el doctor Royer), en el Centro Cultural Melipal de esa ciudad, al que concurrieron profesores y juristas de todo el país.

El Congreso fue inaugurado por el doctor Royer, en sus dos condiciones de director de nuestra Escuela y Presidente de Reflejar, por el Gobernador Mario Das Neves, por el Presidente del Superior Tribunal de Justicia, profesor Jorge Pflieger y por el Presidente de la Ju.Fe.Jus, doctor Rafael Gutiérrez.

El Gobernador aludió, en su discurso de apertura, al derecho de todos los habitantes del país a una administración de justicia de calidad y a que, para alcanzar este cometido, no bastan ni la mejor suerte ni la teoría más calificada.

Celebro tan certera aserción porque el servicio de capacitación que se propone nuestra Escuela dirige sus esfuerzos a que las estructuras judiciales cuenten, por medio de la acción docente, con los elementos para un desempeño adecuado y cumplir con todas las tareas: jurisdiccionales, de gerencia y de las ciencias de las organizaciones para solventar la crítica carga de trabajo de la justicia. Para ello es preciso comedir a todos los jueces, empleados y funcionarios.

La formación de los formadores que se planteó en el Congreso de Capacitación es una herramienta formidable para facilitar el acceso a la capacitación en todas las jurisdicciones del país.

Desde luego, para ello es preciso contar con las normas correspondientes y disponer del presupuesto adecuado para implementar el cambio.

Por otro lado –el propósito de este editorial es dar noticias– en el Superior Tribunal de Justicia nos hemos propuesto confeccionar un organismo concerniente a la equidad de género –hace tres años suscribí un convenio con la Corte Suprema de Justicia de la Nación para implementar este tipo de políticas judiciales. Con ello nos proponemos instalar en el Poder Judicial la agenda para la equidad de género.

Es que en el Derecho, los derechos de las mujeres, en ocasiones, aparecen como un mero anhelo, una reminiscencia sentimental o un estereotipo antes que como una persona real. Este curioso fenómeno se da con mayor frecuencia en ámbitos ajenos a la academia jurídica y a los tribunales.

Lo vemos en perímetros mucho más cotidianos y asiduos, como las empresas, la televisión o el boliche de acá a la vuelta. El concepto de justicia de género se refiere a la capacidad de ser equitativos y justos con relación al trato de hombres y mujeres, teniendo en cuenta sus diferentes necesidades.

Se han dado pasos hacia la plena igualdad pero es una lucha difícil porque ello depende a su vez de otros factores sociales, económicos y culturales. El hecho de que se reivindique la igualdad de derechos de los sexos desde todos los recintos imaginables, revela su carácter elemental.

A veces, la reivindicación de esos derechos adquiere maneras absurdas. Por ejemplo negar u ocultar la belleza de la mujer. Postular que uno debe encubrir esa formidable condición, a favor de quienes no cuentan con ella, me parece una estupidez principal.

Es como negar el talento de Miguel Hernández en defensa de José Narosky.

Hay que reivindicar la belleza en todas sus formas, especialmente, la belleza femenina, que ha sido apartada injustamente de su pureza primitiva. Es preciso sacarla de la clandestinidad intelectual de la televisión.

Pero de ahí a presentar a la mujer en ese ambiente prostibulario de la televisión hay un trecho formidable. Parece ser una gracia presentar a una mujer como bella y estúpida o bailando casi desnuda en un caño. Y yo creo que es una concepción procaz de la belleza.

Pero... ¿cómo se logra la igualdad real entre hombres y mujeres?

Respuesta: con más Derecho.

No me refiero al “Manual de cómo ser gerenta comercial” ni al tratado de “Derecho de la mujer a ser estibadora portuaria”. Hablo de legislar el femicidio, que no existe en el catálogo de comportamientos prohibidos que es el Código Penal. Lo mismo ocurre con la violación con resultado de embarazo.

La lucha por los derechos de la mujer va mucho más allá de la protección contra el terrorismo hogareño.

A nosotros, desde el Poder Judicial, nos concierne facilitar el acceso de la mujer a la justicia, aumentar las defensas y el socorro estatales a favor de las mujeres y contribuir a la celeridad de la protección.

Una cuestión medular es que las dictaduras dividen más a las personas y la sociedad que el sexo.

Y a esta altura creo que la victoria contra la discriminación de género es inexorable: ya somos demasiados para ser vencidos y para demostrarlo no necesitamos del concurso de conductores televisivos.

He allí un modo concreto de asumir desafíos del Poder Judicial.

El Presidente del Superior Tribunal de Justicia fue contundente en su discurso de apertura del Decimoquinto Congreso Nacional de Capacitación Judicial, ¿Y qué nos dijo?

Que el Poder Judicial no debe dimitir de su condición de poder democrático de una república y resignarse a ser una estructura curialesca o castrense, autómata, verticalista y monárquica.

Mirar, escuchar, decir.

Quienes ocupamos cargos públicos debemos dirigir la vista hacia lo que la sociedad reclama que debemos ver; prestar atención a lo que se diga con respecto a los problemas, cuyo efugio nos ha encomendado la Constitución y exteriorizar, cuando sea preciso –con palabras muy claras, de modo que no haya confusión en ello– nuestro pensamiento democrático.

No se equivoquen, los chimpancés de la foto no piden que los imitemos, no...

Nos dicen lo que no debemos hacer.

**REPORTAJE AL PRESIDENTE DE “REFLEJAR”,
DR. FERNANDO S.L. ROYER**

UN JUEZ PLENAMENTE CAPACITADO PUEDE SER INDEPENDIENTE

El Dr. Fernando S.L. Royer, ministro de la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia del Chubut y titular de su Escuela de Capacitación Judicial del Chubut, recientemente fue designado por una amplia mayoría como presidente de “Reflejar”, la Red de Escuelas Judiciales de las Provincias Argentinas. Además de ser el decano de los jueces chubutenses, con 31 años al servicio del Poder Judicial y 22 años ininterrumpidos como ministro de la corte provincial, ha sido presidente del alto cuerpo en 7 oportunidades distintas, hecho singular que reviste el carácter de inédito en la historia de la justicia del Chubut.

Royer posee un visible perfil de constructor; es un notable generador de proyectos, de esos que impulsan la modernización del servicio de justicia en todos sus procedimientos. Ha ocupado lugares de gran relevancia en su carrera: Presidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales del Chubut. Presidente del Foro Permanente de Superiores Tribunales del Sur Argentino. Vice-Presidente Primero de la Junta Federal de Cortes. Jurado por la Junta Federal de Cortes en el premio anual por Región a la Excelencia Judicial. Fue el primer presidente del Consejo de la Magistratura del Chubut. Presidente del Tribunal de Enjuiciamiento durante nueve períodos. Presidente del Tribunal Electoral Provincial en siete períodos. Director de la Escuela de Capacitación Judicial de Chubut. Coautor del Anteproyecto de Código de Procedimiento Laboral de la Provincia del Chubut, Miembro de la Comisión Interpoderes para la Reforma de los Códigos Procesales. Director del Boletín Judicial de Chubut. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Ha participado en más de doscientos cursos, congresos, seminarios y talleres como conferencista y capacitador, tanto en nuestro país como en el extranjero. Este hombre de prestigiosa y dilatada actuación en el mundo de la judicatura dialogó en exclusiva con “El Reporte”:

¿Cuál es la función de Reflejar en el ámbito de la capacitación, organismo de carácter nacional cuyo titularidad ejerce usted?

El “Reflejar” es un apéndice de la Junta Federal de Cortes, que nace el 5 de diciembre de 2008 al amparo de los diferentes reclamos de las escuelas judiciales del país. En ese contexto es que distintas organizaciones internacionales fueron dando marco a la inquietud de establecer un organismo que nucleara a todas las escuelas judiciales del país, por caso el RIAEJ que es la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales. Como función, en general, coordina todas las actividades que puedan ser comunes a estas organizaciones provinciales y así compartir las diferentes experiencias y contribuir a una mejor y más eficiente capacitación.

¿Cuáles son las actividades que lleva adelante la institución, y que política piensa desarrollar usted desde la presidencia?

Creo que he explicitado en la respuesta anterior parte de la actividad, pero es necesario que ponga de manifiesto que una de las principales tareas fue la de llevar adelante el **“XV CONGRESO NACIONAL DE CAPACITACIÓN JUDICIAL**, organizado desde la Escuela de Capacitación Judicial de Chubut y que se realizó durante los días 23, 24 y 25 de noviembre, en la ciudad de Esquel con total éxito. Asimismo, no puedo dejar de mencionar que desde el “Reflejar” se gestionaron becas, de diferentes cursos, para distintos miembros de los poderes judiciales asociados. A su vez, se realizaron diversos talleres de capacitación en varias disciplinas, y también se obtuvo una pasantía en la Escuela Judicial de Costa Rica. Quiero señalar que este instituto maneja la capacitación virtual a través de su página web. En tanto en el ámbito de los convenios de colaboración, ya se han firmado diversos de ellos.



¿Qué lugar ocupa la independencia de los Poderes Judiciales para “Reflejar”?

El “Reflejar” es un Instituto de reflexión en el marco de la capacitación y es allí donde, en mi concepto, ésta juega, sino el más importante de los papeles en cuanto a independencia del Poder Judicial se trata. Ello es así, reitero según mi parecer, dado que únicamente un Juez, y cuando digo Juez me estoy refiriendo a la figura de todos los estamentos que integran el Poder Judicial, plenamente capacitado puede ser realmente independiente. Nosotros contamos con un Poder Judicial independiente pero hemos observado, no sin asombro, que desde otros Poderes del Estado han tratado de menoscabar esa independencia de distintas maneras, utilizando presiones de todo tipo, procañadas en sus manifestaciones, agravios personales, en fin, una serie de actitudes con las que han pretendido mancillar el prestigio institucional, pero no lo han logrado, y en ello juega un fuerte papel el tener los cuadros judiciales bien preparados, quienes pueden dar respuestas justas y oportunas. La capacitación ha sido concluyente en ese sentido.

¿Es la capacitación un elemento central para la independencia judicial?

Mire, como dice la cita bíblica, “... y la verdad los hará libres” (*Nota de la Redacción: el entrevistado se refiere al versículo que se encuentra en el Libro de San Juan 8.31-32*), bueno, esa frase es tan cierta como que el “saber” nos aporta “la verdad”, y para eso debemos estar capacitados, hay que trabajar permanentemente en esa materia y allí donde exista una emergencia tiene que estar presente la capacitación. Y yo agregaría más, que a la “verdad” y el “saber” se le debe incorporar el concepto de “humildad”, elemento indispensable a fin de reconocer la absoluta necesidad de capacitarnos; ahí ya tenemos un poderoso tridente que sin lugar a dudas nos hará libres.

¿Cómo se profundiza la independencia judicial?

Haciendo todos los días las tareas a las que nos dedicamos, desde el más encumbrado de los jueces, al más modesto de los empleados, todos somos importantes, desde el presidente el Superior Tribunal de Justicia hasta la señora que todas las mañanas atiende mis requerimientos de mate o café. Y así, seguramente podremos hacer frente a las críticas de las que hablaba anteriormente con la más poderosas de las convicciones, cual es la del trabajo. Hacernos fuerte en sostener cada uno con humildad, pero con mucha firmeza y decisión, nuestros principios. No podemos, no debemos permitir que vuelvan a agraviarnos. Basta con el bastardeo a las instituciones. No pretendo que volvamos al tratamiento de “Vuestra Excelencia”, pero acabemos con el abrazo fácil, con algunas promiscuas relaciones. Basta del tratamiento “familiar” a los jueces. Harry Truman, conocido presidente de los EEUU, dijo al nombrar al Presidente de la Corte Suprema de Justicia de su país “... cuando se nombra juez a un amigo, se pierde al amigo”. Fíjese en la firmeza del concepto, lo excelso está en ser Juez Independiente, y para ello, el político debe comprender que los jueces somos independientes porque ello es la plena garantía de la imparcialidad. Es allí donde nosotros debemos trabajar para profundizar esa independencia.

Sabemos que fue especialmente invitado a participar en un encuentro muy importante de capacitación judicial...

... así es, sucedió apenas fui electo presidente de Reflejar; fui invitado por la Escuela Judicial de Colombia “Rodrigo Lara Bonilla” y la Secretaría General de la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales, para participar de un panel sobre la formación judicial en Iberoamérica. Ese evento se llevó a cabo en el marco de la “VI Asamblea General de la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales: X Años de Integración Académica de la Justicia en Iberoamérica”, que se celebró en Cartagena de Indias (Colombia) el 10 y 11 de octubre del 2011. Me tocó estar junto a colegas de México, El Salvador y Venezuela, en el cual cada uno explicaba el estado de desarrollo que tiene la capacitación en su país. En el caso nuestro, como también estaba presente el representante por la nación argentina, a mi me tocó explicar la actividad que estaban desarrollando las escuelas judiciales de cada una de las provincias argentinas. La inmensa satisfacción fue comprobar una vez más que no estamos alejados del resto del mundo, es



7 —

más, yo creo que a nivel comparativo con muchas naciones latinoamericanas, algunas de nuestras provincias están mejor posicionadas que algunos países; por ejemplo, nuestra provincia del Chubut ya tiene implementado el sistema de videoconferencia en las cinco circunscripciones judiciales que existen en nuestro territorio, es una de las provincias que tiene funcionando a pleno ese sistema, pero a su vez, si comparamos con repúblicas como Uruguay o México, nosotros estamos mejor posicionados en ese esquema. Por lo tanto, lo satisfactorio de la experiencia, lo fue desde el punto de vista de la comparación.

¿Qué tipo de relación mantienen con los demás Poderes del Estado?

La propia de los Poderes del Estado en una República. Yo trato que mi actitud frente a los demás no solo parezca sino que sea en el marco institucional. Yo no conozco la casa del Gobernador, no soy invitado a fiestas que no sean protocolares y, si así fuera, no concurriría porque no corresponde; por supuesto que esto es lo que yo pienso y siento desde siempre. Lástima que en la provincia no tengamos un Código de Ética Judicial, sería interesante.

¿Cuál sería el beneficio de un Código de Ética para el Poder Judicial chubutense?

Mire, la ética es una sola, como la moral es una sola; no podemos hablar de éticas diversas que acomodamos a cada una de las funciones que llevamos adelante y según nos convenga. Hay actividades que no podemos llevar a cabo los jueces y para eso, para que cada uno tenga un conocimiento acabado de los límites de nuestro trabajo; sería muy bueno contar con un código de ética para de ese modo reglamentar específicamente, qué es ético o qué no lo es, en el desarrollo de nuestra delicada función; debemos necesariamente contar con un instrumento deontológico que nos marque claramente todo aquello que podemos hacer, lo que no podemos hacer y sobre todo, lo que no debemos hacer. Para que no suceda lo que tantas veces observamos en el ámbito de la política, que alguien es elegido por el voto popular en representación de un partido y antes de asumir ya se cambió de bando y representa a otra fuerza política. El ejemplo es claro, abunda en todos los ámbitos de los poderes del Estado, no es un delito y no está penado, pero es a todas luces antiético y por cierto que no corresponde ese tipo de proceder, bajo ningún punto de vista.

¿Cómo ve a los medios de comunicación y que estrategias piensa llevar adelante para generar y hacer circular la propia información entre la prensa en general?

A usted le consta que siempre he respetado a la prensa y que estoy absolutamente convencido que los medios de comunicación deben ser nuestra voz, y para ello debemos brindarnos en todo lo que se pueda; es lógico que no voy a hablar de una causa, pero sí de todo lo que hace a la política institucional del Poder Judicial. Me he prestado y lo seguiré haciendo a todas y cuantas entrevistas me han solicitado; he hablado de todos los temas, de política, de economía, del aborto, de la libertad de expresión, de la seguridad, de la actuación de los jueces, del sistema carcelario, en fin, nunca he esquivado algún interrogatorio. La estrategia será la de siempre, estar disponible ante todos y ante cualquier requerimiento y de cualquier medio.

¿Qué opinión tiene sobre la autarquía judicial y cuál sería el beneficio de un instrumento legal de estas características para las Cortes y Superiores Tribunales provinciales?

Sobre este tema ya me he expedido en innumerables oportunidades y -creo- resisto archivos. La Autarquía del Poder Judicial será beneficiosa siempre y cuando se establezcan parámetros muy claros de los ítems que abarque, es decir, el porcentual que se fije, el modo de recaudación y de remisión de los fondos al Poder Judicial, los plazos en los cuales se remitirán esos fondos, la forma de auditar los mismos, y la garantía de mantener el

piso. Yo no pretendo un Poder Judicial rico en una provincia pobre, pero tampoco un Poder Judicial pobre en una provincia rica. Fíjese usted como ha crecido la obra pública en la provincia y me refiero nada más que a las obras que hacen a edificios que -muy necesarios por cierto- son comparables con los del Poder Judicial, por ejemplo la obra de Comodoro Rivadavia, el edificio para la Procuración General y la Defensa Pública en Rawson, entre otros; esas obras han sido virtualmente parada por este gobierno; sin embargo en el mismo período se han realizado, por caso, la Casa de las Leyes o el edificio de la Escuela de Bellas Artes, o el embellecimiento de la calle de la casa de Gobierno, por citar sólo algunos. Y este es otro punto crucial en una Ley de Autarquía, ¿quién se hará cargo de la obra pública?. Lo mismo sobre la fijación de los salarios, creo que habría que derogar todas las leyes que se opongan al manejo de los fondos por parte de la Dirección de Administración a partir de las directivas que se le den desde la cabeza del Poder, y entre otras cosas, está sin dudas la fijación del salario, el que deber salir de la tan ansiada “paritaria gremial”, en donde habrá que discutir todo, desde el horario, la cantidad de horas a trabajar, las licencias, los ingresos y ascensos, los feriados y por supuesto, el salario.

Si respetamos todo esto, bienvenida la Ley de Autarquía, sino, sigamos como hasta ahora, con el déficit presupuestario existente y con la fijación de diversas políticas que marquen los diputados de turno, creando juzgados que ellos piensan que son necesarios, sin dar las partidas presupuestarias para solventar la puesta en funcionamiento, cuestionando -inveteradamente- nuestro presupuesto, poniendo en tela de juicio nuestras necesidades, en fin, desconociendo el principio republicano de la división de poderes.



A LA MEMORIA DE ARTURO ENRIQUE SAMPAY

POR JOSÉ RAÚL HEREDIA: ACADÉMICO CORRESPONDIENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA. EX MIEMBRO DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT.



I. INTRODUCCIÓN

Este año se ha cumplido el centenario del natalicio del doctor Arturo Enrique Sampay. Había nacido en Concordia el 28 de julio de 1911 y falleció el 14 de febrero de 1977 en la ciudad de La Plata.

Muy pocos lo recuerdan, aun en los ámbitos académicos y específicamente del Derecho Público – Político y Constitucional. Desde luego, no es un caso aislado en el país de injusto olvido; en lo que a él se refiere, no puede dejar de mencionarse que debió soportar persecuciones y aun el exilio a causa de su pensamiento que tanto influyó en la Constitución de 1949¹ –a punto de que se lo ha considerado uno de sus redactores principales y fue el miembro informante en la Convención Constituyente- y de sus acciones de adhesiones partidarias². Pero, también, en el seno del propio partido a cuyo ideario adhirió.

Aquí, con la intención de contrarrestar en alguna medida a quienes olvidaron su quehacer científico y omitieron enseñarlo en la cátedra, solo haremos breves referencias a su obra que, hay que adelantar, fue elogiada y enseñada en diversos países del mundo.

1. El jurista. Como recuerda alguno de sus biógrafos, cursó sus estudios universitarios en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, donde se recibió de abogado en 1932, y en la que fue profesor de Derecho Político. Se referencian igualmente las influencias recibidas en medios académicos europeos, como sus estudios de Derecho Público con Dietrich Schindler (discípulo de Herman Heller) en Zurich, o las clases de Filosofía del Derecho en Milán, o su preocupación por participar en cursos sobre los orígenes del capitalismo, como los que dictara Amintore Fanfani. Y hay que destacar, cómo no, su asistencia en París a las clases que dictaba Louis Le Fur en la Sorbona, y a las del filósofo católico, Jacques Maritain.

2. Su obra. La primera obra de trascendencia es un comentario a la Constitución de la Provincia de Entre Ríos de 1933³ –Constitución que, debemos mencionar, influyó, como la de Santa Fe de 1921, en la Constitución fundacional de Chubut (1957)-. Aquella Constitución fue considerada de avanzada entonces⁴ y el trabajo de Sampay puso énfasis en sus progresos respecto de lo que hoy llamaríamos el *derecho constitucional provincial* - acaso siguiendo al recordado jurista riojano Ricardo Mercado Luna-. Como se ha dicho con razón, Sampay comenzaba allí su análisis profundo del derecho constitucional y sus necesarias implicancias políticas.

Sobre esa Constitución, se ha escrito:

La última reforma de la Constitución de Entre Ríos fue sancionada en agosto de 1933 en plena crisis institucional, política y económica nacional e internacional. Después del golpe militar del 6 de setiembre de 1930, en 1931 había asumido la Presidencia de la Nación el General Agustín P. Justo mediante el llamado “fraude patriótico”, el veto de la fórmula radical que lideraba Marcelo Torcuato de Alvear, la anulación de las elecciones de la Provincia de Buenos Aires, el quiebre del comercio internacional y la división internacional del trabajo, políticas keynesianas en Estados Unidos y en nuestro país el Pacto Roca-Runciman, que ratificó la política agroimportadora y liberal en Argentina, triunfante a partir de la batalla de Pavón y que aún tiene plena vigencia.

No obstante ello, despojándose de sus ideologías y mandatos partidarios, redactaron una Constitución para un Estado republicano de Derecho con garantías constitucionales. Algo realmente impredecible desde el punto de vista de la política militante, si tenemos en cuenta que todos -conservadores y radicales antiirigoyenistas- pertenecían socialmente a la clase media alta o clase alta y estaban comprometidos con el régimen político y el modelo económico imperantes en ese entonces. Un verdadero milagro solo justificable a partir del compromiso, que con el futuro exige la labor del convencional constituyente. Y así fue como la reforma de 1933 se caracterizó por su proyección que le permitió convivir con otros tiempos, tener vigencia positiva y ser un instrumento de buen gobierno⁵.

3. Un pensamiento precursor. No pueden obviarse sus obras mayores: *La crisis del estado de derecho liberal-burgués* (1938), *La filosofía del Iluminismo y la Constitución argentina de 1853* (1944), *Introducción a la Teoría del Estado* (1951), *Constitución y pueblo* (1974), *Las constituciones de la Argentina entre 1810 y 1972* (EUDEBA, 1975), *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica* [Abeledo – Perrot, 1965 (1952-4)].

Parece necesario que digamos que antes de que el doctor Sampay conociera al Presidente Juan Perón, escribía ya sobre la dimensión social del Derecho. Por razones naturales del limitado espacio que disponemos, aquí nos referiremos muy brevemente a unos pocos aspectos de su pensamiento.

II. TEORÍA DEL ESTADO

Adelantamos que uno de sus libros más celebrado fue la *Introducción a la TEORÍA DEL ESTADO*⁶. En ella es comprobable desde el inicio la influencia de Hermann Heller: Escribió en el PREFACIO: “Hermann Heller considera la Teoría del Estado como sociología política, la cual tiene como objeto de conocimiento el Estado concreto, que coexiste con su investigador; la Teoría del Estado de Hermann Heller (...) es la más egregia expresión de la línea de pensamiento que viene del romanticismo político alemán, con su consigna de conocer el Estado concreto en su devenir, desde que es realidad contingente y singular. Éste es el objeto de conocimiento que, en nuestra opinión, concierne a la Teoría del Estado, y ubicamos este saber en *la prudencia política arquitectónica*, como la parte cognoscitiva de la realidad política presente que necesita poseer quien obra en ella aplicando los principios normativos de la Ciencia Política...”⁷.

Únicamente recordaremos de esta obra –dividida en dos Libros- estas enseñanzas contenidas en el Capítulo QUINTO (LIBRO SEGUNDO) titulado: “NECESIDAD DE LA TEORÍA DEL ESTADO”, acápite 6: “La Teoría del Estado es el conocimiento sociológico necesario para el estudio

del Derecho Constitucional”⁸ –que él llamaba también Derecho Político-. Explicaba que el conocimiento de la dogmática constitucional requiere la aprehensión del núcleo inteligible de politicidad que posee el ordenamiento jurídico positivo como finalidad intrínseca, y su referencia funcional a la realidad política presente, con lo que se mostrará la necesidad que el estudio del Derecho Constitucional tiene de la Teoría del Estado, cuyo objeto de conocimiento es esa realidad presente. Concluía en que para comprender la Constitución, debe inteligirse su núcleo valioso, la concepción política que la anima.

Y aplicó ese concepto: “Así, por ejemplo, para estudiar el artículo 35 de la Constitución argentina reformada en 1949⁹ (...), o el artículo 37, parágrafo I¹⁰ (...), o los artículos 39 y 40¹¹ (...), el intérprete necesita conocer la concepción política que informa esos preceptos e, igualmente, requiere el conocimiento de la realidad política del liberalismo capitalista que condujo a la explotación del hombre por el hombre, al sometimiento injusto de los trabajadores, a una organización económica en provecho privado de pocos y en detrimento del bien común, pues como solución para esta realidad como aplicación a ella de aquellos principios políticos universales, el legislador dictó las normas referidas”¹².

Acerca de la necesidad de la Teoría del Estado, Sampay escribió una nota¹³, que mereció un comentario destacando éste que para el recordado autor dicha teoría, de acuerdo con la concepción jurídico-empirista de los anglosajones y la escuela formalista alemana, fue concebida como un conocimiento exclusivo del derecho público, radicalmente librado de prejuicios morales, significando con ello que, reducida a filosofía del derecho o a teoría general del Derecho Público afluente al derecho constitucional especial, había perdido sustantividad y autonomía; de tal modo, la Teoría del Estado no tenía necesidad científica o razón de existir. Y por esto mismo fue menester que la doctrina contemporánea replanteara la necesidad de la Teoría del Estado. En dicha nota, Sampay subrayó que las cuestiones del Estado ocupan el primer puesto en las preocupaciones de las multitudes ciudadanas y es cada vez más activa la participación de grupos de gobernados en el gobierno, lo que prueba que la Teoría del Estado ha adquirido una creciente universalización¹⁴.

III. LA CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO LIBERAL-BURGUÉS. NOCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

1. Sampay ya se había ocupado de la crisis del Estado de Derecho Liberal-Burgués en el libro de ese nombre que publicó en 1938, que hemos recordado. A él, le dedicó una extensa nota Ricardo Smith¹⁵, al que calificó de “señero libro”¹⁶. Interesa el elogio: “Los dones espirituales de los cuales está dotado, han convertido a Arturo Enrique Sampay, a través del análisis espectral de su pensamiento, en un vigoroso pensador político, sociólogo auténtico, el más joven de los indagadores de la dimensión que ostenta la peripecia política y jurídica en la cual vivimos...”. Cuanto más, cuando el autor de la nota se permitió, en tramos, discrepar con Sampay y aun atribuirle “ambiciones sistemáticas en las cuales ahoga, algunas veces, a la realidad” que alimentan “errores más atribuibles al defecto capital de la sociología, vista desde el ángulo mental del historicismo, ambicioso éste de la verdad particularista”. Lo que no le impidió afirmar: “Es lo cierto que pocos espíritus sirven, dentro de la variedad de tendencias en las cuales se divide el pensamiento argentino, a establecer la conexión del espíritu científico con el filosófico, como el suyo”. Agregó: “No es posible negarle a Sampay el puesto que le corresponde como investigador documentado del proceso disolutivo del Estado liberal (...) por más que aparezca ingenua –también

extranjera en su tierra cultural- esa invocación de encantos pretéritos, ese anhelo del retorno a un Medioevo de mística pureza, que solo es un pasado imaginativo. Esto no es sino una concesión de Sampay a la solidaridad que impone, en su pecado histórico, la burguesía conservadora de algunas zonas del mundo”.

2. Sampay se ocupó de la noción del Estado de Derecho en una nota que así tituló¹⁷; recordó allí que desde 1832 en que Von Mohl utilizó en su obra *Die Polizeiwissenschaft den Grundsätzen des Rechtsstaates* la palabra compuesta *Rechtsstaat* –Estado de Derecho-, esta locución hizo fortuna en la terminología jurídica que la aplicó con mayor frecuencia, pero sin darle un cuerpo unitario de conceptos, comprendiendo una variedad de nociones dispares. Y puso de manifiesto entonces que, si en los decenios anteriores, a dicha diversidad de acepciones se las encaraba con el tono calmo de las disquisiciones académicas, “en nuestros días, dijo, ante la pretensión de los teóricos de los Estados autoritarios de comprenderlos a éstos como Estado de Derecho”, a su alrededor se suscitan disputas apasionadas. Citó el “inventario metódico de las múltiples acepciones” concretado por el profesor de la Universidad de Pavia, Ferdinando D’Antonio¹⁸ y se detuvo a recordar que aquel profesor ensayó la división en dos amplios sectores, a saber: por una parte, los que resuelven la jurisdicción del Estado desde un punto de vista puramente formal, y por la otra, los que recurren al contenido para delinear su concepto.

Él aseveró, tomando decisiva posición, que el Estado está orientado para servir a los fines del hombre: *el Estado por causa del hombre fue hecho y no viceversa*. Su finalidad “...estriba en salvaguardar la dignidad del hombre, en hacer factible el cumplimiento de sus fines éticos y facilitar su desarrollo cultural”. Y afirmó: “La libertad del Estado de Derecho es esencialmente la libertad del pensamiento, la afirmación de la autonomía espiritual del individuo, generadora de la autonomía política del pueblo”. De allí que se crea un lazo entre el órgano legislativo y la idea del Derecho: “aquél, tiene el deber de orientarse a través de la escala suprapositiva de la idea de Justicia: La libre voluntad del legislador es ligada por el Derecho; él no puede hacer arbitrariamente según su querer, no puede abusar de su voluntad”. De esta sola manera, concluyó, la idea del Estado de Derecho, considerada no solamente desde una posición puramente formal, sino también material, puede ser desarrollada en una forma lógica.

Luego, añadió que el motivo dinámico del Estado de Derecho, el demiurgo de toda su realidad política, lo constituye la democracia, en el concepto de que el pueblo es el sujeto y el soporte del poder constituyente y la fuente exclusiva de donde emana todo poder de que dispone la voluntad colectiva.

En la necesidad de abreviar, nos interesa subrayar este pensamiento de Sampay: “...el pueblo en su condición de sujeto del poder constituyente, actúa como una voluntad inmediata, previa y superior a toda función normada por la Constitución, y que tiene capacidad para autodeterminar su estructura política, reglando el modo de que las autoridades que crea, deben establecer, aplicar y ejecutar el derecho positivo”. “Esta decisión de la voluntad política soberana del pueblo es el cimiento sociológico sobre el cual queda asentado el Estado y que legitima socialmente toda autoridad encargada de garantizar el derecho. El pueblo sigue siendo el demiurgo de todo el acontecer político, la fuerza de dominación ordenadora que se exterioriza multiformemente en su capacidad autodeterminante de la integración social”.

Obsérvese: “En ejercicio de este poder, que es de carácter político y no jurídico, el pueblo puede provocar el quebrantamiento de la Constitución,

así derrocar por la rebelión un gobierno que se ha convertido en tiránico o puede suprimir revolucionariamente un ordenamiento jurídico angustiosamente injusto y que no existe la posibilidad de sustituirlo por los medios legales establecidos en el derecho positivo”.

Puede entenderse en la línea de ese pensamiento la siguiente previsión de la Constitución de Perú –que, antes de la reforma “Fujimori”, nuestro Pablo Ramella, constituyente en 1949 y egregio constitucionalista, llamó *la Constitución de la persona humana*–: “Artículo 46°. Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes. / **La población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional.** / Son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas”.

Aun, la que contempla la Constitución de la Nación Argentina luego de la reforma de 1994: “Artículo 36- Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. / Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. / Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. / **Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este Artículo.** / Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. / El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”.

O su similar artículo 17 de la Constitución de la Provincia del Chubut¹⁹. La Constitución de Catamarca de 1965 ya contenía norma semejante.

IV. LA FILOSOFÍA DEL ILUMINISMO Y LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA DE 1853

Sampay se refirió a este tema en una nota publicada en 1943²⁰. Quien comentó esta nota, citado a pie de página, destacó que para Sampay las distintas opiniones vertidas –las de Alberdi, primero, y en los debates del Congreso Constituyente las de Gorostiaga, Gutiérrez y Seguí– permiten concluir en que las más altas peculiaridades de la modernidad, como el racionalismo y el economicismo burgués, determinaron las afirmaciones culturales de la Constitución de 1853. Y anotó Sampay que los constituyentes de Santa Fe tuvieron el propósito para favorecer el incremento capitalista económico, de recurrir a la inmigración protestante. El espíritu iluminista queda en evidencia en diversas disposiciones, como en el capítulo de las “Declaraciones, derechos y garantías”. Aseveró que, de los diversos pasajes de la Constitución, comparados con la Enciclopedia, permitían afirmar que ella se adaptó al sistema jurídico del *Iluminismo*.

V. LA CONSTITUCIÓN DE 1949²¹

1. Hemos destacado que la preocupación por la dimensión social de Estado Constitucional de Derecho anidaba en Sampay antes de que interviniera activamente en la concreción de la reforma de 1949²².

Aquella concepción sobre la Teoría del Estado, los fines de la Ciencia Política y del Estado de Derecho, así como su concepto de autodeterminación del pueblo, que hemos reseñado en forma muy breve, quedarían reflejados

en la Constitución de 1949, cuya dimensión de Constitución democrática y social muchos han discutido y aun discuten en nuestros días. Tal vez, merezca relacionarse un trabajo de Arturo Sampay que él tituló “*EL ESTADO NACIONAL-SOCIALISTA ALEMÁN*”²³. Solamente mencionaremos aquí – sugiriendo al lector acudir a dicha nota por su relevancia- lo que, en materia de derechos personales, afirmó Sampay: “En la concepción nacional-socialista no queda sitio para el reconocimiento y garantía de los derechos personales...En el Estado nacional-socialista han desaparecido las bases mismas sobre la cual reposa el derecho público subjetivo; así lo reconoce Reinhard Hoehn, actual profesor de la Universidad de Berlín, quien afirma: ‘La totalidad de los teóricos están, por así decirlo, unánimes en reconocer que no puede haber más derecho subjetivo frente el Estado o la conducción realizada por el *Führer*’”.

Recordó: “No nos dejemos engañar –afirma Carl Schmitt, el más autorizado jurista del régimen- por una sofisticada antítesis de política y derecho, de derecho y fuerza; la voluntad del *Führer* es derecho. Su voluntad es hoy el *Nomos* del pueblo alemán”. Y citó todavía al bávaro Hans Frank –Ministro de Justicia del III Reich y quien planeó el derecho nacional socialista: “Nada hay por naturaleza justo e injusto. La naturaleza conoce solamente el derecho del sano, del más fuerte, asegurándole contra toda posibilidad de decadencia por perniciosos influjos de las razas inferiores”.

-N-. Cabe recordar en este punto que Sampay concibió un ensayo –de erudito contenido-, que tituló *Carl Schmitt y la crisis de la Ciencia Jurídica*, el que tuvo por objeto la exposición del pensamiento del autor germano, que le permitió, como él lo destacó, expresar el suyo respecto al mismo asunto. Interesa detenerse en la ADVERTENCIA que hace en el inicio de la edición que citamos aquí²⁴: señala que en 1954 fue impreso por la Facultad de Derecho de La Paz, Bolivia, que tuvo escasísima difusión pues involuntariamente se destruyeron la mayoría de los ejemplares impresos. Y, antes, en 1952 se frustró una edición a punto de aparecer en el país.

Dijo Sampay: “Pienso que si este trabajo hubiera sido más conocido, algunos juristas del Río de la Plata no habrían cometido el error de identificar la concepción política y jurídica de Carl Schmitt con el sistema de ideas del que soy adepto. Por cuanto mi aceptación del derecho natural me coloca más lejos de Carl Schmitt que a ellos, con su relativismo filosófico jurídico; relativismo filosófico jurídico que es un público taparrabos para ocultar lo que el autor germano exhibe desnudamente, esto es, que al ser rechazado el derecho natural –como estos relativistas y aquel *decisionista* lo hacen- no queda más derecho que el derecho positivo y, por ende, el criterio de lo justo lo establecen los hombres que ejercen el poder político. ¡La vieja falsía que sirvió a Creón para sacrificar a Antígona! ¡Pero las ideas expresadas por Antígona, afirmando la objetividad de lo justo natural, siguen sosteniendo a nuestra civilización!”.

Y, ya en la Introducción de la importante materia que trata, destacó: “Desde nuestro inicio, los juristas de mi generación cuando hemos querido trabajar con el pensamiento contemporáneamente vigente, tuvimos a la vista, y debimos decidirnos a transitarlos –como quien tiene una montaña cubriéndole el horizonte-, a Hans Kelsen y Carl Schmitt. Frente a ellos, asumimos una postura informada por una de las dos posiciones radicales en que se divide el pensamiento jurídico contemporáneo. Están a favor del positivismo logicista o decisionista de Hans Kelsen y Carl Schmitt, respectivamente, los que aceptan como único *derecho* el *derecho positivo* establecido por una instancia gubernativa competente; y nos oponemos a él, develando su falsía y los aniquiladores efectos que tiene para la dignidad

y la libertad humanas, quienes, manteniéndonos fieles al pensamiento clásico de Occidente, aceptamos que el derecho positivo no es sino la aplicación, a una circunstancia histórica, de un derecho metapositivo innato en la naturaleza del hombre, especificada por su condición de animal racional y político”.

Y culminaba esa Introducción en estos términos: “En resumen, la cuestión que se plantea es la siguiente: el Estado, ¿tiene condicionamientos metaconstitucionales en su creación del derecho positivo?; en caso de tenerlos, ¿de qué índole son?”.

El ensayo, precisamente, se ocupa de procurar las respuestas desde diversas posturas científicas del Derecho, con profundo conocimiento del pensamiento filosófico: “De las tornadizas ideas de Carl Schmitt sobre este asunto nos ocuparemos en el presente ensayo”, aseveró.

Conviene todavía citar lo: “Dado, entonces, que la eliminación del derecho natural acarrió la crisis de la ciencia jurídica, y con ella la crisis de la conciencia jurídica de Occidente, la solución reside en la restauración del derecho natural, pues, como decía Aristóteles en la *Política*, ‘si conocemos las causas de la destrucción de las civilizaciones conocemos también los medios para conservarlas, pues los contrarios producen efectos contrarios, y la destrucción es lo contrario de la conservación’”²⁵.

2. Arturo Sampay escribió un erudito estudio preliminar a la Recopilación de las constituciones de la Argentina (1810/1972), obra ya citada, de enorme valía.

Rescatamos estos tramos que explican la génesis y contenidos de la Constitución de 1949: “El ciclo oligárquico abierto con el derrocamiento de Yrigoyen el 6 de septiembre de 1930, se cierra con el alzamiento militar del 4 de junio de 1943, cuyo programa era instalar las industrias pesadas como medio para obtener la independencia económica, y se remacha dicho cierre del ciclo oligárquico con la insurgencia popular del 17 de octubre de 1945 dirigida a defender el progreso de la justicia social...”. “Este triunfo de los sectores populares allanó el camino para imponer la reforma constitucional del 11 de marzo de 1949”.

Sintetizó así los propósitos de esa reforma: 1) hacer efectivo el predominio político de los sectores populares mediante la elección directa del presidente de la república y la posibilidad de reelección del presidente; 2) estatizar los centros de acumulación y de distribución del ahorro nacional, las fuentes de los materiales energéticos y los servicios públicos esenciales; 3) estatizar el comercio exterior; 4) asignar a todos los bienes de producción la función primordial de obtener el bienestar del pueblo; 5) generalizar la enseñanza, absolutamente gratuita y conferir becas a alumnos y asignaciones a sus familias; 6) regionalizar la enseñanza de las universidades, a fin de vincular dicha enseñanza a la producción de las respectivas zonas geoeconómicas del país; 7) estatizar las Academias a fin de que ellas se ocupen de la alta investigación científica, necesaria para que el país posea una industria moderna independiente; 8) hacer que el Estado fiscalice la distribución y la utilización del campo e intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva”.

