

myf

REVISTA DEL COLEGIO
DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

02

MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS

JUSTICIA Y SALUD | JUSTICIA Y MEDIOS | JUSTICIA Y GÉNERO | FUERO LABORAL | SECRETARIOS | CLAVES JUDICIALES

Dossier:
**Dimensión Constitucional
del Poder Judicial Santafesino**
Perspectivas | Estructuras | Dinámica

COLEGIO DE
MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE SANTA FE.

DELEGACIÓN NORTE SANTA FE
(Circunscripción Judicial N° 1)
25 de Mayo, planta baja
Tel. (0342) 458 0035
CP 3000, Ciudad de Santa Fe

DELEGACIÓN SUR ROSARIO
(Circunscripción Judicial N° 2)
Balcarce 1551
Tel. (0341) 440 3081 - 449 2333
CP 2000, Rosario

CONSEJO REGIONAL VENADO TUERTO
(Circunscripción Judicial N° 3)
Saavedra 455
Tel. (03462) 46 1011
CP 2600, Venado Tuerto

CONSEJO REGIONAL VERA - RECONQUISTA
(Circunscripción Judicial N° 4)
Eugenio Alemán 1852
CP 3550, Vera
San Martín 1060
Tel. (03482) 42 5120
CP 3560, Reconquista

CONSEJO REGIONAL RAFAELA
(Circunscripción Judicial N° 5)
Alvear 226
Tel. (03492) 42 4172
CP 2300, Rafaela

Revista del Colegio
de **Magistrados y Funcionarios**
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS

STAFF

Revista del Colegio
de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial
de la Provincia de Santa Fe

Año 2/ N° 2
Septiembre 2012

Editor Responsable

Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

Coordinación General

Dr. Ariel Ariza, Dr. Sebastian Creus

Comisión Editora

Dr. Ariel Ariza
Dr. Sebastián Creus
Dra. Marcela De Luca
Dr. Néstor García
Dr. Iván Kvasina
Dra. Patricia Otegui
Dr. Marcelo Quiroga

Dirección Editorial y Diseño

Arq. Claudia Rivarola + Ave Comunicación
Colaborador:
DCV Cristian Tournier

Correctora

Malena Cirasa

Preimpresión Digital e Impresión

Borsellino Impresos

Redacción y Administración

Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe
Balcarce 1551- 2000 Rosario | Pcia. de Santa Fe.

Registro de propiedad intelectual en trámite.

Prohibida su reproducción parcial o total sin la autorización escrita extendida por el Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe.

Las opiniones de las notas son exclusiva responsabilidad de los autores y no representan necesariamente el pensamiento de la Dirección de la Revista.

El nombre «Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe» y su logotipo, son marca registrada.

*Foto de tapa: Estatua de la Dama de la Justicia
Roemerberg. Frankfurt, Alemania.*

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente

Dr. Daniel A. Rucci

Vicepresidente

Dr. Ariel Carlos Ariza

Secretario

Dr. Roberto Reyes

Prosecretario

Dr. Eduardo Enrique Pastorino

Tesorero

Dr. Roberto Dellamónica

Protesorero

Dr. Marcelo José Molina

Vocales Titulares

Dr. Mario Barucca
Dr. Norberto Nisnevich
Dr. Alfredo Palacios
Dr. Jorge Galbusera
Dr. Mario Ruiz
Dra. Liliana Lauxmann
Dr. Marcelo Nolberto Quiroga
Dra. Myrian Raquel Huljich
Dr. Nelson Martín Fogliato
Dr. Gustavo Alfredo Salvador
Dr. Javier Prado
Dr. Fernando Vidal

Vocales Suplentes

Dra. Sandra Valenti
Dr. Jorge Patrizi
Dra. María Alejandra Feraudo

Dra. Marcela Julia De Luca
Dr. Alfredo Ivaldi Artacho
Dr. Jorge Camilo Baclini

Órgano de Fiscalización

Dr. Julio Rondina (Titular)
Dra. Roxana Mambelli (Titular)
Dra. María José Haquín (Suplente)
Dra. Viviana Cingolani (Suplente)

Consejo Regional Vera - Reconquista

Presidente

Dr. Jorge Fernández.

Vocales

Dra. Silvana Vignatti.
Dr. Nicolás Muse Chemes

Consejo Regional Rafaela

Presidente

Dr. Ellido Ercole

Vocales

Dr. Javier Bottero
Dr. Fernando Gentile Bersano

Consejo Regional Venado Tuerto - Melincué

Rufino - Firmat

Presidente

Dr. Fernando Vidal

Vocales

Dr. Jorge Meseri
Dr. Jorge Pozzi

SUMARIO

EDITORIAL

- 06 Dr. Daniel Rucci** | *Relación justicia y sociedad. El juez nuevo que necesitamos para mejorarla.*
10 Dr. Ariel Ariza | *La Revista, por dentro (¿y por afuera?)*

NOTICIAS DEL COLEGIO

Dra. Marcela De Luca

- 17** • *La remuneración de los miembros del Poder Judicial Santafesino.*
18 • *El rubro «especialidad» en el sistema de puntajes del Consejo de la Magistratura.*
20 • *Asamblea | La nueva legislación procesal de Menores.*
21 • *Participación en la reforma del Proceso Penal*
22 • *Cultura: hacia el desarrollo integral del funcionario.*
23 • *Salud en el tribunal.*
24 • *Los ataques a los jueces como afrentas a la Constitución.*
25 • *Concurso fotográfico.*
29 • *La actividad académica.*
30 Dr. Marcelo Quiroga | *Instituto de Derecho Privado.*
31 Dra. Roxana Mambelli | *Instituto de Derecho Laboral.*
• *Instituto del Secretariado.*
32 Dra. Myrian Huljich | *El secretario como pilar fundamental de la tarea jurisdiccional.*
Experiencias de los Jueces Becarios en España:
34 Dr. José Luis Suárez | *Viaje a Castilla La Mancha*
36 Dr. Gustavo Alberto Burgio | *Mi Experiencia como Juez Laboral en el Aula Iberoamericana de la Escuela Judicial Española.*
38 Dr. Marcelo Ramón Bergia | *Viaje a España.*
41 • *La subcomisión de Ayuda Solidaria como embajadora social.*
42 • *Recordatoria: Dr. Basso*
43 • *Colofón.*

JUSTICIA Y SALUD

- 44 Dr. Marcelo Quiroga** | *Noticias sobre la procreación asistida.*
52 Dra. Roxana Mambelli | *¿Quién protege al Fuero Laboral de los riesgos del Trabajo? (a propósito de la L.R.T.)*
60 Dr. Marcelo Molina | *La nueva ley de salud mental.*

JUSTICIA Y MEDIOS

- 78 Dr. Néstor García** | *Análisis de una relación necesaria.*
88 Dr. Duilio M. Francisco Hail | *El Poder Judicial y los medios de comunicación.*
92 Dr. Luis Novaresio | *El Pueblo quiere saber.*
96 Dr. Pablo Cribioli | *Breve reflexión de Justicia y Prensa.*
98 *Sitios y portales de información judicial*

JUSTICIA Y GÉNERO

- 100 Dra. María Angélica Gastaldi** | *De las Cuestiones de Género.*
108 Dra. Susana María Victoria Perkins | *Trabajo y Género.*
120 Dr. Carlos A. Toselli | *El art. 248 de la LCT y su compleja interpretación y aplicación.*
130 Dra. Ana Alicia Galletto | *Análisis de las resoluciones judiciales desde una perspectiva de género.*
142 Dra. Cristina A. Rubiolo | *Trata de personas: una cuestión de género.*
160 Dra. Clelia Carina Gómez | *El Proceso de Violencia Familiar en Nuestra Provincia.*

POR LOS FUEROS

- 168 Dr. Eduardo J. A. Pagnacco, Dra. Adriana I. Munini** | *Sobre la Justicia de las pequeñas causas.*

DOSSIER: «Dimensión Constitucional del Poder Judicial Santafesino»

PERSPECTIVAS

- 180** **Dra. Lucía María Aseff** | *Sobre el Neoconstitucionalismo.*
- 194** **Dr. Mario Chaumet** | *Constitucionalización del Derecho. Necesidad de asumir un cambio de paradigma para la adjudicación judicial.*
- 218** **Dr. Jorge W. Peyrano** | *Importancia de la consolidación del concepto de la tutela judicial efectiva en el ámbito del juicio civil y análisis de su contenido.*

ESTRUCTURAS

- 228** **Dra. María del Carmen Álvarez** | *Consejo de la Magistratura de la Provincia de Santa Fe. Evolución de su funcionamiento y trayectoria.*
- 234** **Dr. Oscar Raúl Puccinelli** | *La selección de los jueces en Iberoamérica con especial referencia a las regulaciones argentinas.*
- 300** **Dr. Néstor Pedro Sagüés** | *Dimensión Constitucional del Consejo de la Magistratura.*
- 308** **Dra. María Mercedes Serra** | *El sistema de control de constitucionalidad en Argentina. Reflexiones sobre una alternativa de cambio.*
- 318** **Dr. Guillermo Camporini** | *Una eventual reforma de la Constitución Provincial y el Ministerio Público.*
- 324** **Dr. Rubén Weder, Dr. Leonardo Deb** | *La competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia frente a una futura reforma constitucional.*

DINÁMICA

- 332** **Dr. Iván Kvasina** | *Independencia del Poder Judicial y enjuiciamiento de magistrados en el sistema santafesino.*
- 342** **Dr. Maximiliano Toricelli** | *El juez en el sistema republicano.*
- 356** **Dr. Fabián Trovatto** | *Desafuero y responsabilidad civil de los magistrados judiciales en la Provincia de Santa Fe.*
- 364** **Dr. Rodolfo Luis Vigo** | *Preguntas, objeciones, riesgos y justificación de la ética judicial.*

CLAVES JUDICIALES

- 382** **Dra. Noemí Nicolau** | *El Derecho y la ley. Conferencia en el ciclo «La Argentina de hoy y la Argentina predecible»*
- 388** **Dr. Carlos María Corbo** | *Pasivo de la sociedad conyugal y deudas de los cónyuges en el derecho comparado y derecho argentino.*
- 414** **Dra. Cristina N. Herrera** | *El Fiscal de la transición.*
- 426** **Dr. Hernán Fernando Postma** | *Analogía y Derecho Penal.*
- 436** **Dra. Valeria Viviana Vittori** | *Volviendo a los principios. Celeridad y eficacia en la Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes.*

SECRETARIOS

- 452** **Dra. Liliana Carmen Reynoso, Dra. María Belén Baclini** | *Algunas reflexiones sobre el Art. 25 CPC.*
- 456** **Dra. María Silvia Beduino, Dra. Sabrina Campbell** | *La función del Secretario en el acto de la subasta pública.*
- 460** **Dra. Agustina Filippini** | *Breve comentario acerca de la improcedencia de la acción de división de condominio entre los coherederos.*
- 462** **Dr. Hernán Carlos Gutiérrez, Dra. María Fabiana Genesio** | *Impuesto de sellos. Tasa de Actuación y Proporcional de Justicia: Base Imponible para inscribir la declaratoria de herederos.*
- 468** **Dra. Myrian Huljich, Dr. Ricardo Lavaca** | *Organización y Gestión Judicial en Fuero Civil.*
- 472** **Dra. María Laura Martínez** | *Los socios vitalicios.*
- 476** **Dra. María Gabriela Román, Dra. Mariela Verónica Oliva** | *La función básica del secretario. Antecedentes históricos.*

483 NOMBRAMIENTOS



DR. DANIEL A. RUCCI

Presidente del Colegio
de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

Relación Justicia
y Sociedad.
El Juez nuevo
que necesitamos
para mejorarla.

Debo admitir que me costó mucho elegir cuál sería el tema de esta nota y por fin decidí que su contenido estuviera dirigido especialmente a mis colegas, compañeros de ruta, con los que ya llevo transitando más de cuatro décadas y media, el difícil camino de conseguir y consolidar una Justicia mejor. Pero además porque a esta entrega la he tomado como una despedida anticipada en mi condición de dirigente activo de este querido y prestigioso Colegio de Magistrado y Funcionarios, al que seguramente no habré de abandonar, porque sin dudas desde algún sitio no tan representativo estaré colaborando y apoyando para el engrandecimiento y respeto que merece, y es por ello que aprovecho la oportunidad para dejarles mi humilde parecer sobre este tema que es una preocupación permanente de todos nosotros los operadores del sistema.

Voy a comenzar el contenido de mis reflexiones partiendo de la imagen extremadamente crítica y negativa que se ha instalado en la sociedad respecto del desempeño de los jueces, aunque quienes así opinan, no conocen ni comprendan claramente la compleja y comprometida tarea que realizamos. Pero paradójicamente también habrá que re-

conocer que es ella misma (la sociedad) la que se encarga, en los hechos, de revertirla, porque cada vez más, quienes la componen, acuden a los estrados judiciales para resolver sus conflictos.

A pesar de este virtual reconocimiento es también imprescindible hacer un esfuerzo de nuestra parte para mejorar la calidad de la justicia que impartimos y es precisamente éste reclamo el motivo principal que me animó a escribir esta nota, porque estoy plenamente convencido que asumiendo éste compromiso las distancias habrán de acortarse significativamente.

Siempre me he preguntado el por qué de esta dicotomía y siempre también encuentro la misma respuesta, que no cabe duda alguna de que el Poder Judicial sigue siendo la institución más segura del Estado y el reaseguro último del ciudadano para que le sean reconocidos sus derechos. Es precisamente por esta razón que debemos poner todas las energías que sean necesarias para que ésta nuestra institución Justicia, no se vea avasallada por los enfoques sesgados que no dimensionan la importancia y significación que ella tiene para el tejido social. Esto dicho para todos aquellos que

con absoluta liviandad opinan despiadadamente sobre la Justicia y de quienes la imparten, con prejuicios y preconceptos que no se compadecen con la realidad.

Perdónenme la expresión un tanto vulgar pero se me ocurre sumamente ajustada para describir la situación **«sin saber de que se trata»**. Estos opinólogos, vengan de donde vengan, deberían ser un poco más modestos y cautos e informarse seriamente antes de lanzar sus aseveraciones porque de ese modo lo único que consiguen es debilitarla sin darse cuenta de que es el reaseguro último que tienen los ciudadanos para hacer valer sus derechos y a la vez comprender que con opiniones infundadas muchísimo daño hacen a la institución justicia y consecuentemente a la ciudadanía en general, que la necesita sólida y creíble porque presta, es un servicio imprescindible, más allá de quienes ocasionalmente la componemos.

Pero a pesar de ello no podemos dejar de reconocer que la realidad marca que incuestionablemente la relación sociedad-jueces no es ideal y en forma permanente somos blancos de críticas y severos cuestionamiento acerca de nuestro desempeño. Sabemos y lo hemos dicho

Editorial

Relación Justicia y Sociedad.

El Juez nuevo que necesitamos para mejorarla

muchas veces de las dificultades con que encaramos nuestra diaria tarea por la falta de recursos (humanos y técnicos), por el incremento de la litigiosidad, la judicialización de conflictos ajenos a nuestra competencia (que no van acompañados de los medios que son imprescindible para atenderla) y también por el difícil rol de juzgar que nos toca interpretar que concluye con un triunfador y un derrotado o lo que es lo mismo, con un contento y un descontento que no siempre acepta pacíficamente las decisiones y produce manifestaciones de desagrado que deterioran la imagen del Juez. Juez, que tiene que absorber silenciosamente reproches despiadados sin fundamentos y carentes de conocimientos jurídicos que en lugar de aclarar logran formar una opinión distorsionada colaborando abiertamente en el agravamiento de la deteriorada relación.

Es cierto que el sistema judicial no se modernizó en la medida que exigían los tiempos, ni adecuó aún sus estructuras organizacionales y sus procedimientos a las nuevas realidades. El creciente aumento de la litigiosidad y la judicialización de numerosas cuestiones pusieron en evidencia la ineficacia del sistema para dar una respuesta oportuna y justa

al universo creciente de conflictos. Aunque el diagnóstico básico de lo que debe cambiarse y la visualización de las alternativas superadoras existen, falta aún la decisión política para plasmarlo en los hechos. Lo concreto es que la sociedad, el hombre común, percibe que el sistema judicial no lo contiene como pretende porque es caro, de difícil acceso, y que la respuesta que se proporciona muchas veces no le llega en un plazo razonable y es por ello que muchas veces agrava el conflicto en vez de solucionarlo.

Todos sabemos que éste cambio político que imprescindiblemente debe asumirse no está a nuestro alcance concretarlo ya que es a otros a quienes les corresponde pero sin embargo nosotros también tenemos que asumir un cambio personal frente a la importantísima función que desempeñamos y es una obligación irrenunciable mejorar diariamente nuestra tarea.

Por eso más allá de nuestras válidas excusas creo que por los tiempos que corren el desafío de la hora pasa insoslayablemente por recuperar nuestra credibilidad de cara a la sociedad. Se que no es un emprendimiento sencillo pero si se también que es impostergable asumirlo decididamente hasta revertir tal estado

de situación. Todo cambio a producir lleva implícito como primera medida una buena dosis de autocrítica de nosotros mismos.

Resulta ineludible contraer un compromiso serio con la eficacia de nuestra tarea, con la renovación y actualización de nuestro conocimiento en un estado de permanente capacitación para que además de eficaces seamos solventes en nuestras decisiones, intentar en forma resuelta corregir la morosidad judicial que tanto daño hace a los justiciables como a nosotros mismos, poniendo para lograr tal superación mayor dedicación y empeño en el trabajo cotidiano.

La responsabilidad de la hora entonces es alcanzar el modelo de Juez que reclama el Estado Constitucional de Derecho, un Juez garantizador de los derechos fundamentales, en condiciones de dar una respuesta jurisdiccional en tiempo propio debidamente fundada en la ley y en la Constitución con absoluto respeto del debido proceso. Todo esto se logra, estoy absolutamente convencido de ello, a través de la renovación de aquellos principios vocacionales que alguna vez sirvieron para que nos decidiéramos a abrazar esta noble y compleja función de juzgar.

Es por ello que a muy corto plazo el objetivo debe ser inexorablemente el de perfilar no solamente un Juez independiente que descuento jamás será moneda de cambio sino también, lo que yo he dado en llamar un **Juez Nuevo** más comprometido con su quehacer, más humano, más abierto al reclamante, más responsable, más sólido intelectualmente en definitiva el **Buen Juez** que la sociedad reclama.

Estoy totalmente convencido que éste es el reto personal que debemos asumir más allá de los reclamos que podamos hacer para la necesaria modernización del Poder Judicial. Es que nosotros también necesitamos modernizarnos.

La misión de «afianzar la Justicia» le ha sido encomendada por la Constitución al Poder Judicial y la justicia por afianzar es aquella que es presupuesto de nuestro Estado de Derecho, democrático y humanista y para cumplir con ese mandato tiene el deber de obrar como controlador de toda la actuación del Estado a los efectos de corregir los desbordes institucionales y rectificar si fuere necesario, el rumbo de la comunidad y para semejante tarea debemos estar suficientemente preparados. Para cumplir con ese rol no es suficiente con procurar una

justicia meramente formal «sumisa a la letra de la ley» sino que es necesario e imprescindible confrontar permanentemente la compatibilidad de la norma con la ideología constitucional. Ese es nuestro verdadero desafío.

De este modo es imperioso que cada uno de nosotros logre conseguir a través de su diario desempeño el equilibrio necesario e imprescindible entre la eficiencia y las garantías, tratando de encontrar la síntesis de las dos fuerzas que no es nada más ni nada menos que el acabado ejercicio del Estado Constitucional de Derecho que tanto costó conseguir en nuestro país y por encima de cualquier circunstancia debemos mantener a ultranza. Y, esto no se consigue de otro modo que mediante el fortalecimiento de los poderes del Estado, en especial el que todos nosotros representamos, y al que le toca la difícil tarea de controlar a los otros.

Por ello para poder cumplir tan difícil cometido necesitamos jueces guardianes de la ley, fundamentalmente no politizados ni en mora. Jueces a los que no les falte coraje para decidir con libertad e independencia y para ello es necesario estar preparado.

Es por todo ello que nuestro Colegio de Magistrados y Funcionarios se encuentra empeñado en fortalecer de todas las maneras posibles a quienes le toca la comprometida y difícil tarea de juzgar. Y así se encuentra comprometido a posibilitar y fomentar todo tipo de actividades de capacitación, elaboración de proyectos de mejoramiento del servicio de justicia, en celebrar convenios con distintas entidades con la finalidad fortalecer vínculos y acrecentar el acercamiento con distintos sectores para la difusión del quehacer judicial, desarrollando encuentros con comunicadores sociales de modo de instruir a los mismos sobre elementales conocimientos jurídicos para mejorar el modo de transmitir las decisiones judiciales y transparentar nuestro actos.

Estoy absolutamente convencidos que con esos aportes, que ha decidido efectuar nuestra institución, permitiremos que los colegiados se vean más respaldados y decididos a producir el cambio que se necesita para revertir una imagen que no nos gusta, que no deseamos ni buscamos. Pero insisto, la respuesta está en nosotros, que en definitiva seremos los verdaderos y únicos artífices de la transformación que necesitamos. Hasta siempre ■



DR. ARIEL ARIZA

Vicepresidente del Colegio
de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia
de Santa Fe

La Revista, por dentro (¿y por fuera?)

Formas de ver las cosas

Del primer número -de la segunda época- de nuestra Revista nos quedó una gratificante sensación de haber dado ese primer paso que confirma que el trayecto ha comenzado. Miramos hacia atrás y no podemos olvidar la ansiedad mantenida hasta encontrarnos con el primer número ya impreso y ese recuerdo nos remite a otros anteriores en los que el desafío de la Revista se balanceaba entre nuestra determinación de armarla y las dudas que surgían sobre su logro.

Este estado de cosas cambió perceptiblemente cuando nos convocamos para trabajar en el segundo número. Cuesta definir en palabras lo que constituye trabajar en base a una experiencia ya adquirida pero esa idea es la que explica por qué muchas cuestiones de la Revista pasaron a tener una forma o alternativa previa que ahora nos servía de comparación. Organizar las secciones, revisar su diseño, convocar a los colaboradores son tareas que forman parte ya de un modo de realizar el proyecto. Esta sensación de haberlo hecho anteriormente cambió

la mirada de la organización del número de un año al otro.

La materialidad de un ejemplar editado nos ubica a todos también en la perspectiva de estar ante una segunda época «real» y no sólo imaginada como aspiración. Tenemos ese espacio de opinión e intercambio que queríamos recuperar y ahora el empeño se transforma en la obligación de mantenerlo y hacerlo crecer. Sustener un proyecto comunicacional como éste no es tarea sencilla para una institución como la nuestra. Tanto las urgencias presupuestarias que signaron el comienzo de 2012 hasta el sacrificio extra que supone para quienes colaboren desde cada lugar en la Revista, plantean siempre esfuerzos adicionales a las tareas habituales. Seguimos pensando que estos costos valen la pena.

Lineamientos del segundo número

En este segundo número de nuestra Revista vemos retratadas numerosas secuencias de la vida institucional del Colegio. La actividad de nuestra asociación se expande en numerosos actos y

Editorial

La Revista, por dentro (¿y por fuera?)

encuentros culturales y académicos que el Colegio organiza a partir del interés y la participación de sus integrantes. Esas páginas de las *Noticias del Colegio* nos sorprenden al posibilitarnos ver qué activa y fructífera es la tarea que en conjunto se desarrolla.

En esta oportunidad se mantienen secciones de la Revista con las que inauguramos el primer número, lo que permite sostener la mirada sobre ciertos temas en el tiempo. Es el caso de la sección *Justicia y Medios* que constituye un ámbito de permanente interés y de constantes reclamos hacia la estructura judicial. En esta sección, además de la mirada propiamente judicial, contamos con el aporte de periodistas a quienes invitamos a brindar su mirada sobre las implicancias informativas que tiene desde su punto de vista la cobertura de la noticia judicial. En la sección *Justicia y Salud* vuelven a verse reflejados aspectos determinantes para la sociedad que se trasladan al ámbito judicial como lo son la cobertura de tratamientos de fertilización asistida y las diversas cuestiones sobre salud mental.