Citamos por último, de ese estudio preliminar: “Mientras rigió la Constitución de 1949, el sabio jurista Tomás D. Casares elaboró, en su carácter de ministro de la Corte Suprema, la jurisprudencia que al otorgar prevalencia a la justicia del bien común sobre los derechos adquiridos en los cambios conmutativos siguiendo los preceptos de la nueva Constitución,

supera la concepción del liberalismo económico que informó siempre, en lo esencial, a la jurisprudencia del alto tribunal...”. Citó uno de los fallos de entonces, que se registra en el tomo 208:497.

Culminamos este acápite con esta otra cita, tomada del Informe del Despacho de la Mayoría de la Comisión Revisora de la Constitución, efectuado por Arturo Sampay en 8 de marzo de 1949: “...la reforma asienta la vida económica argentina sobre dos conceptos fundamentales que son su alfa y omega, a saber: el reconocimiento de la propiedad privada y de la libre actividad individual, como derechos naturales del hombre, aunque sujetos a la exigencia legal de que cumplan su función social; y los principios de la *justicia social*, usados como raseros para medir el alcance de esas funciones y que, al contender dentro de sus justos límites la renta del capital y las ganancias de la actividad económica, han hecho necesario restablecer, con alcurnia constitucional, la ilegitimidad de la usura en la amplia acepción de este instituto, cuya permisión moral provocó, en el crepúsculo de la Edad Media, la aparición del capitalismo moderno, del que es el alma”.

No descuidamos que aquella Constitución generó desde sus orígenes fuertes debates y ellos se prolongan hoy, aunque ya no rija. Tampoco el partido que la erigió, de regreso al poder, intentó siquiera volver a ella. Superando debates y controversias, creemos posible destacar a lo menos que la dimensión social de nuestro Derecho Constitucional –Nacional y provincial- es un hecho innegable y un contenido definitivamente adquirido en el texto y en las miras –como valores superiores- de nuestras normas mayores.

Citamos específicamente la llamada nueva cláusula del progreso, entre las atribuciones del Congreso que la Constitución enumera:

“19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. / Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. / Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales./ Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.

Notas:

¹ Abrogada por un bando militar, llamado PROCLAMA DEL GOBIERNO PROVISIONAL DE LA NACIÓN, fechado en Buenos Aires en 27 de abril de 1956. De paso, esa proclama declaró vigentes las constituciones provinciales anteriores a las sancionadas en consonancia con la de la Nación de 1949.

² Debemos destacar que diputados y senadores han presentado distintos y coincidentes proyectos para rendir homenaje a Arturo Sampay y aun declarar este su año: “Declarase al año 2011 como el ‘Año de homenaje a Arturo Sampay’”, dice el artículo 1° de uno de ellos.

³ Sancionada el 18 de agosto de 1933.

⁴ Pueden recordarse algunas de sus previsiones: De la SECCIÓN II, RÉGIMEN ECONÓMICO Y DEL TRABAJO: “ARTÍCULO 42 – (El Estado) Reglamentará por leyes especiales las condiciones de trabajo de los obreros y empleados residentes en la Provincia. / Reglamentará especialmente: / a) La jornada y seguridad del trabajo con relación a la exigencia de la vida higiénica y a las condiciones del trabajo industrial y de las faenas agropecuarias. / b) Los seguros y el socorro mutuo en caso de enfermedad, maternidad, muerte, niñez desvalida, vejez o invalidez. / c) Las otras formas de previsión y asistencia social. / d) El salario mínimo para los obreros del Estado, el que se fijará en base al costo de la vida. / e) La inembargabilidad del hogar de familia. / f) El fomento de la construcción de viviendas higiénicas, con el concurso del Estado, sea en forma de desembolsos directos, de otorgamiento de créditos o garantías o de liberación de gravámenes. / g) El asociacionismo gremial, debiendo fomentarlo y orientarlo. / h) El funcionamiento de tribunales de arbitraje, de los que formarán parte representantes de asociaciones patronales y gremiales, legalmente autorizadas, para resolver los conflictos suscitados entre patrones y obreros”. / “ARTÍCULO 44 - Toda enajenación de los bienes del fisco o del municipio, compras y demás contratos susceptibles de licitación se harán en esta forma y de un modo público, bajo pena de nulidad y sin perjuicio de las responsabilidades emergentes”. En el RÉGIMEN ELECTORAL, el artículo 47 en una de sus disposiciones anticipaba lo que después sería un derecho y una obligación: “...3° El reconocimiento del derecho de sufragio a la mujer, en el orden provincial o municipal, o en ambos a la vez, podrá ser hecho por la Legislatura con carácter facultativo u obligatorio”. Y esta previsión, en el mismo artículo 47, inciso 4°, párrafo segundo, que nos parece muy actual para nosotros hoy, y que entonces tendría que ver con el fraude generalizado –fraude patriótico–: “...A pedido de cualesquiera de los partidos políticos y dentro del plazo que la ley señale, en toda clase de elecciones, se convocará a nueva elección, en las mesas no constituidas o anuladas, cuantas veces sea necesario, hasta que haya una elección válida”. Y estas dos normas, que se repetirían con más énfasis aun en la Constitución de Chubut de 1957, en materia de régimen municipal que nosotros hemos subrayado destacando que ella consagra una autonomía en base a la autarcía o soberanía de recursos [V. nuestra Tesis Doctoral, EL PODER TRIBUTARIO DE LOS MUNICIPIOS]: “ARTÍCULO 187 - Las Municipalidades tendrán rentas y bienes propios, siendo exclusiva su facultad de imposición respecto de personas, cosas o formas de actividad sujetas a jurisdicción municipal, la que ejercerá conforme a su Ley Orgánica y con las limitaciones que ella establezca, respecto de sus bases o para impedir se sancionen gravámenes incompatibles con los nacionales o provinciales. / ARTÍCULO 188 - Dispondrán también como recursos, de los impuestos fiscales que se perciban en su jurisdicción, en la proporción que fijará la ley”.

⁵ Marciano Edgardo Martínez.

⁶ V. Ediciones POLITÉIA, Bs. As., 1951. Puede requerirse en la Biblioteca Mayor de la Universidad Nacional de Córdoba con la siguiente referencia:

320.01/V/32/B 106.

⁷ P. 9.

⁸ P. 502.

⁹ Art. 35- *Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre configuran delitos que serán castigados por leyes.*

¹⁰ *Dentro del Capítulo III, Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura.*

¹¹ Art. 39 - *El capital debe estar al servicio de la economía nacional y tener como principal objeto el bienestar social. Sus diversas formas de explotación no pueden contrariar los fines de beneficio común del pueblo argentino.*

Art. 40 - *La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social. El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución. Salvo la importación y exportación, que estarán a cargo del Estado, de acuerdo con las limitaciones y el régimen que se determine por ley, toda actividad económica se organizará conforme a la libre iniciativa privada, siempre que no tenga por fin ostensible o encubierto dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia o aumentar usurariamente los beneficios. / Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptible e inalienable de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias. / Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaran en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine. / El precio por la expropiación de empresas concesionarios de servicios públicos será el del costo de origen de los bienes afectados a la explotación, menos las sumas que se hubieren amortizado durante el lapso cumplido desde el otorgamiento de la concesión y los excedentes sobre una ganancia razonable que serán considerados también como reintegración del capital invertido.*

¹² P. 507.

¹³ *V. Revista de la Universidad de Buenos Aires, t. VI, núm. 2, abril-junio de 1946, p. 233.*

¹⁴ *V. M. L. A. W., en Rev. La Ley, t. 44, Sec. Revista de Revistas p. 1235.*

¹⁵ *A la sazón Profesor de Historia del Derecho Argentino en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, Miembro del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social.*

¹⁶ *V. Rev. La Ley, t. 28, Sec. Bibliografía, pp. 1139-1148.*

¹⁷ *V. NOCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO, en Rev. La Ley, t. 14 (1939), Sec. doct, pp. 64-69.*

¹⁸ *Citó: "Stato di Diritto, en Revista di Diritto Pubblico", aprile 1938, fasc. IV, p. 199-222.*

¹⁹ **ARTÍCULO 17.-** *En ningún caso el Gobierno de la Provincia puede suspender la observancia de esta Constitución, ni la de la Nación ni la vigencia efectiva de las garantías y derechos establecidos en ambas. / Esta Constitución no pierde vigencia aun cuando por acto violento o de cualquier naturaleza se interrumpa su observancia. / En caso de ruptura del orden constitucional, cualquiera que ejerza funciones legítimas, es considerado usurpador y queda inhabilitado a perpetuidad para ocupar cargo o empleo público alguno, en la Provincia o sus municipios. sus actos son insanablemente nulos. A los fines previsionales, no se computa el tiempo de sus servicios ni los aportes que, por tales conceptos, realice. Cualquier disposición adoptada por las autoridades en presencia o a requisición de fuerza armada o reunión sediciosa que se atribuyan los derechos*

del pueblo, es nula de nulidad absoluta. / Es deber de todo ciudadano contribuir al restablecimiento del orden constitucional y sus autoridades legítimas. / Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador ni a quienes asumen funciones en violación de los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen. Tampoco rige en tal caso el principio de obediencia debida a los superiores ni a quienes se atribuyen el mando. A todos los efectos penales y procesales, se consideran vigentes hasta la finalización del período para el que fueron elegidos, los fueros, inmunidades y privilegios de los funcionarios constitucionales. En consecuencia son nulas de nulidad absoluta todas la condenas penales, civiles, administrativas y accesorias que se dicten en contravención a ésta norma. / Se considera que atenta contra el sistema demográfico todo funcionario público que cometa delito doloso en perjuicio del Estado, quedando inhabilitado a perpetuidad para desempeñarse en el mismo, sin perjuicio de las penas que la ley establece”.

²⁰ V. *Ortodoxia*, Buenos Aires, 1943, núm. 4, p. 324, con nota de L. C. G., en *Rev. La Ley*, t 33, Sec. revista de revistas, p. 986.

²¹ Puede recordarse “El espíritu de la reforma constitucional en la República Argentina”, que Sampay escribió: *V. Cahiers de Législation et de Bibliographie Juridique de l’Amérique Latine*, París, año II, núms. 7 y 8a. octubre-diciembre de 1951, p. 9 [citado en *Rev. La Ley*, t. 69, Sec. Revista de Revistas, p. 845].

²² Para dar aquí un solo ejemplo, remitimos a “La publicación de las leyes y la divulgación de las leyes obreras”, en *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, julio de 1946, p. 337, citado en *Rev. La Ley*, t. 43, Sec. Revista de Revistas, p. 1211.

²³ V. *Rev. La Ley*, t. 18 (1940), Sec. doc., pp. 140-147.

²⁴ *Abeledo - Perrot*, Bs. As., 1965. Puede solicitarse como B7046 en la Biblioteca del Congreso de la Nación.

²⁵ P. 75.



A PROPÓSITO DE UN REQUISITO CONTENIDO EN LAS ACORDADAS 4/2007 DE LA CSJN, Y 3821/09 DEL STJCH.

POR EDGARDO RUBÉN HUGHES: FUE JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA, MINISTRO Y PTE. DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CHUBUT. EX-CONVENCIONAL CONSTITUYENTE EN LA REFORMA PROVINCIAL DE 1994 Y PRESIDENTE DE SU COMISIÓN REDACTORA. PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL. HA CURSADO UN POSGRADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL EN LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, ESPAÑA. HA DICTADO CONFERENCIAS EN NUMEROSAS JORNADAS Y CONGRESOS VINCULADOS A LAS CIENCIAS JURÍDICAS. ES AUTOR DE NUMEROSOS ARTÍCULOS PUBLICADOS EN MEDIOS ESPECIALIZADOS, ENTRE OTROS LA LEY Y EL DERECHO.

1º) El relato de los hechos relevantes de la causa como requisito de la autonomía del recurso extraordinario federal y de casación. Su supresión en símil y antecedente de EEUU.

Que el reglamento para la interposición del recurso extraordinario federal, y la interposición de la queja por denegación del recurso extraordinario federal, generado a partir de la acordada 4/2007, y su correlato provincial, la acordada 3821/09 del STJCH, para los recursos extraordinarios locales y de queja, han previsto una serie de recaudos de naturaleza formal, en línea con su tradicional jurisprudencia, tanto en el orden federal, como el local, vinculados, en lo que aquí interesa con un aspecto sustancial que hace a la fundabilidad de los recursos, es decir el relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso (artículo 3º, inciso b, acordada 4/2007), con independencia de la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión recurrida (inciso d).

De modo tal, que siguiendo la tradicional descripción doctrinaria y jurisprudencial, la pieza procesal se debe autoabastecer, más aún que su sola lectura resulte suficiente para la comprensión del caso, sin necesidad de recurrir a otra documentación, editando el art. 10º, que tal fundamentación no podrá suplirse mediante la simple remisión a lo expuesto en actuaciones anteriores, ni con una enunciación genérica y esquemática -lo que agudiza el recaudo- que no permita la cabal comprensión del caso.

Conforme el art. 11, la falta de satisfacción de alguno o algunos de los recaudos para la interposición de ambos recursos, o la satisfacción en modo deficiente, permite a la corte desestimarlos mediante la sola mención de la norma reglamentaria pertinente.

Pero por esta vía reglamentaria, y mediante el mismo art. 11, in fine, se reservan el órgano nacional y el provincial, la facultad librada “a su sana discreción” de obviar algún incumplimiento cuando no constituya un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la pretensión recursiva. No es ocioso analizar, por un lado la virtud de haber generado un mecanismo que le permita admitir formalmente el recurso, pero de otro lado no deja de constituir un enigma dotado de no poca ambigüedad el determinar en que consiste a estas alturas, y después de tan cerrada reglamentación, “**la sana discreción**”, si bien no dejo de tener en cuenta que tal descripción, y tal aptitud jurisdiccional, se viabilizará en tanto el incumplimiento no constituya un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la pretensión recursiva, lo que genera una nueva ambigüedad que puede prestarse a un ejercicio no siempre igualitario de tal aptitud discrecional, y también cuando un incumplimiento no constituye un obstáculo insalvable.

De modo tal, que desde el ejercicio real de la profesión es necesario que los recurrentes y también las asociaciones que nuclean a profesionales,

observen la evolución de los recaudos que podemos denominar como obstativos, cuando, valga la redundancia, obstan al recurso, conforme la génesis de la reglamentación y la evolución de las circunstancias excepcionales que permiten a los órganos jurisdiccionales cimeros, salvar con su sana discreción tales impedimentos. Va de suyo, que el acceso a la jurisdicción en general, y a las instancias extraordinarias en particular requieren dotar de la necesaria aptitud técnica a quienes utilizan tales vías, pero colocándolos a cubierto de recaudos que no pocas veces pueden ser suplidos con la compulsión de una pieza de un expediente.

Tampoco, aunque pueda mediar apresuramiento en el análisis, especialmente por la no larga vigencia de las denominadas normas reglamentarias, si en algún punto no se avanza más allá de lo reglamentario, y se penetra en la materia estrictamente procesal, ajena a la competencia judicial y propia de los órganos legislativos provinciales, o federales, debiendo recordarse que el art. 18 de la ley 48 es la fuente de la competencia reglamentaria de la CSJN, y que sólo autoriza este tipo de reglamentaciones **“con tal que no sean repugnantes a las prescripciones de la ley de procedimientos”**.

En tal sentido, Alberto F. Garay en “Como interponer un recurso extraordinario federal y su queja a partir de la acordada”, en la página 7, edición de 2010, dice textualmente **“Si volvemos nuestra mirada a la regla 2 d) veremos que la incompatibilidad de la sanción allí prevista con relación a la que trae el art. 257 del CPCCN, es manifiesta. Ergo debe primar la previsión de este último artículo.”** -La regla 2 d) refiere al contenido de la carátula, relacionado con el domicilio constituido por el presentante en la capital federal -mismo Garay, pag. 164-

Como tampoco puede ocultar en estas reflexiones, de un lado que a pesar que lo que se lee esporádicamente, median sustanciales diferencias entre las formas y tiempos de interposición de nuestro recurso extraordinario federal y su antecedente de los EEUU.

Por caso el *writ of certiorary* debe ser interpuesto en un plazo de 90 días, mientras el extraordinario federal y local deben ser interpuesto en 10 días, y el recaudo de “fundamentación autónoma” contenido en la sección 25 de la Judiciary Act, que es la base de nuestro art. 15 de la ley 48, fue eliminado de su texto en el año 1867, es decir cuatro años después de sancionada la ley 48.

También debe recordarse, sin dejar de tener en vista la sobrecarga de tareas del órgano cimero, que no es exacto que la Corte Norteamericana resuelva menos de 100 causas por año, en rigor resuelve más de 9.000 causas, si bien rechaza lacónicamente, sin fundamento, la mayoría, y sólo se expide fundadamente en alrededor de 100, cifra que puede incrementarse si en esa cuenta se computan las llamas memoranda decision, las summary affirmans, etc. (Alberto Garay, suplemento extraordinario constitucional, La Ley, agosto de 2010, páginas 25 y siguientes).

También debe recordarse la diferencia existente entre las facultades reglamentarias de la Corte, y el desarrollo por el Tribunal Constitucional Alemán del concepto de autonomía procesal vinculado con la aptitud que en materia procesal asume ante falencias de la ley reguladora del Tribunal Constitucional Federal, por un lado, y por otro la insuficiencia de los métodos tradicionales de integración jurisdiccional del derecho para dar una respuesta adecuada a las especialidades de la jurisdicción constitucional. Así, cuando tales métodos resulten insuficientes, puede trascenderlos y realizar una configuración más libre de su derecho procesal. Configuración procesal que puede estar especialmente delegada por la ley, o conectada con el objeto del proceso. (Rodríguez Patrón, Patricia, La autonomía procesal del Tribu-

nal Constitucional”, Editorial Thompson, páginas 15 y siguientes, Madrid, 2003).

De otro lado, volviendo a la aptitud reglamentaria del STJCH la misma surge sustancialmente, aunque no únicamente, de lo dispuesto por el art. 178, inciso 3°, de la Const. Prov.

2°) Su mención específica en la acordada al regular los requisitos de la casación, pero no de la queja. Criterio del STJCH.

Mas como la presente reseña esta enderezada a analizar uno de los aspectos vinculados con el recurso extraordinario local y su reglamentación, específicamente al relato de los hechos relevantes como requisito propio de la autosuficiencia del mismo, a diferencia del art. 3°, no aparece indicado expresamente en la acordada provincial cuando regula la queja y por ende tampoco en la nacional, lo que no es óbice para entender, como se ha hecho doctrinaria y jurisprudencialmente, que por hacer a la estructura basal de la fundabilidad, su inclusión resulta ineludible, más aún si tenemos en cuenta, como se dijo, que la fundamentación del recurso, agregamos también de la queja, no puede suplirse mediante remisiones o enunciaciones genéricas o esquemáticas que no permitan la cabal comprensión del caso.

En tal sentido, el STJCH en la **sentencia Nro. 61 S.R.E./2010 del 9 de agosto de 2010**, al analizar los antecedentes de la causa señaló expresamente que el recurrente **“no relata los hechos relevantes de la causa”**, agregando en el considerando 2° a modo de advertencia que la Acordada que dictó no exime a los recurrentes de relatar en forma clara, sintética, y razonada, los hechos relevantes de la causa, para dotar a sus remedios de la pertinente autonomía.

Y en la sentencia Nro. 01/S.R.E./2011 del 20 de enero de 2011, abundó en la cuestión, especificando en el considerando 1° que esa falta de autonomía del recurso importaba el incumplimiento a la Regla N° 10 de la Acordada N° 3821/09.

23 —

3°) Amplitud del requisito y subjetividad, consideraciones sobre su desarrollo cuando el juicio es complejo o de larga data, y el consiguiente detrimento en la extensión del desarrollo de los demás requisitos de la acordada (principalmente en el rubro correspondiente al cuestionamiento de los fundamentos de la sentencia recurrida).

Respecto de la acordada nacional y sus similares, la posición mayoritaria, hasta donde hemos visto, la ha evaluado positivamente, pero también ha de tenerse en cuenta que también se ha dicho **“Que las características que debe respetar todo escrito de interposición del recurso extraordinario, su contestación, y el recurso de queja, constituyen un esquema rígido, riguroso, y en ocasiones ambiguo para quien debe redactar un escrito de este tipo.”** (Garay).

Como también ha dicho el mismo autor, que puede ser un carga excesivamente rigurosa en aquellos casos difíciles, complejos, de larga extensión, contando además para ello con el escaso plazo de 10 días hábiles para el recurso extraordinario, y 5 para la queja, a lo que ha de sumarse la excesiva limitación física que acota la realización del recurso, en 40 y 10 páginas respectivamente, y en ambos casos 26 renglones por página.

4°) La vinculación de ese requisito y sus posibles efectos adversos con la garantía al debido proceso adjetivo y al acceso a la jurisdicción. Derecho a un recurso efectivo.

Pero fundamentalmente cabe preguntarse, y en no pocos casos ocurrirá, que se oblitere el derecho al recurso y en consecuencia, al debido proceso

adjetivo, con las consecuencias que de ello se derivan, cuando la tendencia debe estar enderezada al avance progresivo de las garantías procesales, lo que además debe observarse a la luz de los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a modo de ejemplo lo que tiene dicho en el caso Cantos vs. Argentina:

52. El artículo 25 de la Convención también consagra el derecho de acceso a la justicia. Al analizar el citado artículo 25, la Corte ha señalado que éste establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley¹. La Corte ha señalado, asimismo, en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”², y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad³, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido⁴. **Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.”**

Notas:

¹ Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. *Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 111*; Caso del Tribunal Constitucional, *supra nota 8, párr. 89*; y Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (*arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos*). *Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 23*.

² Caso Cantoral Benavides. *Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 163*. Cfr. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin, *supra nota 5, párr. 163*; Caso Durand y Ugarte. *Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 101*; y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). *Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 234*.

³ Cfr., Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, *supra nota 5, párr. 186*; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra nota 96, párrs. 111-113*; y Caso del Tribunal Constitucional, *supra nota 8, párr. 90*.

⁴ Cfr., Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra nota 96, párr. 112*; Caso Ivcher Bronstein. *Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 134*; y Caso del Tribunal Constitucional. *Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 90*. En igual sentido, vid. Eur. Court H.R., Keenan v. the United Kingdom, Judgment of 3 April 2001, *para. 122, 131*.





APUNTES SOBRE DERECHO, LENGUAJE Y LITERATURA (II)

POR DANIEL LUIS MARÍA PINTOS: JUEZ DE LA CÁMARA EN LO PENAL DE COMODORO RIVADAVIA.
MIEMBRO DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LA ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL.

Este trabajo pretende ser una continuación, tal como puede apreciarse ya desde su título, de uno anterior publicado en El Reporte N° 16 del mes de diciembre de 2007, en el cual, mayormente, se había procurado llamar la atención sobre la importancia que la filosofía del derecho le ha dado a los vínculos entre el discurso jurídico y el discurso literario -por caso, a través de autores nacionales como Cárcova y Marí, quienes se ocuparon de “los posibles enlaces entre el derecho y la literatura”, o de la construcción de “un puente” (y no solo una pasarela) entre ambos, procurando de este modo afianzar la influencia recíproca entre estos “dos polos de una conexión presunta”-. Para ello, se trabajó sobre todo con las analogías en el proceso de producción discursiva del derecho, por una parte, y de la literatura, por el otro.

En el presente, se intentará profundizar en los conceptos de interpretación y aplicación de normas jurídicas, como modelo de una tarea hermenéutica. Básicamente, se sigue en este análisis el estudio de Hans-Georg Gadamer (autor también citado en el trabajo anterior) titulado: “Texto e interpretación” (1984), publicado en “Verdad y método II”, tercera edición, Ediciones Sígueme-Salamanca 1998, págs. 319 y ss..

I. Resulta innumerable la cantidad de veces que hemos leído, por ejemplo en los fallos de la CSJN y Superiores Tribunales de provincia, que “la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de su **texto**”; o bien que, cuando aquella (la ley) “no exige esfuerzo en su hermenéutica debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso **expresamente** contempladas por la norma”. También se sostiene, respecto a dicha “letra”, que “las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero sentido, en el que tienen en la vida diaria”; y en algunos casos se afirma que, cuando un “**enunciado** normativo” contiene una regla semánticamente **autosuficiente**, “exenta de vaguedades o ambigüedades que lleven a confusión”, entonces la gramaticalidad de la norma perjudica una interpretación distinta “y se erige en vallado insalvable que impide la apelación a todo otro canon de interpretación”.

Si bien estos criterios jurisprudenciales parecieran mostrar una preferencia por el método de interpretación literal, no puede obviarse que en tantas otras oportunidades, o más inclusive, también las decisiones judiciales han llamado la atención sobre la necesidad de que la tarea interpretativa se haga “armónicamente teniendo en cuenta **la totalidad** del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de reigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común,

tanto de la tarea legislativa, como de la judicial”; de lo que se desprende que “no es siempre método recomendable, el atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que **el espíritu que las nutre** es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional, que avenge el riesgo de un formalismo paralizante”, por lo que se prescribe “buscar en todo tiempo una valiosa interpretación de lo que las normas, jurídicamente, **han querido** mandar”, a fin de evitar las soluciones disvaliosas “pudiéndose arbitrar otras de mérito opuesto”.

En esta última línea, y a título meramente ejemplificativo, también se sostiene más ampliamente, que la interpretación de la ley “debe dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por **el todo normativo**, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias notoriamente disvaliosas”.

Tal como lo ha expuesto Hart –en “El concepto de derecho”-, la legislación y también el precedente judicial se caracterizan por tener una “textura abierta”, de manera que en algún momento de su aplicación las pautas o criterios de conducta que comunican, resultarán ser “indeterminadas”, ya que la técnica legislativa utiliza términos generales del lenguaje humano, y siempre hay un punto donde puede dudarse si el caso se encuentra o no comprendido en la norma. A su vez, ello llevará a que el intérprete o el juez deba hacer uso de la discreción, en el sentido que elige o decide incluir o excluir un caso nuevo en la norma que contempla casos generales, elección que no puede ser arbitraria, ni irracional.

El interrogante que formulamos, entonces es: ¿en qué medida la interpretación jurídica depende del texto a aplicar?; y, si en los casos en que se aparta del mismo, ¿se corre el peligro de desconocerlo o inobservarlo?. Vemos que Gadamer nos ilustra acerca de la importancia de este tema, que los problemas de la hermenéutica tuvieron “su primer origen en ciertas ciencias, especialmente la teología y la jurisprudencia”; como asimismo, que la comprensión y la interpretación “afectan a la relación general de los seres humanos entre sí y con el mundo”, por lo cual la capacidad de comprensión es una “facultad fundamental de la persona que caracteriza su convivencia con los demás y actúa especialmente por la vía del lenguaje y del diálogo”.

II. En este marco de análisis, el concepto de “texto” ha pasado a constituir un desafío peculiar, ya que durante el siglo XX se convirtió en algo más que un objeto de investigación literaria; como así también la interpretación devino en algo más que la técnica de la exposición científica de los textos. Ambos conceptos (texto e interpretación), explica Gadamer, “han modificado radicalmente su rango en nuestros esquemas mentales y en nuestra concepción del mundo”. El avance metodológico consiste en que el texto se entiende ahora como “un concepto hermenéutico”, lo que significa que no se contempla desde la perspectiva de la gramática y la lingüística, es decir, como “producto final”; sino que desde la perspectiva hermenéutica – que es la perspectiva de cada lector- el texto es un mero producto intermedio, una fase en el proceso de comprensión.

Haciendo una comparación con el “diálogo vivo” (en el sentido de: no escrito), en el que se trata de buscar las palabras justas, como así también acompañarlas del énfasis y el gesto adecuados para hacerlas asequibles al interlocutor; del mismo modo, en el texto, la escritura debe abrir “un

horizonte de interpretación y comprensión que el lector ha de llenar de contenido”. Resulta entonces que escribir es “algo más que la mera fijación” de lo dicho, ya que si bien es cierto que dicha “fijación escrita” remite siempre a “lo dicho originariamente”, debe también mirar hacia adelante, porque “lo dicho” se dirige siempre al consenso y tiene en cuenta al otro.

Decíamos que en la hermenéutica es muy relevante “la perspectiva de cada lector”, y esto es así porque siempre a la tarea del escritor corresponde la del lector, destinatario o intérprete, de lograr esa comprensión; es decir, de hacer “hablar de nuevo” al texto fijado. La información no es entonces lo que el hablante o el escribiente dijo originariamente, sino lo que habría querido decir si yo hubiera sido su interlocutor originario; por eso es que sostiene Gadamer que un texto no es un objeto dado, sino una fase en la realización del proceso de entendimiento.

El autor citado subraya que este fenómeno “general”, se puede comprobar con “especial claridad” en la codificación jurídica, y paralelamente en la hermenéutica jurídica, lo que lo conduce a declarar que esta última ejerce una especie de función “modélica” en la materia. En efecto, por un lado, la invocación del texto (legal) nos remite a “lo consagrado” como derecho, y es de gran utilidad para despejar o evitar discusiones por la pretensión de validez inherente a la legislación; pero, a su vez, la ley en tanto estatuto o constitución necesita siempre de la interpretación para su aplicación práctica, lo que significa que toda aplicación “lleva ya implícita la interpretación”.

Gadamer aprecia que, en el ámbito jurídico, aparece con “claridad ejemplar” hasta qué punto la redacción de un texto hace referencia siempre a una interpretación, es decir a una aplicación correcta y razonable. De este modo, tanto en el caso de la interpretación jurídica, como en otros ámbitos (v.g. la traducción), la interpretación como el texto mismo se inserta en la realidad del entendimiento; tal como lo explica el origen de la voz *interpretar*, que equivale a “hablante intermediario”, dado que la función originaria del intérprete era mediar entre interlocutores de diferentes idiomas, y unir con su discurso “mediador” a los que están separados.

En el caso de la traducción, es posible así traspasar la barrera del idioma extranjero, y lo mismo ocurre en la propia lengua, cuando aparecen “obstáculos de comprensión”: el intérprete debe superar ese “elemento extraño” que impide la inteligibilidad de un texto, haciendo de mediador cuando el texto (discurso) no puede realizar su misión de ser “escuchado y comprendido”. El discurso del intérprete no es un texto, sino que “sirve a un texto”. Una vez alcanzada dicha comprensión, pareciera en principio que el intérprete “desaparece”, pero no es tan así porque su aportación en el modo de “escuchar el texto”, no desaparece totalmente; sino que su aporte se ha incorporado al texto, porque como ya lo habíamos precisado al comienzo, su ayuda a la comprensión no se limita al plano lingüístico -el texto como “concepto hermenéutico”-, sino que constituye una “mediación real”, que convierte a este “hablante mediador” en “negociador” -una situación análoga se da entre el texto y el lector, porque si bien pareciera que es el texto lo que hace hablar a un tema, quien lo logra en último extremo es “el rendimiento del intérprete”-.

En definitiva, dado que el intérprete ayuda a superar el “elemento extraño” de un texto, y permite al lector su comprensión, no debe entenderse su posterior “retirada” -una vez alcanzada la comprensión-, como una desaparición en sentido negativo; sino que, por el contrario, lo que se produce es su entrada en la comunicación, que permitirá luego resolver la tensión entre el “horizonte del texto” y el “horizonte del lector”, alcanzando lo que

Gadamer denomina “fusión de horizontes” –los horizontes separados como puntos de vista distintos, se funden en uno-.

III. Como vemos, el proceso de comprensión de un texto tiende, a la larga, a “integrar al lector en lo que dice el texto”, produciéndose así una suerte de “desaparición” del texto original (siempre siguiendo la opinión de Gadamer). Llevado esto al ámbito de la hermenéutica jurídica, resultará entonces que no tiene tanta relevancia como parecía en un principio, la distinción entre una interpretación literal – o legalista, originalista, etc., y otra/s histórica, contextual, sistemática, etc., en tanto más o menos vinculada al texto a aplicar; toda vez que, aún en el primer caso (aparente apego a la literalidad estricta), la nueva lectura con el auxilio del intérprete, ha de provocar, en algún sentido, que aquel texto “original” desaparezca. Y lo mismo ocurre, de modo más evidente aun, cuando la oscuridad del texto requiere de la utilización de recursos como la invocación de principios jurídicos, derechos humanos fundamentales, garantías constitucionales, etc., para recién después arribar a la aplicación concreta de la norma.

En nuestro país, Enrique Marí destacaba respecto al derecho y su interpretación, la semejanza con la literatura –especialmente con la corriente alemana conocida como “Estética de la recepción”-. La literatura, enseña este autor, es una función de la conservación y de la transmisión espiritual, que aporta la historia que se oculta en ella. Pero hay que entender bien esta función ya que no se limita a conservar lo que hay, sino que lo reconoce como patrón y lo transmite como modelo. Está siempre referida al receptor.

Nada distinto ocurre con el derecho y su interpretación, en donde también aparece un lector con un texto ante sus ojos; pero sin que el mismo lea simplemente lo que el texto pone en el pasado para él, conforme a su sentido originario, ya que en toda lectura jurídica tiene lugar una aplicación y, por lo tanto, el que lee un texto se encuentra también él “dentro del mismo, conforme al sentido que percibe *a novo*”. Por razones jurídicas es necesario reflexionar sobre el cambio histórico, ya que solo este permite distinguir entre el sentido original del contenido de una ley y el que se aplica en la praxis jurídica.

Aclarando finalmente este autor, que ello no quiere decir que el jurista no se refiera siempre a la ley en sí misma, sino que su contenido normativo tiene que determinarse respecto al caso en que acaece la aplicación. Y aunque no cabe prescindir de un conocimiento histórico del “sentido originario”, no está obligado a sujetarse a lo que los protocolos parlamentarios le enseñarían respecto a la intención de los que elaboraron la ley. Por el contrario, tiene que admitir que las circunstancias han ido cambiando, y que entonces la función normativa de la ley debe ir “determinándose de nuevo”.

Parece que en este marco, ya no tiene asidero el reproche antiguamente formulado por Platón, a las palabras escritas que, aunque parezcan vivas, si se les interroga, “callan con gran solemnidad”; y “si se les pregunta con el afán de informarse sobre algo de lo dicho, expresan **tan sólo una cosa que siempre es la misma**” (citado por Perfecto Andrés Ibáñez).



EL INCUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA POR LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ Y LA POSIBILIDAD DE LA INTERVENCIÓN FEDERAL

POR ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ: DIRECTOR DEL INSTITUTO DE FEDERALISMO DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA. PRESIDENTE HONORARIO DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. MIEMBRO DEL COMITÉ DE DIRECTORES DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE CENTROS DE ESTUDIOS FEDERALES. EX CONVENCIONAL CONSTITUYENTE DE LA NACIÓN EN 1994.

I. EL CASO “SOSA EDUARDO EMILIO c. PROVINCIA DE SANTA CRUZ” Y EL REITERADO INCUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS DE LA CSJN POR LA DEMANDADA.

Este caso se originó cuando la Legislatura Provincial de Santa Cruz mediante la Ley N° 2404 de 1995, eliminó el cargo de Procurador General ante el Tribunal Superior de Justicia que ocupaba Eduardo Emilio Sosa y que gozaba de estabilidad según lo dispuesto por la Constitución Provincial.

A partir de allí comenzó una larga batalla judicial de Sosa por lograr su reincorporación al Poder Judicial de la Provincia, que ha durado más de 15 años y que ha implicado actuaciones ante el Tribunal Superior Provincial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.¹

Ante el manifiesto incumplimiento de sucesivas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ordenaron la reincorporación de Eduardo Sosa a la Justicia Provincial, por parte del Gobernador de la Provincia de Santa Cruz, el más alto Tribunal de la Nación resolvió con fecha 14 de septiembre de 2010: 1°) ordenar a la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia que se investigue por quien corresponda la posible comisión de un delito de acción pública y 2°) poner en conocimiento del Congreso esta grave situación institucional que afecta los principios federales de nuestro estado constitucional.²

Adelantamos nuestra opinión en el sentido que la Corte Suprema de Justicia ha actuado en defensa de sus competencias y de los principios republicanos y federales de nuestra organización constitucional, como más adelante fundamentaremos.

En este primer punto, nos referiremos además al cumplimiento de las sentencias de nuestro más alto Tribunal³. Desafortunadamente, debemos analizar brevemente esta cuestión, habida cuenta de la notoria falta de calidad institucional que el tema supone, ya que el incumplimiento de sentencias judiciales importa una muy grave anomalía en el funcionamiento del estado de derecho. Pero esto no es nuevo en nuestro país, porque es otra de las pruebas de la anomia que padecemos.⁴

Hay diversos antecedentes al respecto, de los que destacamos el caso “Ponce Carlos Alberto c. Provincia de San Luis- Acción Declarativa de Certeza”, que fuera fallado con fecha 24 de febrero de 2005 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sobre este particular, todos los Ministros, con la excepción de Carmen Argibay, fueron particularmente severos en sus opiniones con respecto a

las autoridades Provinciales de San Luis, por sus desobediencias a las resoluciones adoptadas el Tribunal.⁵

Por ello, luego de un análisis detenido de los incumplimientos comprobados de las medidas cautelares dictadas, a través de los distintos procedimientos legislativos y judiciales llevados a cabo por la Provincia, se dejó sin efecto lo actuado en las causas “Gobierno de la Provincia de San Luis c. Municipalidad de San Luis” y “Partido Justicialista –Distrito San Luis c. Municipalidad de San Luis”, tramitadas ante el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de San Luis y “Agente Fiscal N° 1- Solicita declare nulidad s/medidas”, tramitadas ante el Juzgado Electoral Provincial de San Luis. A ello se sumó también la Acordada 433 del 17 de octubre de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia.

En este aspecto, se hizo lugar a los reclamos efectuados por la Municipalidad de San Luis y se desarticuló completamente el accionar provincial, que había desconocido la autoridad de la propia Corte Suprema de Justicia en su afán de violar la autonomía municipal⁶.

A diferencia del caso recién mencionado, en que la Corte Suprema de Justicia pudo ejecutar su sentencia en defensa de la supremacía constitucional, aquí en este caso “Sosa” no ha ocurrido lo propio, ya que el Gobierno Provincial de Santa Cruz se ha negado a ello hasta la actualidad. Y aunque nunca anteriormente sus autoridades hicieron referencia alguna a cuestiones de autonomía provincial o de federalismo, ahora han invocado dichas razones para oponerse a las resoluciones del Alto Tribunal⁷, agregando que son de cumplimiento imposible⁸.

En su oportunidad calificué la situación institucional como un conflicto de poderes entre las autoridades provinciales y la Corte Suprema de Justicia⁹. Pero en los días posteriores las autoridades provinciales fueron respaldadas por autoridades del Poder Ejecutivo Federal, lo que aumentara la dimensión del conflicto, como es de dominio público¹⁰.

Esta actitud debe contrastarse con la asumida por dos Presidentes de Estados Unidos, en circunstancias similares, cuando dos Gobernadores se negaron a cumplir la célebre sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a los derechos civiles de los negros en el caso “Brown vs. Board of Education of Topeka, Kansas” de 1954. En relación a esto, el Prof. Juan Vicente Sola recordó en su exposición ante la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados de la Nación¹¹, lo ocurrido con los Gobernadores Faubus y Barnett de los estados de Arkansas y de Mississippi, en 1957 y 1962, respectivamente, bajo las Presidencias de Eisenhower y de Kennedy.

En el primer caso, el Gobernador Orval Faubus convocó a la Guardia Nacional para impedir que nueve estudiantes negros pudieran ingresar a una escuela secundaria de Little Rock a la que asistían sólo blancos, pese a que había recibido la orden en tal sentido de un Juez Federal de conformidad con el fallo de la Corte antes citado. Ante ello, y no obstante las movilizaciones en apoyo al Gobernador, el Presidente dispuso por una orden ejecutiva que la División Aerotransportada 101 del Ejército proteja a los estudiantes negros en su incorporación al colegio, en cumplimiento de la sentencia judicial. Cuando la cuestión llegó a la Corte Suprema, en el caso “Cooper vs. Aaron”¹², se afirmó que cuando un funcionario público como el Gobernador Faubus tomó juramento de cumplir la Constitución, ello importaba la obligación de aplicar las decisiones de la Corte Suprema.

En el segundo caso, el Gobernador de Mississippi Ross R. Barnett impidió el ingreso de James Meredith a la Universidad de dicho Estado, pese a que la Justicia lo había ordenado. Recién pudo inscribirse el alumno cuando fue acompañado por policías federales con fecha 30 de septiembre

de 1962, lo que originó graves disturbios que causaron 2 muertos y decenas de heridos. Ante la situación, el Presidente Kennedy ordenó la intervención del Ejército, que aseguró el inicio de las clases de Meredith al día siguiente.

Quedó claro en consecuencia, que el Poder Ejecutivo Federal colaboró con el Poder Judicial en el cumplimiento de las sentencias, ante la actitud negativa de los Gobernadores. En definitiva, primó la defensa de las instituciones republicanas y constitucionales.

Exactamente lo contrario de lo que ha ocurrido aquí en este caso de la Provincia de Santa Cruz, en el que la Presidencia no sólo no ha apoyado a la Corte Suprema, sino al Gobierno Provincial que incumple sus sentencias, con lo que ha profundizado el conflicto institucional y las severas lesiones al estado de derecho y al federalismo argentinos. Ello también explica la resolución de la Corte Suprema de recurrir al otro Poder del Gobierno Federal, o sea el Congreso, para que actúe en esta grave situación institucional.

II. LA POSIBILIDAD DE LA INTERVENCION FEDERAL POR EL CONGRESO Y SUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

Corresponde seguidamente observar los fundamentos que ha tenido nuestra Corte Suprema para poner en conocimiento del Congreso estos hechos, a los fines del análisis de la posibilidad de la intervención federal a la Provincia de Santa Cruz.

En el Considerando 7 de la Sentencia, el Alto Tribunal sostuvo:

“corresponde al Congreso Nacional asegurar, proteger y vigilar la integridad, la autonomía y la subsistencia de las provincias, dentro de la unidad coherente del estado federal (artículos 5 y 75, inc. 31). En ese sentido, el incumplimiento por parte de la provincia de Santa Cruz de una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación constituye un desconocimiento del principio de división de poderes que las provincias se han comprometido a garantizar (artículos 5, 116 y 117 de la Constitución Nacional), a la par que afecta la relación de subordinación propia del federalismo al que deben sujetarse todas las provincias argentinas cuando reciben un mandato del poder federal de la República (Bidart Campos, Germán, Manual de la Constitución Reformada, Ediar, 1998, Tomo I, p. 462). La Constitución Nacional autoriza al Congreso de la Nación a garantizar la forma republicana de gobierno (artículos 6 y 75, inc. 31), que se vería privada de la base misma que la sustenta si se ignorasen las atribuciones que el texto constitucional reconoce a esta Corte para la resolución de las controversias con carácter final, quedando desquiciadas las funciones estatales, con el consiguiente desamparo de las garantías constitucionales”.¹³

31 —

Tal vez la importancia y trascendencia de la cuestión hubiera merecido un más extenso, claro y exhaustivo desarrollo de argumentos por parte del más Alto Tribunal. Pero tal como dice Gelli, “Esas breves consideraciones dicen mucho”. Y agrega: “Se hacen cargo de una responsabilidad institucional propia y comprometen al Congreso a actuar en consecuencia de los deberes que ese otro poder del Estado tiene en orden a preservar el sistema de gobierno y de Estado en la República Argentina. Los artículos citados por la Corte, refieren a las atribuciones y deberes que la autonomía impone a las provincias (Art. 5); a la atribución del Congreso para disponer eventuales intervenciones federales (Art. 75, inc. 31); a las atribuciones de la Corte Suprema y de los tribunales anteriores a ella (Art. 116 y 117) y a las causales de intervención federal en las provincias (Art. 6º).

La Corte Suprema no mencionó expresamente el Art. 31 de la

Constitución Nacional pero, según lo interpreto, el Tribunal aludió de manera implícita a esta norma al sostener que "...el incumplimiento por parte de la provincia de Santa Cruz de una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación constituye un desconocimiento del principio de división de poderes que las provincias se han comprometido a garantizar". En este párrafo anida la defensa de la *división de poderes federal*, entre el gobierno central del que la Corte Suprema forma parte, y las provincias federadas. Por otra parte, el Art. 31 constituye uno de los pilares de recurso extraordinario federal -herramienta procesal de resguardo del federalismo, en la primera etapa del control de constitucionalidad en Argentina- según la reglamentación efectuada por el Congreso de la Nación al sancionar la ley 48".¹⁴

Por nuestra parte, y para no reiterar conceptos y normas citadas, expresamos que en el considerando expuesto y en la opinión respectiva de María Angélica Gelli, reside la fundamentación constitucional sintética sobre la posibilidad de la intervención federal a la Provincia de Santa Cruz, por el grave incumplimiento de las sucesivas sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

Sin extendernos en todos los aspectos comprendidos en la cuestión¹⁵, no nos caben dudas que el accionar de las autoridades provinciales, -con el apoyo de la Presidencia actual y la anterior¹⁶-, ha violado principios y normas del sistema republicano y federal, categóricamente establecidos en los arts. 1, 5, 6, 31 y concordantes de la Constitución Nacional, que habilitan al Congreso a la intervención federal del art. 6.

Entre los requisitos que las Provincias deben cumplir al sancionar sus propias Constituciones, para gozar y ejercitar sus instituciones, se destacan los del art. 5º de la Ley Suprema, que establece: "...bajo el sistema representativo y republicano; de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria". Y seguidamente se indica: "Bajo de estas condiciones, el Gobierno Federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones".

No puede tampoco olvidarse, que otro de los requisitos es el respeto a la supremacía de la Constitución federal, tal como lo indica el art. 31 de la Ley Suprema.¹⁷

Cuando una Provincia no respeta esas bases supremas del régimen federal, puede ser intervenida según lo dispuesto por el art. 6, que menciona como la primera de las cuatro causales, la de "garantizar la forma republicana de gobierno". El órgano habilitado para declarar la intervención federal es el Congreso, según lo dispuesto por el art. 75 inc. 31 de la Ley Suprema¹⁸.

La intervención federal del art. 6, fue prevista para situaciones extraordinarias, de verdadera emergencia institucional, cuando se afectaren los principios esenciales de esta forma de estado, que comporta la coexistencia de diversos órdenes gubernamentales¹⁹.

Este remedio político extremo, de claro sentido tuitivo de la federación como pacto de unión, faculta excepcionalmente al Gobierno Federal a intervenir en las Provincias, para garantizar la plena vigencia de sus instituciones, dentro de los grandes principios de la federación, fijados en la Constitución Nacional. Siendo la intervención federal un instituto de emergencia, su utilización debe ser de carácter excepcional, temporaria y de alcances restrictivos²⁰.

En cuanto al "sistema republicano", como causal de intervención, debemos aclarar que debe interpretarse en su sentido más amplio, pues comprende no sólo lo estrictamente considerado como "republicano", o sea la división y equilibrio de los poderes, el gobierno del pueblo, la vigencia

de la libertad y la igualdad, la libertad de prensa, la responsabilidad de los funcionarios públicos, la publicidad de los actos de gobierno, -entre otros aspectos-, sino también el cumplimiento de los requisitos antes citados de los artículos 5 y 31 de la Constitución Nacional. Esto último importa el respeto de los principios y valores de la forma de estado federal, que como bien se ha definido es una “unión indestructible de estados indestructibles”²¹, en base a un “pactum foederis”, que exige una cierta “lealtad” para el gobierno compartido por parte de los diversos órdenes estatales, bajo el imperio de una Constitución²².

Para comprender la inescindible relación entre los principios y valores republicanos y federales, es conveniente recordar a James Madison, el más importante de los constituyentes de Filadelfia, en los “Federalist Papers”²³

Los “Federalist Papers” constituyeron la primera exposición sobre el federalismo como nueva forma de gobierno y de estado, con una clara concepción liberal de división y limitación de los poderes dentro del Estado y de afirmación de los derechos de los ciudadanos. La influencia de esta obra ha sido fundamental en la historia del pensamiento político y constitucional universal y también nos alcanzó, a través de Alberdi y por su intermedio, de los constituyentes de 1853, que nos legaron la constitución histórica. Pudo además ser conocida por otros precursores de la idea federal, como José Gervasio de Artigas y Manuel Dorrego.

Allí sostuvo que la república federal significaba una doble garantía para la libertad y derechos de los ciudadanos, pues por una parte se limitaba el poder por los controles entre los diversos órdenes gubernamentales y se impedía el peligro de las facciones y por la otra, mediante el federalismo, se ampliaba además la participación popular en las distintas esferas de gobierno: federal y estatales.²⁴

Hemos oportunamente afirmado por nuestra parte que hay una convergencia de objetivos entre el sistema republicano como forma de gobierno y el federalismo como forma de estado: asegurar la libertad y los derechos de los hombres y limitar el poder.²⁵

Esta línea de pensamiento también sirve para observar la estrecha vinculación entre los dos primeros requisitos del art. 5: el sistema representativo y republicano y la conformidad con las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional, con la idea y garantía federal expresada en el art. 6 y especialmente en la primera causal de intervención.

Y con respecto a ésta, o sea para “garantizar la forma republicana de gobierno”, precisamos que este amplio concepto comprende como lo anticipamos, la división y equilibrio de los poderes. Pero no se trata solamente de la división horizontal de los poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) del orden estrictamente provincial. También aquí el concepto es amplio y abarca a la división vertical del poder, propia del estado federal y aún a la división entre poder constituyente y poder constituido.

Deteniéndonos en la división vertical, recordamos anteriormente a Madison y ahora a Loewenstein²⁶, que analizó los controles horizontales y los verticales del poder, incluyendo entre éstos al federalismo, por “el enfrentamiento entre dos soberanías diferentes estatales separadas territorialmente y que se equilibran mutuamente. La existencia de fronteras federales limita el poder del Estado central sobre el estado miembro, y a la inversa”.

Más recientemente, Tribe ha destacado el carácter dual de estos modelos de poder separados y divididos, pues a través de ambos (legislativo-ejecutivo y judicial por un lado y federal-estatal por el otro) y con interdependencia institucional, es como mejor se sintetiza la idea americana de proteger la

libertad fragmentando el poder.²⁷ Y en torno a esto último, el constitucionalista de Harvard cita un voto del Justice Scalia, sobre la importancia central de la dispersión del poder en el esquema de formación de un gobierno con poder suficiente para cumplir los propósitos fijados en el Preámbulo de la Constitución, para asegurar las bendiciones de la libertad, en lugar de un uso tiránico del poder.²⁸

En el caso “Sosa” que analizamos, es evidente que existe un conflicto de poderes entre las autoridades legislativas y ejecutiva de la Provincia de Santa Cruz con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por el incumplimiento reiterado de sus sentencias.

La Corte Suprema de Justicia es la cabeza de uno de los tres altos poderes del Gobierno Federal y es elemental en un sistema republicano que sus sentencias se cumplan²⁹. Por otra parte, es indiscutible la competencia del Alto Tribunal en materia federal, según lo dispuesto por los arts. 116 y 117 de la Ley Suprema, que por cierto obliga a las Provincias³⁰.

En este caso concreto, el incumplimiento de las sentencias de la Corte también implican un desconocimiento del art. 31 de la Constitución Nacional, que ha establecido la supremacía del ordenamiento federal, con sus principios y normas. En consecuencia, esto implica que se ha afectado la forma republicana de gobierno y la forma federal de Estado, por parte del Gobierno Provincial.

Asimismo, se han incumplido los dos requisitos del art. 5: el del sistema republicano, porque se desconoció la estabilidad constitucional de un alto funcionario judicial como Sosa, lo que afectó la independencia del Poder Judicial Provincial; y la conformidad con las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional, ya que se violaron los derechos constitucionales de Eduardo Sosa a permanecer en su cargo, tal como fuera reconocido por fallos de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación e incluso del Tribunal Superior de la Provincia.

En definitiva, consideramos que la gravedad institucional de los hechos producidos por el Gobierno Provincial, indican el desconocimiento de la forma republicana de gobierno y de principios y normas del régimen federal, que obligan a la intervención federal prevista en el art. 6 para garantizar su vigencia, por parte del Congreso de la Nación y por los fundamentos constitucionales expresados³¹.

III. LOS PROYECTOS DE INTERVENCIÓN FEDERAL A SANTA CRUZ

En la Cámara de Diputados de la Nación fueron presentados tres Proyectos de Leyes que disponen la intervención federal a la provincia de Santa Cruz por los hechos que analizamos, en virtud de lo dispuesto por el art. 6 de la Constitución, para garantizar la forma republicana de gobierno. Los mismos están en tratamiento en la Comisión de Asuntos Constitucionales.

El primero de ellos fue el N° 6753 del 14 de septiembre de 2010, de autoría de los Diputados Gerardo Milman y Margarita Stolbizer, dispone la caducidad de los mandatos del Gobernador y Vicegobernador (art. 3), un plazo máximo de 90 días de la intervención (art. 5) y convocatoria a elecciones dentro de los 60 días de asumidas sus funciones por el Interventor (art. 5).

El segundo, N° 6772 del 15 de septiembre de 2010, de autoría de los Diputados Oscar Aguad, Ricardo Gil Lavedra y otros miembros del Bloque de la UCR, establece la intervención federal con los estrictos alcances establecidos (art. 1), para remover de su cargo al actual Agente Fiscal de la

Provincia, Dr. Claudio R. Espinosa y reponer en esas funciones al Dr. Eduardo Emilio Sosa (art. 2), lo que será garantizado por el Procurador General de la Nación (art. 3).

El tercer proyecto, N° 6780 del 15 de septiembre de 2010, de autoría de la Diputada Laura Alonso, declara alterada la forma republicana de gobierno en la Provincia (art. 1) y dispone la intervención federal del Poder Ejecutivo por 5 días para dar cumplimiento a la sentencia de la Corte Suprema.

También fue presentado un Proyecto de Resolución, N° 6925, de autoría de los Diputados Blanca Blanco de Peralta, Patricia Fadel y de otros miembros del Frente para la Victoria, que dispone: “Mantener su preocupación por la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en los autos “Sosa Eduardo Emilio c. Provincia de Santa Cruz s/ Recurso de Hecho” de fecha 14 de septiembre de 2010 y rechazar todo planteo o solicitud de intervención federal de la Provincia de Santa Cruz en relación a los autos citados” (art. 1).

En los fundamentos de este proyecto se hace referencia a la “imposibilidad de cumplimiento de lo exigido por la Corte Suprema”, recordándose lo que había sostenido oportunamente el Tribunal Superior de Justicia provincial, que dispuso la sustitución de la reincorporación de Sosa por una indemnización, pues no se podían retrotraer las cosas al momento en que se dictó la Ley 2404. Y posteriormente se menciona la opinión del Gobernador, que sostuvo que no podía avasallar las atribuciones legislativas en el régimen de nombramiento de los funcionarios judiciales y que la Legislatura no había dado tratamiento a su pedido de cumplimiento de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

Luego se indica que no está afectado el funcionamiento de las instituciones provinciales por el caso Sosa y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha efectuado actos fuera de su competencia, pues no puede intervenir en conflictos de poder provinciales, de acuerdo a la reforma de 1860³². Por consiguiente, se acusa a la Corte Suprema de violar el régimen federal argentino³³. Asimismo se citan fallos de dicho Tribunal y otras opiniones para rechazar la posibilidad de la intervención federal a la Provincia.

35 —

IV. NUESTRA PROPUESTA DE INTERVENCION FEDERAL Y DE REGLAMENTACION DEL ART. 6 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

Por nuestra parte, y como lo propusimos en la reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados de la Nación antes citada del 13 de octubre de 2009, el Congreso debe: 1) declarar la intervención federal “mediadora” para el cumplimiento de las sentencias de la Corte Suprema y sólo ante el fracaso de la misma, disponer la intervención a los Poderes Ejecutivo y Legislativo provinciales, con las modalidades que se expresarán y 2) sancionar posteriormente una ley reglamentaria de la intervención federal prevista en el art. 6 de la Constitución Nacional.

V. NUESTRA PROPUESTA DE INTERVENCIÓN FEDERAL A LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ

Tal como lo sostuvimos, la intervención federal es un instituto de emergencia, al cual se deben aplicar las pautas de limitación y control de las mismas³⁴ y sin olvidar que la autonomía de las provincias es consustancial

a nuestra federación, por lo que cualquier afectación debe ser de carácter excepcional, temporaria y de alcances restrictivos³⁵.

Por ello consideramos que la intervención federal en la Provincia de Santa Cruz debe ser “mediadora”. Esto significa volver a una práctica institucional que fue utilizada en las primeras décadas de nuestra vida constitucional y que consistía en el envío de representantes del Gobierno Federal que tenían la misión de resolver los problemas planteados, sin sustituir a las autoridades provinciales electas por el pueblo.³⁶

La misión mediadora del Interventor Federal ante el Gobernador y la Legislatura debe procurar a la brevedad posible el cumplimiento de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, que ordenan la reincorporación de Eduardo Sosa en su cargo de Procurador General. Para ello es necesaria la sanción de la legislación respectiva por parte de la Legislatura, pues dicho cargo fue suprimido por ella y luego efectuarse la designación pertinente por parte de las autoridades provinciales. Creemos que el plazo de esta intervención no debería exceder los 30 días, pues para nosotros ello es más que suficiente para implementar la solución ordenada por la Corte Suprema, que requiere esencialmente el cambio de actitud por parte del oficialismo gobernante en la Provincia.

Si esa mediación fracasase, pues el Gobernador y la mayoría legislativa oficialista insistiesen en el incumplimiento, el Congreso no tendría otro camino que disponer la intervención federal sustitutiva del Ejecutivo y del Legislativo, para garantizar la forma republicana de gobierno y obedecer a la Corte Suprema de Justicia. Ello podría hacerse con dos variantes: o una intervención sustitutiva transitoria de 15 días, para que el Interventor Federal cumpla con la reincorporación de Sosa, sin perjuicio de que luego continúen las autoridades provinciales en el ejercicio de sus cargos, como antes ocurriera en nuestra historia institucional³⁷; o la intervención sustitutiva definitiva del Ejecutivo y Legislativo provinciales, que implicaría el llamado inmediato a elección popular de dichos cargos, una vez cumplida la reincorporación de Sosa y que requeriría de un mayor tiempo de intervención.

Como se advertirá, se trata de una compleja decisión política que deberá tomar el Congreso para asegurar los principios republicanos y federales, ante la grave situación institucional planteada por las autoridades de la Provincia de Santa Cruz.

Debe tenerse presente además, lo vinculado a la responsabilidad tanto jurídica como política por parte de las autoridades provinciales que provocaron este conflicto de poderes. Recuérdese en tal sentido que existe una investigación penal sobre el Gobernador de la Provincia, acorde a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia.

Confiamos en que el Congreso esté a la altura de sus grandes responsabilidades en esta instancia, pues el incumplimiento de sentencias de la Corte Suprema de Justicia por parte de esta Provincia, constituye una herida abierta al cuerpo de la República y de la Federación. Pero si el cuerpo legislativo no actúa, ello no significa que la Corte Suprema se deba resignar en su cometido de hacer justicia, ya que cuenta con otros instrumentos para hacer cumplir sus sentencias³⁸.

Se trata en definitiva, de afirmar el gobierno de las leyes en lugar del capricho personal y autoritario de los ocasionales gobernantes, de acuerdo a los principios del estado constitucional y democrático de derecho.

V.2. NUESTRA PROPUESTA DE REGLAMENTACIÓN DE LA INTERVENCIÓN FEDERAL

La intervención federal fue prevista en el art. 6 del texto originario de la

Constitución Nacional, sancionado en 1853, pero su redacción vigente proviene de la reforma constitucional de 1860. Allí se aseguró la participación provincial a través de la requisición, según propuesta de carácter autonomista defendida por Domingo Faustino Sarmiento en nombre de la provincia de Buenos Aires, recientemente incorporada a la Federación.

Además estuvo presente en el ánimo de los Constituyentes el recuerdo sobrecogedor de la reciente intervención federal de 1857 a la Provincia de San Juan, que produjera la batalla del Pocito, donde en defensa de la autonomía provincial, fuera muerto el Gobernador Antonino Aberastain, mostrando el sino trágico de esta institución, desde sus momentos liminares.³⁹

Posteriormente la práctica institucional mostraría un alejamiento del espíritu y letra constitucionales y este instituto serviría en no pocas oportunidades para la centralización política del país y la afectación del federalismo y las garantías individuales.

Recuérdese en tal sentido, el enorme número de intervenciones producidas⁴⁰, que en sus 2/3 partes fueron efectuadas por simple Decreto del Presidente, en una demostración más de nuestro “hiperpresidencialismo”⁴¹.

Además –y sin detenernos por razón de brevedad- repárese en el tiempo de las intervenciones, -que en lugar de extenderse por períodos muy breves se extendieron por años-; o en el alcance de las facultades de los interventores, -que de administración o conservación se convirtieron en las correspondientes ordinariamente al Gobernador-; o en las clases de intervenciones ocurridas, que en vez de ser parciales (sólo a algunos de los llamados poderes políticos, ejecutivo y legislativo) fueron totales (a los tres poderes, con la inclusión del Poder Judicial) o parcial sólo dirigida a este último, con lo que se afectó la independencia del mismo⁴².

Por ello pensamos en la conveniencia de reglamentar dicho artículo 6, tal como lo hicimos al presentar un Proyecto de Ley en la Cámara de Diputados de la Nación en 1992, con el objetivo de impedir para el futuro las graves lesiones producidas a nuestra Ley Suprema por el mal uso de este instituto de emergencia, que en opinión de Pedro J. Frías, se constituyó en el “lamento clásico” del federalismo.

El proyecto consta de dos Títulos, el I destinado a la intervención federal y el II a la intervención mediadora. Destacamos inicialmente la importancia que le asignamos a este título sobre la Intervención mediadora, pues estimamos necesario volver a la práctica y vigencia de esta institución que funcionara en los primeros años posteriores a la sanción de la constitución originaria, con el fin de facilitar la solución consensuada de los conflictos institucionales y reducir la intervención que sustituye las autoridades electas por el pueblo.

A su vez, el Título I se divide en los siguientes en 4 Capítulos. El I sobre la Declaración de la intervención, que atribuimos sólo al Congreso, reunido en Asamblea. El Cap. II sobre los fines, causas y alcances de la intervención, donde se precisan cuestiones esenciales como el significado de garantizar la forma de gobierno republicano, la determinación de las funciones y atribuciones del interventor o el plazo de la intervención que no puede exceder los 10 meses, etc.. El Cap. III sobre el Interventor Federal, donde se limitan sus funciones a las de administración y se le impide ejercer funciones judiciales o intervenir los municipios, además de la obligación de rendir informes ante una Comisión Bicameral creada por el Congreso. Y el Cap. IV sobre dicha Comisión Bicameral de Seguimiento y Control de la intervención, que deberá estar integrada por 7 miembros de cada Cámara y que tendrá como funciones seguir y controlar el desempeño del Interventor

Federal e incluso ordenar el cese de la intervención o la remoción del Interventor Federal.

En definitiva, en base a este proyecto y a los que se han presentado a lo largo de la historia -según referimos en los Fundamentos del Proyecto-, el Congreso podría sancionar una normativa que se adecue estrictamente al espíritu y valores federales de nuestra Ley Suprema.

También recordamos que la reforma constitucional de 1994 -que tuviera como una de sus ideas fuerza la profundización del federalismo-, atribuyó al Congreso la competencia para la intervención federal en el art. 75 inc. 31 y aunque el Poder Ejecutivo puede decretar la misma en receso de aquél por el art. 99 inc. 20, en el mismo acto debe convocar a aquél a sesiones extraordinarias para el tratamiento del tema.

Resulta evidente que dicha legislación significaría un límite adecuado para modificar nuestra realidad institucional y política, que indica que los interventores federales han gozado de mayor poder incluso que los gobernadores y que además han carecido de controles adecuados por parte de las autoridades federales⁴³.

Se trata, finalmente, de cambiar para cumplir el gran proyecto federal inserto en la Constitución Nacional, en lugar de continuar con la decadente centralización y anomia que nos caracteriza.

Notas:

¹ Para un análisis detallado de este caso, véase María Angélica Gelli, “El “Leal acatamiento” a los fallos de la Corte Suprema y la defensa de los derechos individuales” (en el caso Sosa), publicado en *La Ley Actualidad* del 14 de octubre de 2010, Buenos Aires. También comentó este caso Jorge Reinaldo Vanossi bajo el título “La Corte se pregunta: “¿Hasta cuándo Catilina?”, en *Jurisprudencia Argentina*, del 10 de noviembre de 2010, Buenos Aires. La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue efectuada en el año 2007 por Eduardo Sosa, con el patrocinio del Dr. Daniel Sabsay y con la participación como co-peticionarios del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

² Esta sentencia es el resultado de un larguísimo trámite judicial, donde pese a las reiteradas órdenes de la Corte Suprema, no se pudo lograr la reincorporación de Sosa, con incumplimientos por parte del Gobernador, de la Legislatura y del propio Tribunal Superior de Justicia local. (Véase el artículo citado de Gelli, en el punto 2: El caso “Sosa”, el reconocimiento de los derechos de éste por parte de la Corte Suprema y la supuesta afectación del federalismo, donde se efectúa un pormenorizado análisis de lo ocurrido, al que remitimos en razón de brevedad).

³ Además de este caso, existen otros incumplimientos de fallos de la Corte Suprema, como los observados en materia de jubilaciones y en materia ambiental y los ocurridos en San Luis, que luego referiremos. A ello se suman los incumplimientos de órdenes judiciales que se han producido en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con motivo de las ocupaciones de inmuebles y en el marco del conflicto entre los gobiernos Federal y local.

⁴ Véase nuestra obra en coautoría con los Dres, Zovatto y Mora y Araujo, “Encuesta de cultura constitucional: Argentina, una sociedad anómica”, editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Asociación Argentina de Derecho Constitucional e Idea Internacional, en Méjico, 2005.

⁵ Véase Fallo citado, “Ponce Carlos Alberto...”, Voto en mayoría de los Ministros Petracchi, Belluscio, Maqueda y Highton con la concurrencia de Lorenzetti, Considerandos 13°, 14° y 15°, Voto en disidencia parcial del Ministro Fayt, Considerandos 13° a 17° y Voto en disidencia de la Ministra Dra. Argibay, Considerandos 7° a 10°. En el Considerando 13 se expresa del Voto mayoritario se expresa. “El Estado de Derecho, el imperio de la ley y el ajuste a las reglas

del proceso es lo que permite la solución de los conflictos. Todas estas reglas admitidas en una sociedad madura y civilizada fueron violadas en esta causa por parte de la provincia de San Luis. Los actos realizados revelan el indisimulable objetivo de frustrar el ejercicio por esta Corte de su jurisdicción constitucional, para impedir de ese modo que se preserve la supremacía de la Ley Fundamental, cuyas cláusulas estaban siendo vulneradas por las autoridades provinciales en los términos expresados anteriormente”.

⁶ Véase nuestro comentario “La Corte Suprema de Justicia y la reafirmación de la autonomía municipal”, La Ley, Suplemento Extraordinario de Derecho Constitucional, 75 Aniversario, agosto de 2010.

⁷ Véase el artículo antes citado de María Angélica Gelli, donde la prestigiosa autora explica además la competencia de la Corte Suprema para intervenir en estas cuestiones en virtud del recurso extraordinario previsto por la Ley 48, a los fines de preservar la supremacía constitucional del art. 31 de la Carta Magna, frente a la violación de los derechos fundamentales de Sosa. Tal como lo indica Gelli, la introducción de la cuestión del federalismo fue efectuada por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que comentamos, al poner en conocimiento del Congreso el reiterado incumplimiento de la Provincia. Por su parte ésta recién ahora invoca equivocadamente una supuesta violación de su autonomía, por parte de la sentencia de la Corte. En relación a esto, la autora descalifica otra argumentación esgrimida incluso por autoridades del Poder Ejecutivo federal, que han intentado sostener que se trataba de un conflicto de poderes provinciales, cuya intervención está vedada a la Corte Suprema, luego de la reforma constitucional de 1860. (Cfr. Gelli, art. citado, en el punto 2. El caso “Sosa”, el reconocimiento de los derechos de éste por parte de la Corte Suprema y la supuesta afectación del federalismo).

⁸ Uno de los falsos argumentos utilizados para sostener ello fue que como el cargo de Sosa estaba cubierto por otro funcionario, no se podía reponer a aquél sin violar los derechos de éste. Agregamos que esta mención de la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia fue utilizada por los más altos funcionarios del Gobierno Federal y por el Gobernador de Santa Cruz, en distintos medios de prensa, como es de dominio público. Dice al respecto Jorge R. Vanossi: “Considerar que una sentencia de la Corte no se puede cumplir es tan inadmisibles como afirmar que la Constitución encierra en su articulado contenidos que pueden ser contradictorios: el mismo tribunal ha declarado en numerosas oportunidades que la energía de la interpretación vale para superar las apariencias de contradicción; y del mismo modo se puede sostener que corresponde poner el mayor empeño para evitar la anomia del incumplimiento de una sentencia: es imprescindible que los fallos se acaten y, más aún, que se efectivicen, pues el derecho que no se realiza no es derecho (ver la cita de Ihering extraída de La lucha por el derecho, que inserta la Corte Suprema en Fallos 300:1282, caso “Pérez de Smith”)”. Cfr. “La Corte se pregunta: “¿Hasta cuándo Catilina?”, artículo citado de Jurisprudencia Argentina.

⁹ En nuestro artículo de opinión titulado “Violación del federalismo”, publicado por La Nación, con fecha 16 de septiembre de 2010.

¹⁰ Recuérdense las declaraciones de Ministros nacionales al respecto y de la propia Presidente, que manifestó que le daría “asilo” al Gobernador Peralta si la Provincia era intervenida, además del acto organizado por el ex Presidente Kirchner en Río Gallegos en apoyo a dicho Gobernador.

¹¹ A la que fuimos convocados con fecha 13 de octubre de 2010 los Profesores Eduardo Barcesat, Félix Lonigro, María Angélica Gelli, Alberto García Lema, Juan Vicente Sola y el suscripto para opinar sobre los proyectos presentados en la Cámara en relación al caso “Sosa” y la Provincia de Santa Cruz.

¹² 1 US 358 de 1958. En este caso también la Corte Suprema reivindicó su carácter de intérprete final de la Constitución, lo que ha motivado una importante discusión en la doctrina constitucional norteamericana. Sin detenernos en la cuestión, recordamos la opinión de Tribe al respecto, donde sostiene que no debe hacerse una lectura literal de este fallo, ya que el mismo – además de Marbury v. Madison – es consistente con otro: Katzenbach v. Morgan y que no obstante el crecimiento del poder judicial federal, por el carácter

democrático de la Constitución, también los otros poderes del Gobierno Federal o los Estados pueden tener la última palabra en el debate constitucional. Dice al respecto el renombrado Profesor de Harvard: “In summary: Cooper v. Aaron need not bear as literal a reading as some might accord it. Properly understood, both Cooper and Marbury v. Madison are consistent with Katzenbach v. Morgan. And it is clear that, despite the growth of federal judicial power, the Constitution remains in significant degree a democratic document –not only written, ratified and amended through essentially democratic processes but indeed open to any given time to competing interpretations limited only by the values which inform the Constitution’s provisions themselves, and by the complex political processes that the Constitution creates– processes which on various occasions give the Supreme Court, Congress, the President, or the States, the last word in constitutional debate”. (Cfr: Laurence H. Tribe, “American Constitutional Law”, second Edition, Mineola, New York, The Foundation Press, Inc., 1988, págs. 41 y 42)

¹³ Cfr. “Sosa, Eduardo Emilio c/Provincia de Santa Cruz”. C.S. S. 2083. XLI (14/9/2010). Decisión unánime de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

¹⁴ Véase María Angélica Gelli, obr. cit., punto 4: “La colaboración entre poderes y la hora del Congreso.”

¹⁵ Por la brevedad de esta publicación, que nos impide tratar en toda su profundidad temas de gran importancia, vinculados con la teoría del federalismo, para lo cual remitimos a nuestros libros “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, especialmente en sus Caps. I sobre “Los sistemas políticos federales” y VIII sobre “Presidencialismo y Federalismo en la República Argentina” y “Las emergencias y el orden constitucional”, 1ª. Ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002 y 2ª. Ed., UNAM y Rubinzal-Culzoni, Méjico, 2003, en lo relativo a la intervención federal.

¹⁶ Debe recordarse que el Gobernador que impulsó la remoción inconstitucional de Sosa fue Néstor Carlos Kirchner, reelecto en varias oportunidades y luego electo Presidente, con lo que mantuvo su influencia sobre el gobierno provincial de Santa Cruz.

¹⁷ Insistimos en que la supremacía es de la Constitución Nacional, lo que no implica una interpretación de tipo unitarizante que subordina los poderes provinciales y municipales al Gobierno Federal. (Cfr. Antonio María Hernández, “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, obr. cit., Cap. VI, “Las competencias en la federación argentina”)

¹⁸ Esta norma fue incorporada en la gran reforma constitucional de 1994, a los fines del cumplimiento de tres de sus principales ideas fuerza como fueron la profundización del federalismo y de la descentralización del poder, el fortalecimiento del Congreso y la atenuación del hiperpresidencialismo. Como se sabe, en nuestra dolorosa historia institucional, hemos tenido 174 intervenciones federales a las provincias, que en 2/3 partes de casos, fueron efectuadas por simple Decreto del Poder Ejecutivo. Ahora, por el contrario, se prescribe que en el Congreso reside esencialmente dicha facultad. (Véanse al respecto nuestras siguientes obras: “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, Cap. III “El federalismo en la reforma constitucional de 1994”, punto 4, La intervención federal, pág. 68, y Cap. VIII “Sobre presidencialismo y federalismo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009; “Las emergencias y el orden constitucional”, 1ª. Ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002 y 2ª. Ed., UNAM y Rubinzal-Culzoni, Mexico, 2003 y “Balance de la reforma constitucional de 1994”, La Ley, Buenos Aires, 24 de agosto de 2009).

¹⁹ El federalismo es una forma de estado compleja que comporta la coexistencia de diversos órdenes gubernamentales en un mismo territorio y que además tiene entre sus objetivos asegurar la unión de lo diverso, lo que importa el doble propósito de respetar ambos elementos. (Cfr. Antonio María Hernández, “Federalismo y constitucionalismo provincial”, obr. cit., Cap. I sobre “Los sistemas políticos federales”, punto I.3: Federalismo: unión y diversidad)

²⁰ Para un análisis de estas cuestiones nos remitimos a nuestra obra ya citada

“Las emergencias y el orden constitucional”.

²¹ Como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el célebre caso “Texas v. White”, fallado luego de la Guerra de Secesión, donde triunfara el Norte antiesclavista liderado por el Presidente Lincoln y que fuera seguido por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia.

²² Véanse las distintas definiciones de federalismo como forma de Estado y sus elementos distintivos en nuestra obra citada “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, Cap. I “Sistemas políticos federales”, punto 7 sobre “Conceptos y características esenciales de los Estados Federales”, págs. 14/16, donde citamos a Alexander Hamilton, Karl Loewenstein, Daniel Elazar, John Kincaid, Ronald Watts y Segundo Linares Quintana. Por su parte han destacado la relación entre Constitución y Federalismo autores como Carl Friedrich, Kenneth Wheare, y Daniel Elazar, entre otros. (Cfr. “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, obr. cit., Cap. I, Punto 3 sobre “Federalismo, República, Constitución y Democracia”, págs. 6/8).

²³ Los “Federalist Papers” constituyeron la primera exposición sobre el federalismo como nueva forma de gobierno y de estado, con una clara concepción liberal de división y limitación de los poderes dentro del Estado y de afirmación de los derechos de los ciudadanos. La influencia de esta obra ha sido fundamental en la historia del pensamiento político y constitucional universal y también nos alcanzó, a través de Alberdi y por su intermedio, de los constituyentes de 1853, que nos legaron la constitución histórica. Pudo además ser conocida por otros precursores de la idea federal, como José Gervasio de Artigas y Manuel Dorrego.

²⁴ Cfr. Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, “The Federalist Papers”, Editado por Clinton Rossiter con Introducción y notas de Charles R. Kesler, A Signet Classic, New York, New York, 2003, artículos N° 10 y 51, de James Madison, donde está expuesto lo que se ha denominado como “democracia madisoniana”.

²⁵ Véase “A Global Dialogue on Federalism”-Volume 3, “Legislative, Executive and Judicial Governance in federal countries”, Edited by Katy Le Roy and Cheryl Saunders, Forum of Federations and International Association of Centers for Federal Studies, McGill-Queen's University Press, Montreal & Kingston, London, Ithaca, 2006, Republic of Argentina, Antonio M. Hernández, pág. 7 y sgts...También allí reflexionamos sobre la cuestión en relación a nuestro país, poniendo de relieve el inadecuado funcionamiento del sistema constitucional y por tanto, de las instituciones republicanas y federales. El problema central a nuestro juicio es la falta de división y equilibrio de los poderes tanto en el orden federal como en el provincial. En consecuencia, son el Presidente y los Gobernadores los reales detentadores del poder político. Pero a ello se agrega el predominio del Presidente y del gobierno nacional sobre los Gobernadores y las Provincias, que producen una centralización del poder, alejada de los principios constitucionales. (pág. 31)

²⁶ Karl Loewenstein, “Teoría de la Constitución”, Editorial Ariel, Barcelona, 1982.

²⁷ Laurence H. Tribe, obr. cit., Cap. II The model of separated and divides Powers, pág. 20, donde el autor expresa: “...Thus, along both dimensions, that of federalism as well as that of separation of powers, it is institutional interdependence rather than functional independence that best summarizes the American idea of protecting liberty by fragmenting power”.

²⁸ El Justice Scalia sostuvo en su Voto en el caso “Young v. United States ex rel. Vuitton et Fils S.A.”, 107 S.Ct. 2124 (1987): “...Such dispersion of power was central to the scheme of forming a government with enough power to serve the expansive purposes set forth in the Preamble of the Constitution, yet one that would “secure the blessings of liberty” rather than use its power tyrannically”. (Cfr. Laurence H. Tribe, obr. Cit. pág. 20, nota 10).

²⁹ Para un amplio análisis de la importancia institucional de la Corte Suprema en el sistema federal argentino, véase a Segundo V. Linares Quintana, “Tratado de la Ciencia del derecho constitucional”, Alfa, Buenos Aires, 1963, Tomo IX, págs. 441 y sgts.. Allí constan las opiniones de juristas y hombres de Estado

como Alexander Hamilton, Domingo Faustino Sarmiento, Dalmacio Vélez Sársfield, Joaquín V. González y José Manuel Estrada, entre otros. Por otra parte, es incuestionable la trascendencia del rol que cumplen las Cortes Supremas o Cortes Constitucionales en los distintos regímenes federales, como se observa en el derecho comparado. En referencia concreta a la intervención federal, Juan Vicente Sola -en la antes mencionada Reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados de la Nación-, recordó la distinción efectuada por Rafael Bielsa (en su obra *Derecho Constitucional*, 3^a Ed., pág. 605) entre las de tipo: a) política, ejercida por el Congreso y excepcionalmente por el Presidente, de acuerdo al art. 6, y b) jurisdiccional, cuando la Corte Suprema examina la constitucionalidad de la legislación local para asegurar el imperio de la Ley Suprema Federal. Y por eso, agregamos nosotros, el jurista rosarino consideraba a la Corte Suprema como el más “nacional” de los poderes.

³⁰ Muy tempranamente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia norteamericana se estableció que sus fallos podían obligar en materia federal a los Estados de la Unión, en el caso “*Martin v. Hunter-s Lessee*” (14, U.S. 304), fallado en 1816, con la redacción del Justice Joseph Story.

³¹ Tal como lo expresamos en la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados de la Nación, en la reunión respectiva y en el artículo de opinión en *La Nación*, antes citados. También defendieron en aquella oportunidad la intervención federal a la Provincia, los Profesores Alberto García Lema, María Angélica Gelli y Juan Vicente Sola, con sólida fundamentación. El primero de ellos, -con quien tuvimos el honor de integrar la Convención Nacional Constituyente de 1994-, dijo además que la ley de intervención federal no puede ser vetada por el Poder Ejecutivo.

³² Este tema fue especialmente analizado por María Angélica Gelli en su trabajo antes citado. Por nuestra parte, creemos que dicha reforma de 1860 con criterio descentralizador modificó acertadamente la competencia que el texto originario de 1853 acordaba a la Corte Suprema para resolver los conflictos internos provinciales, como también la competencia del Congreso para revisar las Constituciones Provinciales o efectuar el juicio político a los Gobernadores. (Cfr. nuestra obra citada “*Federalismo y Constitucionalismo Provincial*”, Cap. II “*El federalismo argentino y sus orígenes*”, punto 3, “*El federalismo en la reforma de 1860*”, págs. 40 y sgts.). En este caso no se trata de un conflicto de poderes en la Provincia, sino de las autoridades provinciales con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como lo hemos sostenido reiteradamente.