Quizá sea en esta ocasión *Por los Fueros* la sección que invite con mayor fuerza a interrogarse si, fatídicamente, la relación

entre norma y realidad tiene que ser recurrentemente de divorcio o disociación. Ocurre que en esta sección se incluye un análisis detenido sobre la puesta en vigencia de la Justicia Comunitaria de Pequeñas Causas. En ocasión de realizarse en el ámbito de nuestro Colegio el Primer Encuentro de la Justicia Comunitaria de Pequeñas Causas, a fines de 2011, señalamos que la creación de cauces procesales tendientes a canalizar este tipo de problemas para la ciudadanía había sido desde hace años un objetivo compartido por nuestra institución. Mencionamos allí las «Jornadas Institucionales» del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, sobre «Los juzgados de pequeñas causas», realizada en Rosario el 5 de mayo de 2000. Sin embargo, la forma en que se ha puesto en funcionamiento este sistema resulta sorprendente dado que no se han asignado recursos mínimos para hacer efectiva la transformación de la anterior estructura. Hasta hoy la Justicia Comunitaria de Pequeñas Causas no es otra que la misma existente durante años con la denominación de Jueces Comunales –y en Rosario y Santa Fe, Jueces de Circuito– pero con nuevo nombre.

Se estimó impostergable consagrar un espacio de la Revista para la considera-

ción de la perspectiva de género desde los diferentes aspectos a que da lugar su tratamiento. De allí que la sección *Justicia y Género* viene a proporcionarnos un ámbito de trabajo que suponemos que irá acrecentando los enfoques sobre los problemas que en este campo, en consonancia con el lugar que ha ganado esta mirada desde las políticas de capacitación señaladas por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación. La Revista no hace más que dar cabida y reflejar una parte de esa intensa tarea que vienen desplegando desde el campo teórico y desde la praxis de la capacitación, numerosas magistradas y funcionarias que cuentan con formación especializada en la materia.

La existencia de un *Dossier* en la Revista fue concebida -desde el primer número- con el objetivo de profundizar el análisis sobre temas que hacen directamente a la labor jurisdiccional en sus diferentes facetas. La Dimensión constitucional del Poder Judicial constituye una referencia que nos concierne a todos quienes cumplimos tareas en este ámbito. Tanto porque la Constitución vigente establece límites y garantías que es necesario recordar o reexaminar cuanto porque es igualmente imprescindible reforzar y actualizar la consideración de todos

aquellos temas que conciernen al estatuto constitucional del Juez, la dimensión constitucional de nuestra labor es un área de insoslayable tratamiento. Fueron invitados a participar distintos especialistas que integran el Poder Judicial y otros que desarrollan tareas académicas en este ámbito. Somos conscientes que este campo no puede considerarse nunca agotado, por ello esperamos las opiniones de todos para dar lugar un rico debate.

Mantenemos -ratificada en el comprobado interés en participar, producir y opinar-, una sección específica para considerar los puntos de vista de los Secretarios que contiene novedades y desarrollos específicos de esta función. En *Claves Judiciales* se agrupan aportes de distintas especialidades que vienen a complementar una oferta de lectura que seguramente abrirá el conocimiento de otras temáticas para los asociados.

Relatos de la implementación

No todo lo que concierne directamente al Colegio tiene su correlato en el contenido de la Revista. Hay sugerentes silencios que parece interesante mencionar. En el número 1 de nuestra Revista el Dossier estuvo enteramente dedicado a las

implicancias del nuevo sistema de juzgamiento penal. Así lo explicaba la instancia de cambio histórico que nuestra Provincia comenzó a transitar a partir de los nuevos postulados vigentes en el Código Procesal Penal. Sin embargo, generó en mí alguna inquietud, combinada con curiosidad, que en este segundo número no existieran aportes que hayan afrontado en particular la suerte que está corriendo la implementación del sistema pese a que en la vida diaria tribunalicia pocos temas aquejan tanto como éste a los integrantes del fuero.

¿No hay nada que decir luego de aquellos primeros análisis? Al contrario. El año 2012 vio llenarse de presagios el vasto panorama sobre la implementación y lo raro es cómo esos presagios empezaron a mostrarse contradictorios, disímiles y hasta exagerados. Los relatos de la implementación comenzaron a combinarse, a metamorfosearse.

Conviene recordar que las primeras descripciones oficiales -allá por 2010 y 2011- sobre la implementación del nuevo sistema fueron presentadas a través de verdaderos panegíricos en los que no sólo sobresalía el autoensalzamiento del modo de gestionar la puesta en funcionamiento del nuevo sistema sino también la exhibi-

Editorial

La Revista, por dentro (¿y por fuera?)

ción de una actitud –declarada a los cuatro vientos- de llevar unilateralmente adelante los cambios. Una sorda competencia entre la desconfianza a los demás actores y el convencimiento de monopolizar las destrezas y conocimientos necesarios para lograr el objetivo pueden haber sido las fuerzas en que se apuntocaba dicho unilateralismo. Verdaderos «elogios de la jactancia» fueron los formatos discursivos imperantes en los primeros pasos de la implementación.

Siempre nos pareció que esta idea de llevar adelante la implementación prescindiendo de una estrategia para hacer partícipes del cambio a los distintos operadores interesados no era la mejor alternativa y en cierto modo se parecía al quijotesco intento de querer derribar puertas que estaban abiertas. Por ello, la puesta en funcionamiento de la Mesa de Diálogo Permanente para la Reforma Procesal Penal fue una instancia que reconoció una modificación en dicho proceso y que gradualmente fue dando lugar a un intercambio de puntos de vista más o menos escuchados, más o menos sinceros.

Los relatos de la implementación reconocen, tras pasado ya más de la mitad de 2012, miradas no coincidentes. Tienen en común el hecho de no parecerse en

sus estilos. La mirada del Poder Ejecutivo, la del Servicio Público de Defensa Penal, la de Ministerio de la Acusación, la de los demás partícipes en la Mesa de Diálogo. Sin embargo, a veces la realidad es fuente de sensatez. Ocasionalmente. Los golpes que la realidad suministra llevan a que las diferencias tengan -a pesar de todo- algunos núcleos comunes entre opiniones del Servicio Público de la Defensa, del Ministerio de la Acusación y del sector Magistrados y Funcionarios.

Cabe eludir la tentación de apelar a italianismos simplificantes que podrían connotar el proceso con expresiones tales como «implementación *en ralenti*», «implementación a la *dolce far niente*» u otras parecidas. Ello no sería justo con el compromiso evidenciado por varios de los actores en juego. Más allá de las aspiraciones, parece ser un valor entendido hoy que el proceso merece prontos y cruciales redireccionamientos. Los relatos de la implementación disputan nuevos formatos y estilos pero habrá que ver cómo se administra el uso de la palabra. ¿Es factible que a las parciales narraciones anteriores se sume en el futuro inmediato el fragor de los spots publicitarios electorales?

Nos agradecería que cierta sensación de desconcierto actual en el proceso se su-

pere acudiendo a un relato de la implementación pronunciado en primera persona del plural. Ese camino dejaría atrás, definitivamente, la posibilidad de que el relato se transforme en un jeroglífico.

Objetivos por encima de los devaneos

La marcha del año deja en nuestra agenda una serie de importantes objetivos que hacen al interés del Colegio y que conciernen directamente a la política judicial. Creímos en la posibilidad seria de mantener un diálogo sostenido y maduro con el Ejecutivo provincial sobre las cuestiones de nuestra área pero, en los primeros meses de 2012, la decepción caminó sonriendo detrás de esas primeras impresiones. No ahorraremos esfuerzos para que esas metas que siempre presidieron nuestra acción sean alcanzadas, esperando que en estos meses se puedan lograr avances en la normalización del Consejo de la Magistratura, regularización en la fecha de pagos de los haberes, provisión de mayor estructura en aquellos fueros que están atravesando una inculcable crisis de jueces y funcionarios, entre otros. Digamos, al pasar, que deberíamos remontarnos décadas en el pasado para encontrar algún pe-

río de tantas demoras en los pagos de haberes al sector judicial, persistente durante tantos meses y sin avizorarse su fecha de superación.

También aspiramos a que el Colegio todo pueda trabajar en forma conjunta en el tercer número de la Revista recogiendo los aportes de las cinco circunscripciones de la Provincia. Es nuestro deseo que el espacio de la Revista continúe creciendo. Es seguro que en lo que queda de 2012 y 2013 se esperen acontecimientos de fuerte repercusión en la vida judicial entre los que cabe mencionar la discusión del Proyecto de Código Civil y Comercial. Una instancia de cambio histórico en la legislación del Derecho Privado que puede constituirse en una modificación trascendente para los operadores judiciales. Asumiremos desde aquí todas aquellas inquietudes relacionadas con esta discusión que sirvan para brindar herramientas de análisis y de trabajo en caso de que el Congreso Nacional sancione el nuevo Código.

Expreso nuestro agradecimiento a los autores de trabajos y aportes en esta Revista, quienes haciendo propios los objetivos mencionados, vienen a dar cuerpo y materia a esta publicación. También menciono en forma expresa a los inte-

grantes del Comité Editorial que con un trabajo incansable y sostenido vienen cumpliendo anualmente los objetivos que hacen posible que lleguemos a esta nueva etapa. La cordialidad, el buen humor, el talento creativo, el compromiso indeclinable con la función judicial son algunos de los rasgos de esas personas que vemos enumeradas en el listado de nombres y apellidos bajo el título Comité Editorial. Siempre, desde su origen, el diseño de la Revista sigue siendo el matiz distintivo de esta propuesta en el universo de publicaciones de que forma parte. La exploración de caminos para el diseño la hacemos guiados por la mirada sutil de Claudia Rivarola.

Desde luego, lector, pertenezcas a nuestro Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Santa Fe, a algún Poder Judicial de otra Provincia o Nación; a cualquiera de las diversos roles que la abogacía allega para encauzar la preocupación ciudadana, es a partir de tu silenciosa compañía que nos justificamos, es con tu lectura crítica, más allá del tiempo presente en que se escriben estas líneas, que logramos formar parte de la misma empresa común. Gracias por estar ahí ■

Noticias del Colegio

El Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Santa Fe, Delegación Sur, en el transcurso del año pasado y del que va en curso, realizó una actividad intensa y prolífera en diversos temas que incumben e interesan directamente a los asociados nucleados por esta entidad, con el propósito de representar y defender tesoneramente sus derechos y su persona, considerándolos íntegramente en su múltiple calidad de trabajadores y personas proyectándose hacia las distintas facetas sociales, culturales, recreativas, y académicas.

Precisamente por la variedad de las líneas de acción emprendidas es que su abordaje lo efectuamos separadamente, en el afán de que cada una vea resaltada su esencia y la importancia singular pueda ser aprehendida y asumida como propia.

La trascendencia de su tratamiento, que implicó un permanente desvelo en todos los integrantes del Consejo Directivo para dar una respuesta satisfactoria a tan dignas y loables metas, ha llevado a que el Colegio de Magistrados ponga el mayor énfasis en cada una de las actividades que, desde siempre, tuvieron por finalidad proteger al asociado y brindarle un espacio de apertura para que el ejercicio de la función sea mucho más que

un trabajo: sea una filosofía de vida, expandiéndose a la familia y a la sociedad.

Por eso repasaremos brevemente los distintos hitos que han marcado este período, dando cuenta de cada una de las labores y destacando las que vendrán. Es nuestro interés que cada asociado tenga conocimiento de la energía y los esfuerzos que se aúnan diariamente para que pueda contribuir si lo desea, proponiendo nuevas instancias o incorporándose a las ya en marcha.

Las palabras que siguen, por tanto, atraviesan un año y medio de gestión ante los otros poderes en pos de la protección del estatuto constitucional del magistrado, con directa incidencia en el carácter alimentario de su retribución, el proceso de selección de una de las más digna de la investiduras republicanas, el impacto en la sociedad, la unión a través de la recreación y el deporte, el enriquecimiento personal a través del conocimiento del patrimonio cultural de nuestro país.

Seguramente en este recuento el lector podrá avizorar y rememorar cada uno de los ya tradicionales boletines que periódicamente llegan a su despacho, trayendo al presente todo el pasado, proyectándose hacia el futuro. Esperamos sea de su provecho.

La remuneración de los miembros del Poder Judicial Santafesino

A comienzos del año que corre los integrantes del Poder Judicial fuimos sorprendidos por la modificación intempestiva del cronograma del pago de haberes resultando un depósito tardío del sueldo del mes de diciembre.

Esta situación, sin precedentes en el último decenio, generó indisposición e inconvenientes varios en los integrantes del Poder Judicial, provocando que el 4 de enero pasado el Sindicato de Trabajadores Judiciales y el Colegio de Magistrados y Funcionarios, conjuntamente en cumplimiento de su finalidad de protección y defensa y a través de sus representantes, presentaron una nota al Sr. Gobernador de la provincia a fines de hacer conocer la situación que transitaban los trabajadores judiciales y demandando la no producción en el futuro.

Lamentablemente a la fecha la mora en el pago de haberes continúa. En agravamiento del estado de cosas, se escisionaron las fechas de cobro de sueldo de magistrados y funcionarios de la

de empleados administrativos, produciendo una diferenciación en el estatuto del trabajador judicial que antes nunca se había experimentado.

Se celebraron reuniones con los representantes de los deferentes actores, explicando quienes integran el Poder Ejecutivo que la situación de desfinanciamiento de la provincia les ocasionaba una dificultad insuperable prometiendo siempre la pronta regularización. Ante ello, este Colegio siempre destacó el carácter alimentario de la prestación, que no se justifica -antes bien, se lesiona- por el carácter del trabajador del Estado en la función pública jurisdiccional.

Ante la persistencia en el incumplimiento, en el trance de esta ardua e incesante lucha, se suscribió el pasado 3 de mayo del corriente año una nota dirigida a la Sra. Presidenta de la Corte Suprema de Justicia, Dra. María Angélica Gastaldi, a fin de que en su posición de representante del máximo órgano del Poder Judicial exija al Sr. Gobernador la composición en

tiempo y forma del haber mensual de los colegiados, que arrastra al incumplimiento propio de todas las obligaciones fiscales, comerciales y personales. La contundencia del pedido fue tan enfática gracias a la suscripción por una cantidad innumerable de magistrados y funcionarios de todos los fueros, y esta espontánea manifestación de unión fue debidamente receptada por el Alto Cuerpo emitiendo un pronunciamiento en Acuerdo por la cuestión salarial. El pronunciamiento se suma a la serie de peticiones que el Alto Cuerpo dirigió al Sr. Gobernador en fechas 2/1/2012 y 14/2/2012.

No puede este Colegio dejar de considerar que el bienestar de las arcas de la Provincia depende de todos y que ante situaciones «peculiares» -como el propio Sr. Gobernador ha destacado- es exigido de los santafesinos un esfuerzo mayor. Pero la medida de la colaboración, que como miembros del Estado hemos exhibido a dar, en modo alguno diluye la seria preocupación que se mantiene

vigente, más allá de la promesa de regularización definitiva que el Sr. Gobernador anunciara para el mes de julio, por cuyo cumplimiento insistimos.

En tal sentido, esta institución hace suyos las palabras de la Corte Suprema de Justicia en el pronunciamiento aludido, y hace saber a sus afiliados y a todos los integrantes de los tres poderes, así como a la sociedad toda, que permanecerá en estado de alerta para defender el principio de legalidad, cuya primera manifestación es el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones asumidas, máxime cuando se corresponden por ley y no existe un acto legislativo posterior que permita su diferimiento dentro de los estándares constitucionales.

El Colegio de Magistrados quiere hacer saber a sus miembros que articulará todas las medidas necesarias, ante los órganos que correspondan, para hacer cesar el estado de mora que impera por parte del Poder Ejecutivo ■

El rubro «especialidad» en el marco del sistema de puntajes para el reglamento del Consejo de la Magistratura

Desde septiembre del año pasado se mantuvieron reuniones con los representantes del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos fines de consensuar, entre otros temas de suma importancia, un reglamento para el Consejo de la Magistratura que en materia de puntajes respete la carrera judicial; la experiencia de los postulantes en el Poder Judicial y la elección vocacional sustentada a lo largo del tiempo.

Estas conversaciones parecían conducir a buen puerto en tanto que se estaba casi en la certeza de solucionar la situación de los Secretarios que habían quedado en una inexplicable situación de desfavorecimiento a partir de la infausta resolución N° 260/2010. Sin embargo el curso de los acontecimientos viró de modo imprevisto. A través de las noticias que fueron llegando a nuestro ámbito se cono-

ció la intención del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de dar solución al reclamo por puntajes de los Secretarios pero abriendo paso a un nuevo conflicto ahora con el pontaje por especialidad de los magistrados. No terminábamos de asimilar la sorpresa dado que la cuestión del puntaje por especialidad de los magistrados no formó parte ni de la convocatoria a las reuniones ni del contenido de las conversaciones mantenidas.

En este marco, el pasado jueves 10 de mayo del corriente en una reunión mantenida con el Sr. Ministro de la Cartera y el Sr. Gobernador, se había prometido por parte de los representantes del Poder Ejecutivo la revisión de los criterios objetivos que, entendía -y entiende- este Colegio, lesionaban a los aspirantes que se encontraban desempeñando

ya funciones en el Tribunal, ora como jueces subrogantes, ora como titulares.

Más allá de la promesa de revisión, que este colegio quiere creer todavía presente, al día siguiente de la reunión se publicó en el Boletín Oficial la Resolución N° 145 del Ministerio en la que se aprueba el Anexo II de Antecedentes para el Consejo de la Magistratura (en adelante, «el Anexo») que establece precisamente lo que en las reuniones con los representantes del Ejecutivo se había consensuado, de su parte, revisar: una tabla de puntajes objetivos que aumenta, indirectamente, los coeficientes para quienes no se encuentran trabajando en el Poder Judicial sin un aumento proporcional en estas categorías para los magistrados judiciales.

En otras palabras, se obtiene el mismo puntaje para un cargo de juez si en vez de encontrarse desempeñando tal función como subrogante o titular se ejerce la profesión liberal o como empleado de otro poder del estado, sin atención a la particular cuestión de estar ejerciendo en los hechos el cargo para el cual se concursa, con la especialización que implica el examen habitual y cotidiano de todos los avatares del rol de juez.

La situación puede calcularse y predicarse sobre numerosos ejemplos que, en honor a la brevedad, ya han sido descriptos en el recurso que el Colegio en representación y defensa de todos sus asociados interpuso en los términos de los Arts. 42 y 47 del decreto 10204/58, de «Reglamentación para el trámite de actuaciones administrativas». Dicho remedio de revocatoria y

apelación en subsidio, además de presentar otras situaciones de levedad, fundamenta centralmente la petición de revocación del Anexo en la irrazonabilidad de la resolución 145 por inclusión de la categoría «especialidad» sin atención a la necesaria diferenciación de tareas que realiza cada postulante en consonancia con la igualdad ante la ley y la doctrina de los actos propios.

En el primero de los sentidos, se señala que el rubro «especialidad» no respeta los cánones de la norma que reglamenta. Esta norma es el art. 20 del decreto 2623/09 (reglamentación del Consejo de la Magistratura), modificado por el Art. 3 del decreto 2853/11. En los Considerados de este último -puntualmente el N° 11, se dijo que «aquellos aspectos que se relacionan a la tabulación de los puntajes objetivos para atribuir la calificación de antecedentes, lo cual si bien es un tema de criterios, debe apuntar a lograr el equilibrio y el trato igualitario, sin dejar de considerar la necesaria diferenciación de la naturaleza de tareas que realiza cada postulante y siempre teniendo como fin el perfil de juez que se quiere alcanzar» (el subrayado no es original). El remedio incoado presenta la desnaturalización de las tareas que realiza cada postulante, precisamente con el casuismo de párrafos anteriores. Como ha que-

dado demostrado en el ejemplo propuesto, un funcionario dedicado a las tareas específicas de un juzgado tiene exactamente el mismo puntaje que quien no se dedicó a tales tareas. La «igualdad de trato» alegada, no implica -como ha dicho reiteradas veces la Corte Suprema de Justicia de la Nación en interpretación del art. 16 de la Carta Magna- no diferenciar trato si la divergencia de circunstancias demanda que se diferencie. Y en ello se inspiraba el Considerando N° 11 del decreto 2853/11 para establecer los cánones objetivos; algo que ahora y por la reglamentación se ha alterado en una infición de la derivación del Art. 28 de la Constitución Nacional.

Esto, la norma que antecede, lleva a considerar el segundo fundamento, la contrariedad con la doctrina de los actos propios. Las resoluciones del Ministerio N° 260/10 y N° 329/10, específicamente abrogadas por el art. 1 de la hoy puesta en crisis, sí establecían un puntaje diferenciado por especialidad de la trayectoria. No se explica razonablemente por qué ahora se ha variado el criterio.

El esfuerzo del Colegio en articular este remedio impugnativo no tiene otro antecedente y etología más que el perenne y sólido compromiso de ardua defensa de sus afiliados. La tensión entre poderes, como se dijo antes, puede

entenderse como lógica y hasta connatural con la esencia de la división del poder público; pero ello en modo alguno puede implicar la vulneración de preceptos constitucionales que están por encima de todo proceso de poder. En defensa de los derechos constitucionales es que se ha incoado el recurso de revocatoria, con el ánimo de que tenga eco institucional y sin que ello implique algo distinto de una crítica razonada a los actos dictados en consecuencia de las atribuciones constitucionales.

Finalmente, cabe hacer mención al interés que el Poder Legislativo ha tenido en la cuestión. Recientemente representantes de este Colegio han mantenido reuniones con legisladores, a fines de ponerlos en conocimiento del proceso de tensión que hoy genera la articulación del remedio. Parte del origen del conflicto, quizá la más relevante, ha sido la incorporación de este anatematizado rubro «especialidad» que provocó el retiro de los evaluadores del Colegio en el Consejo de la Magistratura, acción que evidenció siempre el compromiso de la Ia Institución con la negativa a avalar la inclusión de un parámetro de evaluación que inficiona, como se demostró, el estatuto del funcionario judicial ■

ASAMBLEA

El malestar suscitado por la inopinada modificación ministerial del Sistema de Puntajes por especialidad que trajo como novedad la Resolución 145/2012, dio lugar a una Asamblea informativa realizada por los Magistrados y Funcionarios en el Hall de los Tribu-

nales de Rosario. La asistencia a dicha reunión acompañando los reclamos del Colegio fue mayoritaria como así también el acompañamiento de los asociados en el posterior reclamo e impugnación que se mantiene en la órbita administrativa ■



LEGISLACIÓN DE MENORES

La nueva legislación procesal de Menores

La problemática del menor que delinque no es novedosa ni extraña a los estrados judiciales. Si bien no contamos con antecedentes de las etapas precolombinas ni de la época colonial, sí el fenómeno comienza a aparecer en las agendas legislativas a comienzos del Siglo xx, cuando también aparece el intento de legislación penal integral en la mayoría de los países latinoamericanos.

Desde entonces y lamentablemente, la delincuencia juvenil y de menores ha sido un fenómeno de aumento vertiginoso. Tanto es así que actualmente delitos terriblemente violentos y hasta vinculados al narcotráfico, son ejecutados por menores de dieciocho años; delitos cuya comisión desnuda una situación social de emergencia.

En aras de garantizar los derechos de los justiciables, tanto de menores imputados como de víctimas, se han ido elaborando proyectos de ley de fondo de muy variada tónica. Puntualmente, la provincia en ejercicio de su com-

petencia constitucional ha elaborado un proyecto que contempla un sistema de responsabilidad específico para quienes delinquen previo a cumplir dieciocho años e invitado a que los operadores judiciales que estamos nucleados en el Colegio, emitamos nuestro parecer sobre el mismo.

Celebramos la ocasión, agradecemos la oportunidad e instamos a que todo interesado evalúe el proyecto y aporte su colaboración. Es importante, como actores judiciales, que quienes tenemos la experiencia cotidiana de palpar la realidad de la delincuencia juvenil ofrezcamos nuestra visión del terrible fenómeno. En la Sede del Colegio puede tomarse vista del «Proyecto de ley sistema de responsabilidad penal para personas menores de dieciocho años de edad», que actualmente está siendo examinado por los magistrados y funcionarios del fuero de menores. Se hace extensiva la propuesta a todo aquel afiliado que desee colaborar con la iniciativa ■

REFORMA DEL PROCESO PENAL

Participación en la Reforma del Proceso Penal

Ya desde hace varios años en el sistema procesal penal de la provincia de Santa Fe han ido impactando varios ejes de reforma que tienden al mejoramiento del servicio de justicia y al afianzamiento del debido proceso constitucional. Cada ley es producto de su tiempo, pero a veces por la propia dinámica de la realidad el ordenamiento jurídico resulta vetusto. En la encomiable misión de legislar acorde a los parámetros actuales el Colegio de Magistrados ha sido siempre seno de discusión y apoyo.

En tal sentido, puesto en marcha el proceso de reforma del sistema penal la Institución ha colaborado activamente en la reformulación de las propuestas, dando su opinión y generando un rico debate; como vimos en la entrega editorial pasada.