³³ Dice textualmente el Proyecto en sus Fundamentos: “...La Excma. Corte se está inmiscuyendo en una cuestión sobre la cual no tiene jurisdicción e invadiendo la esfera de actuación propia de la Provincia de Santa Cruz en violación al régimen federal de gobierno”.

³⁴ Que de manera general señaló hace décadas Germán Bidart Campos, en su “*Manual de Derecho Constitucional Argentino*”, Ediar, Buenos Aires, 1972, págs. 166/7).

³⁵ En nuestro artículo “*Novedosa jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Corrientes sobre los límites constitucionales de las atribuciones del interventor federal*”, *Suplemento La Ley, Constitucional*, Buenos Aires, 22 de agosto de 2006, pág. 64, también reproducido como Cap. XVI de nuestra obra citada “*Federalismo y Constitucionalismo Provincial*”. Además véase nuestra obra ya citada, “*Las emergencias y el orden constitucional*”, en sus dos ediciones, en lo relativo a la intervenciones federales.

³⁶ Juan Vicente Sola, en su obra “*Intervención federal en las Provincias*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, recuerda que dicha práctica rigió hasta 1883, en que por Ley N° 1.282 de intervención federal en la Provincia de Santiago del Estero, se dispuso por primera vez la sustitución o suplantación parcial de las autoridades provinciales. Y señala que la sustitución o suplantación por el Interventor Federal de los tres poderes provinciales ocurrió por vez primera en 1904, mediante la Ley N° 4.307 de intervención a la Provincia de San Luis. En nuestro Proyecto de Ley de Régimen para la

intervención federal a las Provincias, presentado el 3 de junio de 1992, Expte. 1.019-D-92, en nuestro carácter de Diputado de la Nación, destinamos el Título II, a la regulación de la Intervención mediadora. (Cfr. Antonio María Hernández, “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, obr. cit., Apéndice III, donde se transcribe el proyecto, págs. 519 y sgts.)

³⁷ *Como también lo recuerda Juan Vicente Sola en su obra citada, citando los casos de Mendoza en 1918 y de San Luis en 1919.*

³⁸ *Jorge R. Vanossi hace referencia a “los remedios consabidos” del derecho comparado: las “astreintes” o penalidades diarias del derecho francés, recogidas por el Código Civil en el art. 666 bis o la “doctrina del Contempt of Court que emana de la Sala Judicial de la Cámara de los Lores británica, ante una desobediencia o desacato. (Cfr. “La Corte se pregunta: “¿Hasta cuándo Catilina?”, artículo citado de Jurisprudencia Argentina.*

³⁹ *Escribió Arturo M. Bas en su obra “El derecho federal argentino”, Buenos Aires, Abeledo, 1927, Tomo I, pág. 129) que “Detrás de la garantía acordada por el artículo 5, detrás de la sanción legal del art. 6, había según la expresión del general Mitre “un crimen y un espectro”, el crimen era la catástrofe sangrienta del Pocito y el espectro, el cadáver del doctor Aberastain”. (Cfr. Nuestra obra “Las emergencias y el orden constitucional en sus dos ediciones citadas, en lo relativo a las intervenciones federales).*

⁴⁰ *Que superan el número de 160, mientras que en otros países federales, sobran los dedos de una mano para contarlas. (Cfr. nuestra obra “Las emergencias y el orden constitucional”, en sus dos ediciones ya citadas, en lo relativo a intervenciones federales. En la nota 21 mencionamos la enumeración que efectúa Juan Rafael en su obra El federalismo y las intervenciones nacionales (Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1982).*

⁴¹ *Véase el Cap. VIII “Sobre Presidencialismo y Federalismo en la República Argentina” de nuestra obra “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, págs. 259 y sgts..*

⁴² *Véanse nuestras obras “Las emergencias y el orden constitucional”, en sus dos ediciones, donde analizo las intervenciones federales y los Fundamentos de nuestro Proyecto de Ley de Régimen para la intervención federal a las Provincias, obrante en el Apéndice de nuestro “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, págs. 524 y sgts..*

⁴³ *Véase nuestro artículo “Novedosa jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Corrientes sobre los límites constitucionales de las atribuciones del Interventor Federal”, antes citado, nota 34. Allí hacemos también referencia a la necesidad de un mayor control legislativo por parte de una Comisión Bicameral y a un más profundo control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial.*

FIRMA ELECTRÓNICA Y/O DIGITAL: SU IMPLEMENTACIÓN EN EL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

POR RAFAEL GUTIÉRREZ: PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE SANTA FE. PRESIDENTE DE LA JUNTA FEDERAL DE CORTES. INTEGRANTE DEL COMITÉ DE SELECCIÓN PARA LOS CONCURSOS CONVOCADOS POR LA COMISIÓN IBEROAMERICANA DE ÉTICA JUDICIAL. FUE PRESIDENTE DE LA FEDERACIÓN ARGENTINA DE LA MAGISTRATURA (FAM). DOCENTE UNIVERSITARIO.



Casi la mitad de los certificados de firma digital expedidos por la Oficina Nacional de Tecnologías de la Información (ONTI) fueron otorgados a los Tribunales santafesinos, donde la Corte Suprema de Justicia viene desarrollando un ambicioso programa de modernización, incluyendo soporte informático y correos electrónicos diseminados a lo largo y ancho del territorio provincial. (1)

I. INTRODUCCIÓN

Nuestra Provincia no resulta ajena a las profundas crisis sociales y económicas que en los últimos años han afectado la población en todos sus sectores y estamentos. Sin embargo, ellas se han constituido en un disparador de reformas y transformaciones, poniendo en marcha un incipiente pero decidido proceso de modernización y desarrollo. Pese a que la tarea no es sencilla, se han logrado optimizar los recursos y las experiencias para que los protagonistas de los cambios adquieran cada vez mayor participación y compromiso, en un común esfuerzo de constante actualización y mejor funcionamiento del Servicio de Justicia.

Esta situación -que por sus beneficios repercute directamente en los estrados judiciales- genera la profunda convicción de seguir avanzando en esa línea.

Es por ello que el Poder Judicial de Santa Fe -ya desde hace un tiempo- ha asumido el firme compromiso de implementar un **Plan integral de Transformación y Modernización**, de manera de poder brindar una más eficaz y eficiente respuesta a las continuas demandas de la sociedad.

Este Plan de Modernización no ha sido concebido como un planteo teórico y de objetivos excesivamente abstractos -situación que estancaría su avance e instalaría serias dudas sobre su posible realización-, sino que una de sus características básicas es la flexibilidad, es decir, la facultad de adaptarse rápidamente a los cambios, constituyéndose en una herramienta de gestión de gran utilidad.

El Máximo Tribunal -con las limitaciones propias de los medios con que cuenta-, viene encarando dicho proceso mediante la búsqueda e incorporación de los instrumentos más eficaces y eficientes posibles. Así, a modo ejemplificativo, no se puede dejar de mencionar la puesta en funcionamiento de un sistema de capacitación judicial permanente, el dictado de un Código de Ética para Magistrados y Funcionarios, un moderno sistema de administración general y de modificación de los sistemas de gestión, los métodos alternativos de resolución de conflictos, y en general, el desarrollo de políticas judiciales que permanentemente intentan mirar a la necesidad de la ciudadanía, fundamentalmente orientadas a satisfacer el acceso a la jurisdicción.

Además, la **incorporación de nuevas tecnologías y herramientas se**

ha constituido en un elemento esencial para el enriquecimiento y apertura de este Poder Judicial; pretendiendo fortalecer la estrategia de aprovechamiento de los novedosos aportes tecnológicos para favorecer la interrelación justicia-justiciable.

En este proceso organizado, las tareas se han encaminado hacia la puesta en marcha de proyectos con alta probabilidad de éxito, generando un impacto inmediato y fácilmente comprobable, trayendo consigo el lógico entusiasmo y adhesión de los prestadores del servicio y sus destinatarios finales. Puntualmente en esta oportunidad, nos referiremos a una valiosa herramienta, cual es el *Proyecto de “Firma Digital”*.

II. BREVE REFERENCIA AL MARCO CONCEPTUAL Y NORMATIVO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA Y DIGITAL

Qué es la firma digital.

Es una herramienta tecnológica que se utiliza para garantizar la integridad, inalterabilidad y autenticidad de los documentos enviados por medios electrónicos, así como para verificar su autoría. Consiste en un conjunto de datos asociados a un mensaje digital que permite garantizar la identidad del firmante y la integridad del mensaje. La creación y verificación de firmas digitales se realiza mediante procedimientos técnicos y normativos, y supone la existencia de documentos que respaldan su valor legal.

Asimismo, funciona utilizando complejos procedimientos matemáticos que relacionan el documento firmado con información propia del firmante, y permiten que terceras partes puedan reconocer la identidad del firmante y asegurarse de que los contenidos no han sido modificados. Por otra parte, no implica que el mensaje esté encriptado, es decir, que éste no pueda ser leído por otras personas; al igual que cuando se firma un documento olográficamente, este sí puede ser visualizado por otras personas.

45 —

Marco legal

El Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 25.506 de Firma Digital, por la que se otorga validez legal a esta herramienta, especificando en su artículo 3° que *“cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital”*. El Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto reglamentario N° 2.628/2002. La provincia de Santa Fe, mediante la Ley N° 12.491, reguló la materia en consonancia con las disposiciones dictadas en el orden nacional.

Firma digital y firma electrónica

La Ley nacional 25.506 equipara la firma digital a la manuscrita, es decir que le asigna los mismos efectos legales, pero establece una importante distinción entre la firma digital y la firma electrónica: cuando una persona recibe un correo firmado digitalmente se presume que proviene de su titular, salvo prueba en contrario; en cambio, si la firma electrónica es desconocida por el titular, el destinatario debe probar su autenticidad.

III. ANTECEDENTES DE SU UTILIZACIÓN EN EL PODER JUDICIAL PROVINCIAL

El primer antecedente sobre firma digital que encontramos en el Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe es la suscripción del Acuerdo de Cooperación e Implementación de las Unidades de Expedición y Recepción de Antecedentes Penales, firmado el 20 de octubre de 1999 con el Ministerio de Justicia de la Nación, por el que se pusieron en marcha las Unidades

mencionadas (UER) en las ciudades de Santa Fe, Rosario, Venado Tuerto, Reconquista, Vera y Rafaela, a partir del 22 de diciembre de 1999, que utiliza la firma electrónica como herramienta de confidencialidad de los datos remitidos.

El 6 de setiembre de 2001 en la ciudad de Buenos Aires, el Poder Judicial Provincial firmó el Convenio de Comunicación Electrónica Interjurisdiccional, junto al Poder Judicial de la Nación y de todas las provincias, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, la Procuración General del Tesoro, la Defensoría General de la Nación y la Secretaría para la Modernización del Estado de la Jefatura de Gabinete de la Nación (2); y fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia el 12 de setiembre de 2001.

Ese mismo año, la Secretaría de Gobierno de la Corte Suprema de Justicia requirió a la Secretaría de Informática que arbitrara los mecanismos conducentes para el establecimiento de un sistema de comunicación electrónica entre los distintos asentamientos judiciales, con validez interna y administrativa, dando origen al Anteproyecto del Plan de Implantación de la Firma Digital en el ámbito de la Justicia Santafesina.

Este Proyecto, aprobado el 3 de febrero de 2003, fue diagramado en 3 etapas:

1. Comunicación de documentos administrativos entre las dependencias judiciales que cuenten con recursos informáticos y se hallen interconectadas a la red del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe.

2. Comunicación de documentos administrativos y jurisdiccionales que cuenten con recursos informáticos y deben conectarse a la red mencionada.

3. Constitución del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe como Autoridad Certificante, ya que en las dos primeras se la propuso como Autoridad de Registro, actuando la ONTI como Autoridad Certificante.

Para el logro de tal cometido se establecieron los requerimientos necesarios y el plan de tareas respectivo, teniendo como miras que al momento de su instauración, era menester contar con todos los componentes -equipamiento, redes de comunicaciones locales y remotas, Acordadas y reglamentos aprobados y notificados, asignación de recursos humanos, capacitación, difusión y concientización del proyecto por parte de los Magistrados y Funcionarios usuarios-, para asegurar su efectiva utilización basada más en la adhesión que en la imposición de esta tecnología por parte del Alto Cuerpo.

En este sentido, las tareas llevadas a cabo consistieron en:

- Ampliación del ancho de banda: En el año 2003 se concretó la primera ampliación, que alcanzaba a los distritos Santa Fe, Rosario, Venado Tuerto, Reconquista, Vera y Rafaela.

- En el año 2005 y 2006, la ejecución de la segunda y tercera etapa de la red de datos del Poder Judicial, comprensiva de todas las unidades jurisdiccionales distribuidas en 16 distritos y 35 circuitos en toda la provincia, totalizando 233 dependencias judiciales, a la que se suman las dependencias administrativas, de servicios centralizados, y talleres de especialidades.

- En estas dependencias judiciales conectadas a la red, se instaló una cuenta de correo electrónico institucional y otra a nombre de su titular, y se capacitó a sus integrantes para su utilización.

- En los años 2003 a 2006 se reemplazaron los puestos de trabajo anteriores al año 2000, a fin de dotarlos de la tecnología necesaria para el funcionamiento adecuado del correo electrónico, totalizando un parque actualizado de 1994 puestos de trabajo informatizados, distribuidos en 35 localidades de la provincia, interconectados a la red de datos del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe.

- Se reemplazaron los servidores de correo a fin de dotarlos de más capacidad, teniendo en cuenta la cantidad de nuevas cuentas de correo asignadas.
- Relevamiento de la utilización de la firma digital en los demás Poderes Judiciales.
- Investigación técnica con asistencia a conferencias específicas. Visita al ONTI y al Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.
- Análisis de la normativa vigente.
- Determinación de las comunicaciones que podrían realizarse por medio electrónico con firma digital en el ámbito administrativo y contable.

IV. LA IMPLEMENTACION DE LA FIRMA DIGITAL EN EL AMBITO ADMINISTRATIVO DEL PODER JUDICIAL.

REGLAMENTACIÓN

Como corolario de lo anteriormente detallado, la Corte Suprema de Justicia Provincial, en el Acuerdo celebrado el 5 de septiembre de 2006, Acta N° 35, consideró a la firma digital como una tecnología con posibles y diversas aplicaciones en el ámbito de la Administración de Justicia, que se podrían traducir en la optimización del servicio judicial. En consecuencia, y atento a las normas vigentes a nivel nacional y provincial, autorizó la utilización de firma electrónica para comunicaciones referidas a documentos administrativos que se correspondan con las tareas individualizadas a tal fin por la Dirección General de Administración y la Sección Personal de la Corte Suprema de Justicia, evaluándose para el futuro y en forma progresiva la extensión de la aplicación de tal modalidad a documentos de carácter jurisdiccional, o bien respecto de vínculos que se establezcan entre este Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe con otros organismos públicos o con personas privadas.

Asimismo, se resolvió:

- a) Constituir al Poder Judicial como Autoridad de Registro de la Autoridad Certificante de la Oficina Nacional de Tecnologías de la Información, dependiente de la Subsecretaría de la Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros, evaluando su posterior constitución como Certificador Licenciado;
- b) Designar a las Autoridades de Registro y Autoridades Técnicas de Registro;
- c) Aprobar el Reglamento de aplicación para las comunicaciones electrónicas y/o digitales; y
- d) Ordenar a la Secretaría de Informática la ejecución de las gestiones y tareas necesarias en cada oficina judicial a fin de que a partir del 1 de noviembre de 2006 se realicen las comunicaciones bajo esta metodología en la sede judicial Santa Fe, y a partir del 1 de diciembre de ese año en la sede Rosario; evaluando su extensión a las demás sedes en el resto de las Circunscripciones.

A los fines de su implantación y teniendo en cuenta la cantidad de usuarios (860 magistrados y funcionarios) y la dispersión geográfica (35 localidades), se designó una Autoridad de Registro Titular (Prosecretario de Gobierno) y 2 suplentes (Prosecretarios Administrativos), una en Santa Fe y otra en Rosario; y dos Autoridades Técnicas de Registro (Jefe de Departamento Operaciones) en cada sede, estos últimos bajo la responsabilidad de la Secretaría de Informática.

Se realizaron los trámites correspondientes ante la ONTI y se concurrió a los cursos de capacitación respectivos, obteniéndose los certificados de las autoridades designadas. Se capacitó al personal técnico que debe prestar

asistencia a los usuarios en la tramitación y utilización de la firma digital. Se confeccionaron los instructivos, en tanto que las Secciones Personal y Despacho y la Dirección General de Administración, dependientes de la Secretaría de Gobierno de la Corte Suprema de Justicia, definieron el contenido y el formato para armar el modelo a seguir en las comunicaciones previstas en esta etapa. Se definieron los circuitos electrónicos y manuales que debe seguir cada comunicación; efectuándose el análisis y selección de un procedimiento para la unificación de fecha y hora para ser instalado en los servidores y computadoras conectadas a la red.

La metodología de implementación que se está utilizando es la siguiente:

- Se instala la firma digital en todas las dependencias judiciales conectadas a la red, asociada a la cuenta de correo de su titular y en la cuenta de correo electrónico institucional, quedando a cargo de la firma electrónica de esta última, el Secretario de la unidad de organización. En las dependencias no jurisdiccionales el responsable determina los funcionarios que firmarán electrónicamente.

- Los instructivos y material de difusión correspondientes, se entregan en las reuniones o visitas informativas a los actores involucrados de cada fuero.

- Cada funcionario, con asistencia de la Secretaría de Informática, solicita desde su computadora el certificado correspondiente.

- Cada funcionario presenta a la Autoridad de Registro la documentación requerida por las normativas vigentes, que de ser correcta es aprobada.

- Se recibe en la PC del solicitante un correo de verificación del circuito electrónico, que asegura que la gestión ha sido iniciada.

- Al momento de recibir el correo de la Autoridad Certificante de que se encuentra disponible el certificado digital, el solicitante requiere a la Autoridad Técnica -Secretaría de Informática-, asistencia para su instalación.

- Luego de la instalación se realizan pruebas de funcionamiento de las cuentas de correo con la firma digitalmente a los efectos de corroborar el correcto funcionamiento de la misma.

- Los modelos confeccionados se envían a las direcciones de correo electrónico para que se guarden en una carpeta específica dentro del cliente de correo.

- El Secretario del Juzgado es responsable de abrir diariamente su cuenta de correo electrónico.

- En caso de ausencia del mismo, esta función está a cargo de su reemplazante legal según lo establecido en la Ley Orgánica de Tribunales.

- El documento recibido con firma electrónica se imprime, tramita y adjunta a la actuación correspondiente.

Cabe destacar que el detalle del proyecto se basa en Acuerdos y Disposiciones Reglamentarias dictadas por la Corte Suprema de Justicia, en uso de sus atribuciones constitucionales.

V. EL OTORGAMIENTO DE CERTIFICADOS DE FIRMA DIGITAL.

INFORMACIÓN Y RELEVAMIENTO DE LA ONTI

“El 43% de los certificados de firma digital emitidos por esta oficina en el marco del Convenio de Comunicación Electrónica Interjurisdiccional (CCEI) corresponden al Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe” (1). El párrafo, extraído de un reciente informe de la Oficina Nacional de Tecnologías Informáticas (ONTI), es revelador en cuanto al desarrollo alcanzado por la justicia santafesina en materia de comunicación informática. Del 57 % restante de los certificados, 43% corresponde en conjunto a

todos los demás Poderes Judiciales de la Argentina y 14% a diferentes organismos nacionales.

El porcentaje de las firmas digitales de Santa Fe está integrado por 769 cuentas de correo electrónico con firma digital asignadas a los magistrados y funcionarios a cargo de los juzgados y demás dependencias judiciales, distribuidos en las 35 ciudades de la provincia cabeza de circuitos judiciales. Además, están instaladas 209 cuentas de correo electrónico sin firma digital en otras oficinas, totalizando 977 direcciones, todas interconectadas a través de la red de datos del Poder Judicial.

Junto a su liderazgo nacional, otro dato que caracteriza el proceso de desarrollo en materia de comunicación electrónica de la Justicia de Santa Fe es su descentralización. En efecto: los 35 circuitos judiciales de la provincia tienen asignada alguna firma digital. Rosario (con 310) y Santa Fe (con 209) encabezan la lista, pero aún las localidades ubicadas en los extremos geográficos del territorio provincial poseen esta herramienta (Villa Ocampo, 2; Tostado, 7; Rufino, 7; Venado Tuerto, 29).

El proceso de modernización tecnológica encarado por la Corte Suprema de Santa Fe -del cual la firma digital forma un importante eslabón- es consecuencia de la decisión de lograr una mayor eficiencia en la administración y organización judicial, buscando “despapelizar” los juzgados para llegar en el futuro al llamado “expediente digital o virtual”- significativo ahorro de tiempo en trámites que hoy se efectivizan por correos tradicionales-. Para ello se realizaron transformaciones en la organización y en la normativa interna, concretándose la incorporación de la infraestructura tecnológica necesaria para prestar el servicio de correo electrónico oficial, con más de 1.000 cuentas de e-mail asignadas a magistrados y funcionarios, facilitando y agilizando las comunicaciones entre las dependencias judiciales de toda la provincia.

Para llegar al actual desarrollo digital destacado por la ONTI, la Corte santafesina dispuso en su momento que se realizaran todas las tareas necesarias ya detalladas para poner a punto la infraestructura (ampliación del ancho de banda, extensión de la red de datos del Poder Judicial, incorporación de computadoras, reemplazo de servidores por otros más potentes, capacitación del personal, etc.). Alcanzadas las metas de aquella primera etapa, el Máximo Tribunal de Justicia santafesino dispuso, en 2006, autorizar el uso de la tecnología de firma digital para trámites administrativos internos y continuar la tramitación de los certificados de clave pública ante la ONTI.

VI. APLICACIONES ACTUALES DE ESTA HERRAMIENTA EN EL PODER JUDICIAL SANTAFESINO

Actualmente, la firma digital se está utilizando en **trámites administrativos entre los juzgados y oficinas judiciales con la Secretaría de Gobierno y la Secretaría Letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia**. Con anterioridad, la tecnología de correo electrónico con firma digital ya había posibilitado la celebración de un acuerdo de cooperación con el Registro Nacional de Reincidencia, por el que se instauraron las Unidades de Recepción y Expedición de Antecedentes Penales; y la firma del Convenio de Comunicación Electrónica Interjurisdiccional suscripto entre los Poderes Judiciales de la Argentina con el fin de contribuir al desarrollo de un sistema judicial ágil y eficiente.

En el futuro próximo, este recurso tecnológico será también aplicable a los **actos jurisdiccionales e interjurisdiccionales**. Se busca así un intercambio más fluido y seguro entre el Estado y la sociedad, mejorando

las comunicaciones entre los distintos organismos, agilizando la gestión, reduciendo costos y tiempos, generando ahorros para el Estado y la ciudadanía.

Aunque el éxito final del proceso de cambio y modernización impulsado por la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe depende en buena medida de la aceptación de este nuevo paradigma por parte de las instituciones intermedias, profesionales auxiliares de la Justicia y ciudadanos en general, no resulta un dato menor que el mayor Tribunal de la Provincia se haya puesto a la cabeza de esta transformación integral aportando sus recursos y ajustando sus objetivos a los tiempos que corren.

La incorporación de las nuevas tecnologías y herramientas, a través de la *Informatización Integral de este Poder Judicial*, permitirá el enriquecimiento y apertura de este órgano del Estado, encaminado, como ya se ha comentado, hacia un proceso global de Modernización y Transformación.

En este sentido, desde hace ya más de una década, se ha pretendido fortalecer la estrategia de aprovechamiento de los aportes tecnológicos a este servicio esencial, mediante la informatización y la incorporación puntual de nuevas tecnologías –tal el caso de la utilización progresiva de la firma electrónica y/o digital-, favoreciendo la interrelación justicia-justiciable, reafirmando de esta manera un valor tan caro a la comunidad y al sistema democrático, como es la seguridad jurídica, asegurando el respeto a la garantía del debido proceso y la defensa en juicio, brindando celeridad e inmediatez judicial.

La experiencia que se ha descripto, aplicada actualmente al área administrativa del quehacer judicial, y con aplicaciones futuras en el ámbito jurisdiccional, pretende convertirse en un valioso aporte en este camino de la Transformación integral; como así también, un factor disparador que permitirá e incentivará el diseño, desarrollo e implementación de proyectos, estructuras y servicios que pretenderán, en suma, dar respuesta a la fuerte exigencia ciudadana en torno a la modernización y adecuación del servicio de justicia y su estructura orgánica.

Bibliografía:

Saleme Murad, Marcelo; “Firma Digital. Ley 25.506 y normativa vigente”; Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

Clara, Bibiana Luz; “Ley de Firma digital Comentada”; Nova Tesis editorial Jurídica, Buenos Aires, 2006.

Notas:

(1) *La Oficina Nacional de Tecnologías Informáticas (ONTI) depende de la Subsecretaría de la Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación. La información volcada en este informe fue presentada en el Primer Congreso de Justicia y Tecnología, realizado en Potrero de los Funes (San Luis) del 18 al 20 de octubre de este año.*

(2) *El Convenio de Comunicación Electrónica Interjurisdiccional (CCEI) fue celebrado entre poderes judiciales provinciales, organismos nacionales y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Tiene como objetivo la comunicación directa a través del correo electrónico, previendo una primera etapa de carácter experimental y formativa, para luego aplicarse a todas las comunicaciones, en la medida en que los máximos tribunales y ministerios públicos de cada jurisdicción cuenten con esta tecnología.*



¿CUÁLES SERÁN LAS NUEVAS FRONTERAS DEL DERECHO EN RELACIÓN A LA LIBERTAD Y LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUALES?. (1)

LAS FRONTERAS DINÁMICAS QUE PLANTEA EL CONOCIMIENTO

POR LUIS RAÚL ROSSI BAETHGEN: DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA FACULTAD DE DERECHO (UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA, URUGUAY). EJERCE LA PROFESIÓN LIBERAL EN SU PAÍS Y ES PROFESOR ADJUNTO EFECTIVO (GDO. 4) EN TÉCNICA FORENSE Y EVOLUCIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS (FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA). ES TITULAR EN LOS CURSOS DE GRADO EN LAS MENCIONADAS ASIGNATURAS EN LA UNIVERSIDAD ESTATAL, EN LA REGIONAL NORTE (CIUDAD DE SALTO) Y EN MONTEVIDEO.

Nos proponemos reflexionar frente a los avances del Derecho y a lo que puede divisarse observando las “fronteras” desde la realidad actual.

La experiencia que arroja como saldo la trayectoria evolutiva de la humanidad (más allá de sus falencias y su penosa lentitud, cuando es inconsciente) nos lleva a concebir que tanto las fronteras del Derecho como las del conocimiento son, por esencia, dinámicas.

El Derecho llega hasta donde llega el conocimiento y el avance del conocimiento muchas veces ha dejado obsoleto o insuficiente al Derecho (2). Es así que el conocimiento, los avances y las nuevas conquistas científicas, tanto en lo jurídico como en lo extrajurídico, invitan algunas veces (y en otras lo imponen dramáticamente) a la revisión, corrección o transformación constante en el ámbito jurídico.

Esta renovación o revisión no sólo opera para el futuro. También podría aseverarse que avanzan las fronteras en el mismo presente y aún remueve las del pasado. Siendo así podríamos considerar que no hay fronteras infranqueables para el conocimiento del pasado, en tanto cada vez se puede “avanzar” más, si se ilumina con nuevos conocimientos ese pasado. A modo de ejemplo y más allá de ciertos enigmas aún inexplicables del pasado, hoy se sabe en algunos aspectos mucho más de lo que aconteció (o de lo que no pasó, aunque lo hayamos dado por cierto) hace miles de años. Podríamos llegar a saber aún más que los mismos protagonistas del pasado acerca de lo que les estaba ocurriendo o se estaba produciendo en un lugar y en un momento preciso de la historia.

Como ejemplo anecdótico he mencionado en el aula de la asignatura “Evolución de las Instituciones Jurídicas” un caso que fue recogido en una obra literaria (3), novelando sobre un hecho histórico. Se trata de lo ocurrido con doce presuntos sicarios, en octubre del año 1862, en la ciudad de Palermo (Sicilia, Italia). Doce sujetos fueron acusados de haber atacado y apuñalado simultáneamente a un número igual de adversarios, partidarios de la unidad italiana. Se trataba de un acto terrorista auspiciado por supuestos integrantes del partido borbónico opuesto a la incorporación de Sicilia a Italia. Los acusados fueron encontrados culpables y varios de ellos fueron condenados a la pena capital. Parte de la “prueba” para inculparlos fue el hallazgo de cuchillos ensangrentados que fueron incautados al tiempo de ser arrestados. Algunos de los inculpados proclamaron su inocencia y se excusaron diciendo que la sangre de sus respectivos cuchillos obedecía a que habían sacrificado un animal. ¿Será que en ese tiempo no sólo no se podía saber si la sangre pertenecía al apuñalado; ni siquiera podía distinguirse la sangre de un cabrito de la de un ser humano? Seguramente hoy, con un estudio de esa sangre se

podría distinguir claramente a qué o a quién pertenecía y esclarecer si las armas incautadas constituían -o no- un indicio incriminatorio.

Aún cronológicamente cada vez más distantes del hecho histórico sobre el que se investiga, la humanidad -al ir avanzando en el conocimiento- va sabiendo mucho más del pasado individual, del de la especie, del planeta y del espacio sideral de lo que sabía antes.

¿Jurídicamente ocurre lo mismo?

No son extraños los debates sobre conveniencia o inconveniencia de la imprescriptibilidad o perseguibilidad de delitos cometidos, en especial aquellos acontecidos en difíciles etapas de la historia, en duros trances sufridos por la humanidad. Tampoco podemos negar la existencia en los sistemas jurídicos de previsiones expresas a favor de revisión en materia civil -acotada en el tiempo- o en materia penal -sin límites- en favor de un condenado que permiten rehabilitar su concepto, en base a causales especiales que se consideran convenientes y justas. El conocimiento permite ir hacia atrás e iluminar el pasado así como posiciona mejor ante el presente y frente al futuro.

En este terreno hay mucho por pensar, reflexionar e intercambiar serena, fundada y profundamente. La humanidad se ha caracterizado por la tendencia a corregir los errores y sufrimientos del pasado legislando hacia el futuro, privilegiando los tiempos por venir, extrayendo (o pretendiendo extraer) el aprendizaje de las experiencias sufridas en el ayer. Comprendemos que se pueda argumentar -y no siempre se valore como de buena fe- que no hay que tener “los ojos en la nuca”. Pero a su vez ¿es conveniente y atiende a la profilaxis adecuada del delito y de los infractores cerrar -sin explicarse- las historias de vivencias dolorosas? (4)

También cabe preguntarnos a quienes vivimos en Estados de Derecho con falencias endémicas -por ejemplo en materia de condiciones de los lugares de reclusión de infractores a la ley penal- si cuando reclamamos “justicia” nuestro pensamiento armoniza con el fin de la sanción jurídica (por ej. de la privación de libertad) o si, en cambio, en esa “caza” del responsable en vez de actuar en forma civilizada despertamos viejas tendencias de castigo que conceptualmente consideramos superadas.

No son preguntas de una sola respuesta porque además de ser terreno de discusión intelectual, de conocimiento o no de la “verdad”, estamos en el área de la ética, de los valores morales que, a veces, se confunden y entremezclan con meros prejuicios o falsos principios arraigados.

Sin perjuicio de respetar todas las posiciones que pueden ser defendidas y fundamentadas con limpieza y honestidad sobre estos puntos, destaquemos que el avance del conocimiento humano no sólo permite encarar de otra forma el presente y el futuro sino que también nos replantea desafíos respecto del pasado.

En lo individual, optamos por plegarnos a favor de la integración consciente de los tiempos: respetar, aprender y recordar el pasado, sabiendo que este proyecta sus efectos en el hoy y en el mañana. Es aconsejable no limitarnos, pues con ello podemos acotar indebidamente el presente y comprometer el futuro. Tal vez sea un buen ejemplo de ubicación la actitud usualmente referida como “conciencia ambiental”, procurando evitarle a las futuras generaciones más problemas que los que nos han legado aquellas que nos antecedieron, actuando por simple desconocimiento de la proyecciones que podían ocasionar con conductas que reputaban inocuas o irrelevantes. Algo análogo podríamos decir de nuestros comportamientos propios en el pasado, de cuyos aciertos o errores estamos heredando personalmente sus consecuencias.

La libertad y el conocimiento

¿Qué vínculos tienen los conceptos de libertad y conocimiento? Parece imposible pensar que se pueda ser libre si no se tienen los elementos que permitan conocer y hacer debido uso de tal libertad. Quien ha vivido toda una vida sometido a un comportamiento impuesto, es razonable que crea que no puede sino hacer eso que se le ordena o que se le impuso dogmáticamente. Ejemplos: ¿el ser humano puede volar? Si bien durante siglos se dijo que no, la historia enseña que -conociendo y estudiando las leyes naturales y respetándolas- el ser humano construyó el aeroplano que le permitió, en cierta forma, volar. ¿El ser humano enfermo puede sanar? ¿Hay enfermedades incurables? Las respuestas a estas preguntas serán provisorias y relativas: dependerán del grado de avance de los conocimientos médicos en cada caso, momento y lugar.

Del punto de vista jurídico: ¿Qué es lo que puedo hacer y lo que no como ser humano, como integrante de una sociedad, como habitante, como padre o hijo, como justiciable, como ciudadano, comerciante, sujeto pasivo tributario, etc.? Es de vital importancia que el individuo conozca sus derechos y deberes para poder responder a cada una de estas interrogantes; pero también es imprescindible que pueda conocer los mecanismos que deben accionarse para poderlos ejercitar o demandar su amparo.

Estos ejemplos en el área del conocimiento de las leyes naturales y del marco normativo no parecen ser del todo compartimentos estancos, pues el Derecho se ve influido ante el avance del conocimiento en los más diversos órdenes o disciplinas. En materia de ciencias naturales, advertir que ciertas actividades son contaminantes de la atmósfera y comprobar que de la sana composición de ésta depende, entre otras, la salud humana, lleva a comprender la necesidad de regularla e impulsar su defensa jurídica. Aún siendo anterior el derecho a optar por vivir en un medio ambiente incontaminado y el deber de cuidar el entorno, los nuevos descubrimientos son los que nos llevan a rever o ampliar su regulación y a hacer efectivo ese mandato. ¿Qué tanto nos da vivir, por ejemplo, en un ambiente saturado de humo o no, si no sabemos que ese humo es factible de provocar enfermedades? Recién cuando estamos advertidos que ciertos trastornos no acontecen “por casualidad”, sino “por causalidad” nos planteamos evitar o minimizar las causas de aquello que genera riesgo o daño.

Pero amplíemos también a temas que parecen menos “interdisciplinarios” aunque igualmente relevantes. Es una máxima jurídica conocida que “la ignorancia de la ley no sirve de excusa”. Este principio cardinal del derecho positivo asegura la eficacia de sus normas e impone a cada habitante la carga de conocer el derecho. ¿Conocemos y hacemos conocer realmente cuál es el derecho vigente? ¿Podemos -aún los juristas- aseverarlo responsablemente? La evolución de la sociedad ha determinado la proliferación de normas sobre temas en los que toma injerencia el Derecho, reglando, prohibiendo, sancionando, auspiciando, etc. etc. ¿Estamos seguros de que sabemos todo lo que está prohibido y permitido? En un análisis sincero podríamos reconocer que, a veces, sabemos sólo a grandes rasgos lo que está prohibido o permitido y que, parte de lo que sabemos, es gracias a la labor de la prensa y otros medios modernos de comunicación de una sociedad abierta, culta y democrática, más que por haber leído rigurosamente el texto oficial de una norma. ¿Seremos realmente libres si no sabemos qué es lo que concretamente podemos o no podemos ser, hacer u omitir?

En la defensa de la vigencia del Estado de Derecho, cabe valorar el ejercicio efectivo del derecho y el deber de informar, de dar a conocer, de

procurar extender las fronteras del conocimiento ampliamente a toda persona ya que, con esto, extendemos las fronteras de la libertad y – simultáneamente (he aquí una gran clave)- también las de la responsabilidad.

La responsabilidad individual y el conocimiento

El descubrimiento de relaciones causa – efecto antes desconocidas lleva a tomar nuevas previsiones, nuevas interpretaciones, a realizar re-lecturas de los actos humanos (cuya licitud o ilicitud puede cambiar en función de esos descubrimientos) o bien, directamente, a promover el cambio de la normativa. A modo de ejemplo, verter en un río sustancias que ahora se saben contaminantes, pasa a ser de un hecho irrelevante a ser un acto ilícito. ¿Podría tipificarse como envenenamiento de aguas una conducta de verter esas sustancias hoy, aún sabiendo que dicho caso era impensado para el legislador cuando creó tal figura delictiva? Viendo ahora otro ejemplo, ¿cómo explicar que hace treinta años un profesional de la salud actuara (a juicio de todos) con clara “diligencia del buen padre de familia” si hervía una aguja hipodérmica antes de utilizarla en cada extracción o inyección y ahora, en cambio, resultaría tipificada de conducta absolutamente irresponsable?

El conocimiento de consecuencias ciertas que puede acarrear un accionar propicia el nacimiento de la responsabilidad. Es cierto que “estar informado” no sería lo mismo que “saber” o poseer el dominio de un conocimiento. Pero sí es importante destacar que un individuo responsable tiene que estar informado y que la sociedad debe facilitar los mecanismos de información que permitan la adquisición de los conocimientos habilitantes para que cada ser humano pueda evitar dañar a otro así como que pueda abstenerse de trasgredir las normas jurídicas.

Podríamos admitir que a quien no sabe, a quien no conoce, se le pueda eximir de responsabilidad si es que no pudo tener a disposición los medios para saber. Pero si conoce y actúa contrariando una prescripción, es considerado responsable. Además, si se tienen en cuenta que un Estado de Derecho le ofrece los mecanismos para ser y para saber, no sólo puede conocer, sino que debe conocer y su abstención intencional sería reprochable. Las fronteras de la ignorancia y el conocimiento se relacionan –aunque no exactamente- con las fronteras de la responsabilidad, ya que si la ignorancia es culpable, violatoria del deber de conocer, de obtener información, esto es si pudo evitarla, no será excusable (5). En efecto, abiertas las fronteras de la información y del conocimiento, si éstas no son aprovechadas y el nuevo territorio del conocimiento se abandona como terreno inculto, yermo, la responsabilidad individual será reclamada y parece correcto que así se exija.

Esto nos lleva de la mano a concluir que no hay libertad sin ética. Si el avance de los conocimientos humanos supone el avance de la libertad, para que esta libertad sea éticamente ejercida, no sólo implicará actuar cumpliendo sus deberes sino también actuar en función de los derechos que le da el disfrute de esa libertad que ofrece el conocimiento (6). Si conocer amplía la vida, es natural colegir que a mayor conocimiento, mayor libertad; y a mayor libertad, mayor responsabilidad respecto de la forma en que se aprovecha cada grado de libertad. A modo de ejemplo, podríamos convenir que en los ámbitos de la potestad discrecional es factible valorar el grado de acierto en una decisión discrecional, sin dejar de tener en consideración –además- que no es lo mismo actuar dentro del margen discrecional que hacerlo en forma arbitraria, lo que podrá dar motivo a otra valoración crítica.

Esta realidad (un Derecho de fronteras dinámicas, en donde la libertad

y la responsabilidad individuales juegan un papel preponderante), invita también a reflexionar sobre la insuficiencia de restringir el mecanismo de persuasión y eficacia del Derecho a la imposición de sanciones coactivas como única técnica para orientar las conductas en una sociedad.

Pareciera que nos consideramos más habilitados a juzgar los desaciertos que a medir los aciertos. Pero, si el campo de libertad aumenta y por ende el de la responsabilidad ¿será que las normas jurídicas exclusivamente centrarán su atención y la de su mecanismo de inducción de conductas tomando en cuenta sólo “lo que está mal”, para “castigarlo”?