Mas no debe la reforma hacernos perder de vista un aspecto central y que paradójicamente es punto de apoyo y base de otra gran garantía no ya del debido proceso simplemente, sino del

Estado de Derecho: la protección de la función de los operadores judiciales.

La protección no solo implica rodear de garantías, conducir debates, establecer lazos, sino también y más concretamente, informar e informarse. En la era de la tecnología, donde el tiempo es muchas veces tirano, lo único que lo curva es la posesión de información. Por eso el Colegio ha gestionado diferentes reuniones con los principales actores de la reforma para que se conozcan en detalle los avatares de la misma en torno a la función, y es de destacar también la voluntad de aquéllos actores en encontrarse solícitos a transmitir lo que necesitamos saber.

A lo largo del año pasado, se realizaron jornadas en los momentos más álgidos del debate legislativo e interpodere, despejando las dudas que podrían existir en torno al sistema de traspaso, el régimen aplicable a quienes así ejerzan la opción, los contenidos del programa de

actualización, la definición de planes de trabajo, y tantos otros tópicos que hacen a la esencia del funcionamiento del sistema que se avecina.

Adicionalmente, en la actualidad es preocupación del Colegio que las urgencias de los funcionarios políticos en cumplir plazos o en encontrar respuestas presupuestarias en tiempos de crisis, no se paguen con una implementación del sistema a los apurones que no garantice condiciones serias de funcionamiento eficiente.

Siempre están abiertas las puertas del Colegio para que el interesado pueda acercarse y referente a la reforma, consulte y se informe ■

Hacia el desarrollo integral del Funcionario Judicial

Uno de los mayores pecados institucionales de toda organización consiste en pretender ensamblar a la persona como un engranaje sin atender a su calidad humana. Esto implica que, en el largo plazo, la persona asume como propia esa visión de engranaje y se comporta como tal en su horario de trabajo; dejando para cuando no está en actividad laboral sus facetas más creativas.

El sentimiento de imaginación y recreación bien administrado en el tiempo de la organización ha probado ser un efectivo aliciente para el desarrollo del trabajo en una perspectiva de mayor eficacia y creciente eficiencia.

En el Colegio abrazamos esta concepción del funcionario judicial como un ser humano capaz de incorporar a su tarea cotidiana valores intangibles que trasuntan en la mejor disposición al ambiente laboral. En dicho horizonte se asienta la creación de la Subcomi-

sión de Cultura y Actividades Recreativas, a través de la que se pretende dar cabida a la concepción integral de la persona más allá del rol judicial que ocupa.

Se han organizado, con ese norte, una amplia gama de actividades culturales. Merecen especial mención los torneos de vóley, tenis y fútbol con los integrantes del Poder Judicial de toda la provincia, acercando las distintas jurisdicciones a congregarse en camaradería y promoviendo el intercambio personal de magistrados y funcionarios del Norte y Sur de Santa Fe a través de una actividad tan enriquecedora a nivel personal como es el deporte. Localidades como Venado Tuerto, Rufino, Casilda, la misma Rosario, Santa Fe, y tantas otras, se han dado cita y han generado un confortable espacio de unión y amistad.

También es de particular relevancia la visita realizada al Teatro Colón de Buenos Aires.

Esta emblemática sede de cultura y arte infunde en cada alma una chispa de inspiración que el Colegio no ha querido dejar pasar, permitiendo que cada colegiado pueda experimentar la grandeza de una obra arquitectónica sin igual en el país.

En el mismo sentido y con un marcado interés histórico, se organizó una visita guiada al Museo del Holocausto, también en la ciudad de Buenos Aires. Han sido trascendentales las experiencias recogidas con motivo del evento, buscando siempre que la persona no se diluya en la función. Recordar el pasado de la Humanidad es una tarea sumamente seria que el Colegio asume como propia, en aras de l mejoramiento del presente y la construcción de un nuevo futuro.

Todo aquél que sienta en su interior la imperiosa necesidad de contribuir al desarrollo de la persona puede acercarse, pro-

poner actividades y participar; esperamos con brazos abiertos la generación de nuevas instancias culturales que siembren en el ánimo de las personas la devoción por el arte, el prójimo y la cultura ■

Salud en el tribunal: hacia un ambiente laboral judicial saludable

Las definiciones más recientes de «riesgo laboral» lo conceptúan como todo aquél agente propio de la actividad con potencialidad dañosa para el trabajador. Por supuesto la idea no es privativa de aquellas tareas laborales predominantemente físicas; el desplazamiento del eje de estudio del tópico de las actividades de esfuerzo físico a las de esfuerzo mental ha determinado todo un campo novísimo de identificación, prevención y tratamiento de agentes de riesgo laboral que representan una ofensiva a la salud del trabajador.

La tarea en el tribunal que incumbe a los colegiados presenta características propias en las que pueden identificarse agentes de riesgo únicos; y la Institución no puede hacerse a un lado de un aspecto tan vital para la vida de sus asociados como es la generación y mantenimiento de un ambiente laboral saludable. Desde tal óptica, la norma ISO 10075 define la <fatiga> como <la alteración temporal de la eficiencia funcio-

nal de la persona> que, junto a la monotonía, la <hipovigilancia> y la <saturación mental> son los cuatro efectos «clásicos» de la <carga mental> (que es la cantidad de esfuerzo deliberado que debemos realizar para conseguir un resultado concreto).

Esta cantidad de <esfuerzo mental> en la tarea de los funcionarios se ve marcada por la actividad de raciocinio y atención que representan la actividad jurisdiccional; teniendo conciencia sobre todas las cosas que más allá de las pretensiones esgrimidas o las resoluciones dictadas, se encuentran personas en el centro del debate. El trabajo con personas es desgastante por sí, al involucrar compromiso de todas las funciones del organismo (físicas, mentales, emocionales); no sólo en lo que refiere a la atención de los justiciables sino también al manejo, orientación y control del personal. Por eso es importante identificar situaciones de estrés y sus agentes etiológicos a fines de erradicarlos.

Frente a tal panorama se ha creado en la sede del Colegio la Subcomisión de Salud y Seguridad Laboral, que se ha informado permanentemente a los asociados a través de los boletines, y de diversas actividades llevadas a cabo tales como las Primeras Jornadas Sobre Estrés Laboral.

Invitamos a todos los colegiados a que frente a la Subcomisión planteen sus inquietudes y situaciones a fines de llevar a cabo tareas que tiendan a mejorar el ambiente de trabajo judicial ■

Los ataques a los jueces como afrentas a la Constitución

Desde la clásica división tripartita del Poder Público en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, ha habido situaciones de fricción entre sus integrantes. Como es, por otro lado, lógico y esperable en toda relación de poder.

Y por eso es que aquél cuya tarea es ser el último custodio de la Constitución de un Estado de Derecho y las leyes dictadas en consecuencia, ha sido resguardado con garantías ineludibles para el cumplimiento de tal esencial función. Sin perjuicio de su perenne vigencia, este cúmulo de garantías no ha podido evitar los intentos de avance de otros poderes sobre las competencias judiciales exclusivas, como se ha puesto de manifiesto en una reciente declaración de la Federación Argentina de la Magistratura y la Función Judicial con ocasión de conflictos a nivel nacional. Ni tampoco, debe resaltarse en honor a la verdad, los intentos de particulares en el mismo periplo.

Ante tal horizonte el Colegio siempre se ha expresado en defensa de sus integrantes y de la vigencia de la Constitución Nacional y de la Constitución Provincial en sendos comunicados del 15/4/11, 25/4/11, 9/8/11, 17/10/11, 9/11/11, 13/12/11, 28/2/12, 7/3/12; entre tantos otros. Ha sido un estandarte el reproche a las amenazas y las pretensiones de avances, que lesionan la jerarquía de las Leyes Fundamentales tanto en el rol del funcionario como en la vigencia de sus resoluciones. Debe destacarse en tal aspecto que no se trata de una lucha sectorial sino de la restauración de la garantía lesionada o de la prevención de la lesión, porque los jueces se encuentran tras una valla de resguardo y es justamente cuando esa valla se atraviesa que la independencia judicial se ve afectada.

Esta Institución se encuentra siempre alerta a toda pretensión de lesión o erosión de esa valla y la consecuente estocada a la

órbita de acción de los magistrados, no porque se trate de una afrenta a la colectividad más allá de que cada integrante se sienta perturbado en solidaridad con sus pares, sino más bien porque la protección debe asentarse en el perfil funcional de cada protagonista, que actúa precisamente porque está constitucionalmente legitimado para ello. En tal sentido, recientemente se han erigido genéricos cuestionamientos llamando la atención sobre funcionarios de Villa Constitución; con ellos nos hemos solidarizado a fines de que se mantengan incólumes los límites de respeto y consideración que cada integrante del Poder Judicial merece y que son consecuencia de las funciones que la Ley Suprema le encomienda ■

CONCURSO FOTOGRÁFICO

A mediados del mes de agosto, se reunió la directora de la Comisión de Cultura del Colegio, para dictaminar el ganador del Concurso Fotográfico regional, al que todos los asociados fueron convocados.

Jurados: El Jurado estuvo integrado por:

la Dra. Silvia Cicuto, Secretaria de Cultura del Colegio de Magistrados y Secretarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe; la Lic. Elizabeht Martínez de Aguirre Profesora Titular de la Cátedra de Fotoperiodismo de la Carrera de Comunicación, Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales/UNR y la Arq. Claudia Rivarola diseñadora de nuestra Revista.

En la reunión se pudo valorar la calidad fotográfica de todas las propuestas, distinguiéndose las premiadas por sus valores fotográficos que son sus valores comunicacionales, los que nos permiten reflexionar sobre la realidad.

A todos los participantes nuestro agradecimiento y a los ganadores, nuestro reconocimiento y nuestras felicitaciones.



1ER PREMIO

Seudónimo:

Lady Di

Nombre:

Dra. Laura Inés Cossivich

Foto:

«Papers, only papers»



1ERA MENCIÓN

Seudónimo:

Lady Di

Nombre:

Dra. Laura Inés Cossivich

Foto:

«Memoria colectiva»



3DA MENCIÓN

Seudónimo:

La Mandrágora

Nombre:

Dra. Cristina Noemí Herrera

Foto:

«Ad Perpetuam a pesar del embate de las aguas»



2DA MENCIÓN

Seudónimo:
Teko

Nombre
Dr. Damián Carlos Cimino

Foto:
«Una mirada a la in-justicia»

ACTIVIDAD ACADÉMICA Y CIENTÍFICA

La actividad académica y científica como método de perfeccionamiento de la función

Sabido es que la decantación de una actividad a lo largo de los años se produce por la costumbre. Ella tiene una fuerza de arraigo importantísima, y a menos que se la contrarreste con actividades intelectuales específicas, conspira contra la formación de los operadores, que debe tener en cuenta al momento del dictado de sus resoluciones las condiciones reales y legales imperantes. El no considerarlo así, lleva al error de ejercer el rol anacrónicamente.

Desde el Colegio creemos que precisamente, el permanente estudio de la ciencia del Derecho y la revisión de conceptos en pos de su cotejo con la realidad que se vive es el mejor remedio contra la decantación de la actividad. La habitualidad en el ejercicio mental de debatir, profundizar, estudiar, consensuar criterios, opinar, replicar y volver a ana-

lizar es el antídoto idóneo para que la función judicial no es anquilose en el tiempo.

En aras de ese objetivo, que se enmarca en el afianzamiento de la justicia, el Colegio siempre ha fomentado y organizado jornadas de actualización y estudio para nutrir el desempeño de los jueces, secretarios, fiscales y defensores, tales como diferentes congresos, reuniones y debates, ciclos de conferencias y las muy trascendentes actividades internas de los Institutos particulares del Colegio, que aportan desde la cotidianidad problemáticas y soluciones para que los diferentes fueros cuenten con un Norte al enfrentarse a paradigmas novedosos.

De profunda relevancia resulta el reciente «Primer Encuentro Provincial De Jueces Y Funcionarios Del Fuero De Familia De La Provincia De Santa Fe». El mismo no tiene antecedentes en

el territorio local y ha avanzado sobre ejes importantísimos para la labor de los integrantes del fuero, tales como la nueva ley de Salud Mental, los preceptos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, la adopción y la protección del niño, entre otros.

Algunas de las aristas tratadas en los diferentes ciclos han sido la Bioética como asignatura interdisciplinaria, la trata de personas, la voz del niño en el proceso, la violencia familiar y el maltrato infantil, la actuación de los ministerios públicos, la asistencia a la víctima, el Derecho Civil frente a los desafíos del siglo XXI, y un largo etcétera que atraviesa todo el mundo jurídico y se posa en todas las ramas del Derecho.

Y una particular conferencia ha sido la del Dr. Gerardo Muñoz, referente a los «Nuevos aspectos de la parte general en el

Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación», que se realizó el pasado junio y en el que se abordaron las cuestiones de la parte general del Anteproyecto de reforma de la legislación civil y comercial.

Están todos invitados a sumarse a estas actividades científicas, desde el área que sea de su especialidad para contribuir al perfeccionamiento de la función ■

ACTIVIDAD ACADÉMICA Y CIENTÍFICA

El Instituto de Derecho Privado

Dr. Marcelo Quiroga | Juez de 1^{ra} Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 7^{ma} Nominación, Rosario.
Dra. María Fabiana Genesio | Secretaria de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala I, Rosario.

El Instituto de Derecho Privado del Colegio de Magistrados comienza a funcionar a partir del año 2010 con el objetivo de que tantos jueces como funcionarios -operadores del sistema judicial- continuemos formándonos y actualizándonos en nuestros conocimientos jurídicos. Todo ello en un ámbito de intercambio de criterios y opiniones personales.

Es así como buscamos profundizar diversos temas tanto en el área del derecho patrimonial como en el familiar. Analizamos situaciones relevantes, generándose un clima de discusión enriquecedor, exponiéndose -asimismo- criterios jurisprudenciales.

Desde el funcionamiento del Instituto hemos tratado una temática de lo más variada como el juicio de escrituración, el fideicomiso, la ablación y el habeas data. Hemos debatido temas vinculados al derecho de familia como la in-

demnización del daño por la falta de reconocimiento voluntario del hijo como así también cuestiones vinculadas a la mayoría de edad a partir de los 18 años.

Igualmente abordamos cuestiones procesales tales como la aplicación del art. 597 de nuestro C.P.C., el fuero de atracción en el juicio sucesorio, aspectos prácticos sobre el funcionamiento de la ley de defensa del consumidor.

Tratamos las reformas legislativas introducidas por la ley N° 26.579 (modificación de la mayoría de edad), con la ley N° 26684 (reforma de la ley de quiebras), con la ley provincial N° 13116 (suspensión de ejecución de la vivienda única), y con la ley provincial N° 13151 (de mediación prejudicial obligatoria), entre otras.

Si bien todo ello nos permite una continua actualización y profundización jurídica frente a

una sociedad que está en constante transformación y cambio, también las horas compartidas nos posibilitaron conocernos, integrarnos, divertirnos y culminar cada encuentro con nuestro habitual ritual de camaradería.

A todos los interesados, nuestras reuniones se llevan a cabo en la sede del Colegio (Balcarce N° 1551) todos los terceros martes de cada mes a partir de las 19 hs ■

ACTIVIDAD ACADÉMICA Y CIENTÍFICA

El Instituto de Derecho Laboral

Dra. Roxana Mambelli | Jueza de la Cámara de Apelaciones en lo Laboral, Sala II, Rosario.

En cuanto se habilitó la formación de los distintos institutos en el seno de nuestro Colegio, el fuero laboral receptó con entusiasmo tal posibilidad y comenzó a reunirse de inmediato, contando siempre con una nutrida concurrencia, coordinado por los Dres. Ricardo Gramagna y Susana Perkins.

En un primer momento nos encontramos con la inminente entrada en vigencia de la reforma del CPL que introdujo la ley 13039 y se hacía imperioso contar con un ámbito de reflexión y discusión acerca de las abundantes modificaciones y cómo las mismas deberían aplicarse concretamente, así como las dudas que generaban ciertos cambios.

Resultó sumamente importante en esa faena interpretativa contar con la presencia de los Dres. Roxana Mambelli, Susana Perkins y Nicolás R. Vitantonio,

quienes habían representado al Poder Judicial (por designación de la Corte provincial), al Sindicato de Trabajadores Judiciales y al Colegio de Magistrados, respectivamente, en el seno de la comisión reformadora que funcionó en el marco del Plan Estratégico para la Reforma Judicial.

El estudio y debate de la Reforma consumió casi todo el año 2010, gestándose a partir de las reuniones modelos de decretos, interpretaciones consensuadas y uniformes, en fin, un profundo y fructífero estudio que, entendemos todos los que hemos participado y trabajado en el Instituto, constituyó un aporte intelectual y práctico de gran beneficio para todo el fuero.

Asimismo, ese año se llevó a cabo lo que denominamos Jornada Preparatoria del Encuentro Provincial de Jueces del Trabajo, que organizó el Centro de Ca-

pacitación del Poder Judicial en Colastiné (Santa Fe) los días 26 y 27 de noviembre.

Durante el año 2011 decidimos abordar distintas problemáticas vinculadas directamente con las propias del fuero; para ello invitamos a distintos expositores que nos dieron muy interesantes visiones y no menos profundos contenidos: contamos con la presencia del Dr. Fabián Trovatto, quien abordó «el recurso de amparo y la obligatoriedad de los fallos de la Corte»; el Dr. Mario Chaumet que nos aportó elementos para la «Resolución de Casos Difíciles»; el Dr. Marcelo Quiroga nos aclaró aspectos sobre «Los acreedores laborales y el proceso concursal», con especial referencia a la última reforma de la Ley de Concursos y Quiebras; la Dra. Andrea Meroi analizó el espinoso tema referido a la «Intervención de Terceros».

Ya en el curso del corriente año, convocamos al Dr. Carlos Carbone para hablar sobre una temática muy actual, que nos había generado inquietudes durante las reuniones: «El juez frente a las nuevas fuentes de prueba». Y también nuestro colega Gustavo Burgio expuso acerca de su experiencia en el Aula Iberoamericana del Centro de Capacitación Judicial de España (La Coruña) en el tema «El derecho a la jurisdicción social» en Europa y particularmente en España.

Desde el comienzo, luego de cada una de las reuniones, practicamos una actividad tan importante como la intelectual, esto es, el ejercicio de una muy animosa «comensalidad», la que ha colaborado para estrechar aún más el especial vínculo que existe entre los miembros del fuero ■

El Secretario como pilar fundamental de la tarea jurisdiccional

La figura del Secretario en el Poder Judicial va mucho más allá de lo que puntualiza la Ley Orgánica. De hecho, los secretarios asisten permanentemente al juez no sólo en la tarea de administrar justicia sino también en la cotidianidad de la conducción del juzgado. Son una figura irremplazable a la respuesta que el servicio de justicia brinda a la sociedad.

Por ello, en el seno de la Institución se brinda un espacio fundamental a quienes día a día contribuyen incansablemente al sostenimiento de las unidades jurisdiccionales y a la función del juez, para tratar problemáticas propias de la tarea a través de reuniones periódicas en el Instituto del Secretariado. Esto incluye la realización de jornadas con temáticas específicas, reuniones puntuales con colegas del oficio, debates internos y propuestas a otros actores a fines de perfilar el

rol. En tal sentido, representantes del Instituto están en permanente diálogo con el Alto Cuerpo a fines de hacerle llegar las preocupaciones y avatares de quienes se desempeñan como secretarios, incluyendo la necesidad de reglamentación de las prosecretarías -que ha tenido provecho-, la recolección y clasificación de ponencias y presentaciones para los Congresos del Secretario Judicial y del Ministerio Público, y como esfuerzo particular, el Instituto proporciona una carpeta de fallos y material de estudio concerniente específicamente a los temas que son evaluados en los concursos, para facilitar el tránsito que implica todo proceso de evaluación. Pueden acercarse a consultar aquéllos examinandos y, vaya de paso la invitación: todos los interesados están invitados a sumarse y a ser partícipes de esta cruzada

ACTIVIDAD ACADÉMICA Y CIENTÍFICA

Instituto del Secretariado

Dra. Myrian Huljich | Secretaria del Juzgado de 1^{ra} Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de 18^{va} Nominación, Rosario.

El Instituto del Secretariado representa la concreción de un anhelo y un esfuerzo iniciados en anteriores gestiones.

Surge con la idea de generar un lugar de encuentro, un espacio sentido como «propio» destinado a tratar temas que afectan en general al colectivo de Secretarios judiciales y que tiende, además, a promover la defensa de los intereses de éstos y a mejorar la gestión judicial.

La inauguración formal del Instituto fue realizada el 12 de abril del presente año.

Dentro de sus tareas primordiales, se propicia generar encuentros periódicos, los primeros jueves de cada mes con el objetivo de analizar y debatir las temáticas referentes a las necesidades actuales de la actividad de los Secretarios de los distintos fueros, como también otros temas de interés general vinculados con el quehacer y la vida judicial.

En el transcurso de este año se ha contado con el constante e invaluable trabajo de los Secretarios colaboradores y, en el

marco de los encuentros mensuales, se han desarrollado distintas charlas a cargo de la Dra. Ma. Laura Sabatier (Jueza de 1^{ra} Instancia de Distrito en lo Penal de Instrucción de Rosario), la Licenciada Inés Sayas (Jefa de Recursos Humanos de los Tribunales de Rosario), el Dr. Ariel Ariza (vicepresidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Santa Fe) y la Dra. Mariela Oliva (Secretaria de certificaciones de los Tribunales de Rosario).

Actualmente, se trabaja en la organización de las próximas Jornadas Preparatorias del VI Congreso Nacional del Secretariado Judicial y del Ministerio Público y existen numerosos proyectos e ideas a llevar a cabo en el futuro cercano.

El Instituto del Secretariado se presenta, así, como un nuevo espacio de desarrollo gremial y profesional dentro de nuestro querido Colegio y constituirá, sin dudas, una interesantísima herramienta de concreción de los fines que aquél, incesantemente, busca materializar ■



Dra. Ma. Laura Sabatier, Jueza de 1^{ra} Instancia de Distrito en lo Penal de Instrucción de Rosario. 1^{era}. Charla del Instituto del Secretariado: «Lineamientos sobre gestión de una oficina judicial».



Inauguración del Instituto del Secretariado, abril de 2012.

EXPERIENCIAS DE LOS JUECES BECARIOS EN ESPAÑA

Viaje a Castilla La Mancha

Dr. José Luis Suárez | Juez de 1ª Instancia de Distrito en lo Penal Correccional de la 8ª Nominación, Rosario.

Queridos Compañeros

Me es grato compartir con todos la experiencia que viví en el mes de enero de este año, que superó largamente las expectativas que llevaba, dejando una invitación a quienes se animen, para encontrarnos el próximo enero.

Todos los años, durante dicho mes, la Universidad de Castilla La Mancha, con sede en Toledo, España, ofrece una importante variedad de cursos de postgrado en Derecho para juristas iberoamericanos, que constituyen una apuesta académica diferenciada, especializada y de alta calidad. Los viene desarrollando desde hace más de una década, van por su XIII edición. Se entrega un título de especialización en la materia cursada y se otorga un diploma académico si se realiza un trabajo de investigación.

Nos ofrecen una programación actualizada y de máxima calidad, preparada por las diferentes áreas de Derecho de la Universidad, que centran su temática en aspectos que son de interés común

para los profesionales de Derecho de Europa y América. Está dirigido a profesionales que busquen una especialización, estén interesados en ampliar su formación jurídica y deseen participar de un rico diálogo con los disertantes y alumnos con los que compartan las aulas del Campus de Toledo. Los cursos se convierten en un punto de encuentro para juristas a ambos lados del Atlántico y contribuyen a la reflexión, debate y análisis de temas de máxima importancia en el contexto actual, partiendo de un punto de vista jurídico.

El curso que seleccioné «problemas actuales de la investigación y la prueba en la justicia penal oral», fue muy adecuado para mi formación, por la reforma penal iniciada en nuestra Provincia, aunque versó sobre derecho procesal general. En realidad no fue mi primera elección. Fue por descarte, ya que seleccioné inicialmente Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales, pero no había cupo. Con el curso, obtuve un título de postgrado en esa especialización. Compartí las aulas del

Convento San Pedro Mártir con Jueces, Fiscales, juristas y hasta empleados del Poder Judicial de varios países latinoamericanos. Peruanos, chilenos, mexicanos y argentinos éramos mayoría. Teníamos una brasileña, una venezolana, un colombiano y hasta un jurista de Angola. Pudimos iniciar y reafirmar relaciones académicas, así como vínculos personales y de amistad. La universidad nos brindó dos fiestas, en locales nocturnos de diversión. Y nos empezamos a reunir en grupos, fuera de las actividades de la Universidad, para cenar, realizar intercambios. Incluso nos tocaron los dos partidos entre el Real Madrid y Barcelona por la Copa del Rey. Todos se movilizaron para conseguir entradas, aunque nos tuvimos que conformar con verlos por televisión, en los bares. Las mujeres contentas, consideraban un gasto innecesario el viaje. Los varones, muy frustrados, como supondrán. Estando a un paso de Madrid y a pocas horas de Barcelona (hay un A.V.E.), era un espectáculo imperdible e inigualable. Bueno, volviendo al tema, esta

experiencia permite un intercambio con juristas y académicos latinoamericanos y españoles, tanto en lo jurídico como en lo humano.

El valor académico del curso es importante. Disertaron miembros de la Audiencia Nacional, Jueces y Fiscales, catedráticos de las Universidades de Santiago de Compostela, Salamanca, Sevilla y Madrid. Altos mandos de la Guardia Civil. Hasta un profesor de la Universidad de Miami y una disertante de Guatemala, a los que se unieron profesores de la Universidad de Castilla La Mancha. Contábamos con acceso irrestricto a la Biblioteca, incluido el préstamo y escaneo de libros, y al aula de Informática y Servicios de Internet, con acceso a la base de datos de la Universidad y nuestros correos. Incluso acceso a una red inalámbrica (WI-FI). Cada uno tenía su tarjeta con su código. Se entregaba material sobre los temas, previamente a la disertación. Se intercambiaban Email y correos para pedir mayor material o contestar inquietudes. Y teníamos tres profesores de De-

recho Procesal de la Universidad a nuestra disposición para consultas e intercambio de material. Contamos con todo lo necesario para preparar los temas antes de la disertación y llevar nuestras dudas e inquietudes al disertante. El intercambio entre los distintos concursantes, los diferentes sistemas procesales, la variedad de situaciones, enriquecieron aún más la experiencia.

Un valor agregado lo constituyó el lugar donde íbamos a encontrarnos. La sede de los cursos es en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, ubicada en un edificio de gran valor histórico y patrimonial, remodelado en los antiguos Conventos dominicos de San Pedro Martir (Siglo xv) y Madre de Dios, y que fueron adaptados para la docencia universitaria. Está en el centro histórico de la ciudad de Toledo, uno de los lugares más bellos de toda Europa, y que ha sido declarado como Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO. Pocas ciudades como Toledo ofrecen a los visitantes un entorno tan interesante. Es un lugar de encuentro entre la culturas cristiana, judía y musulmana. Catedrales, Mezquitas y Sinagogas abundan por sus estrechas calles. Ciudad Visigoda, luego musulmana, reconquistada por los Cristianos, fue sede de la Inquisición con Torquemada y de

la Monarquía española hasta el siglo xvi. Cruzados y acero del mejor se encuentran entre sus ofertas. Estar allí nos transporta a la Edad Media. No sólo por ese crisol de culturas. Es una ciudad construida sobre una colina dominante, amurallada en todo su contorno, con el río Tajo rodeándola. La puerta Bisagra y del Cambrón son sus únicas entradas. Cuenta con dos Palacios y también encontramos el Alcázar que domina la colina, el fuerte militar tomado por los nacionales en la guerra civil, que resistió el asedio de los republicanos por meses, hasta que fue conquistada la ciudad por las tropas franquistas.

Además nos encontramos a la entrada de Europa. Toledo está ubicada a setenta kilómetros de Madrid y unida a la Capital por autovía y autopista. Contamos con autobús, de intercambios permanentes, que en cincuenta minutos nos traslada, y un tren de Alta Velocidad (A.V.E.), que nos lleva en veinticinco minutos. Y de Madrid al resto de Europa. Las ofertas turísticas son variadas, contando Toledo con varias agencias de viaje que arman el itinerario que deseen. Y todos los cursantes te invitan a que los acompañes. Cuanto más participan del viaje, menor es el costo para todos. Así, durante los fines

de semana, la Facultad quedaba desierta. Antes de comenzar el curso estuve por el principado de Asturias, verdadero paraíso natural, donde tengo mi familia (mis padres, tíos y la mayoría de mis primos son asturianos). Los otros fines de semana me «conformaba» con estar por Madrid. Pero vi partir a los peruanos rumbo a Roma, a los correntinos hacia Holanda, los chilenos a Francia y los mexicanos a Granada, y muchos a Sevilla y Barcelona. Los domingos por la noche era frecuente encontrarse con concursantes en la Plaza Elíptica (desde donde parten los autobuses) o en la estación de Atocha (de donde parte el A.V.E.).

En el campus de la Universidad, me encontré con el Dr. Carlos Eduardo Cadierno y su mujer. Ellos podrán contarles sus vivencias. Participaron del curso de Derecho Constitucional. Los primeros días nos alojamos en el mismo hotel. Luego opté por un Hostal, a metros del ingreso a la Facultad. No me acostumbraba a subir y bajar por las pequeñas calles y sendas del casco histórico, me perdía con frecuencia. Cuando elegía acortar camino por alguna calle, terminaba en lugares insólitos. Un día, en el barrio judío, otro en una mezquita, una mañana en una catedral con una

vista panorámica hermosa, donde no encontraba ningún punto de referencia con mi hotel. Estaba completamente desorientado. Tomé un taxi y me encontraba en otra punta de Toledo. Allí no hay rectas, las calles son cortas y se bifurcan, suben y bajan, no se enlazan. Es como entrar a un laberinto. Cuando equivocamos el rumbo, lo lógico es volver sobre los pasos y retomar, pero yo no lo era lógico, seguía camino, y nunca encontraba el enlace para retomar. Aunque cuando concluyó el curso ya me había convertido en un avezado itinerante del casco histórico de Toledo.

En fin, no me voy a extender más. Si quieren especializarse, entre el 7 y el 24 de enero de 2013 la Universidad de Castilla La Mancha les ofrece una variedad de cursos que abarca todas las ramas del Derecho. Los temas a tratar son muy actuales e interesantes. Y se realizan en Toledo, un crisol de culturas, un hermoso lugar para vivir esas semanas ■

Mi experiencia como Juez Laboral en el Aula Iberoamericana de la Escuela Judicial Española

Dr. Gustavo Burgio | Juez de 1ª Instancia de Distrito en lo Laboral de la 9ª Nominación, Rosario.

«El encuentro con nuestros pares de aquellos países con los que tenemos una tradición jurídica, étnica y cultural común, nos enriquece, permitiéndonos observar cuáles han sido los problemas por los que han atravesado, tanto en los aspectos del Derecho en fondo y forma, como asimismo en la gestión del Poder Judicial, y su actividad gremial, de manera de poder capitalizar las mismas, a los fines de reflexionar sobre nuestra realidad en tales aspectos, para lograr la transformación, en aras al logro de la efectivización de una Justicia que cuente con personal cada vez más capacitado e idóneo, y sea efectiva en la solución de los problemas que se le plantean, tanto internamente, en lo que hace a su funcionamiento, y externamente, conforme los reclamos de los justiciables, para cuyo fin existimos como Poder constitucionalmente erigido»

1. El Sistema Español

España, en relación a los elementos de poder-territorio, es un Estado Unitario, por tanto desde el

punto de vista del derecho adjetivo, todo su proceso laboral es igual en las diferentes comunidades que integran el mismo –País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, etcétera-, lo que desde cierto punto de vista otorga al sistema una cohesión, seguridad y mayor previsibilidad sobre las cuestiones que al respecto deciden los Magistrados, a través de la jurisprudencia.

Diríamos que para el Poder Judicial español, y por ende, para sus integrantes, la seguridad jurídica se sustenta en la unificación de los criterios, de que no haya disparidad en los pronunciamientos.

Prueba de ello, es que tienen un recurso de casación para la unificación de la doctrina.

A diferencia del recurso de casación tradicional, que opera cuando existe una infracción del ordenamiento jurídico, éste exige además que se esté aplicando el mismo de forma distinta en diversos lugares, por lo que tiene una finalidad de tutela de carácter público y no de intereses pri-

vados, aunque secundariamente los satisfaga.

Considero que ello puede otorgar cierta seguridad, pero desde el punto de vista del avance del Derecho en forma dinámica en su aplicación e interpretación, en realidad crea una estratificación del mismo, sin permitir su avance.

El sistema se encuentra diseñado por el Tribunal Supremo con sede en Madrid, los Superiores Tribunales de Justicia de cada Comunidad, las Audiencias Nacionales, y los Juzgados de Primera Instancia.-

El proceso es completamente oral. En primera instancia, los Tribunales son unipersonales, el Juez preside las audiencias y el procedimiento, con la Secretaria, un escribiente y un ujier. Las audiencias son grabadas en video y es toda la constancia del proceso, la Secretaria labra un acta, pero en forma abreviada, no se transcribe todo lo que sucede y textualmente, como acontece en nuestro proceso laboral en la provincia de Santa Fe, y en gene-

ral en el Derecho procesal provincial comparado.

La demanda se presenta por escrito, con similares requisitos que exigen nuestros códigos procesales, y el Juez puede determinar su inadmisión oficiosa; admitida la demanda se prepara la prueba, y se produce el señalamiento para dentro de los diez días.

Contra las sentencias de Primera Instancia cabe el remedio procesal del recurso de suplicación ante el Superior Tribunal de Justicia de la Comunidad, que es una apelación extraordinaria, al modo de nuestros colegiados de daños, ya que las causales de apelación son taxativas –violación- de doctrina legal unificada, arbitrariedad, etcétera.

Al acta, se le agrega el CD que contiene la grabación de lo sucedido.- El ujier es quien llama a los testigos, peritos, etcétera, y toda la prueba se produce en un solo acto.

Existe una conciliación previa obligatoria cuando se trata de los trabajadores del ámbito privado, y ello produce la interrupción del

plazo de prescripción y suspende los plazos de caducidad, la misma puede quedar sin acuerdo o arribarse a una transacción; la impugnación de este último puede deberse a las mismas causas que invalidan los contratos en general, cuando se trata de supuestos legalmente prohibidos o inclusión de obligaciones para terceros que no son parte.

En el caso de trabajadores del Estado, existe como obligatoria la reclamación administrativa previa, la misma también interrumpe el plazo de prescripción, y suspende la caducidad, deducida la demanda por silencio de la Administración, o bien por denegación expresa del reclamo previo, en dicha pieza procesal no puede alterarse sustancialmente lo ya expuesto en el ámbito administrativo.

2. La carrera judicial en España

En cuanto a la carrera judicial, el ingreso se produce por un examen de oposición, fundamentalmente oral, luego de haber concurrido el postulante dos años a la escuela Judicial con sede en Barcelona.

Para juristas de reconocida nota y competencia, existe un turno especial de ingreso, por lo que tal requisito no es necesario. Quien resultara ingresante, en la forma en que fuere de las antes mencionadas, lo hace en la calidad de «Juez» -así se denomina a quien se desempeña en la Primera Instancia-, y por antigüedad se asciende a la de «Magistrado» -segunda instancia-.

Los nombramientos discretivos del poder político ascienden a unos trescientos cargos aproximadamente, que se corresponden al Tribunal Supremo -lo que sería nuestra Corte Suprema-, Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades, y Audiencias Provinciales.

Las competencias por materia, son las siguientes: Civil, Penal, Contencioso Administrativo y Social -Trabajo y Seguridad Social-.

En este momento, según estadísticas emanadas del Poder Judicial Español, el número de jueces que lo integran es de cuatro mil cuatrocientos quince, siendo las dos terceras partes de sus integrantes, masculinos, y el tercio restante femenino.

En cuanto a la edad, los hombres en su mayoría, están entre los 41 a los 60 años de edad, y una minoría de 20 a 30 años. Las mujeres, en su mayoría, ostentan, desde 31 años a 50 y una porción muy menor de 20 a 30 años y de 61 a 70 años. Esta última franja casi no existe en los jueces hombres.

3. Algunos datos ilustrativos de importancia sobre salarios mínimos en Europa y tasa de desocupación en España

Salario mínimo, vital y móvil.

- 2003/451,20 €
- 2004/460,50 €
- 2005/513,00 €
- 2006/540,90 €
- 2007/570,60 €
- 2008/600,00 €

- 2009/624,00 €
- 2010/633,30 €
- En España, para 2011, 21,38 € diarios, y 641,40 € mensuales.
- SMI en Francia: 1.365 €
- Rumanía: 137 €
- Portugal: 497 €
- Luxemburgo: 1.628 €
- Irlanda: 1.462 €
- Grecia: 681 €

Tasa de paro en España:

- Octubre de 2008 11,3%; en octubre de 2009 18,3%; en 2010 20,1%; en octubre de 2011, 21,5%.

• 4.978.000 parados, uno de cada cinco españoles en edad de trabajar.

• Tasa de contratación temporal 34,6% en 1995, 24,4% en 2010. En la Unión, el 13,6%.

4. La experiencia con los demás magistrados latinoamericanos.

Intervinieron en el curso, magistrados de Chile, Panamá, Colombia, Venezuela, Perú, República Dominicana, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua.-

Lo que uno puede observar, es que en esos países, los diferentes gobiernos han tratado y tratan de dotar al Poder Judicial de las herramientas técnicas necesarias para el adecuado funcionamiento del sistema y por ende del servicio que se brinda a los justiciables, como asimismo que la necesaria cantidad de órganos para el adecuado funcionamiento, no sólo en las grandes urbes, sino en aquellos lugares lejanos donde no existía estructura judicial.

En general, lo que se ve, es que la carrera judicial en estos países, al igual que en España, se genera a través de la escuela judicial, de la formación en las mismas, y del ascenso precisamente por el desempeño y el paso del tiempo en el sistema, por parte del Magistrado.

En general la oralidad impera en esos países, también con el sistema de grabación de los procesos y la eliminación total del procedimiento escrito.

5. Conclusiones

Debemos poner como objetivo, la oralidad de los procesos, ya que ello es la mejor manera de lograr el principio de inmediación y de una justicia rápida y efectiva que le sirva al ciudadano en la resolución de sus conflictos, y que a su vez le permita al órgano jurisdiccional también el de ser efectivo en sus decisiones.

Lograr la independencia económica del Poder Judicial, para que pueda manejar su propio presupuesto, con la creación, de los órganos judiciales necesarios en función del territorio provincial y de la cantidad de habitantes, de los diferentes departamentos y localidades de Santa Fé.

Propender a un proceso menos permisivo en lo recursivo y en la cantidad de incidentes, pero para ello se torna necesaria la concretización del proceso oral y la cantidad de Juzgados que permitan encarnar al mismo ■

EXPERIENCIAS DE LOS JUECES BECARIOS EN ESPAÑA

Viaje a España

Dr. Marcelo Bergia | Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 9^{na} Nominación, Rosario.

En 2010 fui propuesto por el Colegio de Abogados de la Provincia de Santa Fe para acceder a la asignación de una beca que me posibilitara realizar un viaje de intercambio y de observación práctica del Sistema Judicial Español organizado por la Federación Argentina de la Magistratura y la ONG «Unidos por la Justicia», beca que finalmente me fue concedida. Este breve relato sobre el particular no tiene pretensiones (ni podría tenerlas) de trascendencia académica. Simplemente trataré de compartir la experiencia (rica, por cierto) de lo hecho, y poner a consideración de mis colegas algunas conclusiones de una realidad que, en muchos aspectos, no dista demasiado de la nuestra.

Las actividades se desarrollaron entre el 3 y el 7 de mayo de ese año (viajamos el 1/5/10 y regresamos el 9/5/10). En Madrid (que fue el primer destino) visitamos la moderna Universidad Carlos III, donde tuvimos contacto con profesores y pudimos visitar parte de sus instalaciones, en especial la biblioteca. También en esa ciu-

dad visitamos el Tribunal Constitucional Español, donde fuimos atendidos por el Magistrado Eugeni Gay Montalvo, quien nos brindó una larga charla sobre el funcionamiento del Tribunal, su historia y los principales casos resueltos y en estudio (el más importante de estos últimos era la impugnación de determinados artículos del Estatuto de la Comunidad Autónoma de Catalunya). También pudimos conocer sus instalaciones. Destaco algunas particularidades que me sorprendieron. El Tribunal cuenta con una biblioteca con un sistema informático de búsqueda de jurisprudencia y doctrina con un tesoro de más de siete mil voces jurídicas. En su sala de acuerdos nunca entró ningún periodista ni nunca se tomó una foto (a nosotros se nos permitió sacarlas desde afuera, pero no desde el interior de la sala). Los Magistrados hablan por sus sentencias y no hacen ningún tipo de declaración periodística. Los cargos de Magistrados no son vitalicios (característica esta última que invariablemente se relacionó con

la garantía de independencia). El Tribunal tiene competencia exclusiva en el control de constitucionalidad, lo que contrasta claramente con nuestro sistema de control difuso (es más, el propio Magistrado Gay Montalvo, se mostró muy crítico con el sistema de control de constitucionalidad difuso). Por último -tal vez el detalle más importante- es que el Tribunal Constitucional no es parte del Poder Judicial, sino que es un órgano del Poder Legislativo (confieso, toda una novedad, tanto para mis compañeros de viaje como para mí).

La actividad continuó en la ciudad de Granada (Andalucía). La primera reflexión que cabe hacer es que se trata de una de las ciudades más bellas y de mayor riqueza histórica que conozco. La actividad propia del viaje fue mucho más intensa en esta ciudad. Tuvimos una calurosa recepción en la Universidad de Granada y en sus aulas asistimos a otras actividades. No obstante, me dedicaré en los párrafos siguientes a describir lo que me resultó más interesante, por rela-

cionarse con mi función.

A instancia mía, se incluyó en el programa una visita a un Juzgado con competencia en lo Civil y Comercial (el programa originario estaba claramente orientado hacia la materia penal, por lo que pedí la inclusión de alguna actividad relacionada con el fuero civil y comercial, lo que finalmente se agregó). Además ello, por gestión de la Jueza de ese fuero que nos recibió, pude visitar también un Juzgado en lo Comercial con competencia en Concursos y Propiedad Intelectual. Ambas visitas significaron una interesante experiencia, cuyas principales conclusiones es interesante compartir.

En lo referente a la estructura de los Juzgados, en ambos casos, la dotación de personal es similar a la de nuestros Juzgados en lo Civil y Comercial, y la cantidad de causas ingresadas por año es menor (aunque no mucho). Llama mucho la atención que los empleados dependan de la comunidad autónoma y los Jueces y Secretarios, del Gobierno central, lo cual trae varios problemas

a la hora de ejercer por parte de estos últimos la necesaria auto-ridad sobre aquéllos (sobre todo para la aplicación de sanciones). Una importante diferencia (que he expresado en varias oportunidades) es la flexibilidad de los horarios del personal, que pueden acordarlo con el Juez.

Los Juzgados no tienen mesa de entrada (al menos como la conocemos nosotros). La necesidad de examinar los expedientes es mucho menor que en nuestro medio. La diferencia está dada esencialmente por la simplicidad del procedimiento, la mayor cantidad de información confiable a la que se puede acceder por vía informática, y la notificación con copias. Además -la verdad sea dicha- en nuestro medio, en muchos casos la asistencia a la mesa de entrada es más una costumbre que una necesidad real (es más, tengo la teoría de que si en el edificio del Tribunal no hubiera un bar, concurrirían muchos menos abogados; pero, naturalmente, por ahora es sólo una teoría sin ningún basamento probatorio).

En cuanto al equipamiento tecnológico, se nota una importante superioridad de recursos respecto de nuestros Juzgados, sus computadoras tienen mayor capacidad y cuentan con accesorios de gran valor para agilizar el trabajo, como: equipos multifunción que se pueden utilizar como impresora, fotocopidora, fax o escáner, equipos de grabación para las audiencias, etcétera.).

Cabe notar que nuestras fallencias en equipamientos era mayor en 2010 que en la actualidad, puesto que en los últimos años se han incrementado los equipos y se han reemplazado una importante cantidad de máquinas desactualizadas. No obstante, seguimos padeciendo de un importante atraso tecnológico, más acentuado en cuanto a software que en cuanto a equipamiento.

El software de administración de procesos que se utiliza (al menos, el que se utilizaba en esa época) es muy similar al que se está instalando en nuestro Poder Judicial (más conocido como «sistema nuevo»). No he podido verificar la información cargada (como por ejemplo si está agregada la documentación y los escritos) ni el proceso de carga de la misma (que es el mayor problema que he visto al observar funcionar el sistema nuevo en nuestro ámbito, donde la carga se realiza por personal del Juzgado). Sí pude apreciar que están cargados los diferentes decretos y resoluciones en forma completa, y las audiencias grabadas con imagen y sonido. La carga de esta información es automática.

En lo que respecta al procedimiento, su ley de enjuiciamiento civil (ley 1/2000) prevé varias disposiciones de gran interés. El trámite es responsabilidad del Secretario, interviniendo el Juez cuando se plantea un recurso sobre alguna cuestión decidida por el Secretario. Antes de la producción de la prueba se debe celebrar una audiencia

en la que el Juez debe intentar una conciliación y, si ello no fuera posible, fijar los hechos controvertidos y las pruebas que se han de producir respecto del mismo. El apercibimiento para la incomparecencia de la parte actora o su letrado es la de considerar su desistimiento (tal como lo prevé el art. 559 C.P.C.C. para el juicio oral, aunque éste lo dispone para la audiencia de vista de causa, que no tiene similitud con la audiencia previa al juicio). Luego de fija la fecha del juicio, en el que se producen todas las pruebas que son posibles (testimonios, confesión o explicaciones de peritos). Las que no lo fueran (como los pedidos de informes o los peritajes), se deben producir antes. La sentencia se debe dictar dentro de los veinte días posteriores. Todo este procedimiento es similar al previsto por los arts. 555 y siguientes del C.P.C.C., salvo en lo que respecta a la audiencia previa (que en nuestro ordenamiento no existe). La audiencia previa a la prueba es de enorme valor, a fin de sanear la causa y producir sólo la prueba necesaria. En España se la utiliza con responsabilidad y tiene efectos muy importantes sobre la eficiencia del sistema. Tuve la oportunidad de asistir a dos audiencias previas. En uno de los juicios se debatía la responsabilidad del demandado en un accidente de tránsito. Las partes estaban de acuerdo con la ocurrencia del hecho y la cuestión debatida era solamente la incapacidad de la víctima. La única prueba admitida fue un peritaje

médico y la asistencia del perito al juicio para dar explicaciones si las partes o el Juez las requerían. En el Código Procesal de la Nación está prevista una audiencia similar con el nombre de «audiencia preliminar». En innumerables oportunidades me he expresado a favor de la implementación de una audiencia de este tipo. Si bien ello implica la disposición de un determinado tiempo por parte del Juez, en muchos casos tiene por resultado la finalización del pleito (por transacción) o sienta las bases de un pronto arreglo. Por otro lado, permite centrar el objeto de la prueba o sea, fijar los hechos controvertidos, únicos, sobre los que se debe producir prueba y alegar sobre su mérito. Respecto de este tema no puedo dejar de recordar (a modo de comparación con el sistema español) dos casos emblemáticos que me tocó resolver (entre los muchísimos que existen). En uno, se debatía la responsabilidad de una agencia de turismo y un operador local por el accidente sufrido por un menor en su viaje de estudios. Analizado el expediente, sólo había una cuestión de hecho a resolver (otras eran de derecho) y de las pruebas producidas sólo eran útiles cuatro o cinco testimonios, un video, algunas pocas fotografías y un peritaje médico. La causa demoró cinco años y tenía más de mil trescientas fojas, a lo que hay que sumarle cuantiosa documentación reservada en Secretaría. En otra oportunidad, se debatía la responsabilidad de la empresa prestadora

EXPERIENCIAS DE LOS JUECES BECARIOS EN ESPAÑA

del servicio de transporte ferroviario, de los conductores del tren y de la concesionaria de una ruta en el accidente protagonizado entre un tren y un automotor. El hecho controvertido era uno solo (las demás cuestiones eran de derecho) la prueba útil era un peritaje, las confesiones de los participantes en el hecho y algunos pocos testimonios. La causa demoró cinco años y acumuló casi mil fojas, también, más la copiosa documentación reservada en Secretaría. De haberse podido realizar una audiencia previa con la fijación de los hechos controvertidos y la prueba relativa a los mismos, ninguna de las dos causas podría haber tenido más de cien fojas y no deberían haber demorado más de cinco o seis meses (incluso, el tiempo podría ser menor si las partes hubieran sido diligentes en el impulso del proceso). La inclusión en nuestra ley procesal de una audiencia preliminar y una audiencia de producción de la prueba y de vista de causa (o, como dice la ley española, de juicio) es, sin dudas, una materia pendiente.