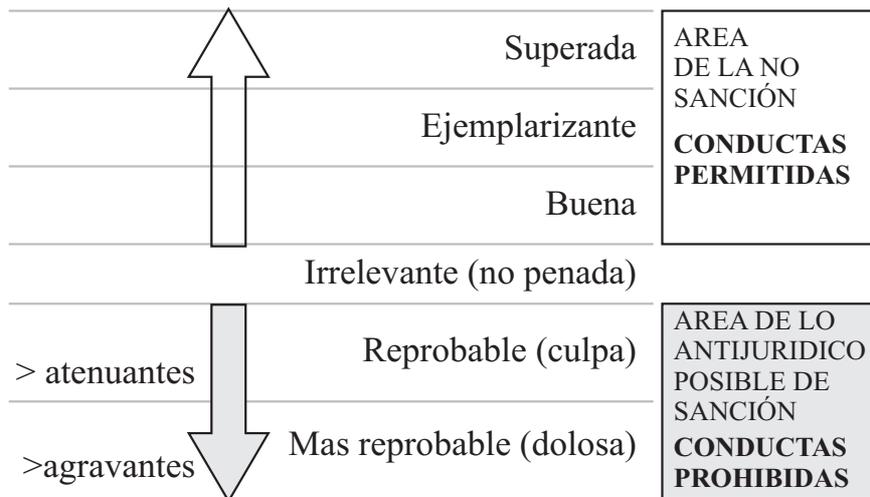
Nos explicamos: si las variables del comportamiento humano se representaran en un plano, pareciera que el Derecho divide ese plano con una recta que marca la “línea del bien y del mal” jurídicos, separando lo lícito de lo ilícito (ver gráfico). Si se pasó de la línea, bajando el nivel admisible o tolerable, actúa el Derecho indagando para precisar la gravedad de la conducta e imponer una sanción coactiva por la violación de una norma prohibitiva. Si, en cambio, no se franqueó esa línea, el comportamiento suele ser indiferente al Derecho. Si no procede castigar, no se ingresa al análisis del que no violó la norma, ni se discierne si fue porque temía a la sanción o bien por motivos más honorables. ¿No se puede hacer algo más al respecto? ¿Será que el futuro habilitará al Derecho a ingresar con mayor detenimiento en esa área de valoración de la conducta no ilícita?

No será ocioso ni difícil evocar la existencia de algunas manifestaciones, que podríamos calificar todavía de escasas, de lo que se ha llamado el “Derecho premial”, que se concretan en inducir conductas favorables al querer jurídico utilizando el premio al bien hacer, estimulando el cumplimiento adecuado (es el caso del pago de “presentismo” en el contrato de trabajo respecto de quien no acusa ausencias en el cumplimiento de su prestación de servicios o la bonificación en el precio de un crédito por buen cumplimiento o por anticipar su cancelación).

¿No será tiempo de darle otra proyección y trascendencia al Derecho como marco referencial del comportamiento esperado, avanzando en su frontera y distinguiendo, por ejemplo, los matices del actuar favorable al “deber ser”, así como “del otro lado de la línea” se atiende en forma diferencial el comportamiento culposo del doloso cuando se comete un delito? Más allá del distingo moral –en que actuar por el mero sentido del deber y no utilitariamente no es lo mismo que hacerlo en función de pretender un reconocimiento o beneficio- ¿es que siempre seguirá siendo lo mismo para el Derecho que una persona no violente una orden jurídica independientemente de cuál es el fundamento que sustenta su posición? ¿Es realmente indiferente a un criterio ordenador de la sociedad que se lo haga por miedo a la sanción, por simple automatismo inconsciente o porque ha comprendido que ello es su deber como ciudadano o como habitante? Si se reconocen estos distingos, la “línea del bien y del mal jurídicos” debería estar acompañada de otras “líneas”, “niveles” o “franjas” por encima del límite “no sancionable”.

Anhelamos para las generaciones del presente y el futuro que se acerquen en la labor de fortalecimiento del valor de la vida social de modo cada vez más eficiente y que el aprovechamiento inteligente de las libertades que otorga el conocimiento sirva también para considerar la conveniencia, bajo el marco legal, de incentivar la ponderación de responsabilidades no sólo ante los apartamientos y las trasgresiones sino, además, promocionando conductas positivas sin detrimento de la libertad de acción. Tal vez pueda ésta ser una de las tantas formas fecundas de honrar con gratitud a los respectivos próceres de las naciones libres y a los inspiradores de sus principios fundacionales.

Gráfico ensayando “franjas” de calificación de comportamientos aún en el plano de la licitud.



Notas:

(1) Con gusto se acercan, para *El Reporte*, algunas reflexiones sobre un tema que nos viene inquietando desde hace varios años, con el anhelo de brindar una modesta contribución para un intercambio constructivo acerca de las posibilidades que se podrían otear en el horizonte jurídico, sea al tiempo de legislar como al momento de evaluar y ponderar conductas en sociedad.

(2) El Profesor Mario G. Losano en su obra “*Los Sistemas Jurídicos Contemporáneos*” (Editorial Debate, Madrid, España, 1982) se refiere a la percepción que el Derecho hace de las nociones científicas y las transformaciones que los descubrimientos científicos producen en el Derecho. Más allá que pueda ser relativizado el caso, cita al Tratado de Tordesillas que lauda un conflicto entre las dos potencias de la época –Portugal y España– “dividiendo” el área de las conquistas con un criterio más razonable para la suposición de un mundo “plano” que de un planeta esférico (el oriente para Portugal y el occidente para España)

(3) Novela “*I pugnalatori*”, de Leonardo Sciacia. (Club degli Editori, Milano, Italia, 1977).

(4) El art. 26 inciso 2do la Constitución de la República Oriental del Uruguay expresa textualmente: “En ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar, y si sólo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito.” Debemos reconocer que su lectura y confrontación con la realidad duele profundamente a muchos, ya que contrasta lo que se propugna con lo que se ha podido lograr. A su vez también parece chocar y contrastar este principio constitucional con ciertos clamores instintivos, tan explicables como irracionales, que surgen ante la indignación popular que generan ciertos actos delictivos.

(5) Conductas que estudia con minuciosidad el Prof. Dr. Ernesto Garzón Valdés en “*Algunas reflexiones sobre la ignorancia*”, *Lectio en “Filosofía, Política y Derecho*”, Universidad de Valencia, 2002, pag. 25 a 44).

(6) “El Conocimiento amplía la vida. Conocer es vivir una realidad que la ignorancia impide disfrutar”. Carlos B. González Pecotche, “*Exegesis Logosófica*”, Buenos Aires, 1956, pág. 28



LOS MOTIVOS DE LAS DECISIONES JUDICIALES ¿MITO NORMATIVO O REALIDAD EMPÍRICA?

POR LUCIO H. BRONDES: ABOGADO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL. CONSEJERO EN LA ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DEL CHUBUT. DOCENTE UNIVERSITARIO.

Puntos de vista/I

Desde el punto de vista del búho, del murciélago, del bohemio y del ladrón, el crepúsculo es la hora del desayuno.

La lluvia es una maldición para el turista y una buena noticia para el campesino.

Desde el punto de vista del nativo, el pintoresco es el turista.

Desde el punto de vista de los indios de las islas del mar caribe, Cristóbal Colón, con su sombrero de plumas y su capa de terciopelo rojo, era un papagayo de dimensiones jamás vistas.

Eduardo Galeno

“Patás arriba. La escuela del mundo al revés”

INTROITO

El presente esbozo invita a un tema polémico, aunque carezca de ribetes de originalidad. El mismo transita por un extremo surcado por torrentes de tinta: los fallos judiciales y su fundamentación.

Estimo que lo primero a tener presente, al enfrentar ésta cuestión, es precisamente la ambigüedad del término “fundamentar”. Repárese nomás en lo siguiente: lo que para mí es una fundamentación suficiente, puede no serlo para otra persona, pues generalmente lo que se ofrece como “fundamento” no es más que un juicio axiológico que no tiene por qué ser aceptado por todos.

Siempre es posible cuestionar el “fundamento” que se ofrezca como justificación de una acción. Además, todo “fundamento” requiere a su vez otro y así hasta el infinito.

Pero por el momento, haciendo abstracción de esta circunstancia, puede decirse, en términos genéricos, que “fundamentar” un fallo significa dar *argumentos o razones* plausibles para justificar por qué se ha tomado precisamente *esa* decisión en lugar de otra.

Por supuesto, existen respecto a la fundamentación jurídica “buenas” y “malas” razones, “buenos” y “malos” argumentos, tal como los juristas clásicos lo habían reconocido cuando decían: los argumentos no sólo deben contarse, sino también pesarse. Aquello que distingue un “buen” argumento de uno “malo”, representa una cuestión *valorativa* (y no sólo lógica) que resulta extremadamente difícil resolver y que depende de múltiples factores: el punto de partida teórico e ideológico de quién argumenta, la consideración lógica del argumento mismo y su fuerza persuasiva.

Aparece el interrogante: ¿existe una receta mágica que se le pueda ofrecer al juez para que éste motive razonablemente sus fallos? o bien no existe tal receta válida? Parafraseando a Sartre, el juez “¿está condenado a ser libre?”.

EL PORQUÉ DE LOS MOTIVOS

En un sistema jurídico existen distintas herramientas para poner en práctica las normas.

Desde la obra de Max Weber, es que puede diferenciarse formalmente entre un sistema jurídico autoritario- represivo y un sistema basado en la legalidad. En el primero, para legitimar los fallos judiciales, se recurre a “*la voluntad del rey*”, “*los intereses de la clase dominante*”, “*los caprichos del dictador*”. En el segundo se acude a los medios técnicos que ofrece la burocracia judicial. Es decir, la aceptación social y ética (la “racionalidad formal” según Weber), y por ende, la legitimidad de un fallo judicial dependen, en definitiva, de “cómo” esa sentencia sea fundamentada.

De ahí que la posibilidad de motivación sea un mecanismo vital para la “racionalidad” de los fallos, pero también una herramienta importante para ejercer la *crítica* sobre la actividad de los jueces.

Es precisamente con el objetivo de lograr una “mejor” fundamentación de las decisiones que sobreabundan, ya sea en soporte papel o digital, compendios y revistas de jurisprudencia y cientos de obras de doctrina, amén de los cursos y congresos académicos. No obstante ello, surge otra pregunta capital: ¿cumple todo ello con su objetivo central? Es decir: ¿se ha incrementado con tales esfuerzos la “racionalidad” en la aplicación del derecho? ¿Es posible fundamentar las sentencias de un modo significativamente mejor, “más científicamente”, que hace diez, veinte o cincuenta años? La legitimación del derecho, e incluso la existencia misma de los tribunales, dependen en buena medida de la respuesta afirmativa a los interrogantes planteados.

Sin embargo, una respuesta ingrata, cuestionadora del realismo de estas pretensiones, nos la ofrece un autor español, Alejandro Nieto, al decir “... *El proceso judicial se desenvuelve como un duelo sin sentido, como un gasto social y un fraude personal absolutamente convencionales; los abogados aparecen como profesionales egoístas, mitad ignorantes, mitad tramposos... los profesores actúan como embaucadores y falsos profetas, y en fin, la sentencia termina siendo una burla resultado del azar o del capricho del juez...*” (Nieto, “El derecho y el revés”, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, Pág. 40-41).

El derecho constituye un crisol donde se conjugan, de maneras intrincadas y hasta contradictorias, muy diversos ideales, aspiraciones y esperanzas.

Es del derecho y de la “ciencia jurídica” de donde las comunidades políticamente organizadas extraen una buena dosis de sus expectativas y anhelos sociales, como la paz, la seguridad jurídica, la igualdad y la justicia.

La pregunta sobre porqué es necesario fundamentar las sentencias resulta hoy en día, para muchos, un interrogante teóricamente estéril, casi trivial, pues su respuesta es más que evidente. No obstante, curiosamente durante más doce siglos se consideró que era innecesario, contraproducente y hasta de “mal gusto” que un magistrado expusiera las razones de sus fallos. De ahí el aforismo latino: “*si cautus sit iudex, nullam causam exprimet*” (si el juez es cauto, no expresará la causa de su decisión). La obligación de motivar las sentencias judiciales no es, entonces, una constante histórica, sino que está sujeta a las contingencias ideológicas de la época.

En nuestro tiempo, donde se idolatra la razón técnica, resulta impensable tomar una decisión que no se pueda “justificar” de alguna forma. En ausencia de argumentos que respalden las decisiones, las voces iracundas de los afectados se alzarán y los ánimos se incendiarán, pues inmediatamente nacerá la réplica de que la decisión es “arbitraria”. Aquí no debe olvidarse la

advertencia del ilustre jurista Genaro Carrió, cuando señalaba: “...*Sentencia arbitraria no es más que un rótulo engañosamente único que la Corte usa para expresar y encubrir su versátil sentimiento de repulsa frente a decisiones que no le caen bien...*”. Y añade: “... *lo único que tienen en común las sentencias que la Corte ha declarado y sigue declarando arbitrarias es que el alto tribunal las declara tales. Sentencia arbitraria es aquella decisión que la Corte llama arbitraria*” (Notas sobre derecho y lenguaje, 4ta edición, corregido y aumentada, Abeledo Perrot, Bs As, 1994, pág. 287 y 288 respectivamente).

Se puede decir, de manera escueta, que fundamentar un fallo cumple cuatro funciones básicas, de las cuales solo las dos primeras se acostumbran poner sobre le tapete:

a) La primera, y más evidente, consiste en exteriorizar, por escrito u oralmente, las razones en virtud de las cuales se toma una decisión determinada. Ello opera a modo de mecanismo interno de control por parte de los tribunales superiores frente a las demás instancias. Este control puede ser llevado a cabo también por los letrados de las partes, quienes conocerán así los argumentos que deben combatir mediante las distintas vías impugnativas.

b) La segunda tarea o función se relaciona con la “presunta” racionalidad de las sentencias judiciales y del derecho en general. Al respecto, es viable puntualizar que las decisiones judiciales no son, ni pueden ser, estrictamente racionales. Nuevamente se trae al ruedo la opinión de Nieto, quien nos interpela: “...*en mi opinión, aquí nos encontramos, en efecto, ante un engaño “institucionalizado”. Por razones ideológicas, el estado no puede admitir que sus órganos judiciales decidan por causas distintas de la racionalidad legal, que es la única que les legitima. De la misma manera que los jueces se sentirían lastimados en su dignidad personal si se atribuyeran causas no jurídicas a sus resoluciones. Para que el mundo viva en orden es imprescindible que los comportamientos humanos puedan justificarse caballeramente, y con Freud o sin él, nadie está dispuesto a reconocer en público lo que quizás no niegue en la esfera de su intimidad. Puesto que el sistema político ha decidido que las sentencias se deducen de razonamientos lógicos, no es prudente abrir las puertas de la bodega para dejar que salgan los fantasmas de la irracionalidad o las alimañas del decisionismo*” (Nieto, Alejandro; El arbitrio judicial, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 2000, pág. 39-40).

Valga la aclaración: que se descalifique, de algún modo, al derecho y su aplicación judicial como poco racionales, o eventualmente irracionales, no incide sobre la circunstancia de que la racionalidad es un ideal indeleble de las sociedades humanas y de la cultura jurídica en particular.

c) Una tercera función que cumple la fundamentación de los fallos se refiere a la “legitimación del poder” ejercido por el estado sobre los ciudadanos. Una sentencia, independientemente de su racionalidad, implica ejercicio directo de las potestades de imperio del poder estatal. Esto refleja de alguna forma, a veces cruel como sucede en el derecho penal, la autoafirmación del monopolio de la fuerza sobre el individuo concreto.

d) Por último, la fundamentación de los fallos judiciales cumple la importante función de legitimar la administración de justicia frente a los distintos “foros” de la sociedad. Así, suele suceder que los jueces motiven sus sentencias teniendo en mente cuatro grupos de personas, a las que intentan convencer de la “bondad” de sus fallos:

1.- Las partes procesales del caso representan el auditorio directo. Debe tenerse presente que lo que el judicante procura es convencer a las partes de la corrección sistemática y de la “justicia” de su decisión. En términos

realistas, debe admitirse que este ideal rara vez se cumple.

Para el litigante victorioso no hay, prácticamente, necesidad de que le expongan las razones por las cuales salió airoso. Se da por satisfecho con obtener la pretensión que buscaba, independientemente de si el fundamento de ésta es justo o no. En cambio, para el perdedor, no existirán argumentos que lo convenzan de su fallida derrota. De ahí que, cuán “justa” se considere una sentencia depende de quién la valore: el ganador o el perdedor.

2.- Otro foro importante al que se dirige el juez con la motivación de su fallo está representado por los tribunales revisores. En honor a la verdad, a ningún juez le agrada ver cómo sus sentencias son revocadas una y otra vez por las instancias de alzada. De allí que se cuide mucho (en la argumentación que le dan a sus decisiones) de tener siempre presente la opinión de los tribunales superiores.

Desde ésta óptica, muchas veces una sentencia “eficaz” es aquella que evita ser revocada y no necesariamente aquella que “resuelve” el conflicto social de la mejor forma posible.

3.- Ahora bien, los jueces no están exentos, como cualquier otro ser humano, de la vanidad y hasta de la arrogancia propia del “gremio”. ¡A qué magistrado no le gusta que su fallo sea alabado, tomado en cuenta por la doctrina, citado en otro precedente, comentado en alguna revista especializada! No es inusual encontrar fallos donde sobreabundan citas de literatura especializada, y eruditas elucubraciones y disquisiciones dogmáticas sobre distintas “teorías” que hay en la materia de discusión. En muchas ocasiones, las sentencias se convierten así en un campo de batalla y en un foro para el ejercicio de la gimnasia dialéctica y retórica. Todo esto no estaría mal si no fuera por el “detalle” de que muchas veces esas disquisiciones no tienen mucho que ver con el fondo del asunto, sino que buscan más bien lanzar una *cortina de humo* sobre los puntos verdaderamente candentes del problema.

4.- Asimismo, los jueces tienen en cuenta el termómetro de la “opinión pública” y los medios de comunicación. Honestamente, no conozco con suficiente agudeza qué papel juegan estos vectores en la configuración real de las decisiones judiciales, pero debe asumirse que la influencia existe.

OTRO INGREDIENTE DE LA POLÉMICA: EL MOMENTO

Otro punto que guarda interés tiene que ver con el momento (el cuándo) en que se lleva a cabo el acto de fundamentar la sentencia. La cuestión se relaciona con el problema de la *cientificidad* o no del derecho.

El interrogante versa sobre si la fundamentación de la sentencia implica un proceso lógico-científico, sobre el cual los hechos son subsumidos deductivamente dentro de un conjunto de normas, o si más bien dichas sentencias se siguen de una decisión *previamente* adoptada por el juez, valiéndose para ello de cierta clase de elementos extrajudiciales (valores, política, moral, etc).

Brevemente, es conducente repasar los tres grupos de opiniones que existen frente al planteo.

a) Según el paradigma tradicional, aún dominante, el acto de fundamentación se sigue de un proceso más o menos lógico, del llamado “modelo de subsunción”. La sentencia se infiere de la argumentación racional de los operadores del derecho, quienes determinan, en primer lugar, los hechos relevantes y luego, las normas jurídicas dentro de los cuales sea posible enmarcar dicha plataforma fáctica hasta llegar al fallo.

Las críticas al modelo son hoy en día masivas, basándose

prioritariamente en que un modelo semejante atenta contra todas las reglas psicológicas y de la experiencia.

“Prácticamente, ningún ser humano, en su actividad intelectual cotidiana, empieza su trabajo con una serie de construcciones abstractas sobre el mundo, para después tomar una decisión racional, sino que mas bien inicia con pensamientos o casos concretos (vivencias) que se estiman relevantes para su propia vida y de allí en adelante se construye su justificación teórica” (Pitkin, H.F., El lenguaje, la política y la justicia, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, Pág. 83 y 84).

En definitiva, puede aseverarse que el modelo de la subsunción parte de la base de que la sentencia es un proceso lógico abstraído de las influencias subjetivas, emocionales e incluso irracionales de los propios jueces.

b) Según una segunda tesis, el decisorio judicial es el resultado de un proceso inverso al anterior. El juez empieza con una conclusión previamente adoptada o deseada, y luego busca, valiéndose de herramientas semánticas o lingüísticas, la justificación adecuada en las distintas normas jurídicas. Lo que el operador jurídico hace es *justificar* sus fallos de acuerdo con sus gustos y preferencias morales, políticas, religiosas, etc.

En el marco de la presente concepción, característica de las escuelas realistas del derecho, la fundamentación es solo un proceso de *racionalización psicológica* de una decisión adoptada a priori.

c) Una tercera corriente sobre la relación entre hechos y normas, y de cómo a partir de allí se deriva la sentencia, fue popularizada por Karl Engisch. Se trata de una tesis ecléctica, conocida como la teoría del “ir y venir de la mirada entre la premisa normativa mayor y el supuesto fáctico”. Según este enfoque, no existe un criterio metodológico único para adoptar una sentencia, por lo que se hace necesario acudir permanentemente a la norma y a los hechos para dictar el fallo, todo valiéndose de múltiples herramientas, que no siempre son lógicas o racionales. De allí la inevitable debilidad de toda sentencia judicial desde el punto de vista epistemológico.

El problema de la fundamentación se relaciona, por lo tanto y de una forma estrecha, con el problema de la verdad, de la aceptación social de las sentencias, y finalmente, con el problema de los fines de la vida humana.

Podría pensarse, en primer lugar, que una decisión está correctamente fundamentada, cuando los jueces apelan sistemáticamente a las normas relevantes del ordenamiento para resolver los conflictos traídos a resolver. Se trata de la fundamentación normativa de la sentencia, considerada por muchos juristas como un atributo esencial de la “ciencia jurídica”. Según esta perspectiva, la solución para los problemas prácticos de la aplicación del derecho ha de buscarse estrictamente en el sistema jurídico mismo. En otras palabras: la totalidad del ordenamiento jurídico, conceptualizado como un todo hermético, ofrece, si es interpretado adecuadamente, todas las soluciones concretas para los distintos conflictos de la vida social.

El problema que se presenta es que la fundamentación normativa deja por fuera las consecuencias reales que tienen los fallos judiciales. El “sentido” de una norma jurídica no se desarrolla en un paraíso ideal del deber ser, sino en el juzgamiento de seres humanos concretos, quienes padecen en “carne y hueso” el “sentido” del ordenamiento jurídico en cuanto tal.

No es inusual que se apele, por esta vía, a determinados valores fundamentales que se encuentran, o bien en la Constitución Nacional o Instrumentos internacionales, o bien fuera del ordenamiento jurídico mismo (derecho natural).

Sin discurrir sobre la existencia o no de esos valores, lo cierto del caso es que la mera invocación que de ellos se hace no es, por ende, estrictamente

racional, sino una cuestión emotiva, moral, ética o religiosa. Aquí entran en juego incontables emociones y pasiones.

La fundamentación normativa también guarda un estrecho vínculo con expedientes pre-reflexivos de argumentación, dando pie, precisamente, a la *fundamentación intuitiva*. En la aplicación del derecho no se ofrecen siempre las razones explícitas del por qué se ha tomado una decisión en lugar de otra. Por el contrario, los operadores jurídicos apelan a categorías tales como la “justicia”, la “equidad”, la “igualdad” o los inveterados “principios generales del derecho”; respecto a éstos últimos, el comercialista argentino Rodolfo Fontanarrosa los equiparó, risueñamente, con el ave fénix (todos hemos oído hablar de él, pero nadie sabe donde está).

Aunque con el empleo de esas *fórmulas* se quiere despertar la impresión de que se acude a realidades objetivas, lo cierto del caso es que detrás de estas figuras se esconden las puertas abiertas para ingresar a los salones de la creación judicial del derecho y el ejercicio del poder judicial. Lo que es “justo” o “equitativo” lo resuelve, finalmente, el juez mismo.

LA LLAMADA FUNDAMENTACIÓN EMPÍRICA

Un tipo alternativo de fundamentación es la empírica. Acudir a los hechos dados de la realidad social para medir el alcance (eficacia) de las sentencias no es una práctica frecuente en la administración de justicia.

Lo “dramático” de esta circunstancia reposa en que los fallos judiciales implican, usualmente, la privación de libertad ambulatoria, la quiebra de una empresa, la pérdida de bienes, etc, sino también la transformación de una comunidad jurídica. Ahora bien, existen algunas preguntas centrales que es importante formular: ¿cómo es posible llevar a cabo una inclusión de los elementos empíricos, o de los conocimientos científicos generados en otras disciplinas, en la praxis judicial? ¿es posible abandonar el normativismo puro en pro de una visión más reflexiva del saber jurídico?.

Sobre estas cuestiones se puede discutir mucho, y se podría, sin duda, profundizar sobre todas las sutilezas técnicas a que podría llegar el debate.

No obstante ello, es prudente encarar algunos puntos centrales que pueden resultar interesantes para un ejercicio más realista de la actividad judicial.

El enfoque coincide, en buena medida, con la *concepción social-tecnológica* del derecho que propugna Hans Albert desde las bases del racionalismo crítico.

Siguiendo el mismo, se dice que existen, al menos, cinco grupos de problemas en la aplicación práctica del derecho dentro de los cuales resulta posible, en mayor o menor grado, una implementación de argumentos empíricos, con la consecuente inclusión de los trabajos de las ciencias sociales en el ámbito jurídico.

Dicha inclusión permitiría, según este enfoque, un incremento, al menos relativo, de los criterios de *racionalidad e intersubjetividad científica* en los debates jurídicos.

a) La fundamentación empírica puede cumplir una *función crítico-desmitificadora* respecto a las estructuras de pensamiento tradicionales de los juristas.

b) Los elementos empíricos pueden ser útiles en la práctica jurídica para resolver problemas de “pronóstico”. Para tomar un caso, representémos la previsión constitucional y legal de la pena, que debe imponerse de tal forma que tienda, se oriente o contribuya a la “reinserción social” del condenado. Ahora bien: ¿cómo tiene que imponerse la sanción punitiva para que se cumpla ese propósito?. Asimismo, y dentro del mismo

sistema penal, existen otros casos donde el judicante debe realizar pronósticos, como en los supuestos de los denominados “peligros de fuga” y “entorpecimiento de la investigación o averiguación de la verdad”, a los efectos de resolver sobre la procedencia de medidas de coerción, como la prisión preventiva.

En consecuencia, surge la pregunta: ¿cómo efectúan los jueces esos pronósticos? Puede responderse que la práctica judicial se orienta en estos casos, más que por la consideración de baremos empíricos, por la “intuición forense” o por la “experiencia personal” del operador jurídico, lo que redundaría, al fin, en una forma de esoterismo epistemológico.

c) Por otro lado, los argumentos empíricos pueden ser útiles para la solución de problemas explicativos en la aplicación del derecho. Puede, a modo de ejemplo, enunciarse un problema de esta naturaleza mediante una pregunta: ¿por qué actuó el autor de un hecho delictivo con alevosía o ensañamiento? En respuesta a ello, los jueces deben recurrir a ciertas teorías que sean capaces de explicar adecuadamente los problemas. En el caso ideal, los jueces deberían apelar, para la solución de los problemas, a las teorías científicamente corroboradas. Sin embargo, esto no sucede siempre así. Es usual que se acuda más bien a las llamadas “teorías de la cotidianidad” o conocimiento vulgar; esto es, a presunciones simplificadas sobre la realidad social.

d) El empleo de postulados empíricos puede contribuir también a la solución de problemas instrumentales (aquellos que se pueden formular en términos de medios y fines). Un supuesto lo brinda, en el ámbito penal, la problemática misma de la pena. ¿Con cuales medios (prisión, multa, reparación del daño, conciliación) se pueden alcanzar de la mejor manera los fines del derecho penal (cualesquiera que éstos sean)? ¿cómo hace un juez para saber si una pena de diez años de prisión es mas efectiva para lograr la “reinserción social” del condenado, que una pena de veinte años?

63 —

CONCLUSIÓN

A partir de todo lo señalado, puede decirse que no existe, en materia jurídica, una *única* forma de fundamentar las sentencias.

Ya se ha dicho que el concepto mismo de “fundamentación” es muy ambiguo. Todo fundamento requiere, a su vez, otro que lo justifique y así sucesivamente hasta el infinito.

Lo que el jurista o el juez deben hacer, finalmente, es *escoger* aquellos argumentos que él quiere utilizar para fundamentar jurídicamente sus fallos. Esa elección no es sólo una cuestión lógica, sino también valorativa. Esto hace del problema de la fundamentación un problema de carácter moral que involucra la responsabilidad personal y social de los juristas.

Aunque en nuestra cultura jurídica existe la firme creencia de que es necesario e imperioso fundamentar *científicamente* las decisiones judiciales, lo cierto del caso es que ello no siempre es posible. Puesto que el objeto del derecho lo constituyen las relaciones y conflictos humanos, siempre maleables y cambiantes, las razones que se pueden dar para una decisión son también maleables y cambiantes.

En este campo toda decisión está, por lo tanto, sujeta al consenso más que a la racionalidad científica, a la finalidad más que a la verdad. El juez tendrá, finalmente, que *elegir* él mismo, aquél o aquellos argumentos que desea utilizar para sustentar sus decisiones, y ello con la plena conciencia de que esas razones pueden ser tan válidas y contingentes como sus contrarias.

El carácter decisivo de un fallo judicial no lo da, entonces, la norma sino mas bien la opción valorativa (moral) del juez.

Nuevamente, es oportuno recordar que hay dos diferentes formas de fundamentar las decisiones de los jueces: mediante argumentos normativos o empíricos.

La dogmática jurídica prefiere los primeros, lo que lleva, en no pocas ocasiones, a un tipo de actividad judicial caracterizado por pseudo argumentos intuitivos (la “naturaleza jurídica”, la “verdad”, la “buena fe”, entre otros muchos).

En contra de dicho tipo de fundamentación, tal vez deba apelarse por un mayor uso de argumentos empíricos, siendo conscientes de que su empleo entraña dificultades insalvables. La principal de ellas reposa en el hecho de que la sociedad, en general, exige de acuerdo a sus propios parámetros emotivos, una “justicia” que sea racional, objetiva, imparcial y verdadera.

En definitiva, quizá lo paradójico del caso es que la “única receta” válida para fundamentar una sentencia, es que finalmente ¡no existe tal receta!

Bibliografía Consultada:

“*El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*”, de Martha C. Nussbaum. “*Notas sobre Derecho y Lenguaje*”, de Genaro Carrió. “*El arbitrio judicial*”, de Alejandro Nieto. “*El derecho y el revés*”, de Alejandro Nieto.





LOS DELITOS DE TRÁFICO Y TRATA DE PERSONAS COMO UNA FORMA SUTIL Y MODERNA DE ESCLAVITUD EN EL SIGLO XXI

POR MANUEL ALBERTO PIZARRO: ABOGADO (UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SALTA). DOCTOR EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES POR LA UNIVERSIDAD DE MENDOZA. POSGRADUADO EN DERECHO MERCANTIL, DE SOCIEDADES Y CONCURSAL, Y EN DERECHO CIVIL EN LA UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE MADRID. PROFESOR ADJUNTO POR CONCURSO Y RESPONSABLE DE LA CÁTEDRA RECURSOS NATURALES-RÉGIMEN JURÍDICO, DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PATAGONIA SAN JUAN BOSCO. ES SECRETARIO DEL JUZGADO FEDERAL DE COMODORO RIVADAVIA. HA SIDO DISERTANTE EN CONGRESOS Y JORNADAS DE DERECHO. ES AUTOR DE NUMEROSOS ARTÍCULOS DE SU ESPECIALIDAD.

“Entre todos lo esclavos que he tenido y he tenido muchos, los servicios que tu Tiro me has prestado son innumerables en mi hogar y fuera de él, en Roma y en el extranjero, en mis estudios y en mi obra literaria”.

-Cicerón, discursos sobre su esclavo Tiro,
Noviembre de 63 a.C.-

INTRODUCCION

La finalidad del presente trabajo es la de realizar una aproximación, un delineamiento grueso y en definitiva un somero análisis respecto de los delitos de tráfico y trata de personas vistos estos como una forma moderna y sutil de la esclavitud en el siglo XXI.

Para ello se realizará una visión de la evolución histórica de la esclavitud, las similitudes y diferencias entre la antigüedad y la actualidad de esta aberrante práctica.

Asimismo se diferenciarán y distinguirán los delitos de tráfico ilegal y trata de personas.

Por último se contextualizará el alcance y efecto legal del consentimiento de la víctima mayor de edad y a sus resultados la exclusión del tipo penal.

DESARROLLO

1. Aspectos terminológicos.

En principio cabe preguntarnos ¿De que estamos hablando en realidad cuando hablamos de trata de personas?.

La respuesta a este interrogante debe necesariamente partir de la acepción de la palabra trata, ya que de allí comprenderemos el verdadero significado del *nomen iuris* del delito, la trata es un termino que el diccionario de la Real Academia Española le atribuye al comercio, pero no al comercio de cualquier cosa, sino a la venta de seres humanos como esclavos ¹.

El comercio de personas fue parte irrevocable de la esclavitud, institución que rigió en la historia de la humanidad e incluso fue consentida por las mayores religiones que signaron y signan los designios de esa humanidad.

Recuérdese por caso, que nuestro país recién con la sanción de la Constitución Nacional en el periodo histórico de la misma año 1853/1860

abolió la esclavitud por imperio del art. 15 de la Carta Magna con un claro antecedente en la libertad de vientres que ya la asamblea del año 1813 había decretado, lo cual permítaseme esta reflexión viene a reforzar una clara tradición de nuestro país que nunca abrazó la institución de la esclavitud.

Es decir la trata entendida desde sus orígenes como comercio de esclavos, representa en sí una aberrante modalidad de lucro con afectación a uno de los bienes más preciados del ser humano, que es su libertad.

Y es que la libertad como nota distintiva del ser humano en su dimensión individual o social importa nada más y nada menos que hablar de la naturaleza humana en sí misma.

En otras ocasiones he referido que, tal vez, a mi humilde entender, el paradigma de la libertad surge a partir de la denominada esfera íntima del hombre -y de la mujer desde ya para evitar todo tipo de lingüística discriminación- y esa esfera íntima constituyó y constituye el ámbito absolutamente intangible de la protección de la vida privada, de la decisión voluntaria, libre de presiones o coacciones, que adopta la persona respecto de su cuerpo, de su identidad, de su derecho básico a estar, permanecer o irse de un determinado lugar a su arbitrio y también de trabajar en condiciones dignas, seguras y ganarse su sustento con su esfuerzo.

2. El bien jurídico protegido

El delito de tráfico y el delito de trata de personas en su enunciado, como toda norma penal, más allá de la tipificación de la conducta disvaliosa y la previsión de la sanción penal que deben contener en su estructura, reconoce en sí la protección de un determinado bien jurídico y aquí el bien jurídico protegido es la libertad; tutelando y previendo la afectación, la agresión, el menoscabo al autodominio o a la autodeterminación de la persona.

Avanzando entonces a través del camino de libertad, me he permitido titular este artículo refiriendo que el tráfico y la trata de personas representan una moderna y sutil forma de esclavitud en este siglo XXI, para ello, no es necesario imaginarse a los esclavos de hoy como a personas atadas con cadenas.

Es que el esclavo moderno es toda aquella persona obligada a trabajar, a través del aprovechamiento de su estado de vulnerabilidad, el engaño o bajo la amenaza de la violencia, y sin otra paga más allá de la mera subsistencia, es gente que no tiene la libertad de abandonar el trabajo.

Esta moderna y sutil forma de esclavitud, importa que cientos de cientos de miles de esas personas sean objeto de comercio a través de las fronteras para trabajar en el servicio doméstico, los labores manuales, mendigar o, particularmente, ejercer la prostitución forzada.

Cabe entonces preguntarnos ¿cuál es la diferencia entre los esclavos modernos y los esclavos del pasado?. Una primera respuesta al interrogante se basa en una diferencia obvia, la esclavitud hoy es ilegal en todas partes mientras que en la antigüedad era legal, y esto tiene una consecuencia en las diferentes etapas de la consumación de delito en la actualidad, ya que los traficantes de personas despliegan todas las tareas, artimañas, engaños, disimulos, etc. para justamente esconder su mercadería humana, y así se organizan en verdaderas redes y organizaciones de tráfico.

Esta moderna forma de esclavitud que representa el tráfico ilegal y la trata de personas es un fenómeno muy antiguo que sólo desde las últimas dos décadas ha venido saliendo a la luz pública, en otras palabras, estamos frente a un problema viejo con un nombre nuevo.

3. Evolución histórica del tráfico ilegal y de la trata de personas.

Durante la época colonial mujeres y niñas, particularmente africanas e indígenas, eran desarraigadas de sus lugares de origen y comercializadas como mano de obra, servidumbre y/o como objetos sexuales.

Pero la trata, como problema social, comenzó a reconocerse a fines del siglo XIX e inicios del siglo XX a través de lo que se denominó “*Trata de Blancas*”, concepto que se utilizaba para hacer referencia a la movilidad y comercio de mujeres blancas, europeas y americanas, con el objeto que estas sirvieran como prostitutas o concubinas generalmente en países árabes, africanos o asiáticos. A partir de éste fenómeno migratorio que tenía como protagonistas a mujeres de estas características, surgieron las primeras hipótesis en torno a que dichos movimientos eran producto de secuestros, engaños y coacciones sobre mujeres inocentes y vulnerables con el objeto de explotarlas sexualmente².

Al inicio de la década de los años 80, después de varios años de silencio, los discursos sobre la trata de mujeres con fines de explotación sexual volvieron a tomar fuerza debido entre otras razones, al incremento de la migración femenina transnacional.

De esta manera la antigua definición de “*trata de blancas*” (que aún persiste en el imaginario colectivo), quedó en desuso por no corresponder ya a las realidades de desplazamiento y comercio de personas y tampoco a la naturaleza y dimensiones de los abusos inherentes a este flagelo, que afecta indistintamente a mujeres, niñas, niños y hombres de todas las razas, colores de piel o países de origen.

Y así se comenzó a utilizar, en el derecho internacional, términos de origen anglosajón para la denominación y distinción de los delitos de tráfico y los delitos de trata de personas; y así se asignó el término al tráfico humano o *smuggling* en el que el migrante es un cliente; mientras que se reservó el término tráfico de personas o *trafficking* para referirse al comercio internacional de mujeres y personas menores de edad en que el migrante es una víctima³.

Hoy hombres, mujeres, niños y niñas son engañados, vendidos, coaccionados o sometidos a condiciones semejantes a la esclavitud bajo distintas formas y en diversos sectores: construcción, agricultura, servicio doméstico, prostitución, pornografía, turismo sexual, tráfico de órganos, venta de niños, entre otros; siendo las mujeres, las niñas y los niños el sector más vulnerable.

Dicho lo anterior otra pregunta que se impone es poder identificar ¿cuáles son las causas de la esclavitud hoy?.

En primer lugar, estas personas provienen, por lo general, de grupos sociales extremadamente pobres y aislados socialmente, son generalmente mujeres, jóvenes, con escaso acceso a la educación y los servicios de salud y en su mayoría viven en zonas donde el imperio de la ley es débil y luego se produce la emigración; aún cuando debemos aclarar que esto es un marco descriptivo de la generalidad y no es exclusivo de esos sectores postergados de la sociedad, el tráfico y la trata de personas no distinguen clases o posiciones sociales de las víctimas.

Retomando entonces la idea, la emigración de estos grupos vulnerables es la primera etapa donde comienza el tráfico o la trata de la persona, y se produce a partir de engaños, ofrecimientos de una rápida mejora económica.

4. Modalidades de comisión del delito.

Una de sus peculiaridades de estos delitos es que generalmente participan de la maniobra familiares directos de la víctima.

En efecto, son sus propios padres o hermanos los que alientan a la

futura víctima y le imponen una disyuntiva de hierro, la única salvación posible es irse del país o trasladarse dentro de éste a otro lugar, en busca de un ofrecimiento dinerario rápido, seguro y con la promesa de un regreso también rápido.

A ello habrá de agregarse otro aspecto no menor, en mucho de los casos las jóvenes mujeres que se convierten en víctimas se desprenden de sus hijos a los que dejan al cuidado de otros familiares, y esa es la vil moneda de cambio con la que los inescrupulosos que las captan, juegan.

Avanzo un poco más, creo que también los estados receptores de las personas que emigran – y lo hacen, enfatizo, ya en condición de víctimas del delito-, resultan en cierta medida cómplices de esta situación y lo digo con todas las letras, la legislación en materia migratoria y los controles deben evitar la permeabilidad del sistema.

Esto en modo alguno quiere significar el no aceptar o restringir el ingreso al país, pero creo yo que la verdadera etapa de lucha contra este flagelo de la esclavitud moderna comienza con la prevención del delito, y la prevención debe iniciar a mi humilde modo de ver en la frontera misma.

Allí se debe establecer un adecuado sistema de identificación y los agentes migratorios deben ser capacitados para identificar a las víctimas, asimismo se deben montar oficinas de información en la misma frontera, poniendo énfasis en los riesgos verdaderos que corren las personas; esto es de suma importancia, pues, este el primer contacto que tiene la víctima cuando va a ingresar al país donde será sometida al proceso de trata.

Por último cabe referir que tanto el delito de tráfico ilegal como el delito de trata de personas representan en sí el tercer negocio ilícito del mundo en cuanto a ganancias ubicándose inmediatamente detrás de la venta de armas y el narcotráfico ⁴.

Pero aquí vale una reflexión mientras en estos dos delitos venta ilegal de armas y narcotráfico el producto a adquirir se consume y hay reponerlo, en el delito de tráfico y fundamentalmente en el de trata de personas con fines de explotación, la cruda realidad es que la víctima –ser humano- es *explotada, utilizada, vendida, consumida*, innumerable y repetidas veces.

5. Distinción entre los delitos de tráfico ilegal de migrantes y trata de personas.

Habiendo entonces descripto a grandes rasgos la forma moderna de esclavitud que representan el tráfico y la trata de personas, podemos entonces desarrollar el segundo eje que he propuesto analizar en este artículo, y es avanzar respecto de la distinción entre el delito de tráfico ilícito de migrantes y el delito de trata de personas.

Es importante tener bien claras las definiciones y por ende las diferencias entre ambos conceptos pues no todo tráfico de migrantes implica necesariamente trata de personas ni todos los casos de trata de personas significan tráfico de migrantes, aunque hay muchos casos que se inician con tráfico y terminan en trata de personas.

El tráfico ilícito de migrantes está definido por el Protocolo de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, conocido como Protocolo sobre los migrantes, y allí define “el tráfico ilícito” como: *...la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener un beneficio financiero u otro beneficio de orden material....*⁵

Por trata de personas, la definición más concreta y comprensiva del fenómeno es la brindada por el protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, el que entró en vigor el 25 de diciembre de 2003 y fue ratificado por Argentina en el año 2002

por Ley 25.632, así el protocolo de Palermo define: *...Por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas recurriendo al uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra para propósitos de explotación. Esa explotación incluirá como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos...*”⁶.

En ambos delitos, hay un aprovechamiento de la necesidad de mejorar condiciones de vida a través de la migración (exceptuando obviamente, aquellos casos de trata en los que hubo secuestro, rapto o sometimiento); hay entonces un abuso a los derechos fundamentales y lógicamente una operación comercial con seres humanos.

Del mismo modo habrá de decirse que existen al menos tres diferencias importantes entre el tráfico ilegal y la trata de personas.

La primera diferencia se centra en el consentimiento de la víctima, en el caso de tráfico ilícito de migrantes -que suele realizarse en condiciones peligrosas o degradantes-, los migrantes consienten en ese tráfico. Por el contrario las víctimas de la trata de personas, nunca han consentido o, si lo hicieron inicialmente, ese consentimiento ha perdido todo su valor por la coacción, el engaño o el abuso de los tratantes.

La segunda diferencia es la explotación, el tráfico ilícito termina con la llegada de los migrantes a su destino, en tanto que la trata de personas implica que la explotación que puede ser con fines sexuales, laborales o de tráfico de órganos, persiste en las víctimas para generar ganancias ilegales para los tratantes.

La última diferencia es la transnacionalidad: El tráfico ilícito es siempre transnacional, mientras que la trata de personas puede no serlo, y así puede hablarse de trata de personas interna (cuando se realiza hacia y dentro del mismo país) y de trata de personas externa (cuando se realiza entre países, dos o más).

A la par podría decirse que existe otro elemento que incide en el tráfico y la trata de personas y es el desempeño del trabajo al que va a ser sometido la víctima de uno u otro delito.

Podría decirse que el usualmente conocido como “*trabajo en negro*” es patrimonio del tráfico ilegal. Ello, se debe a que es un migrante irregular será necesariamente un trabajador no registrado ya que al no tener la autorización para residir en el país, difícilmente podrá cumplir las exigencias de la ley laboral.

Por el lado de la trata de personas, se presenta un panorama más complejo, ya que la víctima puede ser explotada para realizar una actividad ilegal (por ejemplo la prostitución, en los países en que está prohibida y penalizada); o puede realizar una actividad legal (la prostitución en los países donde está permitida); y todo ello aclaro sin referir aquí las condiciones de coacción y servidumbre en que se desarrolle la tarea.

Queda un tema que aún no hemos analizado, a saber ¿cuál es la finalidad del traslado en la trata de personas?. Sin duda, una de las finalidades del traslado es facilitar la coacción y la explotación, ya que mediante el traslado la persona es separada de sus redes sociales y de soporte. Este aislamiento físico (complementado con amenazas y violencia) multiplica su vulnerabilidad y hace que no pueda pedir ayuda ni recurrir a ningún tipo de asistencia.

Una vuelta de tuerca más, y es que más allá de las notorias diferencias

señaladas entre ambos delitos, sin embargo, debemos tener en cuenta que hay una zona gris entre tráfico ilegal y trata de personas: puede ocurrir que procesos que se inician como tráfico se conviertan en trata y ello se presenta cuando el pasador o traficante a su vez está asociado a redes de tratantes y, en el momento del cruce de fronteras, entrega al migrante a una red que lo explotará en el lugar de destino.

6. Naturaleza bifronte de la ley.

Establecida entonces la diferencia entre los delitos de tráfico y de trata de personas habrá de decirse que otro aspecto distintivo que permite referenciar y ubicar al delito de trata de personas es la naturaleza bifronte que emana del texto de la ley, la cual surge del contenido de la Ley 26.364 y de los arts. 145 bis incorporados al Código Penal.

Y digo que es de naturaleza bifronte, pues estamos en presencia de una ley que no sólo recepta y tutela a la libertad como bien jurídico protegido, sino que a la par la ley prevé y regula la asistencia de la víctima; muestra de ello es que la ley lleva por nombre o título: *Prevención y Sanción de la Trata de personas y asistencia a la víctimas*.

Y en ese marco de asistencia a la víctima, me permito humildemente y producto de mi experiencia como operador del sistema judicial, el enfatizar que esa asistencia debe ser necesariamente integral, armónica e interdisciplinaria, con un claro acompañamiento a la víctima del delito, mitigando el estado de vulnerabilidad que la llevó, por el motivo que sea, a ser sometida a los arbitrios y designios espurios de otras personas.

Y en esta línea argumental que vengo desarrollando respecto de la asistencia integral a la víctima, entiendo que una de las claves es evitar la denominada *re-victimización* de la persona, para ello, el tránsito de la víctima en el proceso penal, debe ser corto, acotado y asistido y, si se me permite el término, salir de ese ámbito lo mas rápido posible.

De ahí que, la intervención del poder punitivo del estado y la actuación mancomunada de todos los organismos especializados deben de inmediato y desde el inicio mismo del proceso proteger a la víctima, obtener su testimonio con las mayores previsiones y mediante la intervención de personal idóneo que debe convocar el Juez de la causa, ya sea el ministerio pupilar en el caso de menores o incapaces, y a la vez el órgano de asistencia y acompañamiento de las víctimas de delito de trata el que debe abocarse desde el inicio y el rescate mismo de la víctima al abordaje integral de la persona; de este modo además, ya hablando del marco proceso penal, se aseguran a la par las reglas del debido proceso respecto de aquellas personas que resulten constreñidas o imputadas por el delito.

7. El Consentimiento

Creo entonces, que hemos podido describir el panorama actual, las notas distintivas de esta moderna y sutil forma de esclavitud moderna a la que son sometidas las víctimas de tráfico ilegal o de la trata de personas, a la par establecido las similitudes y diferencias entre ambos delitos y algunos aspectos relacionados a la tutela del bien jurídico protegido la libertad y también los principios que hacen a la protección integral de las víctimas, entiendo yo que queda al menos una pregunta que seguramente es y será objeto de análisis entre doctrinarios, juristas, abogados y legos.

La pregunta que se impone es determinar ¿cuál es el sentido y el efecto del consentimiento de la víctima mayor de edad, del delito de trata de personas?, lo cual si bien no desconozco el avanzado tratamiento legislativo que tiene para su incorporación en la legislación vigente, en el sentido de

excluir de la exoneración del delito el consentimiento de la víctima mayor de edad.

Releyendo al profesor alemán Claus Roxin al referirse éste, desde la dogmática penal pura al consentimiento, nos habla de la interrelación entre la libertad de acción del individuo como fundamento de la exclusión del tipo penal.

Para el maestro alemán, el efecto excluyente del tipo penal y por ende la falta de realización del tipo delictivo en caso de consentimiento eficaz deriva de la libertad de acción garantizada constitucionalmente cuyo ejercicio por parte de quien consiente imposibilita la lesión simultánea de un bien jurídico que al le corresponde y con ello la realización del tipo. Y al referirse a los vicios de voluntad en el consentimiento enumera los clásicos: engaño, error y violencia o amenazas ⁷.

Es decir claramente la libertad de acción en la víctima importa que ese consentimiento sea válido o no.

De allí que, si esta preclara posición doctrinaria se traslada al delito de trata de trata de personas, creo que ese análisis del consentimiento no puede desconocer un aspecto fundante que a mi modo de ver tipifica al delito, y que se presenta más allá que la misma víctima asienta ingresar al país o trasladarse de un lugar a otro para ejercer -por caso- la prostitución o trabajar en diferentes actividades y bajo diferentes modalidades de tiempo y ejecución de la tarea.

Así, tengo decididamente para mi que ya en la génesis del delito en el *iter criminis* del mismo, siempre está presente el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad por parte del victimario y esta a mi modo de ver es clave.

Ese aprovechamiento no sólo se presenta en la etapa de captación, sino que continúa en el traslado, en el acogimiento y en la explotación aun cuando muten los victimarios, aun cuando algún dinero pueda obtener la víctima.

Siempre la vulnerabilidad de su propia situación de vida que la puso en ese lugar no querido, que la obligo a alejarse de su habitat, de su familia y hasta abandonar sus hijos y se educación, esa es la vulnerabilidad de la que se prevale injustamente el tratante y vicia decididamente su consentimiento.

COLOFON

Queda creo yo por último, analizar otro aspecto que considero se encuentra presente de una manera diría constante en el delito de trata de personas con fines de explotación sexual. Y es que, en realidad debemos admitir que en la mayoría de los casos y cuando las víctimas son mujeres, menores de edad y a la par mayores de edad, cuando los victimarios se escudan en el consentimiento de aquellas, lo que en realidad sucede es una terrible violencia de genero, una discriminación hacia la mujer como tal, a lo que es y a lo que puede ser.

A la par, los victimarios que someten fundamentalmente a hombres en la trata laboral se escudan en la necesidad de trabajo y en consentimiento de esas personas mayores de edad para afrontar las tareas y el régimen de trabajo, como así también en que en sus países de origen las condiciones laborales son aún peores.

No seamos ingenuos, los victimarios y quienes se sirven de la vulnerabilidad en que la vida ha colocado a estas mujeres y hombres mayores de edad, se escudan en su consentimiento, se escudan en el único pecado si es pecado el que han cometido, que es haberse vistos obligados, aun cuando lo nieguen, a haber tomado la triste decisión de intentar salvar su vida a cambio de su libertad.

La prevención del delito y su persecución penal, el análisis de toda la situación que rodea a la víctima desde la génesis misma del delito que sufre, y su rápido y oportuno rescate y asistencia integral son esenciales.

Queda pendiente analizar las actuales deficiencias del sistema *intra e inter* estados para la reintegración de la víctima a su país de origen y a su proyecto de vida, aspecto que al exceder el marco del presente artículo he de desarrollar seguramente en otra oportunidad.

Una mirada comprensiva de esta terrible situación que a diario sufren miles y miles de personas vulnerables, nos permitirá enfrentar esta sutil forma de esclavitud de nuestros días.

Notas:

¹ *Diccionario de la Real Academia Española, Vigésimo segunda edición, Editorial Espasa, Madrid 2003.*

² *Organización Internacional para las Migraciones (OIM) "La trata de personas, Aspectos Básicos", Primera México DF, Edición mayo 2006.*

³ *ZAFFARONNI, Eugenio, BAIGUN David, "Código Penal y Normas complementarias. Análisis doctrinal y Jurisprudencial", Tomo 5 pag. 441, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Julio de 2008.*

⁴ *Las ganancias anuales por el delito de Trata de Personas pueden alcanzar hasta los 10.000 millones de dólares. U.S. Department of State, "Trafficking in Persons Report 2004" (<http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2004/>)*

⁵ *Protocolo Complementario contra Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire a la Convención de las Naciones Unidas, suscripto en la ciudad Italiana de Palermo en el año 2000, entró en vigencia en el año 2003.*

⁶ *Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, a la Convención de las Naciones Unidas, suscripto en la ciudad Italiana de Palermo en el año 2000, entró en vigencia en el año 2003.*

⁷ *ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General, pag. 13 y subs, Editorial Thomson Civitas, 2007, Madrid.*



LAS IDEAS ESENCIALES DE SARMIENTO SOBRE EL MUNICIPIO Y EL CABILDO INDIANO¹.

DRA. MARÍA GABRIELA ABALOS: DOCTORA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES POR LA UNIVERSIDAD DE MENDOZA. PROFESORA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL Y MUNICIPAL EN LAS FACULTADES DE DERECHO DE LAS UNIVERSIDADES DE MENDOZA Y NACIONAL DE CUYO. DIRECTORA DEL INSTITUTO ARGENTINO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y POLÍTICOS. SECRETARIA DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. JUEZ DEL TERCER TRIBUNAL TRIBUTARIO DE MENDOZA.

I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito sobre el ilustre y polémico sanjuanino. La temática sarmientina ha despertado pasiones y odios que todavía subsistente. Es que su vastísima obra, sus múltiples antecedentes, su influencia profunda en la historia, en el pensamiento político, en la literatura, en el derecho argentino en general, han sido objeto de estudio por generaciones.

Sarmiento como hombre de acción política buscó que sus escritos reforzaran su accionar y sirvieran para dar respuesta a la problemática de la época, aunque traspasaron las fronteras del tiempo. Sus conclusiones sobre la estructura del poder, el ejecutivo fuerte, el bicameralismo, el control jurisdiccional de constitucionalidad; el régimen político argentino, el federalismo, las autonomías provinciales, el municipio, etc., hasta sus concepciones sobre el hombre, el origen de la sociedad, la autoridad, la educación, la inmigración, etc, conservan actualidad y todavía despiertan apasionadas polémicas².

En el multifacético perfil de Sarmiento, uno de los aspectos más llamativos es el de las dicotomías, las conocidas de civilización y barbarie, de unitarios y federales, liberales y católicos, legalidad versus arbitrariedad, Europa versus América hispana, que luego se transformará en Estados Unidos versus las naciones europeas y americanas³. No cabe duda que uno de los términos de la pugna que más le preocupó fue el de legalidad versus arbitrariedad y que llevada al nivel del orden político, se traduciría para Sarmiento en constitución contra despotismo y anarquía. En este sentido, entre los medios para arribar a la sociedad civilizada se encontraba para el sanjuanino la búsqueda de la institucionalización del país que culminaría con el dictado del texto supremo nacional.

En sintonía con lo expresado, Sarmiento ve al municipio como la primera célula para la instalación del gobierno democrático en el país. Su interés y entusiasmo por la institución municipal aparece frecuentemente en diversos escritos y en su accionar político aunque también fue objeto de cambios, de variaciones a lo largo de su vida. Sin embargo sus ideas revisten suma importancia sobre todo teniendo en cuenta que, como contemporáneo de los constituyentes de 1853, sus apreciaciones contribuyen a interpretar el verdadero sentido de la cláusula constitucional referida al régimen municipal contenida en el art. 5 de la Constitución Nacional.

Zavalía lo describe con maestría: *“en todo momento estuvo en trance de interpretación constitucional. Se consideraba consustanciado con el proceso que dio al país su estructura gubernativa y seducible la exégesis*

de los textos, a cuyo origen de un modo u otro, aparecía vinculada su agitada actuación de hombre público”⁴.

II. EL MUNICIPIO EN SARMIENTO

Al revisar los conceptos dispersos por Sarmiento a lo largo de sus escritos y discursos, aparecen sus ideas esenciales sobre el municipio que giran en torno a una institución que nace de la naturaleza y a la que el legislador debe limitarse a darle una adecuada figura jurídica. Sus reflexiones iniciales sobre esta idea básica se encuentran en sus *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*, cuya primera edición se publicó en Santiago de Chile en setiembre de 1853. Allí, al ocuparse de la cláusula constitucional que impone a las provincias asegurar el “régimen municipal”, Sarmiento nos ofrece su concepción de lo que debe ser una “municipalidad”. En tal sentido, se da cuenta claramente de que el municipio como realidad social no es obra del legislador sino una organización necesaria, que nace de la naturaleza de las cosas. *“La municipalidad es la sociedad con relación al suelo, es la tierra, las casas, las calles y las familias considerados como una sola cosa. Todo lo que se liga, pues, a la sociedad en la que vivimos es municipal. La municipalidad es la más antigua y persistente de las organizaciones sociales”*⁶.

Años después, en 1856 en un escrito titulado “El poder municipal”⁷, expresa, reivindicando el origen histórico y su importancia: *“El poder municipal es poder primordial, el único que han conocido las sociedades antiguas, el único de los derechos romanos que se salvó de la barbarie de la conquista, el primero que se levantó en la edad media contra el feudalismo, hasta producir las libertades modernas, el único en fin en que reposa la libertad y la república en los Estados Unidos, en Suiza, en Andorra, en San Marino”*.

En el mismo artículo da cuenta de la influencia de Tocqueville citando un famoso párrafo de éste: *“La comuna es la asociación que está en la naturaleza, que donde quiera que haya hombres reunidos se forma por sí misma una comuna; que la sociedad municipal existe en todos los pueblos, que si los hombres crean monarquías y repúblicas, la comuna parece salir directamente de la mano de Dios; pero que si bien existe municipalidad desde que existen los hombres, la libertad comunal es una cosa rara y frágil”*⁸.

Es posible asociar en Sarmiento esta idea de la comuna como institución necesaria y natural a las de libertad municipal, entendida como el gobierno de los intereses municipales por los propios interesados, es decir por los vecinos. Así, en 1882, a propósito de la reforma de la Constitución de la provincia de Buenos Aires expresa: *“Tenemos hoy muchas ciudades de la provincia de Buenos Aires que tienen elementos y vecinos para gobernarse por sí mismas y no por el poder unipersonal del Juez de Paz. ¿Querrán creer nuestros políticos que en esta simplificación de gobierno, en estas ciudades gobernadas por un solo empleado ejecutivo, no nombrado por sus habitantes, sino antes por una autoridad política de la Capital en Buenos Aires, se habría llegado a una monarquía administrativa, más todavía a una autocracia de que no hay ejemplo en el mundo, ni en Rusia, ni en Alemania, sino es en el Asia, pues el Gobierno Municipal es el más fuertemente arraigado en Europa y Estados Unidos y la Base de todos los otros poderes de Estado o nacionales”*.

En 1883, publica Sarmiento otra de sus más importantes y discutidas obras *“Conflictos y armonías de las razas en América”*⁹, dedica el capítulo II de la segunda parte, a “Los Cabildos”. Allí atribuye gran significación a

los cabildos indianos como instituciones que contenían gérmenes de libertad y de independencia y compara su sentido con el de las tradicionales instituciones inglesas.

En tal sentido declara que el artículo 5 de la Constitución de 1853 al imponer a cada provincia que dicte una constitución que “asegure su régimen municipal”, no hace sino reconocer “instituciones que de suyo existen”, es decir, que no son mera creación de la autoridad. Es un “derecho innato”, afirma Sarmiento, el que tienen los vecinos de cada villa, ciudad y pueblo de “gobernarse y administrarse a sí mismos”.

Estas acertadas reflexiones de Sarmiento, contemporáneo de los constituyentes, contribuyen a fijar el verdadero sentido de la cláusula constitucional. De tal forma, la magra referencia del artículo 5 al *régimen municipal*, como necesario en la vida institucional de las provincias, sin declarar nada sobre la naturaleza del municipio ni sobre la forma como debe organizarse, no puede tener otra explicación razonable que la existencia de un consenso en los constituyentes y en general en todos los hombres de la época acerca de lo que debía ser esa institución. Ellos declaraban implícitamente la *existencia y necesidad natural* del municipio, al que había que dar solamente un determinado régimen jurídico¹⁰.

III. LA REVALORIZACIÓN DEL CABILDO INDIANO

En torno al cabildo indiano y su comparación con el municipio patrio, sus ideas evolucionaron notablemente. Las dudas que sobre el significado del municipio hispano en Indias expone en sus “*Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*” (1853), se transforman en franca admiración en “*Conflictos y armonía de las razas en América (1883)*”.

En “*Comentarios*” considera que los municipios han sido baluartes de la libertad en España y que también eran la base de la misma en los Estados Unidos. En cambio, a su juicio, la misma autoridad municipal traída por los españoles a América no prosperó por factores sociales e históricos. “*La desagregación de la población en las campañas -dice-, no ofreciéndole poblaciones compuestas por base, estorbó que echase raíces profundas en América, y el estado de guerra casi continuo la subordinó luego a los poderes militares y a los agentes de la corona*”. Y agrega: “*La aglomeración y fijeza de la población son, pues, requisitos indispensables para la existencia de esta institución. El sistema de pastoreo actual es antípoda; no puede haber municipio en las campañas; los habitantes no pueden ayudarse y acorrerse entre sí, que es el objeto y el instinto del espíritu municipal. La organización municipal supone reunión de familias, intereses locales comunes a muchas personas*”¹¹ y ejemplifica con comunidades rurales de la provincia de San Juan, donde existía ya “*organización municipal sin nombre todavía, pero con todos sus caracteres*”, queriendo significar que en esos lugares sólo faltaba la estructuración jurídica formal.

Su actitud histórica varía considerablemente treinta años más tarde en “*Conflictos y armonías de las razas en América*”, transformándose en un admirador de dichas instituciones, a las que describe y exalta con las frases más entusiastas, y hasta considera que en esta materia, era mejor la situación durante la época indiana que en la contemporánea.

En esta obra comienza por recordar la forma cómo los conquistadores españoles fundaban en América las ciudades y se detiene en especial en el acto de la fundación de la ciudad de Córdoba. Al referirse a la administración política y militar de la América española, observa Sarmiento que “*el Rey no gobernaba a los habitantes de la América en sus actos diarios y civiles, sino que se gobernaban éstos a sí mismos en las ciudades, por medio de sus*

*Cabildos y Ayuntamientos, instalados en la ciudad misma que iban a habitar, bajo ciertas formas y con ciertas atribuciones; una de ellas, la de renovar su personal periódicamente y nombrar sus funcionarios”. Y agrega: “Pudiera decirse que los españoles no traían a América más institución que ésta de la Municipalidad, que es tan antigua, está tan arraigada en el corazón de los pueblos, que cuando la España se vio privada de su rey en 1809, se organizó en Juntas, por millares, y se dio tantos gobiernos como aldeas y villorrios contaba”*¹².

Continúa reafirmando su juicio favorable de la institución municipal: *“Al rescate de las comunas en Francia se debe la civilización moderna; a los Cabildos la conservación en América de las formas civilizadas que traían nuestros padres, y perdieran en el contacto con la barbarie sin la existencia de los Cabildos”*¹³.

Sarmiento vuelve a ocuparse más tarde del municipio indiano en un trabajo suyo que bajo el título de “El constitucionalismo en la América del Sud” (Fragmento) se publicó después de su muerte en la Revista de Derecho, Historia y Letras¹⁴. Señala en este estudio la importancia institucional de la comuna, y en tal sentido, observa la ausencia o desnaturalización de la institución municipal en su época y la compara con la existente en la dominación española. Critica el régimen de colonización contemporánea en provincias y territorios, que producía poblaciones gobernadas por un comisario y en que acaso había un juez de paz, pero todo ello sin intervención ni gobierno de los vecinos. Y expresa: *“Los españoles, nuestros padres, no colonizaban así. Desde el primer día se instalaban todas las autoridades que la tradición romana del municipium o del Cabildo hacía necesario”*¹⁵. Alude luego al acta de fundación de la ciudad de Córdoba, en la que se consignaba sus privilegios y jurisdicción.

Insiste también en el carácter popular del Cabildo, respecto a lo cual dice: *“Hemos visto que la única institución de gobierno electivo que traían los españoles a América, la única con que estuviesen en contacto los vecinos en tan vastos territorios, era el Cabildo, que propendemos a destruir; quitando a los vecinos esta escuela de gobierno limitado al campanario”*¹⁶.

Por último, interesa destacar el elogio que Sarmiento, reiterando juicios expuestos en *“Conflictos y armonías de las razas en América”*, hace de las instituciones coloniales, comparándolas con el desorden, anarquía y arbitrariedad posterior. *“El gobierno colonial estaba sometido a ciertas reglas de administración que limitaban el arbitrio por un lado, y que por el otro mantenían cuidadosamente las formas cultas y civilizadas que los españoles habían traído de Europa”*. Y continúa: *“La ordenanza de Intendentes contiene todas las reglas administrativas a que estaban sujetos los gobernadores e Intendentes, de manera que no hubiese nada o poco abandonado al arbitrario; y aún los poderosos virreyes estaban sujetos a residencia, después de removidos de su empleo, debiendo permanecer en el país de América, cuyo gobierno les fue confiado por la corona durante uno o dos años para responder a los cargos que pudiesen hacerle de extorsiones los habitantes, de concusión, malversación o peculado de los administradores de las cajas reales”*¹⁷.

A modo de conclusión cabe poner de relieve principalmente en Sarmiento, su concepción del municipio como institución natural al que había que dar solamente un determinado régimen jurídico y luego, su revalorización del cabildo indiano como baluarte de las fuerzas civilizadoras y origen de nuestra vida municipal.

En esta temática Sarmiento merece ser recordado en el bicentenario de su nacimiento por su sostenida fe en la necesidad y excelencia del régimen municipal, que requería de la educación y familiaridad del vecino con el

manejo de la cosa pública local. El desafío sigue siendo el fortalecimiento del municipio como instrumento clave de la democracia y de la descentralización del poder.

Notas:

1 Este trabajo es fruto del Seminario sobre Sarmiento en el bicentenario de su nacimiento, que organizó el Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos durante los años 2010-2011, bajo la dirección de la Dra. Cristina Seghesso de López Aragón y del Dr. Dardo Pérez Guilhou.

2 Ver entre otras obras, la de Dardo Pérez Guilhou; "Sarmiento y la Constitución. Sus ideas políticas"; Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos; Fundación Banco de Crédito Argentino; Mza.; 1989.

3 María Gabriela Abalos; "La organización institucional en las ideas civilizadoras de Sarmiento"; en Revista Idearium; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza; nro. 18/22; 1992/1996; Mza.; 1996; 75/96.

4 Clodomiro Zavalía; "Sarmiento y la Constitución"; Bs.As.; 1943; pág. 16.

5 Carlos Mouchet; "Pasado y restauración del régimen municipal"; Ed. Perrot; Bs.As.; 1957; pág. 16. Ver también de este autor "Sarmiento y sus ideas sobre el municipio indiano y patrio"; en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales; año VII; nro. 30; julio - octubre de 1952; Universidad de Buenos Aires; págs. 761/791.

6 Domingo F. Sarmiento; Obras completas; tomo 8; Imprenta y Litografía Mariano Moreno; Bs.As.; 1895; pág. 241.

7 Domingo F. Sarmiento; Obras completas; tomo 26; pág. 101.

8 Pérez Guilhou también destaca la influencia de Tocqueville sobre todo en los "Comentarios", aunque recalca que treinta años después en "Conflictos y armonías de las razas en América" se orienta hacia los antecedentes históricos poniendo en evidencia su admiración por el cabildo indiano y haciendo más justa su valoración de la colonización española. (Dardo Pérez Guilhou; "Sarmiento y la Constitución. Sus ideas políticas"; Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos; ob.cit.; pág. 84).

9 Obras completas; tomo 37. También ver "Conflictos y armonías de las razas en América"; ed. La cultura argentina; Bs.As.; 1915.

10 Carlos Mouchet; "Pasado y restauración del régimen municipal"; ob.cit.; pág. 21. Cita este autor a Gómez Forgues quien expresa: "la Constitución habla de asegurar, no de establecer el régimen municipal. Hay un matiz, una diferencia en ello. Establecer vale tanto como crear, fundar. Asegurar es, en cambio, proteger, asegurar algo que existe o tiene derecho a existir por sí mismo para que se desarrolle y viva conforme a su naturaleza".

11 Obras completas; tomo 8; pág. 242.

12 Obras completas; tomo 37; pág. 134.

13 Obras completas; tomo 37; pág. 77.

14 Obras completas; tomo 38; págs. 251 y ss.

15 Obras completas; tomo 38; pág. 259.

16 Obras completas; tomo 38; pág. 291.

17 Obras completas; tomo 38; pág. 481.



REGISTRO DE ANTECEDENTES PENALES (RAP)

UNA REALIDAD EN NUESTRA PROVINCIA

II PARTE

POR ALICIA PUGH: ABOGADA. DIRECTORA DEL REGISTRO DE ANTECEDENTES PENALES Y ABUSOS SEXUALES DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA



A dos años de la creación y puesta en marcha del Registro de Antecedentes Penales, se hace necesario realizar una evaluación, a la luz de los objetivos planteados y los resultados obtenidos.

Los principales objetivos considerados en forma previa a la implementación fueron: CENTRALIZAR la información, COMUNICAR la misma, AGILIZAR y BRINDAR SEGURIDAD JURIDICA, los cuales sin lugar a dudas se han cumplido con creces. Así, resulta ser hasta la fecha CHUBUT, la única provincia que posee unificada la Base de Datos de Resoluciones y trámites judiciales en un solo organismo, que además es el único intermediario y responsable de informar al Registro Nacional de Reincidencia de estos eventos, los que se encuentran disponibles para todos los operadores penales provinciales a través de la Intranet del Poder Judicial, para lo cual los invitamos a solicitarlo a rap@juschubut.gov.ar.

El Registro funciona en la ciudad de Trelew, sobre la calle Rawson y muy próximo al Edificio de Tribunales y depende en forma directa de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia. Concentra la información proveniente de todas las circunscripciones judiciales del CHUBUT, de manera diaria, a partir de la captura de eventos efectuada por la interconexión de Sistemas Informáticos y el envío que realizan los Directores de Oficinas Judiciales. Estos eventos están detallados en el Acuerdo 3969/11 y son tomados directamente al momento de efectuarse las audiencias o disposiciones judiciales que generan cambios procesales (antecedentes) respecto a las persona involucrada en el proceso judicial.- La planta de personal la conforma una Dirección a cargo de la suscripta, un Ingeniero en Sistemas y tres empleados administrativos. Durante el período de carga histórica se demandó la colaboración de pasantes, los que en la actualidad no se consideran necesarios, resultando hasta el momento suficiente y adecuada, tanto la planta de personal como las instalaciones.

Para quienes llevamos varios años en el Poder Judicial, en el fuero penal, la búsqueda de antecedentes, al iniciarse un proceso judicial, solía ser un largo y tortuoso camino, en donde gran parte de las situaciones judiciales no se encontraban registradas ni disponibles para los funcionarios, o la información solía ser de dificultoso alcance. Asimismo, cada Juzgado o Tribunal utilizaba métodos propios no sistematizados ni unificados para los mismos. A partir del 01 de diciembre de 2010, y por un Acuerdo firmado con los Directores de Oficinas Judiciales, el hecho de que esta información se envíe de manera constante al Registro Nacional de Reincidencia, asegura a todos los interesados que las consultas realizada a ese organismo, puedan ser respondidas sobre datos firmes, posibilitando que las acciones que se decidan emprender, tanto por la acusación como por la defensa, se realicen con mayor seguridad. Al respecto es de destacar la importancia que tiene en el tema la obtención y acompañamiento de las fichas dactiloscópicas, trámite sobre el que aun no se ha logrado unificar criterios entre los diferentes

organismos judiciales intervinientes, por lo cual un altísimo porcentaje de comunicaciones se realizan de manera nominativa, por no poseer las fichas al momento de efectuarse la misma.

En este momento se están llevando a cabo las acciones necesarias para que la vinculación descrita se realice a través de un web service, con lo cual los eventos se comunicarían de manera digital y prácticamente simultánea con su producción, evitando así los procesos burocráticos que lentifican y tornan dudoso el sistema (realización de oficios, envíos telegráficos, sistemas de recepción y selección lentos, etc). Este intento, además de brindar a los operadores judiciales la información veraz, segura, completa y veloz, sería la primer prueba piloto en su tipo que realiza el RNR, lo que muestra que el Poder Judicial de CHUBUT, continúa a la vanguardia en cuanto a procesos tecnológicos.

La Base de Datos se encuentra conformada hasta hoy, con los datos históricos correspondientes al período 2000/2009 obrantes el Eureka.- Estos provienen de los Tribunales de Primera Instancia, las alzas correspondientes y el Superior Tribunal de Justicia.- Asimismo, a partir de la implementación del Nuevo Código Procesal Penal (Octubre de 2006), se encuentran también las resoluciones dictadas por los Jueces de Garantías y Tribunales de impugnación, con excepción de una gran parte de sobreseimientos que se encuentran en proceso de carga, la que se realice de forma manual. Hasta la fecha existen registrados aproximadamente 22.000 antecedentes.

Un eje fundamental en la “construcción” del Registro, lo constituyó la UTILIDAD que el mismo debería tener. Así, se han recorrido en varias oportunidades las Unidades Fiscales de la Provincia, las Oficinas Judiciales e incluso algunos sectores del Ministerio de la Defensa, intentando demostrar que la utilización del servicio es simple, de muy fácil acceso y que brinda de manera rápida la posibilidad de encontrar un amplio panorama respecto de los imputados o personas vinculadas a proceso, como asimismo, la posibilidad de verificar la finalización de determinados procesos, del cual la mayoría de las veces se desconoce su resultado final. Aun así, y a pesar de las constantes actualizaciones, en las verificaciones suelen aparecer faltantes que descontamos serán completados íntegramente en breve.-

Asimismo, con esta información acabada y completa, el operador podrá dar los pasos judiciales adecuados que simplifiquen sus acciones y adecuarlos de manera total a los lineamientos, por ejemplo, en cuanto a unificación de penas, otorgamiento de Suspensión de Juicio a Prueba, y muchos otros institutos más que solo pueden implementarse cuando se ha obtenido un panorama total de las causas judiciales de cada imputado y sus correspondientes resultados y es allí donde cobra importancia contar con un sistema de búsqueda de antecedentes seguro.

Otro tema importante en el que se ha pensado es el aspecto social, ya que en muchísimos casos, quienes han estado en calidad de imputados en algún proceso, no conocen o no cuentan con la resolución que sobresee o absuelve del delito. Suele pasar que a pesar de la existencia de la disposición, permanecen involucrados en los prontuarios policiales o en los informes de Reincidencia, por deficiencias en las comunicaciones y cuando pretenden obtener una copia de la resolución, deben deambular por diferentes oficinas, Mesas de Entradas, en busca incluso de Juzgados que ya han desaparecido.

Esa información, hoy disponible solo para operadores del circuito penal, de la que se dispone instantáneamente, en el corto plazo y luego de resolver algunas cuestiones administrativas, podrá ser obtenida en la sede de este Registro, convirtiéndose así en uno de los principales objetivos de esta segunda etapa.

A partir del camino recorrido, de la carga de datos realizada, y de las numerosas reuniones mantenidas con diferentes sectores del Poder Judicial, una de las situaciones que mayor conflicto genera, y así lo plantean, es la identificación plena de los imputados. Al respecto, de manera conjunta con la Procuración Fiscal, se ha elaborado un Protocolo Único de Identificación Penal, que pretende agregar a los datos nominativos ya existentes, las huellas digitales y palmares desde el inicio de la investigación, las fotografías y características individuales de los mismos (como tatuajes, altura, peso, etc), las copias que acrediten su identidad (DNI, Certificado de Nacimiento, etc).- Este proyecto ha sido analizado por la Sala Penal y la Secretaría de Gestión y Planeamiento, se han propuesto algunas modificaciones de orden práctico y se espera que pueda ser implementado en breve y de manera unificada en todas las circunscripciones.

Otro importante logro del Registro, es que a partir del pasado mes de Diciembre, por disposición del Superior Tribunal de Justicia, quedó bajo esta órbita el REGISTRO ESPECIAL DE CAUSAS, donde se investigan y juzgan delitos contra la Administración Pública, el que hasta ese momento funcionaba en la esfera del Registro de Juicios Universales del Superior Tribunal de Justicia.- Quedan divididas así las registraciones penales en un área diferente a las correspondientes a los fueros Civiles y Comerciales.

Al respecto, y encontrándose esta modalidad incluída en la Base de Datos conformada, se está en condiciones de dar cumplimiento acabado a la Ley 231 (antes 4816) de Ética Pública desde el Poder Judicial, aunque hasta la fecha esta demanda no ha surgido. Esta implementación, a nuestro criterio dará un marco real de transparencia en el funcionamiento del Estado, y pondrá en práctica los principios de la Ley que parecieran quedar difusos y postergados por necesidades y urgencias de orden práctico y político.

En relación al Registro de ADN de condenados por Abusos Sexuales, y de procesos con autores ignorados, si bien ha sido el más promocionado dado el contenido social de la temática, paralelamente es la Base de Datos que más dificultades de implementación ha generado.- Se han colectado los informes periciales de ADN ya existentes y a las que han hecho referencias las resoluciones judiciales (firmes) de la provincia. Las mismas se han registrado y resguardado en un Banco de Datos digitalizado. Asimismo se ha requerido a los Sres Jueces de Ejecución dar cumplimiento a la manda dispuesta en la Ley 5800 respecto a la obtención de muestras, en caso de condenas en cuyos legajos de investigación no obre la experticia correspondiente.

En tanto para los delitos sexuales con autores ignorados, las muestras han sido solicitadas al Ministerio Público Fiscal, encargado de la investigación de los delitos, procediéndose en esta sede a la Registración de modo similar al de condenados.-

Es por todos conocido que el presente año, el tiempo “de elecciones” insumió gran nivel de energía, cambios, proyectos y procesos, no solo en el ámbito político. Entre las reformas instaladas, el Decreto 443/11, obligó a los precandidatos políticos a presentar ante la Secretaría Electoral un Certificado de antecedentes. Dicho trámite, por corresponder al ámbito de la Secretaría Electoral, se realizó en la gran mayoría de las circunscripciones, en los diferentes Juzgados Federales. Desde esta provincia, el trámite para la aprobación de las listas que se presentaron en los comicios, fue centralizado y llevado a cabo desde el RAP, en forma precisa, ordenada y sin ninguna clase de inconvenientes, razón por lo cual desde el Registro Nacional de Reiniciencia se felicitó al personal por su predisposición a un trabajo que excede su competencia natural.

CONCLUSIONES:

Hasta aquí la reseña de las actividades desarrolladas y cumplidas. Resta hacer conocer los nuevos objetivos planteados, que en líneas generales son:

- AVANZAR hacia la digitalización completa de la información, completando el circuito con la conexión con el RNR.
- OBTENER la identificación plena de los imputados, con la implementación del Protocolo propuesto.
- COMPLETAR el Banco de Datos genéticos, que hasta la fecha se encuentra incompleto
- DIFUNDIR entre todos los usuarios los beneficios de la sistematización de los antecedentes.-

Es nuestro deseo y convicción hacer que el Registro de Antecedentes Penales de la Provincia constituya una herramienta útil, simple, segura. Que asegure a los usuarios un resultado óptimo en la búsqueda de antecedentes, en la superación del obstáculo que hasta ahora ha significado conocer el “historial”, tanto de las causas, como de las personas involucradas en proceso.- La tecnología y la informática han modificado sustancialmente los procesos de trabajo, haciendo que los tiempos en esta nueva etapa resulten apremiantes. Estamos convencidos que los objetivos que nos hemos propuestos resultan válidos y adecuados para un Sistema Judicial pujante y en crecimiento. Estamos como siempre a disposición para cualquier consulta en: Avda Rawson 535, TE 02965-435883, RAP@JUSCHUBUT.GOV.AR.