El proceso español es un excelente ejemplo de la utilidad de esta audiencia, y de la inmediatez del Juez en el juicio, pero también lo debemos tomar como ejemplo de la influencia que tiene sobre la eficiencia del proceso la disposición de medios técnicos y logísticos adecuados. Como es obvio,

este procedimiento sin la necesaria tecnología, adiestramiento del personal e infraestructura, y con un excesivo número de causas, está condenado al fracaso.

Volviendo a la actividad desarrollada, como dije, también visité un Juzgado con competencia en Concursos y Propiedad Intelectual. Allí centré mi atención en el procedimiento concursal, que -por cierto- tiene algunas diferencias importantes con el nuestro. La que más me llamó la atención es que las funciones que entre nosotros cumple la sindicatura, en España la cumple un funcionario judicial. Por otro lado, el procedimiento es más engorroso que el nuestro y su eficiencia deja mucho que desear. El Juzgado está abarrotado de documentación, los expedientes son voluminosos y el procedimiento bastante largo. En esta materia, no tenemos nada que envidiarles.

Como conclusiones puedo esbozar las siguientes:

- La posibilidad de fijar, previo al juicio, los hechos controvertidos y la prueba relativa a los mismos y una audiencia para la producción de toda la prueba posible y la alegación de las partes, esencial para lograr un proceso eficiente y evitar el dispendio de esfuerzos y recursos que lo prolongan y encarecen.

Recordemos, Couture dijo: en el proceso el tiempo es más que oro, es justicia.

- Para ello, además de la modificación del Código Procesal son necesarias la provisión de tecnología y su infraestructura, con una adecuada cantidad de causas por Juzgado. Sin estas condiciones, el sistema no tiene posibilidades de funcionar; y está destinado al fracaso.

- La flexibilidad en el horario de trabajo de los empleados (pudiendo ser acordado con los Jueces) es un elemento que permite aumentar la eficiencia y com-promiso del personal.

- La filmación de audiencias es una herramienta fundamental para permitirle al Juez apreciar todos los detalles de la misma (en especial las respuestas, no sólo verbales, sino también gestuales, de los declarantes), en el momento mismo del dictado de la sentencia.

- La mejor forma de evitar el incordio que se genera en las mesas de entrada (sobre todos para los abogados litigantes) es no tener mesa de entrada. Ello sólo se puede lograr mediante la simplificación del proceso y la incorporación de tecnología que permita acceder a información vía informática. No tengo dudas: aunque el procedimiento sea íntegramente digital (como debería ser y algún día lo será),

mientras haya mesas de entrada habrá abogados haciendo cola y quejándose por ello, más si hay un bar dentro del mismo edificio en el que se puedan reunir con otros colegas para hacerles saber de tales penurias.

Espero que estas conclusiones sean de utilidad para abrir el necesario debate sobre la forma en que se debe litigar en el futuro. Los expedientes de papel, con miles de fojas cosidas a mano con hilo «choricero», generalmente desarmados, pertenecen al pasado. Su escaneado para incorporarlo a un sistema informático, es la digitalización del pasado, y la afectación de ingentes recursos presentes que se podrían afectar a otra actividad. Ello sólo puede tener sentido con el objeto de preservar la historia, pero no si lo que se quiere es preparar al sistema judicial para el futuro. La incorporación de nuevos conceptos y de tecnología adecuada es el único camino apto para lograr un proceso eficiente que pueda servir a nuestros hijos. Lo que pude observar en España es un ejemplo de esto, aunque incompleto, a mi criterio. De todos modos, es la buena senda. Creo que vale la pena seguirla ■

AYUDA SOLIDARIA

La Subcomisión de Ayuda Solidaria como Embajadora Social

Y estrechamente vinculada con la devoción por el prójimo es que espontáneamente ha visto la luz en la sede del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Santa Fe – Delegación Sur, la Subcomisión de Ayuda Solidaria. En el afán de que el funcionario del Poder Judicial no intervenga en la sociedad simplemente con el dictado de sentencias y asistencia al justiciable, se ha creado esta subcomisión para llevar adelante proyectos que superen la abstracta respuesta de los habitantes al derecho de petionar a las autoridades.

Hoy por hoy el mundo entero enfrenta crisis laborales, económicas, financieras y de muy diversa índole y efectos, acrecentando la condición de vulnerabilidad en que se encuentran muchas personas y colocando a tantas otras en estas nuevas condiciones. El Colegio ha escogido no permanecer impermeable a

ello y ha construido un ámbito el que la redistribución es el mensaje central.

Por eso, ha tenido gran eco la jornada realizada el pasado 8 de junio, en la que se tejieron cuadrados para la confección de mantas para los hogares «Sol de Noche» y «Hogar del Padre Misericordioso». En el primero de ellos se alojan personas en situación de calle y aquéllos en recuperación de adicciones a drogas y alcohol; y en el segundo, se alojan personas en situación de calle. Quienes no saben tejer han colaborado acompañando y recolectando infusiones y diversos elementos que ayudan al sostenimiento de los hogares. En la misma línea se reciben en todo momento donaciones de estufas, frazadas, mantas, y cualquier otro útil que pueda paliar los grandes fríos del invierno, como ropa de acuerdo a las diferentes estaciones del año, para donarla a

instituciones benéficas. También estamos recolectando alimentos no perecederos para llevarlos a comedores escolares y tapitas de botellas. Siempre que sean plásticas, pueden ser de aceite, gaseosas, soda, agua, y todo tipo de bebidas. El destino es el Hospital de Niños para ayudar a los pequeños.

En el seno de la Subcomisión estamos siempre dispuestos a recibir propuestas como las descritas, que cada asociado quiera acercar o bien nos haga conocer puntos vulnerables a fines de tomar acciones directas. Nos comprometemos a analizar y proponer a la Comisión Directiva en su caso, todas las iniciativas de los asociados que quieran acercarnos una ■

RECORDATORIO

Falleció el Procurador de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia Dr. Agustín Daniel Basso

El 26 de marzo del 2012 nos dejó «Chiche» un ser muy especial, un hombre sanguíneo y un Magistrado probo, idóneo y de una larga trayectoria en el Poder Judicial de nuestra provincia (49 años y 10 meses), en la que transitó con hidalguía, demostrando una gran vocación y compromiso con la Justicia. Comenzó su carrera en marzo de 1962 como escribiente subrogante y en noviembre del mismo año consiguió su titularización. A partir de allí de manera ininterrumpida, ocupó distintos cargos en condición de empleado hasta que en el año 1975 alcanzó el de Secretario de Primera Instancia. Tres años después fue designado Juez en el interior de la provincia, más precisamente en la ciudad de Melincué. En el año 1980 regresó a Santa Fe para hacerse cargo del Juzgado de Sentencia N° 2, y en 1989 llegó a la Cámara Penal de Santa Fe, hasta el año 2007 en que fue nombrado Procurador General de la Corte Suprema, donde permaneció hasta su fallecimiento.

La otra pasión que abrazó con dedicación y convicción fue el

asociacionismo ejercitándolo a través de nuestro Colegio y también en la Federación Argentina de la Magistratura (F.A.M.). En el primero ocupó distintos cargos hasta llegar a la Presidencia, la que tuvo que resignar para desempeñarse como Procurador, y lo mismo ocurrió con la F.A.M., de la que fue Secretario, Tesorero y Vicepresidente.

Se distinguió por su fuerte personalidad. Fue un hombre temperamental, un crítico severo de lo que le parecía injusto, erróneo o simplemente mal hecho. Ninguna autoridad por poderosa que fuera lo doblegó o lo sedujo. Jamás pidió nada y lo que logró fue por mérito propio, por su ineludible empeño y fundamentalmente por su honestidad en todos los sentidos. Su rebeldía era innata, y lo acompañó hasta sus últimos días y ni siquiera su enfermedad pudo doblegarla.

Luchó en cualquier terreno por un Poder Judicial independiente y para que los jueces tuviesen las condiciones necesarias que les permitieran alcanzar un eficaz y libre desempeño.



Como las dos caras de una misma moneda, tenía otro perfil, quizás un poco más oculto, pero quienes pudieron conocerlo a fondo, lo descubrieron y era el que realmente lo distinguía: el otro fue simplemente una coraza para enfrentar la lucha. En esa versión diferente aparecía el verdadero Chiche, un tipo agradable, significativamente humano que transmitía la sabiduría de su vida, muy extensa y rica. Era un compañero sin dobleces, duro pero extremadamente generoso. Jamás negó un consejo y si tuvo que reclamar y exigir por alguien que lo merecía lo hizo sin medir consecuencias y hasta enfrentándose con quienes tenían que

tomar decisiones, como si se tratara de una causa propia.

Una de sus mayores debilidades era su familia: su esposa y sus dos hijos, por los que veló siempre y sin límites.

Además supo cosechar un número incalculable de amigos fuera y dentro de los Tribunales, que hoy lloran con profunda tristeza su partida pero que habrán de recordarlo con el orgullo de haber sido sus amigos.

Vayan desde este humilde espacio las sentidas condolencias a su familia. Se fue un grande, al que recordaremos por siempre.

*Adios amigo Chiche
y gracias por todo lo que nos diste.*

COLOFÓN

A lo largo de los párrafos que anteceden hemos hecho una breve pero frondosa recorrida por la actividad que la Delegación Sur del Colegio de Magistrados de la provincia de Santa Fe ha desplegado a lo largo del año 2011 y de lo que llevamos transitado del presente.

Sin dudas y como habrá podido comprobar el lector, la Institución da desde múltiples aristas respuesta a cada objetivo plasmado en los estatutos que norman la vida de la colegiatura: defender el estatuto de la magistratura; asistir a sus asociados en toda actividad que propenda al desarrollo de las facetas personal, social, académico, laboral, entre tantas otras; promover el constante mejoramiento de la administración de justicia; y así, completando cada una de las finalidades para las que nos nucleamos allá por los años '60.

Por supuesto que lo hecho sirve de base y no de límite. Permanentemente buscamos adaptarnos a las condiciones imperantes para poder brindar a nuestros asociados la mejor de las opciones en cada

una de nuestras competencias, porque ¿qué es el hombre, sino el hombre y sus circunstancias?

A veces esas circunstancias son favorables, otras, hostiles. En las primeras aprovechamos la oleada positiva -reforma procesal penal, procesal de menores, de legislación civil y comercial, conferencias académicas- y en las segundas, las enfrentamos con bravura -amenazas a la independencia judicial, retraso en el pago de salarios-. Pero siempre con el apoyo incondicional de todos los asociados que dan vida al Colegio y sin los cuales nada sería posible.

Como siempre, y recordando que sin la sumatoria de voluntades individuales no podríamos proyectarnos como Colegio de Magistrados y Funcionarios, invitamos a todos los lectores a participar activamente de esta iniciativa que nació hace ya más de cuarenta años, para expandirnos hacia fronteras que aún no conocemos y reforzar los cimientos de las tierras conquistadas



DR. MARCELO QUIROGA | Juez de 1^{ra} Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial, 7^{ma} Nominación, Rosario.

Noticias sobre la procreación asistida

Introducción

El presente trabajo se propone brindar un mínimo panorama sobre aspectos vinculados a la problemática de la procreación asistida con el objetivo de proveer algunos datos que puedan resultar de interés a la hora de encarar nuestras funciones como Magistrados y Funcionarios.

Se ha dicho que la infertilidad es la incapacidad de concebir un hijo en forma natural o de llevar un embarazo a término después de un año de vida sexual activa.

Tal afección ha sido uno de los mayores problemas sociales y médicos desde los albores de la humanidad por encontrarse directamente relacionada con la supervivencia de la especie.

En la antigüedad se la consideró un castigo divino, otras veces se atribuyó a factores meteorológicos y algunas civilizaciones, como los egipcios y los griegos, la consideraban una enfermedad.

La importancia que en todas las épocas ha tenido este tema -las parejas que en-

frentan problemas de fertilidad oscilan entre el 10% y el 20% de la población en edad reproductiva- ha llevado a los científicos a realizar innumerables estudios e investigaciones, desarrollando nuevas técnicas que han permitido obtener más y mejores opciones para enfrentarlo.

Además, la imposibilidad de procrear es una deficiencia que puede afectar en forma real y efectiva la calidad de vida comprometiendo la salud psicofísica de la pareja. Alguna autora dijo que quienes padecen este tipo de dolencias ven afectado su cuerpo, su psiquis y, en la mayoría de los casos, su alma.

Antecedentes

El primer antecedente de reproducción asistida se remonta al año 1790 donde consta el primer reporte sobre un nacimiento mediante inseminación artificial homóloga en Gran Bretaña.

En 1890 se tiene noticia del primer nacimiento, utilizando inseminación heteróloga en los Estados Unidos.

Pero el gran descubrimiento en técnicas de reproducción asistida se produce en 1978, cuando Patrick Steptoe y Robert G. Edwards dieron a conocer el nacimiento de la primera niña, nacida a través de la medicina reproductiva.

Fue Louise Brown, quien hoy, cumplidos ya sus 34 años, ha sido madre de modo natural. Brown fue mundialmente reconocida como la primera bebé de probeta de la historia de la humanidad.

Una década más tarde, Lanzendorf hizo público un novedoso sistema denominado ICSI (Intra Cytoplasmatic Semen Injection, en castellano: inyección espermática intracitoplasmática) mediante el cual nacieron nuevas esperanzas para muchos hombres cuyo daño espermático era tal que, antes de este descubrimiento sólo hubieran tenido el recurso de acudir a la donación de esperma para lograr la concepción. Hasta entonces, todos los métodos que ayudaban a conseguir un embarazo estaban dedicados al tratamiento sobre la mujer.

A partir de allí hubo enormes y sorpren-

dentes avances, sobre todo en lo que respecta al laboratorio de reproducción y a los medios de cultivo embrionario, que lograron aumentar sensiblemente las posibilidades de cada tratamiento.

Métodos

La reproducción asistida comprende un conjunto de técnicas y procedimientos mediante los cuales se brinda ayuda científica y asistencia al proceso por el cual se puede lograr el embarazo y que tienen como objetivo facilitar las condiciones para que se produzca la fecundación.

Las técnicas mediante las cuales se intenta ayudar a la unión de los gametos masculinos y femeninos y aumentar así las posibilidades de embarazo pueden diferenciarse entre las de baja complejidad y las de alta complejidad.

En las técnicas de baja complejidad -como la inseminación artificial- la fertilización se lleva a cabo en el ambiente natural (trompas de Falopio). El procedimiento consiste en inducir una estimulación leve

de la ovulación con medicación, la cual se va monitoreando por ecografía y eventualmente, dosajes hormonales. La muestra de espermatozoides, obtenida en la mañana del día de la ovulación se prepara y se inyecta más tarde ese mismo día. Si se lleva a cabo con el espermatozoide de la pareja de la mujer, se la conoce como inseminación homóloga y si el espermatozoide utilizado proviene de donantes anónimos, se la define como inseminación heteróloga.

En las técnicas de alta complejidad la fertilización se produce fuera del cuerpo (en el vidrio). La técnica original se denomina FIV y en la misma, la fertilización del óvulo por el espermatozoide se produce en un medio artificial como lo es el laboratorio, pero el proceso de fertilización es totalmente natural ya que se colocan un promedio de 200.000 espermatozoides alrededor del óvulo, el que será penetrado naturalmente por uno de ellos y así se formarán los embriones que serán transferidos a la cavidad uterina por medio de diferentes tipos de catéteres mediante un procedimiento sencillo e incruento.

Cuando la muestra espermática es muy

pobre y se sospecha que es poco posible que los espermatozoides puedan fertilizar solos o que éstos debían obtenerse por cirugía de testículo o punción de epidídimo, se utiliza la técnica ICSI mediante la que se inyecta un espermatozoide en cada ovocito, lo que favorece el proceso de fertilización.

La tasa de nacimientos derivadas de la FIV es de aproximadamente un 15% para cada ciclo de tratamiento, porcentaje que no difiere en demasía de lo observado en parejas fértiles normales.

Estadísticamente la técnica ICSI cuenta con una probabilidad de éxito que oscila entre un 20% y un 40% por cada ciclo de tratamiento, lo que lleva a una tasa acumulativa de embarazo de aproximadamente el 60% después de cuatro intentos realizados. (cfr. «Los resultados de alta complejidad del IFER. La visión desde el laboratorio», publicado en revista SA-MER -Soc. de Medicina Reproductiva-, 2008, vol 2. n2).

Tanto la FIV como el ICSI comparten los mismos pasos. La única diferencia está

en la etapa del laboratorio, donde en el primer caso se deja que los espermatozoides fertilicen solos y en el segundo se inyectan los espermatozoides directamente en los ovocitos.

Conjuntamente con el ICSI surgió la técnica de la criopreservación que permitió solucionar uno de los mayores riesgos en las técnicas de reproducción asistida como es el de los embarazos múltiples. Con esta herramienta se pudo limitar el número de embriones a transferir y se evitó descartar material invaluable como embriones u ovocitos que podrán ser utilizados en otros intentos.

Además, con la criopreservación tanto de embriones, de semen -como recientemente- de óvulos, tejido ovárico y tejido testicular, se logra proteger la fertilidad de aquellas personas que deben someterse a tratamientos de enfermedades como el cáncer, que pueden dañar la fertilidad y que hoy presentan una buena tasa de supervivencia. Estos pacientes pueden utilizar la criopreservación preventiva de gametos antes de someterse a tratamientos potencialmente esterilizantes, para que en

su debido momento puedan usarse técnicas de fertilización asistida.

Cuando uno de los integrantes de la pareja carece de la posibilidad de lograr el embarazo con sus óvulos y esperma, se puede recurrir a la donación de gametos. La donación de esperma es conocida desde antaño (al menos desde 1890) y puede ser utilizada con técnicas de baja complejidad.

Por el contrario, la donación de óvulos (ovodonación) recién fue posible con la aparición de la técnica de fertilización in vitro y es utilizada en mujeres sin función ovárica o con función ovárica insuficiente, o en casos de riesgo de enfermedades genéticamente transmisibles.

Cuando la mujer produce óvulos normalmente pero resulta incapaz de llevar el embarazo a término, se recurre a una tercera persona a quien se denomina «madre gestante», mujer que gesta un embrión no ligado a ella genéticamente. Caso distinto al de la madre subrogada, supuesto de mujeres que carecen de útero y ovarios o existen posibilidades de transmitir alguna enfermedad o defecto

genético a su descendencia, donde con el semen de la pareja se insemina artificialmente a la madre subrogada quien lleva a término el embarazo y luego entrega el niño a los padres que lo deseaban.

La medicina reproductiva continúa trabajando para aumentar las probabilidades de éxito de los tratamientos y reducir los riesgos de embarazo múltiple, llegando incluso a transferir un único embrión de buena calidad y hasta un máximo de dos embriones (cocultivo de los embriones agregando células endometriales; estudios de los mecanismos de implantación; etc.).

La Argentina, por su parte, tiene una larga y exitosa trayectoria en el uso de tratamientos de fertilización asistida.

Los doctores Roberto Nicholson, Nicolás Neuspiller, Roberto Coco y Santiago Brugo Olmedo trajeron la fertilización in vitro a nuestro país. Este último recordaba en un periódico nacional que «en 1985 realizamos el primer ciclo de pacientes. Increíblemente, la primera, una mujer tucumana que llevaba diez años intentando concebir un bebé, se embarazó

en ese primer intento y tuvo mellizos en 1986» («La Nación» del 5.10.2010)

Existen actualmente dieciocho centros acreditados para el desarrollo de técnicas de reproducción asistida. La acreditación la realiza el Capítulo de Fertilización Asistida de SAEF (Sociedad Argentina de Esterilidad y Fertilidad). Esto significa que en ellos se han evaluado la idoneidad profesional, los métodos utilizados y los procedimientos de fertilización, el laboratorio, medios de cultivo utilizados, resultados, registro de historias clínicas y validación de resultados, entre otros. Estos centros se ubican básicamente en la ciudad de Buenos Aires, Rosario y Córdoba.

Panorama legal

Es sabido que las técnicas de reproducción humana asistida han dado lugar a cuestionamientos basados en razones de tipo ético, religioso, entre otras, alegándose que tal técnica disocia la sexualidad de la reproducción; la concepción de la filiación; las nociones de padres biológicos y padres legales, y mixtura la identi-

dad biológica, cuestiones fundamentales para otorgar protección al concebido, aunque nuevas tendencias otorgan dicha protección a las células embrionarias en sí mismas por ser las que llevan ínsita la posible vida humana, no obstante que la ley argentina hable solamente de concepción y seno materno.

Sin embargo, no puede soslayarse que tales técnicas no se encuentran prohibidas y, de hecho, se practican cotidianamente desde hace unos 25 años en nuestro país.

Es por eso que a nivel nacional se cuentan más de treinta proyectos de ley elaborados con un amplio y prologando trabajo parlamentario, no habiéndose logrado hasta el presente promulgar una ley con alcance nacional que regule la materia.

Interesa destacar que el Proyecto de ley de Unificación de los Códigos Civil y Comercial, enviado al Congreso recientemente por el Poder Ejecutivo nacional, incluye un capítulo referido a la fertiliza-

ción asistida. Así, el artículo 19 establece que «la existencia de la persona humana comienza con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción humana asistida, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado».

Contiene también un capítulo dedicado a «Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida», consagrando tres tipos de filiación: por naturaleza, por el uso de las técnicas de reproducción asistida y por adopción.

Establece, en lo que es de interés para este artículo, que las personas que se someten a este tipo de técnicas o tratamientos deben prestar consentimiento previo, informado y libre, el cual debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos, debe protocolizarse ante escribano público e inscribirse en el Registro Civil inmediatamente que el niño nace y es revocable mientras no se haya producido la concepción o implantación en la mujer.

Tal consentimiento fija la voluntad procreacional con independencia de quien haya aportado los gametos y determina la filiación.

Regula la gestación por sustitución, exigiendo la homologación del consentimiento por autoridad judicial. Se trata de un proceso con reglas propias que culmina con una decisión judicial de autorización. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de filiación por la naturaleza. También prevé el supuesto de filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida, estableciendo como regla la prohibición. Permite, sin embargo, una manifestación de voluntad, en el sentido de que en caso de fallecimiento se acepta que el material reproductor sea inseminado dentro del año siguiente al deceso.

En caso de reproducción asistida con gametos de un tercero se garantiza el derecho a la información de las personas nacidas a través de estas técnicas, previa evaluación de la autoridad judicial, fijando como regla el anonimato

con algunas excepciones. Prescribe que en estos casos no se generará vínculo alguno con los terceros dadores de los gametos, salvo a los fines de impedimentos matrimoniales.

La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que tienen voluntad de ser padres o madres.

También es importante señalar que en el mes de junio del corriente año, la Cámara de Diputados de la Nación dio media sanción al proyecto de ley que incluye en el Plan Médico Obligatorio los tratamientos y procedimientos de fertilización asistida.

En nuestra provincia merece destacarse que, durante este mes de julio, la Cámara de Senadores dio media sanción a un proyecto de ley que va en sintonía con el aprobado por los diputados nacionales. Entre los puntos más salientes se regis-

tran: reconocimiento de la infertilidad como enfermedad; cobertura asistencial integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización en consonancia con lo establecido por la OMS; incorporación de la cobertura médico-asistencial integral de tales tratamientos al Programa de Prestaciones, a cargo del Instituto Autárquico de Obra Social (I.A.P.O.S.) y, además, dentro de las prestaciones de las Obras Sociales y de Medicina Prepaga con actuación en el ámbito de la Provincia de Santa Fe y establece como objetivos regular, controlar y supervisar los centros médicos que realicen diagnósticos y tratamientos de la infertilidad y los procedimientos de fertilización asistida,

A la par, el Poder Ejecutivo provincial promovió la realización de este tipo de prácticas en establecimientos públicos dentro del marco presupuestario disponible. Así puede recordarse que a fines de 2011, el Ministro de Salud de la provincia, anunció que se comenzarían a realizar tratamientos de inseminación artificial en el Hospital Centenario de Rosario. El programa de atención pública

está destinado a los afiliados al I.A.P.O.S. y a quienes no tengan cobertura de una Obra Social o Prepaga.

En la Provincia de Buenos Aires está vigente la ley 14.208 y sus decretos reglamentarios 2980/10 y 564, en cuya fuente han abrevado los senadores santafesinos para elaborar el proyecto a que antes se ha hecho referencia. Dichas normas consideran a la infertilidad como enfermedad y disponen su cobertura por parte del I.O.M.A., Obras Sociales y empresas de Medicina Prepaga que actúan en el ámbito de la provincia.