EL FANTASMA DE TRIBUNALES

POR ADRIÁN EDUARDO DUPLATT: LIC. EN COMUNICACIÓN SOCIAL. MAGÍSTER EN PERIODISMO Y SOCIEDADES COMPLEJAS. EMPLEADO EN LA CÁMARA DE APELACIONES DE COMODORO RIVADAVIA. CHUBUT



En el último día de 2001, Francisco Pancho Martínez fue muerto por la policía en un asalto con toma de rehenes en Comodoro Rivadavia. A mediados de 2002, el diario Crónica informó sobre la aparición del espíritu de Martínez en el edificio de tribunales de esta ciudad. La noticia del fenómeno sobrenatural rebotó en otros medios y dio nacimiento a una leyenda urbana. Pero, más que la veracidad de su historia, lo importante del caso fue tratar de determinar qué subyacía bajo la narración y qué ocurría en la sociedad para posibilitar su génesis y difusión.

*“Donde termina la vereda que va a la compañía de seguros,
vimos una figura toda vestida de negro
con un sombrero de ala ancha... jamás en mi vida me llevé un susto tan grande...”*

soy una persona muy cuerda y seria; no vayan a pensar que estoy loca”
-abogada, testigo en el caso del fantasma del Pancho Martínez-

CUENTOS CHINOS

“Las brujas no existen, pero que las hay, las hay”, dictamina el refrán popular y muchos lo toman como una verdad práctica. La proliferación mediática de curanderos, servicios astrológicos, espiritistas y otras yerbas es un indicio de ello. Si bien la existencia cierta de actividades paranormales o fantásticas es fácilmente refutable, lo que no puede negarse es la creencia en ellas. En consecuencia, el relato de un espíritu errante que se deja ver en un edificio público es un tópico que no tarda en prender en quien lo escucha, así sea para confiar en su veracidad o sonreír ante su ingenuidad. El efecto se multiplica si la historia es replicada por los medios de comunicación. Pero no solo de fantasmas vive el hombre.

Existen otras historias que se aceptan sin mayores evidencias, pero con mayor fuerza al no ser sobrenaturales: los coreanos -chinos, vietnamitas...- comen perros, gatos y ratas (el que cuenta la historia siempre tiene un amigo/pariente/testigo que le dijo de un caso de alguien que se atragantó en un restaurante con un hueso que resultó ser de rata); secuestran chicos para robarles los órganos que son vendidos al exterior (o directamente venden los chicos a europeos que quieren tener hijos); la empleada doméstica que le cocina el bebé al matrimonio que la contrata; el perro pequeño y mansito que traen de mascota cuando vuelven de vacaciones y resulta que no es un perro y tampoco muy sociable que digamos; el Club del Sida: el/la joven que sabiendo que está enferma/o contagia adrede a sus parejas eventuales...¹ Las leyendas urbanas son ilimitadas.

Este tipo de relatos circula por todo tipo de comunidades y en cualquier tiempo. En épocas de Internet y sociedades de la información su divulgación es cada vez mayor. Ahora bien, ¿qué son en realidad estas narraciones? ¿Cuáles son sus características? ¿Son solo relatos fantásticos o tienen un contenido mucho más profundo? ¿Son baladías o cumplen alguna función? ¿Cuál es el papel de los medios? Los folkloristas, antropólogos y periodistas son las personas adecuadas para despejar estas incógnitas.

RELATOS ORALES Y LEYENDAS URBANAS

La revolución industrial del siglo XVIII produjo innumerables reformas económicas y sociales que, en la actualidad, se potenciaron con los avances tecnológicos y la formación de la sociedad *massmediática*. Uno de los cambios provocó el vaticinio de la muerte de la narrativa oral que favorecería la escritura y la transmisión de información por los medios de comunicación masiva.

Juan Sasturain (2001) explica que se pensaba que los relatos orales solo se daban en estadios primitivos de las civilizaciones y que con la irrupción de la historia como ciencia, del periodismo como actividad sistemática y de la literatura como espacio de la ficción, aquellos verían acotados sus espacios de funcionalidad. Pero -agrega Sasturain-, esto no ocurrió así. Los mitos y leyendas continúan circulando en las sociedades modernas y para su estudio, los expertos se valieron de nuevas estrategias empíricas y metodológicas. El contexto del relato pasó a tener especial importancia². Así cobraron relevancia las estructuras socioeconómicas que sirven de marco e invisten de significado a las narraciones (Blache, 1999).

En el presente, la narrativa oral responde a problemáticas coetáneas, pero puede tener su raíz anclada varios siglos atrás. Como era de esperar, los relatos tradicionales no se circunscribieron a la oralidad. Muchas veces se difundieron velozmente por medios escritos y audiovisuales.

Los relatos pueden originarse en función de un cambio radical en la sociedad. Martha Blache (1999) explica que la leyenda del hombre atragantado con un hueso de rata en un restaurante, que circuló en Estados Unidos a posteriori de la crisis de 1929, puede tener su inicio en los cambios de la sociedad norteamericana, donde la mujer deja de ser la proveedora de alimentos de la familia y sale a trabajar. Ya no está más en su hogar preparando ella misma la comida con la materia prima que compró en el conocido almacén del barrio. Y precisamente este es otro ingrediente en la historia. El responsable no es un comercio pequeño y conocido, sino los grandes capitalistas de cadenas de restaurantes y comidas rápidas.

Otras leyendas pueden nacer de un acontecimiento real que se va adornando con el paso del tiempo y los narradores. Ocurriría un proceso similar a la teoría de la cristalización de Stendhal. Un dato trivial puede convertirse en una gran novela, explica Tomás Eloy Martínez (2000), que cita a Stendhal para explicar dicha metamorfosis:

[...] En las minas de sal que hay en Salzburgo se deja caer a veces una rama sin hojas al fondo de un pozo en desuso. Dos o tres meses más tarde, cuando se recupera la rama, está ya cubierta por brillantes cristalizaciones. Las ramitas más chicas, semejantes a las patas de una golondrina, se adornan con innumerables diamantes deslumbradores, y ya no es posible reconocer la rama original. Lo que yo llamo cristalización es la operación mental que extrae de todo lo que la rodea el descubrimiento de que el objeto amado tiene ocultas perfecciones (Stendhal en *De l'amour* -1822-, cit. por Martínez, 2000).

De manera similar, un suceso que se remota en el tiempo puede ser adornado por un narrador que recupera la historia, la adecua -consciente o inconscientemente- a la cultura actual y a los problemas actuales, para hacerla circular como una nueva leyenda urbana.

RADIOGRAFÍA DE LAS LEYENDAS

En los departamentos de folklore y cultura popular de universidades norteamericanas se suele definir a la leyenda metropolitana como una narración de hechos a la que le falta una fuente verificable, pero que es muy ricas en detalles (Colombo, 1997). Jorge Halperín se refiere a ellas como “historias, informaciones que circulan entre la gente, que son proposiciones para creer [...], transmitidas de boca en boca sin medios probatorios que verifiquen si es cierto o no. La gente lo transmite y lo cree sin fijarse si es verdad o no” (Halperín, 2000). Para Linda Degh (1999), la leyenda es más contenido que forma porque está construida sobre hechos del mundo real y sobre problemas existenciales de los hombres reales. “La propuesta del cuento es relatar un embuste, para fantasear; la de la leyenda es interpretar la experiencia observada” (Degh, 1999:36).

En general, se define a la leyenda como historias extranormales contadas como verdaderas, pero que en realidad son falsas. Su propósito “es hacer surgir una cuestión concerniente a una idea involucrada en una historia y discutir su credibilidad” (Degh, 1999:45). Para Degh (1999), tiene tres cualidades esenciales: a) es de importancia existencial para las personas que participan en su presentación, b) está rodeada por la incertidumbre, la falta de conocimiento sólido y c) es polémica e invita a la expresión de diversos puntos de vista. La leyenda aparece

Lo polémico no es un rasgo más en las leyendas, es su razón de ser, su fin. “La leyenda demanda respuestas, pero no necesariamente resoluciones, a las más misteriosas, críticas y menos discutibles cuestiones de la vida” (Degh, 1999:57). Y esto es así porque, como señala Rodolfo Florio:

Una de las particularidades y méritos atribuidos por la mayor parte de los investigadores a la leyenda urbana es la de permitir el alivio de tensiones individuales y grupales. Por lo tanto, cualquier grupo social enfrentado a una situación emocional de ansiedad es proclive a generar leyendas y hacerlas circular en el seno del mismo (Florio, 1999:85).

Estos relatos son mucho más que una narración falsa que se quiere hacer pasar por verdadera. A través de su análisis se pueden descubrir características del grupo que la hace circular. Es posible descubrir, v.gr, cuáles son los valores predominantes y los miedos latentes de una sociedad en un momento dado. Los relatos orales que produce, usa y consume una sociedad funcionan “como un indicador social, termómetro ideológico, muestreo del imaginario colectivo” (Sasturain, 2001), “una especie espejo en el que se ve la cara de la sociedad, lo que piensa y lo que siente en un momento dado” (Bárbara Mikkelson, cit. por Sasturain, 2001). En este sentido, León Tenenbaum opina que para acercarse a las leyendas es necesario suspender por un momento los límites de la credulidad porque antes que validar científicamente esas historias, de los que se trata es de entender su sentido más profundo. “No se trata de salir a cazar fantasmas. El tema es entender qué están diciéndonos estas creencias, de qué aspecto de nosotros mismos hablan” (Pogoriles, 2002).

Dentro de este discurrir, se encuentra la función de control social de las leyendas. Halperín piensa que la gente cuenta estas historias no para decir,

sino para realizar operaciones de control social, por ejemplo: cuidado con los extraños, cuidado con los extranjeros, con los empleados domésticos, con los pobres... Otra función que les atribuye es la de castigo simbólico: te pasó esto por lo que hiciste.

De este modo, las leyendas no son importantes por la veracidad de su historia, sino por la verdad de lo que transmiten simbólicamente. Y esa verdad ayuda a cohesionar los grupos o las sociedades, construye identidades.

(El caso de las narraciones sobrenaturales es pasible de un análisis similar. De por sí resulta difícil creerlas; sin embargo, circulan sin miramientos por la sociedad. La religión es un ámbito de lo sobrenatural que es aceptado por un segmento mayoritario de la sociedad. Pocas o ninguna prueba existe de lo que cuentan, sin embargo, el relato general es capaz de construir un marco dentro del cual sentirse identificado, puede educar, inculcar valores, ética a quienes confían en ella).

La creencia en las leyendas podría deberse a la necesidad de incrementar los conocimientos sobre el mundo con herramientas informales, cuando las formales -v.gr. la ciencia, discursos autorizados- no explican acabadamente los acontecimientos o no se entienden sus dilucidaciones. Además, las leyendas serán más creíbles cuanto menos contradigan la experiencia cotidiana de quien las oiga y cuanto más refuercen su punto de vista sobre el tema en cuestión.

LAS LEYENDAS EN EL PERIODISMO

Los medios le agregan nuevas características a las leyendas: amplia difusión y un estilo que depende del modo de hacer del medio. La difusión de leyendas sin seguimiento, sin investigación, sin comprobación, sin controles, puede resultar peligrosa al ser retomadas por gente común o autoridades políticas que las insertan en sus discursos para justificar, v.gr., la xenofobia.

Las leyendas en la prensa constituyen una serie de hechos que se dividen en series de subhechos cada vez menos probables. Las leyendas son favelas de la información que están en las proximidades de grandes acontecimientos comprobables, apasionantes y preocupantes (Colombo, 1997).

La circulación libre de leyendas demuestra lo lábil de las prácticas profesionales periodísticas. Así lo demuestran la falta de verificaciones, la ausencia de autoridad y credibilidad de los reporteros, la escasa voluntad de los diarios y de las televisiones de esclarecer las cosas, la preferencia por la parte impresionista de las historias respecto de la constatación, el escaso interés por las fuentes... En cualquier caso la fuerza de la leyenda metropolitana en la cultura popular es directamente proporcional a un fracaso del periodismo en su versión más moderna: descubrir, comprobar, reconstruir, desmentir, tranquilizar, impedir la niebla peligrosa de la superstición (Colombo, 1997).

De manera similar a los folkloristas, Halperín, como periodista, le asigna a los medios y los mitos urbanos una función similar, ya que cuentan mucho acerca del modo cómo funciona el mundo. De alguna manera se están refiriendo a los fantasmas de toda una cultura. Ambos -medios y mitos- ponen en juego historias que expresan temores colectivos y funcionan como control social y castigo simbólico, que buscan respuestas a grandes preocupaciones; tienen esa función, pero nunca la de erigirse como verdades absolutas.

El estudio de las leyendas en los medios abarca explicaciones superficiales, como lo son las recién mencionadas de la actividad periodística, pero la función del periodismo no termina allí, en la refutación

del relato legendario, sino que tendría que ir, con la ayuda de las ciencias sociales, más allá de la desmentida desapasionada. Si la leyenda es un indicio de los miedos y valores que predominan en la sociedad, es dable esperar que el periodismo indague en sus narrativas para interpretarlas, comprenderlas y, luego, comunicar a la audiencia el sentido profundo de lo que está percibiendo, explicando y echando luz sobre acontecimientos complejos que ameritan mucho más que una sonrisa mordaz.

Las leyendas urbanas en el periodismo de Comodoro Rivadavia:
“*El Fantasma de Tribunales*”

LA INFORMACIÓN PERIODÍSTICA

El 2 de agosto de 2002, el diario *Crónica* presentaba en su tapa, una isotopía notable. La información más destacada señalaba, en amplia tipografía, “Misterio: no hallan al buque Don Víctor”. En la bajada explicaba que un buque pesquero había desaparecido en alta mar junto a sus siete tripulantes. Una amplia fotografía ilustraba la noticia. En el resto de la primera plana se publicaron media docena de noticias varias: críticas por la venta de tierras en Santa Cruz, reunión de piqueteros y la petrolera Repsol, el Concejo Deliberante rechazó subas de tarifas... noticias sin relación con la principal. Sin embargo, se producía una coincidencia con una de las noticias por fuera del tópico estrictamente informativo. El tono de misterio estaba presente en ambos titulares. En uno, por la desaparición de un buque; en el otro, por un interrogante inusual “**¿Un fantasma en tribunales?**”.

El diario completaba en la tapa su intrigante titular. “Tras los testimonios de al menos cinco personas que dicen haber observado la aparición de un extraño con sobretodo, se creó una especie de psicosis en parte del personal que debe trabajar en horario nocturno en los tribunales”. En el retiro de contratapa, a página completa, un informe brindaba los detalles del caso. El titular de la nota principal rezaba: “Creen que un fantasma ‘con sobretodo’ ronda el edificio de Tribunales”. En el cuerpo de la *Crónica* se leía:

[...] Nadie sabe a ciencia cierta por qué, ya que al supuesto aparecido no han podido verle el rostro. No obstante, el imaginario colectivo comenzó a relacionar dichas apariciones y ruidos extraños con las del desaparecido Francisco Jesús ‘Pancho’ Martínez, tristemente célebre cuando el 31 de diciembre de 2001 cayera abatido junto a Rubén Chandía Tapia tras el asalto con toma de rehenes a la distribuidora ‘La Salteña’ [...] (*Crónica*, 22/8/02:23).

En un recuadro se explicaba qué son los fantasmas, basados en libros sobre *mediums* y el mundo de lo oculto: *Grandes enigmas. El fascinante mundo de lo oculto*, de Tomás Doreste y *El libro de los médiums*, de Allan Kardec, aportados por la parapsicóloga Mari Chávez, de la que no se daban mayores referencias. En otro recuadro se reproducían testimonios de empleadas de limpieza, guardias policiales y empleados judiciales. En ningún caso se individualizó la fuente.

El 23 de agosto de 2003, el tópico continuaba en la tapa del diario, conjuntamente con la desaparición del buque pesquero. “Desconcierto: sin novedad en la búsqueda del pesquero”, fue el titular sobre el barco, y “Sugestión y psicosis: policías dicen haber visto fantasma en calabozo”. Continuaba, de esta manera, la isotopía de misterio en torno a la primera plana de *Crónica*.

En el retiro de contratapa, ambas informaciones coinciden con igual

Crónica

"SOLO LA VERDAD NOS HARA LIBRES"

Sugendo \$ 1,30 - Flete \$ 0,05

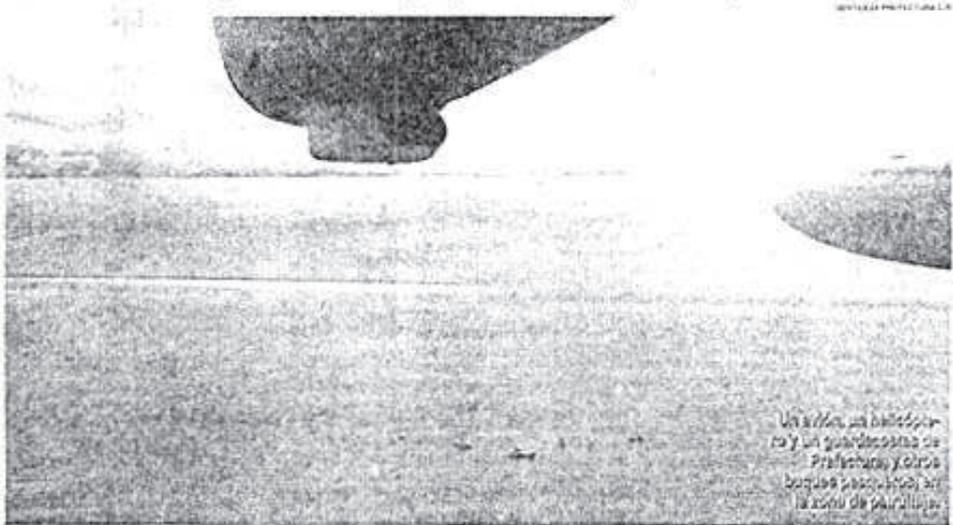
Comodoro Rivadavia - Jueves 22 de agosto de 2002

Año XL - Nº 16.801

NO HAY RASTROS DE LA EMBARCACIÓN NI SUS TRIPULANTES

Misterio: no hallan al buque Don Víctor

• Tres de los siete tripulantes son de Comodoro Rivadavia. • Los rastros de Prefectura se realizaron durante toda la jornada de ayer, pero no hubo resultados tras un barrido en toda la costa. • Sólo se halló una mancha de hidrocarburos cercana a la costa. • La angustia de las familias sigue, pero en Prefectura no pierden las esperanzas. **Inf. Pág. 4**



Un avión, un helicóptero y un guardacostas de Prefectura y otros buques patrullaron en la zona de paraisos.

Desestiman críticas por la venta de tierras en Santa Cruz

El diputado Marco Marinovic consideró "ridículo" pensar una donación que puede beneficiar a la provincia, en relación a la venta de tierras a un consorcio norteamericano para crear el Parque Monte León. En relación al tema, dijo, "se le está dando una entidad que realmente no tiene", y consideró que el debate "se disipará con la famosa encuesta de Giacobe" que nada tiene que ver con esta situación.

Inf. Pág. 10

Hoy es la reunión de piqueteros y Repsol

No hay muchas expectativas por los resultados del encuentro, que será a las 10 en Valle C.

Inf. Pág. 5

¿Un fantasma en el edificio Tribunales?

Tras los testimonios de al menos cinco personas que dicen haber observado la aparición de un extraño con sobretodo, se creó una especie de pánico en parte del personal que debe trabajar en horario nocturno en los tribunales.

Inf. Pág. 23

Movilización de vecinalistas contra aumento de tarifas

Gas: reducen el subsidio y aquí el aumento sería peor

El dinero disponible para subsidiar el consumo en la Patagonia se ha reducido en 40 millones de pesos y, salvo que se modifique la ley que lo creó, en Chubut los aumentos de tarifa serían superiores a los propuestos por Carruzzi en el resto del país. **INF. PÁGS. 2, 3 y 6**

Desde el Concejo rechazan las subas

Aprovechá estos DESCUENTOS de la Prove !!

HOY Presentando este cupón obtendrá

15 % de Descuento en

Jamón Cocido Americano Frig. FOX x 100 grs.

~~\$ 1,19~~ **\$ 0,67**

* Cupón de Descuento sólo para este producto. Válido para días 22 y 23 de Agosto. Hasta 1 KG POR CUPÓN. Sólo CONTADO EFECTIVO e LECCOP.

HOY Presentando este cupón obtendrá

20 % de Descuento en

Leche Líquida ant. y/o descrem. LA SERENISIMA x 1 lit.

~~\$ 1,81~~ **\$ 1,45**

* Cupón de Descuento sólo para este producto. Válido para días 22 y 23 de Agosto. Hasta 12 LITROS POR CUPÓN. Sólo CONTADO EFECTIVO e LECCOP.

La PROVE MAS PARA USTED.

sentido. En lo que respecta a Francisco Martínez se leía: "Fantasmas: la sugestión creció en Tribunales y se extendió hasta una Comisaría". La nota hablaba del "tristemente célebre Francisco Jesús 'Pancho' Martínez", a quienes muchos quisieron reivindicar como una especie de 'Robin Hood' de estos tiempos. Pero los acontecimientos no se circunscribieron al edificio de Tribunales. También se informaba que en las Comisarías vivían experiencias semejantes:

POLICIALES

Al menos cinco personas afirman haberlo visto y otras escucharon ruidos extraños

Creer que un fantasma 'con sobretodo' ronda el edificio de Tribunales

Primero comenzó con un rumor casi silencioso en los pasillos y escaleras entre dos empleadas de limpieza.

Con el correr de los días fue causando resquemores en otras personas no exentas de una desconocida ansiedad por descubrir el misterio: es que al menos cinco son las personas coincidentes con la versión de que en uno de los pisos del edificio de Tribunales que funciona en San Martín casi Italia se han

encontrado con apariciones fantasmagóricas de "un hombre con sobretodo".

Nadie sabe a ciencia cierta por qué, ya que al supuesto aparecido no han podido verle el rostro. No obstante, el imaginario colectivo comenzó a relacionar dichas apariciones y ruidos extraños con las del desaparecido Francisco Jesús 'Pancho' Martínez, tristemente celebre cuando el 31 de diciembre de 2001 cayó abatido junto a Habén Chandi Tapia tras el asalto con toma de rehenes a la distribuidora 'La salteña'.

La peicosis colectiva de dichas apariciones no solo pareciera haberse implantado en empleados de maestranza o seguridad del edificio, ya que este diario pudo corroborar los testimonios en

esferas judiciales que cumplen tareas en el mismo edificio, e incluso algunos empleados judiciales que se niegan a trabajar en horas vespertinas y nocturnas por miedo.

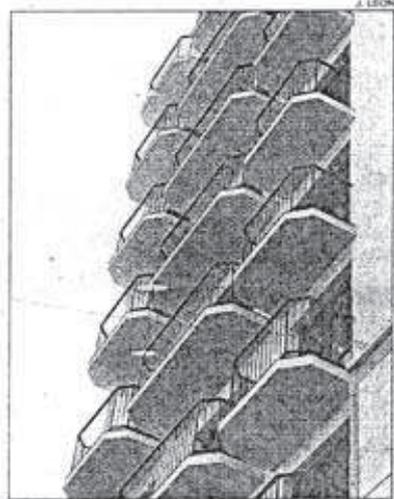
"Algo debe haber porque la mayoría de las personas que dicen haberse encontrado con situaciones especiales gozan de la mayor confianza y credibilidad. Aunque también es probable que se hayan confundido y en realidad vieron personas de carne y hueso que usualmente cumplen tareas durante la tarde e incluso la noche" señalaban estas fuentes judiciales.

¿El fantasma de Pancho Martínez?

Dichas apariciones se habrían registrado en el cuar-

to piso del edificio, más precisamente donde funciona el Juzgado de Instrucción Nº 2 cuyo titular es el dr. Oscar Herrera, el mismo que instruye la causa por el asalto las 6 horas que tuvieron de rehenes a tres personas y que concluyó con las muertes de Chandi Tapia y Martínez a expensas de la Policía, y la detención del cómplice Fabrizio De Vigli (21), el único sobreviviente que en algún momento se sentará en el banquillo de acusados y responderá por los hechos que conmocionaron a la opinión pública en nuestra región.

Pero a los hechos que fueron de dominio público, ahora se le agregan versiones de supuestas visiones fantasmagóricas que ingresaron en el terreno de lo paranormal. (Ver aparte)



Fenómenos paranormales: ¿Qué son en realidad los fantasmas?

En un Juzgado de Instrucción Penal se almacenan muchas historias en sus expedientes, pero también elementos referidos a muertes violentas, como por ejemplo, un secuestro de ropas ensangrentadas, sean de víctimas o de victimarios. ¿Tendrán alguna explicación posible? Crónica consultó determinada bibliografía, gentileza de la parapsicóloga Mari Chavuz, que explica en síntesis, lo siguiente:

(1) "En el lenguaje psíquico, la palabra fantasma se refiere a la contraparte éterica del cuerpo físico capaz de moverse en el espacio con entera libertad y de aparecer brevemente ante ciertas personas, en momentos de crisis emocional. Es conocido también el fantasma como proyección astral y hilocación. Sin embargo, esta definición no explica en qué consiste exactamente un fantasma, que por lo general es visto por unas personas y jamás por otras. Por lo general, los fantasmas aparecen asociadas a un edificio, como formando parte de él, y no son vistas jamás fuera de él". (Fuente: Grandes enigmas-El fascinante mundo de lo oculto, autor Tomás Dorreste).

De los lugares frecuentados por los espíritus, "Hemos dicho que ciertos espíritus pueden ser atraídos por las cosas materiales; pueden serlo por ciertos lugares que parecen elegir para domicilio, hasta que cesan las circunstancias que los conducían a ellos. ¿Cuáles son las circunstancias que pueden conducirlos allí? Su simpatía por algunas de las personas que los frecuentan o el deseo de comunicarse con ellas. Sin embargo, sus intenciones no son siempre tan laudables; cuando son espíritus malos, pueden ejercer una venganza sobre ciertas personas de las que recibieron algún daño. La permanencia en un lugar determinado puede ser también, para algunos, un castigo que se les ha infligido, sobre todo si han cometido en el algún crimen, a fin de que tengan constantemente ante sus ojos". (Fuente: El libro de los sudiums- Allan Karlekt).

No quedaba nadie en el Juzgado, pero desde el 4to. piso pidieron un ascensor

Testimonios que refieren sobre presuntas apariciones fantasmagóricas en el edificio de tribunales.

1) (Nadie decía nada, pero se guardaban un secreto) - Una tarde se encuentran tres empleadas del sector limpieza - servicio privado - en la planta baja, donde también se encontraba el custodia policial. La última y más nueva de las tres empleadas les dice a las dos restantes: "Al Juzgado del Dr. Herrera no voyan todavía a limpiar que está atendiendo gente...". A esto, el custodia les contesta diciéndole que el juez ya se había retirado temprano y que no había absolutamente nadie en su Tribunal. La mujer, asombrada, respondió: "... pero si yo acabo de ver a un hombre de sobretodo que esperaba que lo atendieran?...". Las dos primeras empleadas pusieron caras de asombro. "¿Vos también lo viste... y también tuvo la percepción de haber visto a un hombre de sobretodo, pero no quisiste hablar para que no me tomen por loca...?", a lo que su compañera asiente y dice algo parecido.

Subieron con el guardia hasta el cuarto piso, pero no había absolutamente nadie.

2) Otra empleada de limpieza, también en horas de la tarde apareció con una versión casi parecida. "Me llamó la atención estando en el cuarto piso que de pronto cruzó cerca mío un hombre con sobretodo, pero al rato desapareció misteriosamente...".

3) Otro día, tipo 7 de la tarde. No había nadie más que el guardia policial en la entrada. De pronto, escucha el ruido del ascensor que llaman desde el cuarto piso. El

extrañado guardia -hombre de muchos años en el oficio y de entera confianza en los estrados judiciales- corrió hasta al cuarto piso a ver quién había llamado al ascensor: al llegar al angosto pasillo se encontró con el ascensor y su puerta interior cerrada, pero la puerta exterior abierta. Se revió cada habitación en todo el edificio y no se encontró a nadie. Entonces ¿Quién accionó el botón para que el ascensor subiera al cuarto piso?...

Ya es 'vox pópuli' en los pasillos y oficinas

A talos testimonios se han sumado en los últimos días dichos de empleados judiciales, a uno de los cuales se le escuchó decir: "Me cuesta entrar al Juzgado, menos de tarde... siento la sensación que siempre me sigue alguien de atrás y hasta se escuchan sus pasos...".

Por el fuera más, en más de una oportunidad, la secretaria de uno de los tres Juzgados de Instrucción que reside en un edificio próximo al de tribunales, le preguntó a la guardia: "Amahe estaba la oficina del doctor con la luz encendida, quién estaba... y para su sorpresa lo constataron que a dicha hora habían revisado el Juzgado y se habían asegurado que todas las luces estuvieran apagadas.

Estos y otros testimonios comenzaron a escucharse tímidos y tímidos entre las personas más allegadas y comenzaron a generar el rumor que se transformaría en una especie de psicosis colectiva en el edificio de los tribunales de San Martín casi Italia.

Celular extraviado

Se extravió un celular Unifon marca Nokia Nº 154012363 se busca a quien lo haya encontrado comunicarse al tel. 4484869 vía. Heet.

Comparendo

En la Seccional Segunda de Policía se requirió el comparendo de Natalio Andrés Gomez Maciel con último domicilio calle San Luis de esta ciudad, Juan Flores s/o. IP. Las Flores, Alberto San Millán último den. Maipú 1656 o de personas que puedan aportar datos sobre las nombradas, por motivos que a su presentación se lo hará conocer.

[...] Una mujer policía que pidió reserva de su nombre contó lo sucedido mientras se encontraba en la guardia una noche, un mes después de la muerte de Martínez. Dijo que encontrándose sola con otro guardia, de pronto escucharon gritos y rotura de un vidrio que provenían del fondo de la sala donde usualmente los detenidos reciben a las visitas. "Nos miramos asombrados ya que nos parecía que era la voz de Martínez... llamé al guardia y pedimos a otros del sector que se acercaran por la parte de atrás ya que pensábamos que otros detenidos intentaban una fuga".

EL REPORTE
RAWSON - CHUBUT
PATAGONIA ARGENTINA
Año 6 - Nº 25 - Diciembre de 2011

El relato de la mujer corresponde con el de otros colegas; los policías avanzaron y llegaron a la sala donde se reciben a las visitas, pero no había absolutamente nadie. **Lo que sí les dio mucho escalofrío fue percatarse que realmente los vidrios estaban destrozados y si el lugar estaba vacío, era imposible que alguien los rompiera desde el exterior.** “Pensamos hacer un informe, pero después desistimos ya que nos iban a tomar por locos”, señalaron. Hay más testimonios similares que, en voz baja, vienen escuchándose desde hace un tiempo y sobre los que en próximas ediciones nos referiremos (*Crónica*, 23/8/02:27).

La nota hacía mención a un sinnúmero de comentarios que nacieron con la publicación de la primera noticia, a que “muchos empezaron a sacar algunas conclusiones” y a la molestia de “algún magistrado” que no quería que el tema saliera en la prensa.

El 25 de agosto el tema reaparece en página 11 con el título: “Creer o reventar: el fantasma del sobretodo está dando mucho que hablar”. En esta ocasión el género utilizado fue el comentario. El centro del artículo de opinión -sin firma- no fue el fantasma, sino el impacto de la noticia en la sociedad. Por ello se daba cuenta de empleados judiciales, de limpieza y policías que protagonizaron los sucesos; de que taxistas, remiseros y mesas de bar fueron testigos de conversaciones sobre el fantasma; del comentario teatralizado de una radio de Trelew; de que el Jefe de Policía Provincial “dialogó distendidamente del asunto” y que un “importante magistrado” rogaba por la aparición de una “señal divina” que lo orientara en el caso criminal. La última frase del comentario fue

Creer o reventar, blanco o negro, escepticismo o credulidad, en fin... el tema está inserto en la sociedad y para muchos es una novedad distinta entre tantas pálidas” (*Crónica*, 25/8/02:11).

89 —

La información se completaba con una noticia titulada: “Dos profesionales aseguran haber visto al fantasma del sobretodo al pasar por Tribunales”. Aquí, la “prestigiosa profesional” pidió reserva de nombre porque la conocía “medio Comodoro”. Relató la abogada que:

[...] Donde termina la vereda que va a la compañía de seguros, vimos una figura **toda vestida de negro con un sombrero de ala ancha...** jamás en mi vida me llevé un susto tan grande, señaló.

La mujer, asimismo, se ocupó de aclarar que “soy una persona muy cuerda y seria; no sea que vayan a pensar que estoy loca [...]

El 27 de agosto de 2003 el tema vino con refuerzos nacionales e internacionales. La nota se titulaba “Este espíritu aparece porque quiere ayudar a alguien querido como un familiar o un amigo”, resumiendo lo que señalaban desde Brasil.

EL CUERPO CONTIENE LAS SIGUIENTES FRASES:

Algunos científicos opinan que aquello que no puede ser explicado en términos físicos, no existe. Sin embargo, los parapsicólogos en las últimas décadas han afirmado que, puesto que los fenómenos paranormales son una realidad, significa que no todo en la naturaleza puede ser explicado en términos físicos.

La supuesta aparición fantasmagórica de un hombre con sobretodo en

los Tribunales [...] pareciera ser uno de estos fenómenos denominados paranormales [...] hasta los más escépticos sienten curiosidad y los crédulos creen ciegamente que el caso seguirá repitiéndose [...] A todo esto reiteramos que hay algunas personas que atribuyen las apariciones fantasmagóricas al hombre abatido el 31 de diciembre del año pasado, Francisco Jesús ‘Pancho’ Martínez (*Crónica*, 27/8/02:17).

La nota informativa mencionaba los aportes desde la provincia de Catamarca -un diario que recordaba un caso similar en sus tierras-, y desde la Escuela Espiritista de Guaraya, Brasil, que hablaba de la posibilidad de apariciones futuras, mucho más fuertes y graves.

A partir de entonces, el tópic desapareció de las páginas de *Crónica* y no se publicó ni una línea más sobre el fantasma del Pancho Martínez.

CARACTERÍSTICAS DE LA COBERTURA NOTICIOSA

En cuanto a la serie periodística del fantasma del Pancho Martínez, como ya se señalara, el tema irrumpió en la escena mediática de la mano de otro que compartía el mismo tono informativo. El misterio por la desaparición de un buque pesquero y el interrogante sobre un fantasma en Tribunales plantearon, desde el inicio, el tratamiento de la noticia como un relato sobrenatural. La palabra *misterio*, presente en la tapa del 22/8/02, resaltada por la tipografía y la topografía, parece marcar el camino que seguirá la información que versa, como si no quedara claro, sobre *fantasmas*.

La isotopía es un concepto que permite encontrar reiteraciones de elementos de igual significación en un marco determinado. La isotopía brinda coherencia a un texto y permite una lectura coherente y en un mismo sentido de los significados del discurso (Rolón y Saint-André, 1998). Aquí, la coherencia estaba planteada en términos de “misterio”; misteriosa era la desaparición del buque y misteriosos eran los relatos de fantasmas. La propia utilización del término “fantasma” remite a la “aparición, con forma de ser real, de algo imaginado, o bien aparición de un ser inmaterial como el alma de un difunto”³. Por lo tanto, el medio deja pocas dudas sobre la naturaleza de la información que se brinda.

Diacrónicamente, el tópic se fue diluyendo a través de una semana -en cuatro entregas-, hasta desaparecer por completo de la agenda del medio. En las primeras ocasiones se publicó en primera plana y en las dos últimas, en páginas interiores. La idea de un folletín de misterio se vio reforzada cuando el diario cerró una nota con la expresión “Hay más testimonios similares que, en voz baja, vienen escuchándose desde hace un tiempo y sobre los que en próximas ediciones nos referiremos” (*Crónica*, 23/8/02:27). De esta manera, el periodista⁴ deja planteado un interrogante más, que será develado en próximas entregas. Si se quiere saber cómo termina la historia, se deben comprar las próximas ediciones del diario. Fermín Fevre (1974) explica que el nacimiento de la literatura policial se da, entre otros factores contextuales, con el auge de la novela folletinesca y que el suceso extraordinario era, para ella, tema novelesco esencial. En el caso del fantasma del Pancho Martínez se dan estos tres elementos constituyentes: la literatura por entregas del folletín, el género policial con Martínez y el suceso extraordinario con el fantasma. Es decir, una mezcla sui generis de literatura, delito, fenómenos paranormales⁵ y periodismo.

Ahora bien, las fuentes nunca fueron identificadas. Ni los empleados de limpieza ni los empleados judiciales ni los magistrados ni los policías ni las abogadas. Las informaciones se basaron en “una mujer policía que pidió reserva de su nombre” (*Crónica*, 23/8/02:27), “tres empleadas del sector

limpieza”, “otra empleada de limpieza”, “los dichos de empleados judiciales” (*Crónica*, 22/8/02:23), “una prestigiosa profesional”, un importante magistrado judicial” (*Crónica*, 25/8/02:11)... El habla de estos testigos pareciera que fuera modificada al pasar de fuente empírica a fuente textual⁶, endilgándole vocablos o giros que no parecieran acordes a quien los emite. Así, una empleada de limpieza dijo: “Yo también tuve la *percepción* de haber visto a un hombre de sobretodo...” (*Crónica*, 22/8/92:23).

La vaguedad en la cita de fuentes y las imprecisiones atentan contra un adecuado trabajo periodístico. La identificación de fuentes y la precisión en el relato son las bases para la credibilidad del mensaje periodístico.

Las fuentes expertas que podrían arrojar luz sobre el tema, fueron tratadas de manera disímil. La estrategia discursiva tendió, por un lado, a legitimar los testimonios que abrían la posibilidad a la existencia de fantasmas - detallándolos y dándoles más espacio- y, por otro, a mitigar la fuerza de quienes los refutaban -generalizándolos y minimizando sus espacios: “algunos científicos opinan ...” (*Crónica*, 27/08/02:17)-. También se apeló a ensalzar las fuentes sin identificar que avalaban la historia de fantasmas: una *prestigiosa* profesional, un *importante* magistrado, el propio *jefe de policía* de la provincia y un colega periodista de *larga trayectoria*.

Los acontecimientos extraordinarios relatados, como ascensores que suben y bajan sin ser llamados o roturas de vidrios en comisarías, nunca fueron aclarados. Tampoco se buscaron testimonios que dieran otras versiones o que explicaran, v.gr. un mal funcionamiento de los elevadores. La utilización de verbos en potencial ayudó -y protegió legalmente- al medio en su discurrir.

Por lo tanto, el discurso sobre el “fantasma” descansa en rumores sin confirmar, sucesos hueros de investigación, fuentes sin identificar y en testimonios de expertos en ciencias paranormales y ausencia de científicos sociales.

Este discurso de *Crónica* fue mutando de la duda a la certeza, gracias a las apuntadas particularidades de su relato y a la metamorfosis en sus titulares. Las dubitaciones del primer día se transforman en certeza en su última información que, incluso, advierte que puede haber manifestaciones mayores, más fuertes o graves. Este aviso de peligrosidad va acompañado, en la página del diario, de otra noticia de género policial: “Balearon casa de un policía en el barrio San Martín” (según la información, no se supo quiénes fueron). Y justamente el pretendido fantasma sería el alma en pena de un delincuente abatido por la policía.

Si de algo se ufano el medio durante la serie del fantasma del Pancho Martínez, no fue de la veracidad de su información, pero sí de la primicia y la generación de comentarios. Dijo *Crónica* el 23 de agosto de 2002 en su página 27: “[...] Lo cierto es que a raíz de la publicación exclusiva de este diario, se comunicaron con el cronista, empleados policiales [...]”; “[...] el tema que parecía una ‘vox populi’ de entrecasa [salió] a la luz a través de **Crónica**”.

La usina de comentarios no le fue en zaga a la primicia en cuanto a su trascendencia. Ejemplos son: “[la información] provocó un sinnúmero de comentarios en dicho edificio” (*Crónica*, 23/8/02:27); [las publicaciones de este medio] motivaron variados comentarios en todos los sectores de la sociedad regional [...] comentarios sarcásticos, cuando no soeces, aunque para una gran mayoría fue tema de conversación en las sobremesas, en charlas con taxistas y remiseros, en oficinas, restaurantes y, como no podía ser de otra manera, en los juzgados y comisarías [...] el tema está inserto en la ciudad[...]]” (*Crónica*, 27/8/02:11).