Igualmente se encuentra legislada la materia en otras provincias tales como Río Negro, mediante Ley 4557 (23.7.2010) que reconoce el derecho a la descendencia como parte de los derechos sexuales y reproductivos y por lo tanto, reconocidos como derechos personalísimos, e incorpora los tratamientos de fertilización asistida en las prestaciones del Instituto Provincial de Seguro de Salud.

La ley 9695 de la Provincia de Córdoba (19.11.2009) incorpora la cobertura de

tratamientos de fertilización asistida a fin de promover el desarrollo familiar, por parte de la Administración Provincial del Seguro de Salud.

Panorama jurisprudencial

En el ámbito de los Tribunales -tanto nacionales como locales- las disputas han provenido, principalmente, de la resistencia de las Obras Sociales y empresas de Medicina Prepaga en costear los tratamientos y han sido canalizadas generalmente a través de recursos de amparo o medidas cautelares.

Para oponerse a su cobertura se ha argumentado principalmente que la infertilidad no se trataría de una enfermedad, que las Obras Sociales y empresas de medicina no se encuentran obligadas a la cobertura de los tratamientos por no estar contenidos en el P.M.O. o esquemas prestacionales; por insumir importes significativos que ponen en riesgo la cobertura del resto de sus beneficiarios; porque no se verifica un supuesto de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta

(requisito habilitante del amparo) al no existir legislación que obligue esa cobertura, la que, además, por la magnitud de los costos y problemas éticos involucrados, resultaría indispensable.

Precisamente la línea argumental que tiene que ver con el aspecto económico adquiere singular importancia habida cuenta el elevado costo de las prácticas médicas y terapéuticas, en especial los de alta complejidad, a lo que se añade que, generalmente deben realizarse más de un intento para conseguir el embarazo.

De los casos registrados se desprende que el criterio mayoritario se inclina por imponer a Obras Sociales y empresas de medicina la cobertura de estos tratamientos

Los principales argumentos para arribar a tal solución pueden sintetizarse así:

-La infertilidad es una enfermedad (la Organización Mundial de la Salud define a la salud como «un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades»).

-La negativa de cobertura por parte de Obras Sociales y empresas de medicina afecta derechos fundamentales como el derecho a la salud, específicamente a la salud reproductiva, y al de formar una familia.

-Las prestaciones establecidas en el Plan Médico Obligatorio consituyen un piso mínimo que las Obras Sociales deben garantizar, pero tendrá que ser actualizado periódicamente receptando los avances de la ciencia respecto del descubrimiento de distintas patologías y la forma de tratarlas, curarlas o atenuarlas.

-Hay un derecho inalienable a la reproducción, que tiene soporte en el derecho constitucional a constituir una familia. Al hablar de familia es inevitable la asociación natural que se hace con el derecho a reproducirse que tiene el hombre. La protección a la familia supone el derecho a la procreación.

Fuera del ámbito de la cobertura asistencial de los tratamientos, los Tribunales capitalinos debieron resolver un caso en el que una mujer, cuya relación matrimo-

nial había terminado y se encontraba en trámite su divorcio, pretendió utilizar unos embriones criopreservados que se habían obtenido durante el matrimonio. Ante la oposición del ex-marido, la mujer acudió a la Justicia, la que le otorgó la razón sobre la base de dos argumentos, a saber:

-la protección de los embriones al otorgarles el estatus de persona por nacer;
-el consentimiento del ex-marido al aceptar la paternidad biológica desde el momento en que accedió al tratamiento de fertilización asistida.

Conclusión

Como ocurrió con otros avances de la medicina (medicamentos para el tratamiento del HIV, cirugía bariátrica, etc), son los tribunales los que, determinados por las circunstancias, van marcando el camino en materia de procreación asistida.

No parecería convalidable el que, existiendo la posibilidad concreta de lograr el embarazo y así formar una familia, puedan esgrimirse motivos jurídicos, económicos e inclusive éticos para impe-

dirlo, sino a riesgo de lesionar derechos del más alto raigambre.

Sin embargo, tampoco parece convalidable que ese debate jurídico, económico y ético que involucra la problemática examinada, quede exclusivamente en manos de los jueces. Más allá de que se compartan las decisiones individuales que se han adoptado en orden a la obligación de cobertura por las Obras Sociales, se considera que no es el Poder Judicial el ámbito para aquel debate.

Es que aspectos tales como quiénes pueden acceder a estos tratamientos, con qué cobertura asistencial contarán, el control y la regulación sanitaria de los institutos y personal médico que ofrece estos servicios, regulación de la paternidad y maternidad para los nacimientos logrados con el uso de estas técnicas, la regulación del destino y conservación de los embriones criopreservados, la implantación o inseminación post-mortem, la donación de gametos y el eventual derecho a la información del niño, entre otros, reclaman urgente regulación por conducto de los órganos constituciona-

les encargados de la tarea legaferante.

Ese parece ser, por fin, el camino que se ha tomado con los citados proyectos de unificación de la legislación civil y comercial y con el aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación sobre la incorporación en el Plan Médico Obligatorio ■



DRA. ROXANA MAMBELLI | Jueza de la Cámara de Apelaciones en lo Laboral, Sala II, Rosario.

¿Quién protege al Fuero Laboral de los riesgos del trabajo? (a propósito de la L.R.T)

1. Brevísimas reseña del sistema diseñado por la LRT

1.1. Cuando entró en escena la ley 24557 sobre Riesgos del Trabajo (LRT) se produjo un quiebre en el sistema vigente hasta el momento, cuyas nefastas consecuencias -creo- nunca fueron imaginadas por los detractores de la ley que, cabe aclarar, fuimos la inmensa mayoría.

Recordemos que, hasta ese momento, las leyes sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales¹ habían tenido como protagonistas a los trabajadores y derechohabientes como víctimas de los infortunios (lato sensu), a los empleadores y a las compañías de seguros, cuya contratación, desde ya, no era obligatoria.

Paralelamente, existía la denominada «acción especial» o «tarifada», a cuyo amparo la reparación de los daños se registraba a favor del trabajador con una carga probatoria acotada, a cambio de una indemnización forfataria. Existía en ellas la posibilidad del trabajador de «optar» por el derecho común, sin techo indemnizatorio pero con la car-

ga de acreditar todos los presupuestos de la reparación civil. Empero, ambos sistemas eran excluyentes entre sí, y la iniciación de una acción judicial o la percepción de cualquier suma de dinero en virtud de uno de ellos importaba la renuncia al otro².

Por supuesto, estaba habilitada la intervención administrativa (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y sus delegaciones provinciales con competencia en lo laboral³).

La última ley vigente -la 24028- inclusive, había eliminado la «indiferencia de la concausa», tornándose indemnizable – en caso de concurrencia de factores atribuibles al trabajo y al trabajador- sólo la incidencia del factor laboral.

Los sistemas tarifados funcionaban bastante bien y eran escasas las «fugas» al derecho común, excepto cuando la tarifa dejó de ser reparatoria por la existencia de topes y del proceso inflacionario y cuando la situación particular del trabajador tornaba inequitativa la percepción de una indemnización limitada.

1.2. En ese contexto es que, como dije al comienzo, irrumpió la LRT, cuya entrada en vigencia operó el 01.07.1996⁴.

Sin intención de profundizar detalladamente en la explicación del sistema (lo que sería imposible en este trabajo por su extensión y complicaciones), pero como mínimas pautas para entender los cuestionamientos de la que fuera objeto desde su misma sanción, baste decir que los sujetos principales son los damnificados y sus derechohabientes⁵ y las ART, con quienes los empleadores están obligados a la contratación de un seguro, abonando una cuota mensual determinada por aquella, a partir de pautas regladas.

Se crean como parte necesaria del régimen las Comisiones Médicas⁶ (art. 21 de la LRT), encargadas, principalmente, de determinar la naturaleza laboral del accidente, o del profesional de la enfermedad, el carácter y grado de la incapacidad, el contenido y alcance de las prestaciones⁷. Las resoluciones de las Comisiones Médicas, según el art. 46, 1., son recurribles y se sustanciarán ante el

Juez Federal con competencia en cada provincia o ante la Comisión Médica Central a opción de cada trabajador.

En este sistema cerrado, el empleador deja de ser responsable por las consecuencias de las «contingencias», las que se trasladan a la ART, obligada al otorgamiento de prestaciones médicas, en especie y dinerarias. El empleador tiene acotada su responsabilidad al mínimo, por algunos incumplimientos para con el sistema.

Es así que el art. 39, LRT expresa que «las prestaciones de esta ley eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos, con la sola excepción de la derivada del art. 1072 del Código Civil»⁸.

2. La LRT vs. la Constitución Nacional

Previsiblemente, los cuestionamientos constitucionales contra algunos artículos de la LRT no se hicieron esperar y las sentencias de la Corte Suprema de Jus-

ticia de la Nación, especialmente con su actual composición, empezaron a rediseñar el sistema, compatibilizándolo con la Carta Magna.

Ahora bien, principalmente dos de los pronunciamientos han influido notablemente en el caudal de trabajo del fuero. Los menciono en orden de importancia, no cronológico.

2.1. En «Aquino» (21.09.2004) la Corte eliminó el valladar que constituía el art. 39, LRT para los reclamos contra el empleador, sustentados en su responsabilidad civil⁹, lo que alentó (ya sin las dudas que suscitaba «Gorosito») la promoción de demandas contra el empleador con sustento en el derecho civil.

Sin embargo, la incidencia en el caudal de expedientes no fue muy significativa en tanto se corría el riesgo de la carga de demostración de los extremos de la responsabilidad civil.

2.2. En cambio, en «Castillo, Ángel Santos c. Cerámica Alberdi SA», 07.09.2004, me atrevo a decir que cambió la vida de

los jueces y funcionarios del fuero laboral de Rosario, que hasta el año 2006 sólo contaba con ocho juzgados, creándose el noveno ese año, planta que se mantuvo sin modificaciones hasta ahora.

En ese señero precedente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, declaró la inconstitucionalidad del artículo 46 de la LRT¹⁰ señalando que la citada norma impide, sin fundamento constitucional, que la Justicia Provincial del trabajo cumpla la función que le es propia transfiriéndola, indebidamente, al Juez Federal. En otras palabras, debía entender la Justicia ordinaria del trabajo.

2.3. La principal consecuencia de «Castillo» derivó en que centenares de expedientes en trámite por ante los Juzgados Federales de Rosario, en los que se estaban tramitando los recursos contra resoluciones de las Comisiones Médicas, fueran de inmediato remitidos en «paquetes» (literalmente) a los Tribunales de Rosario para su asignación al Fuero Laboral, expedientes que se encontraban en distintos momentos procesales, inclusive en algunos ya se había dictado sentencia.¹¹

Las constancias de la MEU en lo Laboral demuestran el comienzo del fenómeno y también una extraña evolución:

Durante el año **2003** se iniciaron **46** expedientes sobre riesgos y enfermedades profesionales (tipo 5).

Durante el año **2004**, se iniciaron **845** expedientes del tipo 5.

Durante el año **2005** se iniciaron **1987** expedientes del tipo 5.

Durante el año **2006** se iniciaron **1886** expedientes del tipo 5.

Durante el año **2007** se iniciaron **1806** expedientes del tipo 5.

Durante el año **2008** se iniciaron **3711** expedientes del tipo 5.

Durante el año **2009**, se iniciaron **7253** expedientes del tipo 5.

Durante el año **2010** se iniciaron **7382** expedientes del tipo 5.

Durante el año **2011** se iniciaron **13883** expedientes del tipo 5.

Y en lo que va del año **2012**, se iniciaron **6052** expedientes del tipo 5 (que alcanza un 50% del total de expedientes de todos los tipos: **12758**).

El crecimiento es geométrico, con la particularidad de que va aumentando el porcentaje de ese tipo de expedientes en relación al total de los ingresados de cualquier tipo: en el año 2007, constituían el **15% del total de expedientes ingresados**; en **2008** se incrementó al **25%**; en el año **2009** subió al **35%**; en el año **2010** se mantuvo el porcentaje del **35%**; pero en el año **2011** creció hasta el **49%**; y en los primeros meses del año **2012**, como dije ¡ya llegó al **50%**!¹²

2.4. Ahora bien, cabe preguntarse ¿presuponen estos miles de expedientes demandas contra las ART, por conversión de los recursos contra decisiones de las Comisiones Médicas?

La respuesta es un rotundo no.

En efecto, un muestreo informal evidencia que la gran mayoría de causas de este tipo son expedientes con trámite ordinario –contra las ART por el pago de indemnizaciones sistémicas- y con pedido de declaración de inconstitucionalidad de las Comisiones Médicas. Es decir, contingencias que nunca pasaron por el sistema y casos en los que –casi como regla- se solicitaron sorteos de peritos médicos, pero éstos no llegan nunca a hacer las pericias porque las partes ponen fin a los diferendos antes de que ello ocurra¹³.

Como «daño colateral» del exceso, los peritos médicos están fijando fecha para pericia –en estos y otros expedientes, por supuesto- de aquí a tres o cuatro meses, dado que la lista es harto reducida para la gran cantidad de sorteos que se requieren.

No obstante, gran parte de la doctrina considera que, acudiendo directamente ante la Justicia, el trabajador tiene asegurado el control judicial con la intervención de peritos médicos que garantizan la transparencia de las conclusiones.

Sin embargo, a mi criterio, la avalancha de expedientes pone en riesgo el control que debería ejercer el Magistrado del trabajo, especialmente a la hora de emitir juicios en los términos del art. 15, LCT¹⁴.

3. El tema de las presentaciones espontáneas («homologaciones» según el tipo)¹⁵

3.1. No me ha sido posible determinar con los datos que he tenido a la vista cuál es la composición exacta del tipo 1, de «homologaciones».

Entre los años **2003** y **2006**, inclusive, oscilaron entre **1184** y **2522** expedientes.

Ahora bien, en el año **2007** ascendieron a **3246** expedientes.

En el año **2008** subieron a **4064**.

En el año **2009** se incrementaron a **5002** expedientes.

En el año **2010** alcanzaron los **5127** expedientes.

En el año **2011** ya llegaron a **5629** expedientes.

Pero también, a partir de una confrontación informal, he advertido que gran parte de esos expedientes son presentados como acuerdos concertados entre el actor y la ART, fijándose un monto indemnizatorio determinado.

Estas son, precisamente, aquéllas a las que Augusto M. Morello¹⁶ se refiere como avalancha de causas que nunca deberían ser judicializadas.

3.2. En efecto, las Oficinas de Homologación y Visado (OHV) o las Comisiones Médicas son las encargadas de homologar todos aquellos acuerdos presentados por las ART, firmados por el damnificado y la Aseguradora, donde consta el porcentaje de incapacidad, siempre que el mismo sea menor al 66%. Estas oficinas están integradas por médicos que constatarán si el porcentaje de incapacidad otorgado por la Aseguradora se corresponde con el establecido en el Baremo, instaurado por el Decreto N° 659/96. Ambos trámites pueden ser realizados por la ART o por el empleador.

Es destacable que la resolución de la SRT 1556/2009¹⁷ establece, en el anexo donde diseña el trámite para la **homologación de las incapacidades laborales permanentes parciales definitivas** que: «2.1.1.- El trámite se inicia con la remisión de los datos que figuran en el Anexo II, del cual forma parte la presente resolución, por parte de la A.R.T. o E.A. Dicha información será remitida a la S.R.T. a través del Canal Principal de Intercambio - Extranet, conforme a las especificaciones técnicas detalladas en el Anexo II precedentemente aludido.» (el subrayado me pertenece)

Esto es, los acuerdos a los que se arriban entre el damnificado y la ART no sólo deben ser homologados por las oficinas de homologación y visado (o la Comisión Médica, en su caso) sino que deben necesariamente ser informados a la SRT por ventanilla electrónica, lo que no ocurre, desde ya, en los acuerdos presentados ante los Juzgados del Trabajo.

Tal impedimento conlleva que aquellos acuerdos espontáneos presentados directamente ante el Tribunal carezcan

del necesario seguimiento y control por parte del organismo encargado del funcionamiento del sistema.

Y, en rigor de verdad, si no hay conflicto –porque hay acuerdo- parecería que no es competente la Justicia laboral a tenor de la enumeración del art. 2, CPL, texto ley 13039.

La imposibilidad de que la SRT tome cabal conocimiento, tanto de la siniestralidad como de los eventuales incumplimientos de las ART u otros datos imprescindibles para el control y funcionamiento del sistema, también tiene lugar cuando se trata de demandas contra las ART por prestaciones dinerarias de la ley 24557, supuestos en los que en muchas ocasiones se trata de divergencias que debieron haber transitado por las Comisiones Médicas (cuya inconstitucionalidad, se recuerda, es peticionada en estas causas) y, consecuentemente, también hubiera debido ser informada por ventanilla electrónica a la SRT, procedimiento de contralor que la estructura judicial no permite.

Porque el procedimiento para iniciar

trámites ante las Comisiones Médicas cuando la presentación es realizada por el trabajador por distintas divergencias o ante el silencio de la ART, está debidamente reglado (resolución de la SRT Nro. 1068/2011) norma que, asimismo, prevé un sistema de intercambio electrónico entre las ART y la SRT¹⁸.

4. Colofón

4.1. Casi resulta una obviedad, pero la incidencia extrema de los casos del tipo 5 en la crisis funcional del fuero laboral no significa que sea este el único motivo del colapso.

Porque, en rigor, desde 2003 hasta el año 2011 incluido, se incrementó en un 347% el número de ingreso total de expedientes¹⁹, con la misma estructura judicial, por cierto, desde 2006. Y sin expectativas serias de aumentar en lo inmediato.

4.2. Todo lo antedicho es una mirada personal del problema que, como tal, podrá ser compartida o no.

Desde ese escenario, considero que

gran parte del problema de saturación del fuero viene de la mano de cuestiones que nos sobrepasan, porque no tenemos la estructura necesaria para asegurar siempre y en todos los casos un debido contralor respecto de las cuestiones relacionadas con accidentes y enfermedades profesionales, cuando ambas partes parecen coincidir en la existencia del daño y de su extensión.

De allí que, al margen de sugerir que los magistrados deberían extremar el análisis del deber funcional de resguardar su propia competencia –si es que consideran que no se configura en esta especie– y que se llevara a cabo, en su caso, un estricto seguimiento y verificación de los extremos que viabilizarían la aparente reparación de una afección del trabajador, a fin de posibilitar la emisión de un juicio fundado, con más elementos que la mera declaración o informes de las partes²⁰, creo que hoy por hoy contamos con un elemento que –aunque insuficiente– conduciría a alguna posibilidad de control para evitar abusos y confusiones.

Es el caso de los oficios ley 11025 cursa-

dos al Registro de Procesos Universales y de Accidentes y Enfermedades Ocupacionales, ya que éste centraliza informáticamente todos los datos de quienes reclaman reparaciones en el marco de los accidentes y enfermedades del trabajo, con un formulario inicial, y otros correspondientes a diferentes estadios del proceso, debidamente respondidos, los que –a mi modo de ver– sería conveniente exigir y controlar, inclusive en las presentaciones espontáneas, si es que se decidiera su aceptación.

Sin dejar de mencionar la posibilidad de que, mediante convenio o instrumento adecuado, se arribe a un acuerdo con la SRT para intercambiar la información pertinente.

Porque no sólo está en juego la protección adecuada del trabajador y su salud, sino el normal y eficaz funcionamiento del sistema, que requiere, por supuesto, datos fidedignos en cuanto a siniestralidad, los que pueden llegar a quedar sin denunciar y, por supuesto y lo más relevante, la salud psicofísica de los integrantes del fuero laboral quienes,

además, tienen que velar para que los derechos de los trabajadores «sanos» obtengan también satisfacción en el menor tiempo posible ■

¹ La descripción, a título general y sin aludir a las particularidades de cada ley.

² Ley 24028, art. 16.

³ En las primera leyes, 9688 y 23643, la denuncia era obligatoria; en el régimen de la ley 24028 sólo el trabajador estaba legitimado para promover la actuación administrativa mediante denuncia que generaba un procedimiento que incluía, cuando fuera necesario, la realización de una junta médica, la determinación de la cuantía de la deuda y la posibilidad de arribar a un acuerdo que era homologado. Si no se abonaba por el responsable, el trabajador podía reclamar judicialmente la suma adeudada.

⁴ Decreto 659/96, art. 2.

⁵ No ya los «trabajadores», cambio en la denominación que no ha sido casual.

⁶ Las comisiones médicas están sólo integradas por médicos, dependientes del Poder Ejecutivo y resuelven aspectos ajenos a sus incumbencias profesionales.

⁷ En los supuestos y con el procedimiento determinado principalmente por el decreto 717/96 y las re-

soluciones de la SRT complementarias, que regulan el trámite ante las ART.

⁸ Supuesto de casi imposible configuración en la realidad del mundo del trabajo.

⁹ No abundo acá en las dos posibles interpretaciones acerca de los alcances del fallo: la declaración de inconstitucionalidad directa absoluta de la norma o sólo relativa y de acuerdo a las circunstancias del caso. Un tratamiento amplio del tema puede consultarse en Mario E. Ackerman, *La Ley sobre Riesgos del Trabajo en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 126 y ss.

¹⁰ Las resoluciones de las Comisiones Médicas, según el art. 46, 1., son recurribles y se sustanciarán ante el juez federal con competencia en cada provincia o ante la Comisión Médica Central a opción de cada trabajador.

¹¹ En ese momento, me desempeñaba como Juez de Primera Instancia y recuerdo perfectamente el caos que se produjo con la irrupción de tantos expedientes nuevos, respecto de los cuales ni siquiera existía un trámite previsto o aplicable supletoriamente, excepto el del juicio ordinario reglado en el CPL, que fue al que se recurrió. Recién la ley 13039

trajo certeza al regular especialmente dicho trámite en el art. 136.

¹² También se fueron incrementando paulatinamente los «cobros de pesos» comunes (despidos, etc.) a punto tal que en el año 2003 se iniciaron 3423 expedientes, en el año 2006 la cantidad de 4320, en el año 2009 se iniciaron 6530 y en estos 6 meses del año 2012 llevamos iniciados 2851.

¹³ A pesar del dispendio de tiempo y esfuerzo que consume la presentación de pedido de sorteo, sorteos, aceptaciones de cargo, etc.

¹⁴ Homologación que, llamativamente, en muchos casos las partes ya ni solicitan.

¹⁵ Debo explicar que se trata, precisamente, de presentaciones espontáneas en las que las partes arribaron a un convenio que pone fin a algún diferendo, solicitando al Juez la homologación del acuerdo. Pero, al igual que en el resto de los conflictos ¡las homologaciones ya casi no son solicitadas!

¹⁶ La Corte Suprema en acción, Librería Edit. Platense, 1989, p. 63.

¹⁷ MANUAL DE PROCEDIMIENTO PARA LOS TRÁMITES DE HOMOLOGACION DE LAS INCAPACIDADES

LABORALES PERMANENTES PARCIALES DEFINITIVAS.

1.1.- Incapacidades Laborales Permanentes Parciales Definitivas. 1.1.1.- La Aseguradora de Riesgos del Trabajo (A.R.T.) o el Empleador Autoasegurado (E.A.) deberán proceder a citar al trabajador damnificado para evaluar la incapacidad laboral resultante del siniestro y notificarlo de ello fehacientemente dentro de los QUINCE (15) días hábiles, contados desde el otorgamiento del alta de una contingencia que originó una Incapacidad Laboral Temporaria o una Incapacidad Laboral Permanente Parcial Provisoria, o desde el transcurso de UN (1) año de la primera manifestación invalidante, si así correspondiese. 1.1.2.- Conjuntamente con la notificación de la estimación de la Incapacidad Laboral Permanente Parcial Definitiva, las A.R.T./E.A. deberán proponer al trabajador la firma de un acuerdo para ser homologado ante las Oficinas de Homologación y Visado o Comisiones Médicas, según correspondiere. (Punto 1.1.2 sustituido por art. 10 de la Resolución N° 1314/2010 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo B.O. 8/9/2010. Vigencia: a partir del 1 de noviembre de 2010) 1.1.3.- En caso de que el trabajador acepte firmar el acuerdo sobre la Incapacidad Laboral Permanente Parcial Definitiva estimada por la A.R.T. o el E.A., el mismo deberá perfeccionarse dentro de los TREINTA (30) días hábiles contados desde la fecha del otorgamiento del alta o desde el transcurso de UN (1)

año de la primera manifestación invalidante, si así correspondiese.1.1.4.- La A.R.T. o el E.A serán los encargados de iniciar el trámite para la homologación del acuerdo, ante la Oficina de Homologación y Visado o Comisión Médica que corresponda. Dicho trámite deberá ser iniciado dentro de los QUINCE (15) días hábiles contados desde la fecha de la firma del Acuerdo mencionado.1.1.5.- En el caso en que el trabajador haya manifestado su disconformidad o no haya expresado su intención de aceptar el acuerdo propuesto, las A.R.T.I.E.A. deberán iniciar el trámite ante la Comisión Médica Jurisdiccional, a los efectos de que se fije la correspondiente Incapacidad Laboral. En todos los casos el trámite deberá ser iniciado dentro de los TREINTA (30) días hábiles contados a partir de la notificación de la incapacidad, plazo éste que no podrá superar los CUARENTA Y CINCO (45) días hábiles contados desde la fecha del otorgamiento del alta o luego de cumplirse un año desde la primera manifestación invalidante, si así correspondiese. (Punto 1.1.5 sustituido por art. 11 de la Resolución N° 1314/2010 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo B.O. 8/9/2010. Vigencia: a partir del 1 de noviembre de 2010)1.1.6.- En los casos de siniestros laborales que hayan cursado sin baja laboral y sin alta médica, el plazo para determinar la Incapacidad Laboral Permanente se contara a partir de la aceptación por parte de la A.R.T./E.A. del siniestro denunciado. (Punto 1.1.6

sustituido por art. 12 de la Resolución N° 1314/2010 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo B.O. 8/9/2010. Vigencia: a partir del 1 de noviembre de 2010).