Para Lorenzo Gomis (1991) el hecho que es más noticia que otro es el

que tendrá más repercusiones. Lo que es más noticia provoca más comentarios. Gomis cree que la prensa sensacionalista valora principalmente la perspectiva de comentarios. Las ventas del medio dependen más de la expectativa de comentarios de una información, que de sus consecuencias en acciones sociales concretas. Héctor Borrat⁷ define este proceso -generar comentarios- como de “interés periodístico”, en contraposición con “importancia histórica”, es decir, la capacidad de provocar hechos nuevos y trascendentes para la vida pública. *Crónica* parece haber actuado de acuerdo al primer proceso. Pareció generar comentarios con noticias de escasa importancia para lograr más ventas. Tal vez solo se trató de narrar una información inventada, un no-acontecimiento (de Fontcuberta, 1995; Colombo, 1996) en tiempos de escasez de noticias.

Si bien *Crónica* no puede ser enmarcado en su presente como un medio sensacionalista, el tratamiento dado al fantasma del Pancho Martínez, lo acerca a ese modelo. No se verificó el rumor, no se investigó, no se cotejaron los testimonios, no se buscaron otros puntos de vista, no se pretendió brindar otras explicaciones de los supuestos fenómenos paranormales -ascensores, vidrios rotos- y no se ofreció la palabra de expertos en ciencias “normales”. Sí se dio cabida a fuentes imprecisas -cotizándolas en demasía-, fuentes inidentificadas, fuentes expertas en ciencias “paranormales” -topográficamente relevantes-, el discurso fue pletórico de dubitaciones, verbos en potencial -para no afirmar o guarecerse legalmente- y se jugó, tanto en la tapa del primer día como en la última información del último día, con las isotopías de la página para realzar la historia de fantasmas. Luego, sin preaviso, el tópico desaparece de la agenda del medio. De este modo, si no hay desmentidas, la noticia inventada puede convertirse en una leyenda metropolitana (Colombo, 1997).

LA LEYENDA URBANA DEL PANCHO MARTÍNEZ

A modo de propedéutica cabe desarrollar dos cuestiones en torno a la serie periodística del fantasma del Pancho Martínez. Una tiene que ver con el personaje en sí y otra es relativa a un antecedente de *Crónica* en cuanto a materias sobrenaturales.

Francisco Jesús Martínez, alias *Pancho*, fue un inveterado conocido de la policía y la justicia comodorense (por estafas varias, hurtos y robos). Sus vinculaciones políticas lo llevaron a trabajar en la obra social de los empleados estatales de la provincia del Chubut (SEROS) y a estar llamativamente libre pese a su grávido prontuario. En este sentido no puede soslayarse su trabajo como puntero político en los barrios alejados del centro de Comodoro Rivadavia. Precisamente, después de su muerte, se conocieron algunos testimonios que los sindicaban como una especie de *Robin Hood* vernáculo, que compartía con el barrio los botines logrados en sus andanzas. Su muerte fue producto del asalto con toma de rehenes a una distribuidora de alimentos -“La Salteña”- el 31 de diciembre de 2001. El grupo especial de la policía provincial -GEOP- entró a sangre y fuego para rescatar a los rehenes y lo mató junto a uno de sus cómplices, Rubén Chandía Tapia, e hirió al otro, Fabrizio de Vigili. Sus conocidos dicen que el que enloqueció en el robo fue Chandía Tapia y que él no quería que todo terminara a los tiros.

Crónica cuenta con un antecedente insigne en esto de historias de fantasmas: la “Rubia del Cementerio”. La tapa del diario del 4 de agosto de 1973 rezaba: “El extraño caso de una aparecida. Por las noches aborda los automóviles y luego se hace llevar al cementerio. Dice ‘vivir’ en una tumba que data de 1933”. También en tapa se publica un adelanto de la historia de

una “esbelta muchacha rubia que aparecía de noche” y que uno de los que interactuó con ella “se encuentra ahora con una grave afección psíquica”. El título de este copete: “Profundo misterio”. Finalmente, el 9 de agosto de 1973, *Crónica* titula en tapa: “¡Cayó la rubia del cementerio!. La muerta estaba bien viva. Era una mujer que había llegado de Sarmiento. Vivía en Bo. Oeste”. Sarmiento es una localidad a 160 km al oeste de Comodoro y el diario dice que la mujer cayó en la trampa de un remisero y que sus vecinas dijeron que “no hacía mal a nadie”. En el medio, varias informaciones relataban las andanzas de la rubia. El final de la “rubia del cementerio” fue distinto al del fantasma del Pancho Martínez. En 1973 la historia se desmintió y el fantasma resultó una mujer de carne y hueso -aunque no quedó claro cómo los testigos y el medio pudieron confundirse tanto-. En 2002, el relato sobre fantasmas dejó de aparecer en el diario, pero no fue impugnado.

Lo llamativo en la comparación, más allá de los fantasmas, es la construcción de las primeras planas en ambas oportunidades. En el caso de la “rubia del cementerio” de 1973, el titular predominante era “El extraño caso de una aparecida. Profundo misterio” y, a pie de página se informaba sobre un “Naufragio sin víctimas en el Estrecho de Magallanes”. Durante el mismo mes -agosto-, casi treinta años después -en 2002-, el dueto se repitió. Se construyó una isotopía con base en el misterio y las apariciones enigmáticas, y con la noticia principal de un buque hundido en alta mar: “Misterio: no hallan al buque Don Víctor”. El titular del fantasma del Pancho Martínez decía, en un espacio reducido contra el margen derecho de la hoja: “¿Un fantasma en tribunales?”. Ambas series ocuparon seis días: del 22 al 27 de agosto de 2002, la segunda y del 4 al 9 de agosto de 1973, la primera. En el comienzo del análisis de la cobertura periodística del último caso, se decía que *Crónica* era hoy un diario más popular que sensacionalista, etiqueta que se había ganado años antes gracias a coberturas como las de la “rubia...”. El cambio estilístico del medio puede explicar la inversión en la jerarquía otorgada a los tópicos que se repiten en los dos casos. En 1973, los fantasmas ocuparon la mayor parte de la primera plana, con dos fotografías alusivas, y un buque hundido merecía una mención pequeña sin ilustración. En 2002, el naufragio de un buque predomina en tapa con una gran fotografía y los fantasmas reciben un lugar reducido en un costado de la hoja, sin ilustración.

En cuanto al caso del fantasma del Pancho Martínez en sí, cabe caracterizarlo como una leyenda urbana al estar a los rasgos enumerados en él.

Las leyendas urbanas son informaciones que circulan entre la gente para ser creídas; *Crónica* difunde los testimonios de la gente y advierte “Creer o reventar” (27/8/02:11). Las leyendas metropolitanas son narraciones de hechos sin fuentes pero ricas en detalles; *Crónica* presenta los testimonios sin identificarlos y alardea sobre “La información con lujos de detalles sobre la supuesta aparición [...]” (23/8/02:27). Se les atribuyen atribuye tres características: son importantes para la persona que las narra, están rodeada de incertidumbre y son polémicas. El primer atributo no puede ser aquí afirmado, pero sí los dos restantes. La narración periodística sobre el fantasma del Pancho Martínez estuvo ahíta de dubitaciones e imprecisiones que la tornaban poco creíble; en cuanto a la polémica, el propio medio dio cabida a los testigos que dijeron haberlo visto y a las voces que se burlaron del relato (aunque su tratamiento fue disímil para cada grupo: uno detallado y el otro somero).

El papel del medio, en este caso el diario *Crónica* de Comodoro Rivadavia, es fundamental para la difusión de la leyenda. Los folkloristas se enteran del nacimiento de una nueva si son afortunados y un periodista

los llama para consultarlos; pero con el fantasma del Pancho Martínez no fue así. El periodista prefirió consultar a otro tipo de expertos que, en definitiva, avalaran el relato. El estilo del medio, resabio de lo narrado tres décadas atrás, viabilizó la difusión pública de la historia de fantasmas. El diario, en vez de iluminar las zonas umbrías de la leyenda, las oscureció aún más. De este modo, la sociedad urbana contemporánea y sus medios de comunicación, lejos de aventar las creencias populares, les encontró nuevas formas expresivas con ingente velocidad de propagación.

Restaría saber ahora por qué nació y circuló en Comodoro Rivadavia la leyenda urbana del fantasma del Pancho Martínez. La elucidación de su falacia cabría arrojársela a los medios, que debieran investigar y brindar a sus lectores los elementos ciertos que verifiquen o ratifiquen el rumor circulante. Sin embargo, aquí no termina el análisis. Podrá afirmarse que el fantasma no existió, pero de este modo no puede saberse por qué nació, se divulgó y se consumió su relato.

TENTATIVAS DE EXPLICACIÓN

Las narraciones sobre el fantasma del Pancho Martínez se inscriben dentro de los relatos referidos a “seres y fuerzas sobrenaturales cuyos poderes actúan en tanto se crea en ellos [...] este grupo está constituido por los relatos para los que puede usarse la denominación leyenda de creencia [...], puesto que la creencia constituye el núcleo y la razón de ser de la narración⁸⁷⁷” (Chertudi, 1991:172).

El por qué se cree puede estar relacionado en la necesidad de acentuar los conocimientos sobre el mundo con métodos informales cuando los métodos oficiales no la satisfacen. En el caso, la ciencia no despejó dudas, en principio, porque no fue consultada. Esto ya fue analizado cuando se hizo referencia al tratamiento periodístico del caso. Cabe especular qué habría sucedido si se hubiese recurrido a sociólogos, antropólogos, folkloristas, psicólogos, comunicólogos, físicos, técnicos en ascensores,... Se podrían haber despejado algunas dudas, pero otras, a falta de huellas o testimonios identificados, habrían continuado en la penumbra de la incertidumbre.

Las dubitaciones continuarían si, como en la circunstancia, el fantasma viene a reforzar los pensamientos generalizados de la gente en los tópicos involucrados: crisis económica y social y desprestigio de la justicia. La leyenda urbana no es importante por la veracidad de los acontecimientos narrados, sino por la verdad que el relato vehiculiza simbólicamente.

Fines de 2001 fue un tiempo de crisis para el modelo neoliberal que dominó la vida argentina durante la década del noventa. Ocioso sería desarrollar aquí las consecuencias negativas que repercutieron en la sociedad durante esos años. Solo se mencionaran algunos aspectos para caracterizar la época en que nació la leyenda urbana del fantasma del Pancho Martínez: aumento de la desocupación, de la pauperización, inicua distribución de la riqueza, movilidad social descendente, privatizaciones de servicios públicos, encarecimiento de esos servicios, inseguridad en todos los órdenes de la vida cotidiana (no solo el delictivo), descreimiento en la clase dirigente, instituciones sospechosas, criminalización de la pobreza y la protesta social, caída del gobierno constitucional por los reclamos populares... (García Delgado, 2001; Filmus, 1999; Minujín et al, 1995; Villarreal, 1996, Pegoraro, 1997 y García, 2002).

Si las leyendas nacen -aunque no siempre- cuando un grupo social se ve enfrentado a una situación emocional de ansiedad, diciembre de 2001 fue un momento propicio para el parto. La gente no sabía bien qué iba a pasar

con el país y con su propio destino. La inestabilidad económica era ingente. Muchas familias perdieron los ahorros de sus vidas y sus trabajos. Los poderes del Estado no daban respuestas a las necesidades de la sociedad. Los excluidos sentían que la única relación con la sociedad era a través de la policía y sus funciones represivas.

En este contexto se desarrolló Francisco Pancho Martínez. Asiduo protagonista de páginas policiales y conocido por demás en ámbitos judiciales. Al decir de su familia, Martínez era considerado una especie de “Robin Hood” en su barrio. Vivía en una casa de puertas abiertas para quien necesitara algún tipo de ayuda, dinero o comida. Un asalto a mano armada con toma de rehenes fue la génesis de la leyenda. Allí, el supuesto bandido popular se enfrentó a la policía y murió en tiempos de celebraciones findeañeras. Ocho meses después nació la leyenda urbana.

El relato sobrenatural parece indicar los miedos latentes de un grupo social y los valores que pueden predominar en él. El imaginario colectivo podría insinuar un descreimiento en la policía y en la justicia. Descreimiento personificado en Francisco Jesús Martínez, quien se enfrentó a las fuerzas que victimizan a parte de la sociedad. La justicia solo atrapa “ladrones de gallinas” y los grandes delincuentes continúan en libertad se transformó en una cantilena verosímil. La policía de gatillo fácil y cachiporra ágil sólo reprime a los pobres. El estado pauperiza y contiene por la fuerza a los díscolos.

Martínez volvió de la muerte para ajustar cuentas con quienes lo mataron. Los tribunales y las comisarías recibieron su visita anunciando una posible venganza, como informa *Crónica*. Él, Francisco Jesús Pancho Martínez, es quien castiga a policías y jueces, llevando su venganza personal a límites colectivos. El castigo simbólico entró en juego junto con el control social. Este último podría responder a dos motivaciones. Por un lado la narración estaría recordando a alguien que delinquiró y murió fuera de la ley; ergo, no hay que caer en el delito. Por otro lado, ya en sintonía con el castigo simbólico, el control social estaría dirigido a policías y jueces para que no continúen en su alianza contra los sectores míseros de la sociedad. Esta forma de pensar podría traer una suerte de alivio a una tensión social representada por la angustiada situación general. Si los que tienen que ayudarnos -los políticos, la policía o los jueces- no lo hacen, ¿quién podrá hacerlo o quién le podría poner fin a la injusticia? Encontrar una respuesta a este interrogante, aunque se trate de una respuesta sobrenatural, podría generar una válvula de escape a la comprimida y aflictiva vida cotidiana.

95 —

BIBLIOGRAFÍA

- BLACHE, Martha** (1999): “Una leyenda contemporánea a través de la comunicación oral y massmediática”, en Blache, Martha (comp.): *Folklore urbano. Vigencia de la leyenda y los relatos urbanos*. Buenos Aires, Colihue.
- BOURDIEU, Pierre**: *Los usos sociales de la ciencia*. Nueva Visión, Buenos Aires, 1997.
- CHERTUDI, Susana** (1991): “La leyenda folklórica en la Argentina”, en Redfield, Foster, Chertudi y otros: *Introducción al folklore*. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina.
- COLOMBO, Furio** (1997): *Últimas noticias sobre el periodismo. Manual de periodismo internacional*. Barcelona, Anagrama.
- CRÓNICA** (1987): *25 años*. Comodoro Rivadavia, diario Crónica.
- DE FONTCUBERTA, Mar** (1995): *La noticia. Pistas para percibir el mundo*. Barcelona, Paidós.

DÉGH, Linda (1999): “¿Qué es la leyenda después de todo?”, en Blache, Martha (comp.): *Folklore urbano. Vigencia de la leyenda y los relatos urbanos*. Buenos Aires, Colihue.

ESCUADERO CHAUVEL, Lucrecia (1997): “Quién es el autor de las noticias? Acerca del contrato mediático de la información”, en *Sociedad* nro. 11, agosto de 1997, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

_____ (1996): *Malvinas: el gran relato. Fuentes y rumores en la información de guerra*. Barcelona, Gedisa.

FILMUS, Daniel (comp.) (1999): *Los noventa. Política, sociedad y cultura en América Latina y Argentina de fin de siglo*. Buenos Aires, Eudeba-Flacso.

FLORIO, Rodolfo A. (1999): “El encuentro con la joven muerta. Un estudio de leyenda urbana entre adolescentes”, en Blache, Martha (comp.): *Folklore urbano. Vigencia de la leyenda y los relatos urbanos*. Buenos Aires, Colihue.

GARCÍA, Marcelo (2002): *Comodoro Rivadavia: La brecha entre pobres y ricos creció un 150% en los '90*. Comodoro Rivadavia, CREEPACE.

GARCÍA DELGADO, Daniel (2001): *Estado y sociedad. La nueva relación a partir del cambio estructural*. Buenos Aires, Norma.

GOMIS, Lorenzo (1991): *Teoría del periodismo. Cómo se forma el presente*. Barcelona, Paidós.

HALPERÍN, Jorge (2000a): *Mentiras verdaderas*. Buenos Aires, Atlántida.

_____ (2000b): “Charla Jorge Halperín” en *web site del Colegio Pestalozzi*, 4 de octubre de 2000, www.pestalozzi.esc.edu.ar [fecha de consulta: 23/08/02]

MARTÍNEZ, Tomás Eloy (2000): “Diamantes para el lector”, en diario *La Nación*, 27 de septiembre de 2000, www.lanacion.com.ar [fecha de consulta: 03/10/00]

MINUJIN, Alberto et al (1995): *Cuesta abajo. Los nuevos pobres: efectos de la crisis en la sociedad argentina*. Buenos Aires, Losada.

PEGORARO, Juan (1997): “Las relaciones sociedad-Estado y el paradigma de la inseguridad”, en *Delito y Sociedad* No. 9-10.

POGORILES, Eduardo (2002): “Leyendas urbanas: los ‘fantasmas’ de Buenos Aires”, en diario *Clarín*, 1 de diciembre de 2002, www.clarin.com.ar [fecha de consulta: 01/12/02]

ROLÓN, Andrea y SAINT ANDRÉ, Estela (Coords.) (1998): *Discurso: estrategias de manipulación y persuasión*. San Juan, Ed. FFHA.

SASTURAIN, Juan (2001): “Leyendas urbanas. El lado oscuro de la red”, en *Rev. Internet Surf*, No. 34, febrero de 2001, www.isurf.com.ar [fecha de consulta: 04/10/03]

VILLARREAL, Juan (1996): *La exclusión social*. Buenos Aires, Norma.

Notas:

¹ Una descripción detallada de estos relatos se encuentra en Jorge Halperín (2000a): *Mentiras verdaderas*. Buenos Aires, Atlántida.

² Mayores detalles de las posturas internalistas y externalistas para explicar una actividad cultural, puede encontrarse en Bourdieu (1997).

³ Diccionario El pequeño Larousse ilustrado, 1996, pág. 442

⁴ Las notas no son firmadas, por lo que se hablará indistintamente de medio o periodista, recordando el concepto de “campo periodístico” en los términos que

lo formulara Pierre Bourdieu para las ciencias (Pierre Bourdieu, *op.cit.*).

⁵ En el mundo policial, Martínez era conocido como Pancho Martínez o como Francisco Pancho Martínez; pero, en esta sucesión de noticias, Crónica lo nombra como Francisco Jesús Pancho Martínez, agregándole un aditamento misterioso más al acontecimiento.

⁶ Fuentes empíricas son los coprotagonistas de la labor periodística, en su devenir cotidiano; la fuente textual es ese testimonio bajado a la página impresa, con las consabidas modificaciones impuestas por la rutina productiva (Escudero, 1997 y 1996).

⁷ En cita de Gomis (1991), Héctor Borrat (1988): El periódico como actor político. Propuestas para el análisis del periódico independiente de información general, Tesis de doctorado, Universidad autónoma de Barcelona.

⁸ El otro grupo está constituido por las narraciones que dan cuenta de un suceso verdadero, acaecido una sola vez en un tiempo pasado; pueden ser relatos sagrados o profanos, se pueden ubicar temporal y espacialmente: leyendas históricas e histórico-culturales, religiosas y etiológicas (Chertudi, 1991).



DECLARACIÓN DE VOLUNTAD ANTICIPADA. ALGUNAS CONSIDERACIONES.

POR MARIANA RIPA: ABOGADA (UBA). DIPUTADA PROVINCIAL (CHUBUT). SECRETARIA HABILITADA EN LA HONORABLE LEGISLATURA DEL CHUBUT. MINISTRA DE GOBIERNO Y JUSTICIA DE CHUBUT. ASESORA GENERAL DE GOBIERNO (CHUBUT).



El maestro Francisco Carnelutti sostuvo que: *“En la producción de la norma hay que tener en cuenta en primer lugar la necesidad de garantizar la bondad del precepto y de la sanción; en segundo lugar, la necesidad de que las reglas éticas, que no tienen otra voz que la de la conciencia, por lo que frecuentemente no hablan claro o por lo menos no logran hacerse oír, se formulen con claridad e impongan con energía. De esta manera se construye el concepto de la norma jurídica.”*¹

La ley III-34², de Declaración de Voluntad Anticipada, cumple claramente con lo expresado por Carnelutti y es nuestra intención abordar la temática desde un marco general.

La norma, de naturaleza procedimental, vigente en la provincia del Chubut, tuvo como objeto abarcar aquellas realidades particulares que se abordan desde distintos ámbitos y que requieren, en una última instancia, esto es la jurisdiccional, de esfuerzos interpretativos de los operadores del sistema, a los efectos de ajustar las decisiones al irrestricto respeto de los derechos y principios que irradia nuestra Constitución Nacional, Provincial y los Tratados Internacionales.

Se ha elaborado una norma desde el paradigma iusnaturalista, entendiendo que toda persona por el solo hecho de existir es titular de derechos inalienables y por tanto, las decisiones que manifieste, deben ser respetadas en el marco de la autonomía de su voluntad, siempre que hayan sido adoptadas en libertad y con la adecuada comprensión de las mismas, en función de sus valores o plan de vida.

Ante una eventual y posible pérdida de discernimiento, toda persona tiene derecho a explicitar como desea transitar esa circunstancia. Ello se vincula a los derechos humanos fundamentales.

LA PROTECCIÓN A LA REALIDAD DEL SER

Un aporte a la cuestión resultan ser las palabras del Dr. José Tobías en cuanto sostiene que: *“Se ha visto el protagonismo de la persona como sujeto de las relaciones jurídicas y la sumisión a ella de todos los bienes y valores jurídicos: esa especial dimensión, resultante de su naturaleza humana y en razón de su dignidad, determina que la persona, antes que “tener” y además con un rango más primario, necesite ser protegida en la realidad de su “ser”; el orden jurídico asume esa realidad y la tutela.”*³

La normativa en análisis atiende especialmente a lo que el Dr. Tobías denomina *“la realidad del ser”*.

CONCEPTO

Aquí resulta oportuno interrogarnos acerca del concepto del Acto de

Voluntad Anticipada, que es aquel “acto voluntario, de carácter preventivo, decidido libremente por una persona, que contiene declaraciones, previsiones y directivas para que sean ejecutadas en el caso que la misma se encuentre imposibilitada, en forma transitoria o permanente de decidir por sí misma, debido a la disminución o alteración de sus aptitudes físicas o psíquicas”.⁴

Otra acepción acuñada por el Dr. Llorens y la Dra. Rajmil, reconocidos especialistas en la materia, sostienen que es: “... “un derecho”: El de todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su persona y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida de su discernimiento”.⁵

Estos actos han sido designados por distintas legislaciones y la doctrina como “voluntad anticipada”, “actos de autoprotección”, “voluntades autorreferentes”, “testamento vital”, “disposiciones y estipulaciones para la propia incompetencia” o “directivas anticipadas”.

Podríamos resumirlo en lo que internacionalmente se denomina “Living will” o decisión del propio vivir; la forma de “disponer cómo vivir la propia vida”.

El concepto ha sido incorporado en el artículo 2° de la norma del siguiente modo: “Se entiende por “voluntad anticipada”, toda expresión libre realizada en forma escrita, datada fehaciente y por escritura pública, en relación a disposiciones que versen sobre la administración de su patrimonio, su cuidado personal y/o sobre cualquier otra cuestión de naturaleza extrapatrimonial, la que deberá respetarse en caso de encontrarse en el supuesto del artículo anterior.”

CONTENIDO DE LOS ACTOS

Como señaláramos, la norma resalta en su artículo 2°, que el contenido de dichos actos podrá ser de carácter patrimonial o extrapatrimonial. Resulta ser ésta última la materia de mayor diversidad en cuanto a su contenido pudiendo abarcar cuestiones de su cuidado personal, el rechazo a determinadas prácticas médicas, la elección de lugar de internación como geriátricos o aquellos aspectos referidos a la administración del patrimonio o la designación de la persona responsable de la educación de sus hijos, de tutores o curadores. En resumen, el contenido de los actos de voluntad anticipada, pueden ser tantos y tan diversos como las personas que los emitan.

Los actos podrán otorgarse mediante disposiciones unilaterales o estipulaciones convencionales, en tanto ellas no afecten el orden público.

ALGUNOS APUNTES SOBRE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA RELEVANTE EN EL TEMA

Si bien las decisiones emitidas de modo previo han sido receptadas por la jurisprudencia nacional, no es menos cierto que ello ha implicado un gran esfuerzo de interpretación de los operadores en cuanto al sistema normativo y los derechos de las personas.

Así, la ley de Declaración de Voluntad Anticipada viene a otorgar un marco de certeza, ya que por medio de la escritura pública se genera la posibilidad de conocer de un modo fehaciente la voluntad del que la expresa y puntualmente el estado de la persona al momento de emitirla, así como el exacto momento en el que la otorgó.

Podríamos unir este tipo de directivas, con el activismo judicial, en tanto y según hemos señalado, en diversos casos judiciales se reflejó un alto compromiso de algunos magistrados, con la realidad individual y con

su función o responsabilidad social, dando respuestas que se adaptaban a las necesidades del caso concreto, ajustadas al bloque de constitucionalidad.

Citamos al pie valiosa jurisprudencia que ha marcado un sendero en la materia y que no puede dejar de ser consultada por aquellas personas que se sientan interesadas en la temática, la que por una cuestión de espacio no desarrollaremos.⁶

La doctrina y especialmente el Dr. Augusto Morello, sostienen que la categoría de actos personalísimos no pueden ser objeto de representación, de allí deviene la importancia de no restringir la posibilidad de otorgar estos actos, a la capacidad estática que prevé el Código Civil.

El Dr. Cifuentes⁷ ha desarrollado un extenso trabajo referido al régimen general de la capacidad y el denominado “Living will”, haciendo un recorrido por el derecho comparado, respecto de aquellos países que receptan dicha tutela, para señalar algunos, menciona a España, Canadá, Italia entre otros.

El Dr. Rojas⁸, realizó un muy interesante análisis de las directivas anticipadas desde un aspecto procesal, definiéndolas como actos protectorios y relacionándolas con el activismo judicial, mediante la vía del amparo. Allí especifica diferencias en cuanto a la difusa legitimación pasiva y sostiene que la acción en estos casos se hace en exclusivo beneficio del amparista y no con miras a la contraparte definida, como se da en el marco de un proceso clásico. Señala una notoria cercanía con los procesos urgentes.

AUSENCIA DE PREVISIÓN DE FONDO, PROYECTOS Y NORMAS PROCESALES

La falta de previsión en las leyes de fondo respecto de la posibilidad de otorgar actos de voluntad anticipada, no es un impedimento para efectivizarla, en tanto ellos encuentran su fundamento en la Carta Magna y se basa en el respeto a los derechos de igualdad, libertad, dignidad, autodeterminación, propiedad, privacidad (16, 17, 19, 33).

Las legislaciones provinciales han receptado en su normativa de modo disímil la temática, así en la provincia de Chaco se ha modificado el Código Procesal Civil mediante la Ley 6.212. Las provincias de Neuquén (Ley 2611) y Río Negro (Ley 4263) exclusivamente refieren al tema de salud. En similar sentido la provincia de Córdoba, emitió la Res. 1752/02.

Existen a nivel nacional distintos proyectos de leyes o reformas que abarcan el tema desde diversos aspectos, así podemos mencionar el del senador Cavanchiuk, que regula los derechos de la persona durante el proceso de su muerte y los deberes del equipo de salud. El proyecto del diputado Bonasso, relacionado a la protección de la dignidad de los enfermos en situación terminal o de agonía. En cuanto a proyectos que reforman el Código Civil, están el de Juan José Álvarez, que refiere al propio curador y otro más abarcativo del senador Guinle, que propone incorporar el artículo 175 bis, en cuanto al propio curador, en relación a los bienes y a la salud.

El derecho de cada persona a desarrollar su plan de vida ha concitado la atención de la doctrina, de la jurisprudencia y de los legisladores.

LÍMITES PARA OTORGAR ACTOS DE ESTA NATURALEZA

La importancia de los derechos involucrados en los actos de voluntad anticipada, hace que las restricciones o limitaciones que se impongan para su otorgamiento, deben ser justificados razonablemente para que sean legítimos.

Si analizamos la Convención de los Derechos del Niño, ella nos marca que las niñas, niños y adolescentes deben ser informados y oídos en los

temas que les atañen, y su voluntad interpretada según el grado de madurez que posean. Esta es una interpretación de la capacidad, que excede los principios rígidos del código de fondo, impregnada de los principios constitucionales y de los pactos y tratados internacionales.

Así a nuestro criterio aparecería como irrazonable a la luz de la normativa referida, impedir que un menor de edad otorgara un acto de voluntad anticipada. A modo de ejemplo podría citarse el hipotético caso en que un adolescente de 17 años de edad, que atravesara por una enfermedad terminal y que contara con la madurez necesaria para comprender las circunstancias por las que atraviesa, no pudiera hacer uso al derecho de manifestar su voluntad, por no contar con la capacidad a la que refiere el Código Civil de la Nación. Así consideramos que debiera expresarla e incorporada al Registro, luego y de ser necesario, dicho acto será materia de interpretación judicial.

En este espíritu la norma en su artículo 1º, expresa que “...*toda persona en uso de su libre discernimiento tiene derecho a manifestar anticipadamente su voluntad...*”.

En la misma línea de razonamiento podemos sostener, siguiendo a juristas de fuste, que el instituto de la capacidad se encuentra en crisis, como un concepto rígido, y que debe ser interpretado a la luz de la Constitución y los Pactos Internacionales.

REGISTRO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS

La norma en su artículo 3º dispone: “*Créase el Registro de Voluntades Anticipadas, cuyo funcionamiento y organización recaerá en la órbita del Colegio de Escribanos de la Provincia, quien garantizará la custodia, conservación y accesibilidad de las Declaraciones de Voluntades Anticipadas emitidas en el territorio de la Provincia. Deberá asegurar en todos los casos la confidencialidad y el respeto de la legislación de protección de datos personales*”.

Actualmente el Colegio de Escribanos se encuentra elaborando la reglamentación para el funcionamiento del Registro.

Su creación resulta central a los efectos de otorgar la seguridad que establece la voluntad reflejada en escritura pública, haciendo plena fe de la declaración que contiene, dando publicidad al acto y fecha cierta. Es decir un instrumento incontestable acerca de la manifestación de voluntad de una persona, el que deberá ser tenido en cuenta por aquellos que tengan que actuar en el cuidado o la atención de la misma.

En la norma se ha cuidado de expresar la igualdad de oportunidades y la accesibilidad a la población en su conjunto al Registro.

Como antecedentes podemos señalar al que funciona bajo la órbita del Colegio de Escribanos de la provincia de Bs. As. desde el año 2005, seguidos por los Colegios de Santa Fe, Chaco, Córdoba, Corrientes y Entre Ríos.

COLOFÓN

Se trabajó en una regulación adecuada (posiblemente imperfecta), que afiance el Estado de Derecho, brindando algunos parámetros que generen seguridad, en pos de aportar ante situaciones sensibles, difíciles, y que contribuya a respetar las opciones de vida de cada individuo sin violentar el orden público.

El espíritu ha sido el de una norma abierta e inclusiva de todas aquellas situaciones que no contravengan el orden público.

Nos entusiasma pensar la Ley III- 34, como una herramienta asimilable

a la denominada tutela anticipada, es decir, como el ejercicio de una justicia temprana, claro que se trataría de un plano prejurisdiccional. En tanto el Registro de Voluntades Anticipadas actuaría como un facilitador del ejercicio de aquellos derechos humanos fundamentales ante situaciones donde el tiempo, es decir la urgencia en muchos casos y algunos otros elementos podrían complejizar el efectivo ejercicio de los derechos. Infundiendo esta tutela una tranquilidad a la persona que es titular de derechos y pretende válidamente ejercerlos.

Hemos sostenido que para expresar la voluntad, no se requiere de una norma específica que lo autorice, no obstante el Registro de Voluntad Anticipada generará un resguardo para efectivizarla.

Para el caso que dicho acto genere controversia o conflictos, de todas formas constituirá un elemento de gran valor, en tanto los jueces tienen la imprescindible tarea de interpretar la ley, imbuidos de una visión constitucional del ejercicio de los derechos, con especial respeto a la pluralidad y particularidades del plan de vida de cada ciudadano.

Por ello esta ley resultará en beneficio no sólo de las personas involucradas directamente, sino también de aquellos destinados a impartir justicia.

Finalmente, creemos que la ley se transformará en una eficaz vía para lograr objetivos fundamentales como el de respeto al ser humano, como un ser único e irrepetible, entendiendo que éste no puede ser despojado de su dignidad y de sus principios, brindándole en la provincia del Chubut una herramienta para expresar su voluntad de un modo anticipado en el más estricto respeto de sus derechos.

Notas:

¹ Carnelutti, Francisco. *Teoría General del Derecho*. 1941. p.73.

² Ley promulgada el día 21 de marzo de 2011, mediante Dto.304/11.

³ Tobias, José W. *Derecho de las personas*. Ed. 2009. p. 509.

⁴ Cuaderno N° 6, "Instituto de Derecho Notarial"- 2007.

⁵ Llorens, Luis y Rajmil, Alicia. *IDeI. Revista del instituto de Derecho e Integración*. 2009. Rosario Argentina. p.53.

⁶ *Jurisprudencia 1993-IV*, 558. *LL 2005-B*, 265 y *JA 2005-IV-446*.

⁷ Cifuentes, Santos. *LL 2006-A*, 1183.

⁸ Rojas, Jorge. *Sistemas cautelares atípicos*. Rubinzal Culsoni. 1°ed.2009.



EL REPORTE JUDICIAL EN SAN FRANCISCO



103 —

El director de El Reporte Judicial, Dr. Alejandro Javier Panizzi, reunido con la Dra. Sarah M. King, Presidente de la Queen's Bench Bar Association, en la ciudad de San Francisco, durante su visita a Estados Unidos en octubre pasado.

La Queen's Bench Bar Association of the San Francisco Bay Area (Asociación de Abogados “Banco de la Reina” de la Bahía de San Francisco) fue creada en 1921 por un grupo de abogadas hartas de la resistencia masculina a su participación en el Colegio de Abogados local.

Esta organización de mujeres promueve los intereses femeninos, tanto en el Derecho como en la sociedad, y juega un papel integral en la promoción

del progreso de las mujeres en la abogacía. Es una entidad sin fines de lucro compuesta por abogadas, juezas y estudiantes de Derecho.

En la ciudad de San Francisco gozan de una estupenda reputación, merced al trabajo conjunto de sus integrantes y a la larga y prestigiosa tradición de las abogadas, en pie de igualdad de derechos y de oportunidades, por medio de la capacitación y programas comunitarios.

Las políticas y prioridades de la Queen's Bench Bar Association of San Francisco concentran sus esfuerzos en un creciente desarrollo profesional de las mujeres del Derecho, a quienes brinda servicios, tales como: compañerismo, trabajo en red, tutorías, programación, etc. En su afán por reclutar a nuevas afiliadas, procuran enriquecer la diversidad cultural sobre una base ampliamente definida, es decir, raza, orientación sexual, tipo de práctica y perfil económico. Además del apoyo profesional a la mujeres, también destinan sus recursos al apoyo de la modernización de los negocios y la sofisticación de marketing de gestión de despachos de abogados y otras organizaciones de servicios legales; a su vez propenden a mantener altos estándares éticos en la práctica de la ley, y trabajan de manera continua en la eliminación de prejuicios en la profesión legal.

Las herramientas para lograr esta diversidad de intereses incluyen una combinación de trabajo del comité, la programación y la construcción de alianzas con otras asociaciones de abogados.



SE REUNIERON EN ESQUEL TODAS LAS ESCUELAS DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DEL PAÍS

**PARTICIPARON DEL XV CONGRESO NACIONAL DE CAPACITACIÓN
JUDICIAL QUE ORGANIZÓ LA ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DE
CHUBUT Y REFLEJAR.**



105 —

El titular de Reflejar y de la Escuela de Capacitación Judicial del Chubut, Dr. Fernando S.L. Royer, durante su discurso en la apertura del Congreso Nacional de Capacitación Judicial, Esquel 2011.

El Congreso fue formalmente inaugurado el miércoles 23 de noviembre del corriente a las 14.00 en el Centro Cultural Melipal de la ciudad de Esquel.

Dicho acto estuvo encabezado por el Gobernador de la Provincia del Chubut, Mario Das Neves, el Presidente del Superior Tribunal de Justicia del Chubut, Dr. Jorge Pflieger, el titular de REFLEJAR, de la Escuela de Capacitación Judicial chubutense y ministro de la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia, Dr. Fernando S.L. Royer y el Presidente de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas, Dr. Rafael Gutiérrez.

Durante tres días se llevó adelante con total éxito en cuanto a programación y público el XV Congreso Nacional de Capacitación Judicial bajo el lema “La capacitación en la formación de líderes para la gestión del cambio en el Poder Judicial”.

Dicho encuentro se desarrolló en las instalaciones del Centro Cultural Melipal, con una metodología de trabajo en taller. De esta manera, tanto los expositores como los manifestantes pudieron expresar sus opiniones sobre los ejes definidos como claves dentro de la temática elegida y así elaborar en conjunto y de un modo dinámico, a través del intercambio de ideas sobre los puntos argumentales de cada reunión de trabajo.

Los temas que se desarrollaron en este congreso que reunió a los notables profesores y capacitadores que estuvieron en Esquel fueron “Formación para capacitadores de escuelas judiciales” a cargo de Alberto Iardelevsky y “La evaluación y los modelos de capacitación judicial”, a cargo de Inés Marensi. En tanto Enrique del Carril tuvo a su cargo “La tarea cotidiana de los operadores de justicia y las problemáticas éticas – un abordaje desde la capacitación; y “La gestión y los recursos humanos como temas de capacitación” fue el tema desarrollado por Estela Cammarota. En tanto el docente Enrique Mariscal estuvo presente con el taller “Laboratorio de Relaciones Interpersonales para Centros y Escuelas de Capacitación Judicial”. También tuvo lugar un panel sobre “El Rol de la capacitación en el perfil del nuevo juez” el que contó con la participación de María del Carmen Battaini, Alberto Iardelevsky, Eduardo Molina Quiroga y Sergio Santiago, siendo moderador en el mismo Guillermo Cosentino. La conferencia de cierre estuvo a cargo de Enrique Mariscal con el tema “Balance y perspectiva. El futuro no es inevitable, es inventable: se construye con lo que hacemos ahora”.

ROMANCE DEL JUEZ BRIBÓN

Señor Alcalde Primero
torcida Justicia hacéis,
no es de buenos juzgadores
ser la parte y ser el Juez.

Para administrar justicia
de verdad y buena fe,
mejor que letraduría
buen linaje hay que tener.

Si el saber es de letrados,
es de Jueces la honradez,
no juzga mejor un sabio
que juzga un hombre de bien.

El letrado finja ciencia,
mas sepa el Juez su deber,
que el talento se simula
pero nunca la honradez.

Si la personal codicia
es vuestra suprema Ley
quebrantáis la magistratura,
sois torcedor de la fe.

Juzgar es ciencia de rectos,
no arte de enriquecer,
que juzgar derechamente,
fin de la justicia es.

Vuestro rigor es venganza,
vuestra clemencia interés...
Vaya el Juez a los estrados
y al mercado el mercader!

Quien tal justicia ejecuta
juzgado debiera ser,
porque en manos de bribones
es peligrosa la ley.”

LUIS CANÉ (BUENOS AIRES, 1897-1957)

Poeta argentino. Notario de profesión; ejerció también el periodismo en el diario “La Prensa” desde enero de 1917 a cargo del suplemento “De la Vida”; en 1936 integra el plantel del diario “Crítica” donde popularizó el “Cancionero porteño”; también colaboró en “Caras y Caretas”. Estudió en la Universidad Nacional de Buenos Aires y egresó en 1929 como Notario. Trabajó en tribunales desde 1931 hasta que se jubiló en 1952. Desarrolló una obra poética en estilo clasicista que recuerda a los autores del barroco español (Lope de Vega, Francisco de Quevedo o Luis de Góngora). En libros como “Romancero del Río de la Plata” (1936), “Cancionero de Buenos Aires” (1937) y “Nuevos romances y cantares de la Colonia” (1938), expresó su amor a la tierra natal. Luis Cané cultivó también el teatro con obras como “Vanidad”, “Un agujero para mirar el cielo” y “La mujer que yo he soñado”. En el año 1997 se realizaron actos y homenajes por los cien años de su natalicio, y se presentó una antología de su obra, editada por la Asociación Literaria de Mercedes (Bs. As.).