¹⁸ 14 «Art. 2º — Establécese como herramienta de intercambio electrónico entre las A.R.T., los E.A. y la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO (S.R.T.), para el procedimiento aprobado en el artículo precedente, al Sistema de «Ventanilla Electrónica», implementado mediante la Resolución S.R.T. N° 635 de fecha 23 de junio de 2008. El intercambio electrónico recíproco efectuado a través de la Ventanilla Electrónica tendrá el carácter de notificación fehaciente y declaración jurada».

¹⁹ En el año 2003, ingresaron 6243 causas; en el año 2005, se iniciaron 8871 expedientes; en el año 2007 el ingreso fue de 11645 expedientes; en 2008 se incrementó a 15012 expedientes; en el año 2009 se iniciaron 20699 causas; en el año 2010 se iniciaron 20742 expedientes; y en el año 2011 el total fue de 27914 expedientes. Por supuesto, números a los deben añadirse los remanentes de años anteriores que continúan en trámite.

²⁰ De manera de luchar contra la conversión del Tribunal en una oficina express de acuerdos sobre incapacidades y su indemnización, sin margen de

efectiva decisión sobre los casos que se someten a su conocimiento. En el fuero laboral, con mucho esfuerzo, podemos revisar las decisiones de las Comisiones Médicas; en lo que no podemos convertirnos es, precisamente, en médicos especializados en incapacidades y prestaciones, además de Jueces, a lo que el desborde de causas presentadas para su homologación también parece llevarnos.



DR. MARCELO JOSÉ MOLINA | Juez del Tribunal Colegiado de Familia N° 5, Rosario.

La nueva ley de salud mental

1. Introducción

La ley 26.657 (B.O. 03/12/2010) importa para nuestra comunidad en general un profundo cambio paradigmático respecto de la problemática de la salud mental. Sus principales destinatarios son -claro está- las personas que padecen una enfermedad mental, y sus efectos abarcan a su familia, sus amigos y vecinos, a los profesionales de la salud, a los efectores de salud tanto sean públicos como privados y al Estado en sus tres poderes.

El impacto de tan marcada modificación nos obliga a todos a sacudir las viejas estructuras e ir progresivamente adecuando el abordaje de esta problemática a la luz del nuevo esquema normativo, enmarcado nítidamente dentro del respeto por los derechos humanos siendo así consecuente con los Tratados Internacionales suscriptos por nuestro país en la materia. Más allá de ciertas deficiencias que presenta la ley en su redacción o de las carencias de infraestructura y de recursos humanos con los que se cuenta especialmente en el sistema de atención a la salud mental, el giro viene impuesto

por la ley marcando un camino a seguir, debiendo allí el Estado nacional, provincial y municipal ser consecuente con la normativa que se ha promulgado.

La ley se conforma con su propio articulado como así también con los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991. En otro orden, para la planificación de políticas públicas la ley considera instrumentos de orientación a la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, del 14 de noviembre de 1990, y los Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas, del 9 de noviembre de 1990.

Tratándose de una ley inserta, reitero, directamente en el esquema normativo de protección de los derechos humanos,

su aplicación debe efectuarse teniendo en cuenta los principios, derechos y garantías tutelados por la Constitución Nacional y, especialmente, los tratados internacionales de jerarquía constitucional receptados en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional. En tanto los derechos amparados por la nueva ley encuentran tutela directa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), corresponde también a los jueces efectuar de oficio el control de convencionalidad de las normas a ser aplicadas, conforme así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso «Mazzeo» (13 de julio de 2007, Fallos 330:3248).

Asimismo, nuestro país ha aprobado mediante ley 25.280 la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999 (B.O. 04/08/2000) y por ley 26.378 (B.O. 09/06/2008) la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, debiéndose recordar lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la

Nación en autos Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros en cuanto a que «la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados -aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980- confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno» (07/071992, Fallos 315:1492).

2. Los ejes principales de la ley

Nos encontramos frente a una ley que se califica a sí misma como «de orden público» (artículo 45). Desde dicha perspectiva y teniendo en cuenta que una porción importante y sustancial de su articulado se compone de normas de fondo, es claro que su aplicación no depende de adhesiones provinciales o de modificaciones a las normativas locales sobre salud mental¹.

De un modo similar al cambio paradigmático introducido por la Convención Internacional de los Derechos del Niño y particularmente por la ley 26.061 en materia de niñez, la norma parte de la

persona como sujeto de derecho –y no como objeto de protección- concibiéndola como a cualquier otra persona que padece una enfermedad mas reconociendo las particularidades propias de este tipo de dolencias, como así también nuestra propia historia en la materia².

La ley subraya la presunción de capacidad de todas las personas (artículo 3°). Si bien este aspecto no es nuevo (artículo 52 del Código Civil), su especificación dentro del esquema normativa se vincula con la distinta perspectiva que la ley marca en materia de capacidad³ anticipándose a las modificaciones propuestas en la materia en el Proyecto de Código Civil que recientemente el Poder Ejecutivo Nacional presentara al Congreso de la Nación⁴. Tal como sostiene Alfredo Kraut, este cuerpo normativo «procura dotar de ciudadanía a estas personas especialmente sufrientes, con marcada hiposuficiencia jurídica y transformarlas en sujetos plenos de derechos, sean aquéllas interdictas o no, estén o no internadas, estén o no en crisis»⁵

Es desde este reconocimiento de la per-

sona como tal que deben entenderse los derechos que la ley otorga a quienes padecen enfermedades mentales en su artículo 7°, entre los que destaco desde este punto de vista su derecho a conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia (inciso b), y a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado (inciso i)⁶.

La ley establece que la problemática de la salud mental es reconocida como un «proceso» y no como un «estado biológico dado», entendiendo a dicho proceso como «determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos» (artículo 3)⁷. Esta concepción marca en sí misma un gran avance en tanto y en cuanto recepta el carácter necesariamente dinámico que debe imprimirse a esta problemática, aún desde la perspectiva del derecho, superando así la inmovilidad y cronicidad que acarriaba llevar en la frente el estigma de ser un enfermo mental.

El artículo 4° inserta, sin mayores hesitaciones, a la problemática de las adic-

ciones dentro del área de la salud mental, estableciendo así un claro mandato a los responsables de las políticas públicas en la materia de abordarlas de modo integral⁸.

En otro orden, la ley modifica el Código Civil en su artículo 482 e incorpora el artículo 152 ter a dicho ordenamiento. La primera de las normas se vincula con las internaciones y la segunda con los procesos de declaración de incapacidad, cuyo desarrollo haremos más abajo.

2.1. La atención en salud mental

La atención en materia de salud mental debe estructurarse y organizarse a partir de ciertas aristas previas en la ley. En ese orden, todos los sectores involucrados deben asegurar:

a) La obligatoriedad de abordaje interdisciplinario (art. 8, 9, 12, 15, 16 inciso a, entre otros)

b) La concreción de los derechos que al respecto prevé el artículo 7°, implicando ello que la atención debe organizarse a

la luz de los mismos:

a. Derecho a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios, con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de su salud (inciso a)°.

b. Derecho a recibir una atención basada en fundamentos científicos ajustados a principios éticos (inciso c).

c. Derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria (inciso d).

d. El derecho del asistido a tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades (inciso k), para lo cual debe garantizarse el derecho de la persona a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten, y de todo lo inherente a su salud y tratamiento,

según las normas del consentimiento informado, incluyendo las alternativas para su atención, que en el caso de no ser comprendidas por el paciente deben ser comunicadas a los familiares, tutores o representantes legales (inciso j).

e. Derecho a recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación (inciso l).

f. Derecho a no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin un consentimiento fehaciente; (inciso m)

g. Derecho a no ser sometido a trabajos forzados (inciso o) y a recibir una justa compensación por su tarea en caso de participar de actividades encuadradas como laborterapia o trabajos comunitarios, que impliquen producción de objetos, obras o servicios que luego sean comercializados. (inciso p)

c) La administración de medicación ex-

clusivamente con fines terapéuticos, respondiendo sólo a las necesidades fundamentales de la persona con padecimiento mental, (art. 12), la que:

- a. Se indica y renueva previa evaluación profesional y no de modo automático.
- b. Nunca puede suministrarse como castigo, por conveniencia de terceros o para suplir la necesidad de acompañamiento terapéutico o cuidados especiales.
- c. Debe promoverse la realización de los tratamientos psicofarmacológicos en el marco de abordajes interdisciplinarios
- d) La preferencia por la atención fuera del ámbito de internación hospitalario, basada en los principios de la atención primaria de la salud y orientada al reforzamiento, restitución o promoción de los lazos sociales (art. 9, 11¹⁰), calificándose a la internación como un último recurso terapéutico (art. 14)
- e) El derecho a la información de la persona que padece enfermedades mentales o adicciones a través de medios

y tecnologías adecuadas para su comprensión y la plena vigencia respecto de ellos de las normas sobre consentimiento informado para todo tipo de intervenciones (art.10)¹¹. Al respecto, el artículo 7° consagra el derecho del asistido, su abogado, un familiar, o allegado que éste designe, a acceder a sus antecedentes familiares, fichas e historias clínicas (inciso g), y a a recibir o rechazar asistencia o auxilio espiritual o religioso (inciso f).

3. El abordaje interdisciplinario

La ley pone el acento en el abordaje interdisciplinario de la problemática de la salud mental y adicciones¹².

Desde la perspectiva de las disciplinas, si bien el artículo 8° especifica algunas -psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería y terapia ocupacional, su parte final permite la inclusión de otras pertinentes.

Esa concepción interdisciplinaria es desarrollada por un equipo en el que se incluyen no sólo profesionales sino también técnicos y «otros trabajadores capa-

citados con la debida acreditación de la autoridad competente»¹³. El art. 13 otorga igualdad de condiciones para el acceso a cargos de conducción y gestión de los servicios y las instituciones a todos los profesionales con título de grado, valorándose para tal fin su idoneidad para el cargo y su capacidad para integrar los diferentes saberes que atraviesan el campo de la salud mental¹⁴.

El prisma de la interdisciplinaria también se instala en materia de internaciones, tal como veremos a continuación:

4. Las internaciones

La ley modifica el artículo 482 del Código Civil. Establece como criterio general que el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones no puede ser privado de su libertad personal salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, debiendo ser evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial. Como veremos más abajo, estas disposiciones también rigen para quienes no

han sido declarados incapaces¹⁵.

Asimismo, pauta que a pedido de las personas enumeradas en el art. 144 del Código Civil el juez puede, previa información sumaria, disponer la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud para las personas que se encuentren afectadas de enfermedades mentales y adicciones, que requieran asistencia en establecimientos adecuados aunque no justifiquen la declaración de incapacidad o inhabilidad.

La ley distingue dos tipos de internaciones: las voluntarias y las involuntarias. En las primeras, la internación se efectúa bajo consentimiento del paciente (arts. 16 y 18), mientras que la segunda es dispuesta por los efectores de salud mental (arts. 20 y 21) o excepcionalmente por el juez (art. 21 Párrafo final), o en aquellos casos previstos por la ley donde una internación voluntaria se transforma en involuntaria.

4.1. Elementos comunes a ambos tipos de internación

En las internaciones deben observarse los siguientes criterios:

1. Es un recurso terapéutico de carácter restrictivo que solo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social (art. 14).

2. La internación debe ser lo más breve posible, en función de criterios terapéuticos interdisciplinarios (art. 15). La ley brinda al paciente el derecho a que en el caso de internación involuntaria o voluntaria prolongada, las condiciones de la misma sean supervisadas periódicamente por el órgano de revisión (art. 7 inc. h).

3. Debe promoverse el mantenimiento de vínculos, contactos y comunicación de las personas internadas con sus familiares, allegados y con el entorno laboral y social, salvo en aquellas excepciones que por razones terapéuticas debidamente fundadas establezca el equipo de salud interviniente¹⁶.

4. En ningún caso la internación puede

ser indicada o prolongada para resolver problemáticas sociales o de vivienda, para lo cual el Estado debe proveer los recursos adecuados a través de los organismos públicos competentes (art. 15). Si la prolongación de una internación se funda en dichos motivos el juez debe ordenar al órgano administrativo correspondiente la inclusión en programas sociales y dispositivos específicos y la externación a la mayor brevedad posible, comunicando dicha situación al órgano de revisión que crea la ley (art. 18)

5. Tanto la evolución del paciente como cada una de las intervenciones del equipo interdisciplinario deben registrarse a diario en la historia clínica (art. 15).

6. El alta, externación o permisos de salida son facultad del equipo de salud que no requiere autorización del juez.

4.1.1. Internaciones voluntarias

La persona internada bajo su consentimiento puede en cualquier momento decidir por sí misma el abandono de la internación (art. 18).

Los requisitos que deben cumplirse –en toda internación– son los siguientes (art. 16):

- a) Evaluación, diagnóstico interdisciplinario e integral y motivos que justifican la internación, con la firma de al menos dos profesionales del servicio asistencial donde se realice la misma, uno de los cuales debe ser necesariamente psicólogo o médico psiquiatra;
- b) Búsqueda de datos disponibles acerca de la identidad y el entorno familiar;
- c) Consentimiento informado de la persona o del representante legal cuando corresponda. La ley reputa válido al consentimiento cuando se presta en estado de lucidez y con comprensión de la situación; si se pierde la internación deviene en involuntaria¹⁷.

El equipo de salud a cargo debe comunicar al órgano de revisión que crea la ley y al juez aquellos casos en donde la internación voluntaria se prolongue por más de sesenta días corridos, para evaluar si la internación continúa siendo voluntaria (art. 18)

4.1.2. Internaciones involuntarias

La internación involuntaria es concebida como un recurso terapéutico excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios (art. 20)¹⁸.

Se da en los siguientes supuestos:

1) Cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para la persona en sí o para terceros (art. 20). El equipo de salud está obligado a externar a la persona o transformar la internación en voluntaria apenas cesa la situación de riesgo cierto e inminente (art. 23)

2) Cuando durante el transcurso de una internación voluntaria la persona pierde el estado de lucidez y de comprensión de la situación – ya sea por su estado de salud o por efecto de los medicamentos o terapéuticas aplicadas afectándose así el consentimiento informado originariamente otorgado– debiéndose proceder del modo que más abajo describiremos (art. 16)

3) Cuando el juez entienda que una internación voluntaria que se ha prolongado por más de sesenta días corridos debe pasar a considerarse involuntaria (art. 18)

4) Cuando el servicio de salud responsable de la cobertura se negase a realizarla y la internación involuntaria sea dispuesta por el juez (art. 21 último párrafo)

5) Cuando se interne a personas menores de edad o declaradas incapaces, donde debe observarse idéntico tratamiento al de las internaciones involuntarias. En el caso de niños, niñas y adolescentes, además se procederá de acuerdo a la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos (art. 26).

6) Cuando las mismas son dispuestas por el juez en lo penal en el marco del artículo 34 del Código Penal.

Las disposiciones de internaciones involuntarias deben cumplir con¹⁹:

a) En el dictamen profesional del servicio asistencial se debe determinar la situación de riesgo cierto e inminente,

debiendo ser suscripto por dos profesionales de diferentes disciplinas que no tengan relación de parentesco, amistad o vínculos económicos con la persona internada, uno de ellos debe ser psicólogo o médico psiquiatra (art. 20 inciso a), amén de contar con la evaluación, diagnóstico interdisciplinario e integral y motivos que justifican la internación previsto en el art. 16;

b) Ausencia de otra alternativa eficaz para su tratamiento

c) Informe de las instancias previas implementadas si las hubiera

d) Búsqueda de datos disponibles acerca de la identidad y el entorno familiar (art. 16);

4.1.3. Intervención del Poder Judicial. Control de legalidad de la medida

Debe remarcarse, en primer término, que las internaciones involuntarias no pueden ser dispuestas por el juez, salvo en caso de negativa del efector de salud mental a ordenarlas cumplidos los requisitos establecidos en el art. 20 (art. 21 último párrafo).

El nuevo artículo 482 del Código Civil obliga y faculta a las autoridades públicas para disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. Como consecuencia de ello, la mera negativa de la persona no es suficiente para recurrir al juez a efectos de ordenar el traslado compulsivo, sino que dicho extremo debe darse en caso de resistencia manifiesta al traslado o imposibilidad de acceso al lugar donde se hallare la persona. En tales casos, el juez limita su actuación a ordenar el traslado compulsivo a los fines de que la persona sea evaluada por el efector de salud mental, y es éste quien debe decidir si procede o no la internación involuntaria.

Una vez que el efector de salud mental ha dispuesto la internación²⁰ la ley le impone dos obligaciones principales (art. 21):

a) Comunicarlo al juez competente²¹ y al órgano de revisión en el término de diez horas

b) Remitirle al juez todas las constancias

respaldatorias del cumplimiento de los requisitos de la internación previstas en el artículo 20 y ut supra detalladas, en el término de 48 horas.

El juez, dentro de los tres días, debe (art. 21):
a) Autorizar la internación, si evalúa que están dadas las causales previstas por esta ley;

b) Requerir informes ampliatorios de los profesionales tratantes o indicar peritajes externos, siempre que no perjudiquen la evolución del tratamiento, tendientes a evaluar si existen los supuestos necesarios que justifiquen la medida extrema de la internación involuntaria y/o;

c) Denegar, en caso de evaluar que no existen los supuestos necesarios para la medida de internación involuntaria, en cuyo caso debe asegurar la externación de forma inmediata.

Una vez autorizada la internación involuntaria, el juez debe reevaluar periódicamente si persisten las razones para la continuidad de la medida pudiendo disponer la externación inmediata en cualquier momento. A tal fin debe requerir informes con una periodicidad no mayor a los treinta días corridos (art. 24). Si

transcurridos los primeros noventa días y luego del tercer informe continuase la internación involuntaria el juez debe pedir al órgano de revisión que designe un equipo interdisciplinario que no haya intervenido hasta el momento, y en lo posible independiente del servicio asistencial interviniente, a fin de obtener una nueva evaluación. En caso de diferencia de criterio, optará siempre por la que menos restrinja la libertad de la persona internada²².

Como vimos, el alta, externación o permisos de salida son facultad del equipo de salud que no requiere autorización del juez, excepto las internaciones realizadas por el art. 34 del Código Penal (art. 23).

4.1.4. El lugar de internación

La ley establece que las internaciones de salud mental deben realizarse en hospitales generales, previniendo al sistema de salud que el rechazo de la atención de pacientes, ya sea ambulatoria o en internación, por el solo hecho de tratarse de problemática de salud mental, es considerado acto discriminatorio en los

términos de la ley 23592 (art. 28)²³.

Por otra parte, y adscribiendo al proceso de desmanicomialización, prohíbe la creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados, debiéndose adaptar los ya existentes a los objetivos y principios expuestos en la ley, hasta su sustitución definitiva por los dispositivos alternativos (art. 27)²⁴.

En materia de derivaciones, tanto tratamientos ambulatorios o de internación²⁵, que se realicen fuera del ámbito comunitario donde vive la persona sólo corresponden si se realizan a lugares donde de la misma cuenta con mayor apoyo y contención social o familiar (art. 30). Los traslados deben efectuarse con acompañante del entorno familiar o afectivo de la persona. Cuando no hubiese consentimiento de la persona, tanto el servicio o institución de procedencia como el servicio o institución de destino, están obligados a informar dicha derivación al órgano de revisión

5. El nuevo artículo 152 ter

La nueva ley ha incorporado al Código

Civil el artículo 152 ter que textualmente dice: «Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible»

El último párrafo del artículo contempla dos aspectos que deben ser previstos en toda sentencia de declaración de incapacidad: 1) La extensión de la declaración judicial de inhabilitación o incapacidad y 2) Las funciones y actos que se limitan a quien padece una enfermedad mental o adicción bajo la perspectiva del mínimo de afectación a su autonomía personal.

5.1. Revisión de la declaración de incapacidad. Vigencia.

La limitación temporal a las declaraciones de incapacidad introducidas por el artículo 152 ter ha suscitado un interesante debate jurisprudencial y doctrinario provocado por la más que deficiente redacción del artículo. Es claro que

cuando se expresa «no podrán extenderse» se está refiriendo a «las declaraciones de inhabilitación o incapacidad» que se mencionan al inicio del artículo. Una interpretación exclusivamente literal arroja como consecuencia que cumplido el plazo de tres años la declaración judicial quedaría sin efecto alguno. Esto importa un claro contrasentido en tanto, si ese fuere el resultado, la persona cuyos derechos eran protegidos por la declaración de incapacidad se vería colocada en una situación de desprotección, en tanto la dolencia mental subsistiera.

En ese orden, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Chos Malal, resolvió con fecha 23 de mayo de 2011 que el plazo de tres años es inconstitucional, sobre la base de sostener que «la técnica legislativa utilizada por el artículo 152 ter del Código Civil atenta contra el derecho humano de la causante de recibir asistencia y la tutela efectiva del Estado, sin necesidad de demostrar periódicamente su patología, por lo menos a los fines asistenciales y de la seguridad social»²⁶. Se agregó que «la aplicación literal del artículo en análisis, donde es improba-

ble la existencia de remisión de la enfermedad, obligaríamos a la causante a que cada tres años promoviera y acreditara la necesidad de contar con dicha asistencia».

Kielmanovich sostiene que cumplido el plazo de tres años la sentencia de declaración de incapacidad o de inhabilitación queda sin efecto, «sin que quepa entender que a su vencimiento el mismo se mantendrá o se reanudará por otro lapso igual» dado que de ser así se lo hubiese dicho expresamente²⁷. El autor entiende que las limitaciones impuestas en la sentencia cesan de pleno derecho salvo que con anterioridad alguno de los sujetos legitimados peticione y pruebe la subsistencia de los presupuestos que condujeron a la declaración, fundado ello en que la ley no impone la reconducción de la misma y del principio cardinal de la ley de entender que las personas con padecimientos mentales tienen derecho a que se reconozca que su estado no es inmodificable, agregando a ello la presunción de capacidad, con lo que al vencimiento del plazo el demente o inhabilitado recobra todos sus derechos y facultades.

El artículo debe ser interpretado en el

marco de las convenciones internacionales de derechos humanos vigentes en nuestro país, con especial atención a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y al propio paradigma introducido por la ley de salud mental²⁸.

En ese sentido, el artículo 12.4 de la Convención citada expresa textualmente que «Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias

serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas». Es decir, establece con claridad la revisión periódica de las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, y es desde esa pauta de la Convención en que debe interpretarse el plazo del artículo 152 ter²⁹.

La interpretación acotada a la literalidad, a modo de plazo de caducidad, arroja una consecuencia nítidamente discordante con el marco convencional citado, debiéndose entonces proceder a integrar debidamente la norma. Pongo de relieve aquí lo sostenido por la Silvia Guahnon y Martín Seltzer en cuanto a que el artículo así interpretado no superaría el test de razonabilidad³⁰.

Como vimos, la ley 26.657 reconoce a quien padece enfermedades mentales y al adicto como sujeto de derecho y no como un objeto de protección, siendo pertinente reiterar el concepto de «proceso» impreso a la salud mental por el artículo 3º. Ese proceso no depende únicamente del aspecto puramente biológico o puramente psiquiátrico sino que son también de vital importancia, a los fines

de las declaraciones de incapacidad, los aspectos sociales, educativos, comunicacionales que rodean al enfermo mental. Así, el solo hecho que nos encontremos frente a una dolencia o patología médicamente irreversibles, no importa de modo alguno que las restantes aristas vinculadas al proceso de salud mental no puedan observar mejorías, avances o retrocesos sin perjuicio de remarcar la necesidad de control también del trato que recibe la persona que sufre enfermedades mentales por parte de quienes se encuentran a su cuidado.

Como consecuencia de lo expuesto, entiendo que cuando la Convención nos habla de que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial, no se refiere únicamente a la evolución de la enfermedad mental como tal sino, precisamente, a los otros aspectos que forman parte del proceso de salud mental.

Por otra parte, la Convención antes mencionada establece que los Estados Parte

adoptarán, a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables (Artículo 5 apartado 3º) y que para la Convención se entiende por ajustes razonables «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales». La pauta de «ajuste razonable» no puede ser obviada a la hora de interpretar un artículo de la nueva ley y de integrar la norma debidamente.

El plazo del artículo 152 ter, entonces, no pueden entenderse como plazo de caducidad de la declaración de incapacidad sino como una obligación de revisión periódica de la situación del insano sin que su inobservancia pueda afectar a la persona cuyos derechos fueron tutelados. Ello sin perjuicio a la revisión de la declaración producida con anterioridad o al cese de la misma, en los casos que

así corresponda. No importa de modo alguno la promoción de un nuevo proceso, tal como lo entienden Guahnon y Seltzer en el artículo citado, sino que la revisión debe darse en el proceso originario³¹.

Una práctica similar a la establecida por la ley ha sido pautaada por este Tribunal desde hace unos años al momento de ser solicitado por los curadores la renovación de la autorización para percibir beneficios previsionales o presentar las rendiciones de cuenta, en las que se ordena la realización de un informe ambiental en el lugar donde reside el insano y la presentación de un certificado del médico tratante acerca del estado y evolución del paciente, o en su caso un informe interdisciplinario del efector público de salud mental donde se hallare internado. Partiendo de evaluar positivamente esta práctica, considero que las revisiones periódicas deben disponerse mediante acciones similares conforme cada caso concreto³².

En el caso particular, la revisión se efectuará cada tres años durante los meses de marzo del año respectivo, sin perjuicio de los informes que solicite el Tribu-

nal con anterioridad en caso de considerarse necesario.

La ley no establece un mecanismo de control del cumplimiento de las revisiones periódicas. Si se tiene presente que la principal obligación del curador es cuidar que el incapaz recobre su capacidad, es también una de sus responsabilidades la de instar la totalidad del proceso incluida la revisión periódica de la situación del insano. Sin embargo, la revisión periódica importa también una obligación para el Estado en general, tanto sea de los efectores de salud mental como de quienes se encuentren directamente relacionados con el insano³³.

El Tribunal que integro entiende que a los efectos de la seguridad jurídica y de la inscripción en el Registro Civil, la sentencia de declaración de incapacidad se considera prorrogada en tanto y en cuanto no se ordene el cese de la misma en virtud de las revisiones periódicas dispuestas.

5.2. Alcance de la declaración de incapacidad

Recordemos que el artículo 152 ter establece que la sentencia de declaración de incapacidad debe especificar las funciones y actos que se limitan a quien padece una enfermedad mental o adicción bajo la perspectiva del mínimo de afectación a su autonomía personal³⁴.

En el esquema del Código Civil posterior al dictado de la ley 17.711, la problemática de la salud mental es abordada -casi exclusivamente- desde la perspectiva de la capacidad de las personas. Así, los dementes interdictos -es decir, aquellas personas que sufren enfermedades mentales y que son así declaradas judicialmente- son incapaces absoluto de hecho (artículo 54 inciso 3º) siendo el curador que se le atribuya su representante legal (artículos 56 y 57 inciso 3º). Por otro lado, el artículo 152 bis prevé que pueden inhabilitarse judicialmente a quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio; a los disminuidos en sus facultades cuando no lleguen al supuesto de la incapacidad por demencia -recordar que la categoría demente

es utilizada por Vélez Sarsfield conforme al avance de la ciencia médica de su época- y el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio, y a quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. En el caso de la inhabilitación la regla es la capacidad no pudiendo el inhabilitado disponer de sus bienes por actos entre vivos y sólo otorgar actos de administración, salvo las limitaciones que se le impongan en la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Para el Código Civil la regla es la capacidad de las personas y la incapacidad es la excepción (artículo 52). El segundo párrafo de la ley 26.657 establece que la capacidad de las personas se presume, afirmación que se infiere más allá de su poco afortunada redacción. Esta presunción es claramente receptada en el artículo 152 ter al establecerse la obligación de especificar en la sentencia los actos que se limitan, rigiendo ello tanto para dementes interdictos como para inhabi-

litados. Es decir, si se deben especificar cuáles son los actos que se limitan para los interdictos surge una posible incompatibilidad con el régimen de incapacidad absoluta de hecho establecido en el artículo 54, norma que como vimos no ha sido modificada, tal como lo señalan Julio César Rivera e Irene Hooft³⁵. Estos autores remarcan que, conforme a la tendencia de la legislación contemporánea de preservar, en lo posible, la autodeterminación de las personas con discapacidad, se busca la «sustitución de los regímenes de compartimentos estancos -capaces/incapaces- por otros que administren graduaciones de la incapacidad, de modo que la persona con discapacidad pueda mantener cierto grado de autodeterminación, dependiendo de la menor o mayor gravedad de su estado». Sin embargo, coincido también con Rivera y Hooft, ello no importa que, en ciertos casos específicos, deba declararse la incapacidad de hecho para la generalidad de los actos de la vida civil³⁶.

6. Conclusiones

La ley 26.657 es la consecuencia de una

concepción que en materia de salud mental pone el acento en el ser humano que sufre una enfermedad mental o padece adicciones al que trata como persona y como sujeto de derecho, y que encuentra un desarrollo claramente identificado con los tratados internacionales sobre derechos humanos tanto en el ámbito internacional como desde hace algunas décadas en nuestro país.

El mayor impacto de la ley recae, claro está, en el sistema de salud en general y en particular en el dirigido específicamente a la salud mental. La política de desmanicomialización no será de sencilla implementación, mas nuestro país cuenta con importantes experiencias al respecto como lo son la implementada en la provincia de Río Negro y las que con tanto esfuerzo y empeño se viene dando en nuestra provincia desde la sanción de la ley 10.772 en 1991.

En el ámbito del Poder Judicial y específicamente en el fuero de familia se imponen sustanciales modificaciones, tanto en lo que hace a los procesos de declaración de insania como al tratamiento

de las internaciones psiquiátricas y, en general, al abordaje que se hace de la situación de las personas adictas y sufrientes mentales.

Un poco más allá y vinculando esta normativa con la establecida en materia de niñez, es claro que las respuestas esperables de los magistrados en cuanto hace a los niños, a los adictos y a los sufrientes mentales ya no se ven satisfechas mediante los viejos esquemas sino que requieren una actitud activa, participativa y abierta.

En ese sentido, el control de legalidad que la ley impone sobre los actos de la administración pública y de los efectores de salud públicos y privados supera con creces la vigencia del antiguo principio dispositivo que aún prevé nuestro ordenamiento ritual. Así, la relación fluida del Poder Judicial con el Poder Ejecutivo y el Legislativo, la formulación de acuerdos y la coordinación de acciones tanto con las autoridades públicas como privadas, son imprescindibles a la hora de brindar un mejor servicio de justicia, tal como lo ha propiciado nuestra Corte Suprema de

Justicia en materia de niñez mediante la participación en el Consejo Provincial de Niñez como en otros estamentos similares. En ese orden, nuestro Colegio organizó en junio de este año el Primer Encuentro de Jueces y Funcionarios del Fuero de Familia en la Ciudad de Rosario en el que confluieron en distintos talleres de trabajo los jueces y secretarios del fuero de familia y las autoridades provinciales de niñez y nacionales y provinciales de salud mental a efectos de debatir las dificultades propias de la implementación de la nueva normativa y lograr superarlas ■

¹ El artículo 6° indica claramente que los servicios y efectores de salud públicos y privados, cualquiera sea la forma jurídica que tengan, deben adecuarse a los principios establecidos en la ley. En nuestra Provincia rige la ley 10.772 del año 1991. Si bien la misma contiene normas vinculadas al esquema normativo anterior, los principios en que se sustentara permiten adecuarla jurídicamente al nuevo sistema sin mayores dificultades.

² El párrafo final del artículo 3° establece que en ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva del status político, socio-económico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso; de demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevalecientes en la comunidad donde vive la persona; de la elección o identidad sexual; o de la mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización.

³ El artículo 5°, v. gr., pauta que la existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado.

⁴ El artículo 23 del Proyecto reconoce capacidad de ejercicio (hasta ahora «capacidad de hecho») a toda persona humana, excepto las limitaciones expresamente previstas en el Código y en una sentencia judicial. El inciso a del artículo 31 establece la presunción de capacidad de ejercicio de toda persona humana aún cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial. En cuanto a la amplitud del concepto de capacidad jurídica previsto en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, el actualmente vigente y el proyectado, ver IGLESIAS, MARÍA G. «Capacidad jurídica: restricciones a la capacidad en el Anteproyecto de Código Civil. Entre la incapacidad y los apoyos», JA, 2012-II.

⁵ ALFREDO KRAUT, «Derecho y salud mental. Hacia un cambio de paradigma», La Ley, 6 de junio de 2012.

⁶ Los restantes derechos enumerados en el artículo 7° son referidos en esta nota al tratar los distintos aspectos de la ley.

⁷ El artículo 7° inciso N prevé el derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable.

⁸ En el Proyecto de Código Civil y Comercial que

recientemente ingresara al Congreso de la Nación, el artículo 32 habilita al juez a restringir la capacidad de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o sus bienes.

⁹ Al respecto debe tenerse presente lo ordenado en el artículo 29 en cuanto a que, a efectos de garantizar los derechos humanos de las personas en su relación con los servicios de salud mental, los integrantes, profesionales y no profesionales del equipo de salud son responsables de informar al órgano de revisión y al juez competente, sobre cualquier sospecha de irregularidad que implicara un trato indigno o inhumano a personas bajo tratamiento o limitación indebida de su autonomía. El artículo también establece que la sola comunicación a un superior jerárquico dentro de la institución no releva al equipo de salud de tal responsabilidad si la situación irregular persistiera. La ley garantiza la reserva de identidad y las garantías de resguardo a la fuente laboral, como así también que la comunicación no puede ser considerada como violación al secreto profesional.

¹⁰ El art. 11 establece como una pauta de políticas públicas la implementación de acciones de inclu-

sión social, laboral y de atención en salud mental comunitaria promoviendo el desarrollo de consultas ambulatorias; servicios de inclusión social y laboral para personas después del alta institucional; atención domiciliaria supervisada y apoyo a las personas y grupos familiares y comunitarios; servicios para la promoción y prevención en salud mental, casas de convivencia, hospitales de día, cooperativas de trabajo, centros de capacitación socio-laboral, emprendimientos sociales, hogares y familias sustitutas.

¹¹ Es de aplicación la ley 26.529 (B.O. 20711/2009) cuyo artículo 5° (sustituido por ley 26.742, B.O. 24/05/2012) define al consentimiento informado como la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con relación a ciertos aspectos en él detallados (su estado de salud, procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; beneficios esperados del procedimiento; riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados, etc.

El artículo 7° (conforme ley 26.742) establece que el consentimiento debe ser otorgado por escrito cuando se trate, en otras excepciones al carácter verbal, de una internación y el artículo 9° exime al profesional de requerir el consentimiento informado cuando, entre otras situaciones, mediare una situación de emergencia con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales.

¹² Entre las reglas generales previstas en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 se establece que la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial (art. 31 inciso c), exigiendo el último párrafo del artículo 37 que la sentencia declarativa de incapacidad o restrictiva de la capacidad debe contar imprescindiblemente con el dictamen de un equipo interdisciplinario.

¹³ En cuanto a los trabajadores y equipos de salud, el art. 29 promueve la difusión y el conocimiento de los principios, derechos y garantías reconocidos y las responsabilidades establecidas en ella desde el momento del ingreso de cada trabajador al sistema.

¹⁴ En su parte final el art. 13 asegura a todos los trabajadores integrantes de los equipos asistenciales el derecho a la capacitación permanente y a la protec-

ción de su salud integral y manda al Estado desarrollar políticas específicas al respecto.

¹⁵ El artículo 42 del actual Proyecto de Código Civil y Comercial contiene una norma similar: «Traslado dispuesto por autoridad pública. Evaluación e internación. La autoridad pública puede disponer el traslado de una persona cuyo estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, a un centro de salud para su evaluación. En este caso, si fuese admitida la internación, debe cumplirse con los plazos y modalidades establecidos en la legislación especial. Las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato».

¹⁶ El art. 17 establece que en los casos en que la persona no estuviese acompañada por familiares o se desconociese su identidad, la institución que realiza la internación, en colaboración con los organismos públicos que correspondan, debe realizar las averiguaciones tendientes a conseguir datos de los familiares o lazos afectivos que la persona tuviese o indicase, o esclarecer su identidad, a fin de propiciar su retorno al marco familiar y comunitario lo antes posible.

¹⁷ El artículo 19 resalta que el consentimiento obtenido o mantenido con dolo, debidamente compro-

bado por autoridad judicial, o el incumplimiento de la obligación de informar hacen pasible al profesional responsable y al director de la institución de las acciones civiles y penales que correspondan.

¹⁸ El actual Proyecto de Código Civil y Comercial contempla este aspecto en su artículo 41: «Internación. La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección. En particular: a) debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad; b) sólo procede ante la existencia de riesgo cierto de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros; c) es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente; d) debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica; e) la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión».

¹⁹ La remisión genérica efectuada a los requisitos del artículo 20 importaría también la necesidad

de contar con el consentimiento informado del paciente, extremo que claramente no se da en este caso. Resta sí la previsión del consentimiento del representante legal. A mi juicio, la falta de consentimiento del representante legal no obsta a la internación involuntaria: la previsión debe entenderse vinculada con lo establecido luego en el artículo 22 respecto del abogado del paciente. Esta norma, de confusa redacción, asegura a la persona internada involuntariamente el derecho a contar con un abogado –que luego es llamado defensor– quien puede oponerse a la internación y solicitar su extirpación. El derecho a su designación reposa en primer término en el paciente o en su representante legal, mas si no lo designaren es el Estado quien debe proporcionarle uno desde el momento de la internación. Tal como está redactada importa una obligación impuesta al Estado. También prevé la norma que el juzgado debe permitir al defensor el control de las actuaciones en todo momento.

²⁰ Deben tenerse presente también los supuestos en que una internación voluntaria ha devenido en involuntaria por haberse tornado inválido –así lo califica la ley– el consentimiento informado, y los casos de internaciones de niños o de personas declaradas incapaces.

²¹ En la Ciudad de Rosario y Santa Fe el juez de trá-

mite de los Tribunales Colegiados de Familia y en las restantes jurisdicciones ante el juez con competencia en materia de familia.

²² El artículo 25 también establece que el juez debe dar parte al órgano de revisión transcurridos los primeros siete días en el caso de internaciones involuntarias. Al respecto, debe recordarse que el art. 21 obliga al efector que dispone la internación a informar la misma al órgano de revisión en un plazo de diez horas.

²³ La ley manda al Estado dotar a los hospitales de la red pública de los recursos necesarios a tal fin. Si bien es una indicación que puede entenderse como un criterio de prioridades para las políticas de salud, peca de un cierto voluntarismo en tanto no va unida a una previsión presupuestaria.

²⁴ La parte final del artículo prevé que dicha adaptación y sustitución en ningún caso puede significar reducción de personal ni merma en los derechos adquiridos de los mismos.

²⁵ Rige al respecto lo establecido por la ley en materia de internaciones

²⁶ La Ley, 9 de agosto de 2011.

²⁷ KIELMANOVICH, JORGE L. «*El nuevo juicio de in-*

terdicción y de inhabilitación (ley 26.657)», La Ley 2011-A-1136.

²⁸ Recordemos que los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991 es parte de la propia ley (artículo 2°) y que toda ella es considerada norma de orden público (artículo 6°).

²⁹ En igual sentido, los «Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la salud mental» de Naciones Unidas establecen con claridad que «Principio 1. 6... Las decisiones sobre capacidad y la necesidad de un representante personal se revisarán en los intervalos razonables previstos en la legislación nacional».

³⁰ GUAHNON, SILVIA y SELTZER, MARTÍN, «*La sentencia en los juicios de insania e inhabilitación a la luz de la nueva ley de Salud Mental*», Doctrina Judicial, 29/06/2011, pág. 93. Ver también GIAVARINO, MAGDALENA «*El alcance temporal del estatus jurídico del padeciente mental. El nuevo artículo 152 ter de la ley 26.657*», La Ley 2011-D-567.

³¹ El artículo 40 del actual Proyecto de Código Civil y Comercial norma: «La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento,

a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres (3) años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado». El artículo 32 refiere a la declaración de restricción de capacidad o de incapacidad.

³² Este Tribunal, a partir de la Sentencia N° 523 del 14 de marzo de 2012 (Protocolo del Tribunal) dictada en autos «*V.R. sobre curatela*», Expte. 1246/10, pautó la revisión cada tres años sin perjuicio de los informes que solicite el Tribunal con anterioridad en caso de considerarse necesario.

³³ Desde el caso antes citado, el Tribunal exige al curador la presentación en el mes de revisión de un informe suscripto por un profesional de la salud mental sobre la evolución del declarado insano en su salud mental entendida en los términos de la ley, debidamente certificado por autoridad competente, como así también dispone registrar por el Actuario los vencimientos respectivos a efectos de proveer lo conducente para que, con la debida antelación, se ordene el cumplimiento de lo establecido, ya sea a instancia de parte, ya sea oficiosamente en su defecto, mandando realizar de un informe ambiental por la Trabajadora Social del Tribunal con noventa días de antelación al vencimiento del plazo de revisión. Este tipo de actuaciones perma-

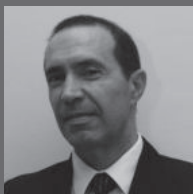
necen reservadas en la Secretaría actuante.

³⁴ En el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, como vimos ut supra, el juez puede restringir la capacidad de una persona o declararla incapaz. El artículo 38 se refiere a los alcances de la sentencia y pauta que ésta debe determinar la extensión y alcance de la incapacidad y designar representantes o apoyos. Agrega: «Si el juez considera que la persona está en situación de conservar su capacidad con limitaciones o restricciones, declara los límites o restricciones a la capacidad y señala los actos y funciones que no puede realizar por sí mismo. A fin de que la persona tome su decisión le designará los apoyos necesarios...»

³⁵ RIVERA, JULIO CÉSAR y HOOFT, IRENE, «La nueva ley 26657 de Salud Mental» (Abeledo Perrot N°: 0003/015423, SJA 25/5/2011).

³⁶ En el caso «V.R. sobre curatela» antes citado, el informe pericial da cuenta de una mujer de más de 40 años que ha vivido siempre con sus padres y que padece síndrome de Down, siendo por ende inmodificable su condición genética mas no su desarrollo y evolución personal, sus vínculos con la sociedad, su inserción comunitaria. En el fallo se puntualizó que los logros de autonomía personal alcanzados por R.V. están relacionados con su vida cotidiana, la relación con su medio, su cuidado per-

sonal y su crecimiento como ser humano, mas no ella no pudo desarrollar elementos que le permitan conducirse con una autonomía similar en relación a los actos jurídicos tutelados por la declaración de incapacidad y por la institución de un curador. Se hizo hincapié en que las habilidades alcanzadas respecto de sus gustos, toma de decisiones sobre algunas cuestiones de su persona, indumentaria, actividades socioculturales preferidas, constituyen aspectos que deben ser respetados por quienes ejercen la guarda, del mismo modo que lo deben ser por quienes ejercen la patria potestad, sin que importe ello la necesidad de especificarlos como fuera del alcance de la limitación general de su capacidad. Así, en el caso particular, se efectuó declaración de incapacidad para la generalidad de los actos jurídicos, tal como surge del artículo 54 del Código Civil.



DR. NÉSTOR OSVALDO GARCÍA
Juez de Primera Instancia
de Distrito en lo Civil y Comercial
de la 6ª Nominación,
Rosario

Justicia y Prensa: Análisis de una relación necesaria

La idea de escribir una nota que involucre las relaciones de la Justicia con los Medios de Comunicación, me lleva necesariamente a recordar mi trabajo como productor del noticiero central en un Canal de televisión de la ciudad de Rosario durante dieciséis años. Actualmente y desde hace ocho años integro el Poder Judicial, lo que de alguna manera me permite decir que conozco ambos lados de la moneda.

Para encabezar este pretendido análisis, y me permito esto como una digresión, diré que en nuestro país -como en la mayor parte de los países de América Latina- tiene lugar un conflicto entre los integrantes del Poder Judicial y los Medios de Comunicación, que suele eclosionar cuando ocurren casos resonantes y que muchas veces lleva a un enfrentamiento en el que olvidamos cuáles son las responsabilidades de cada sector. Debería aclarar que hablo de los países latinoamericanos porque son ellos (somos nosotros) quienes han (hemos) estado sometidos a dictaduras militares que impusieron sus intereses a sangre y fuego y cuyo retiro de todo el subcontinente ha costado miles de vidas. Esto no ocurrió en la América del Norte ni en Europa, lugares donde las relaciones entre la prensa y la justicia han pasado por un largo proceso de acomodamiento que hoy da lugar a una convivencia un poco más armónica que la que vive Latinoamérica.

Ese largo pasaje del proceso militar hacia el aprendizaje democrático trajo inicialmente consecuencias inevitables: por un lado el Poder Judicial -que como

todos los Poderes del Estado usurpados por la dictadura venía siendo cuestionado al instalarse el Estado de Derecho- fue llevado progresivamente al banquillo de los acusados por un público que exigía respuestas inmediatas a los cambiantes problemas de la sociedad moderna y que la Justicia parecía incapaz de darle. Por otro lado, los Medios de Comunicación se convirtieron en depositarios de una importante credibilidad y confianza públicas, al ingresar a una etapa de su desarrollo en la que cobraron creciente independencia y poder. Según la opinión de importantes juristas latinoamericanos «*la crisis de la administración de justicia no pasa por la mera existencia de un variado conjunto de demandas insatisfechas, sino por la incapacidad de los jueces para entenderlas, hacerse cargo de ellas y responderlas*»... «*En casi toda América Latina, la percepción social sobre la Justicia -con niveles de variación que corresponden a la situación de cada país- le adjudica lentitud, complacencia con el poder y corrupción*»¹. Este diagnóstico de Luis Pásara -abogado, periodista y profesor universitario peruano- tiene plena validez en nuestro país.

En suma, el malestar ciudadano con la Justicia no corresponde a un estado de humor social pasajero, ni puede ser explicado superficialmente como un asunto circunstancial de mala imagen institucional, que podría ser atendido mediante el uso de mejores recursos en relaciones públicas. Se trata de una demanda de cambio profundo que implica dejar de lado usos y costumbres coloniales para comenzar a relacionarse con los problemas por los que atraviesa la sociedad en la que estamos inmersos.

Paralelamente a esta crisis de la justicia, los Medios de Comunicación han cobrado en nuestros países un papel de creciente importancia. La comunicación se ha desarrollado de un modo espectacular en las últimas décadas y las empresas eficazmente dedicadas a este negocio han cobrado un peso que hace cuarenta años hubiera sido inimaginable. Ya a principios principios de los años 60, Marshall McLuhan² analizó la comunicación partiendo de la idea de que todo medio tecnológico es una prolongación de alguna facultad humana, psíquica o física: la rueda, por ejemplo, una prolongación del pie; el libro,

una prolongación del ojo; la ropa, una prolongación de la piel; etcétera. En su libro, el autor plantea a los Medios de Comunicación considerando la participación del usuario y su naturaleza. McLuhan dice que *el medio es el mensaje*, para explicar que más que el contenido de sus palabras o de sus imágenes, lo que queda de un medio de comunicación es su efecto, la forma en que moldea a sus usuarios incluso a nivel físico, cambiando facilidades, rutinas, modos de percepción. La transformación tecnológica ha hecho posible la aparición, desde el mundo de la comunicación, de protagonistas de primer nivel: a la imparable fuerza de la televisión, la radio, los diarios y las revistas se suma también el poder comunicacional de internet, con la información *on line* y sus redes sociales. Hoy los Medios de Comunicación son parte de la noticia misma, en el sentido que, en apreciable medida, los hechos son tales o revisten importancia en la medida en que alcanzan lugar en los medios. Lo que se publica o se televisa es y adquiere casi automáticamente un valor de verdad.

Cada uno de estos procesos se ha desarrollado autónomamente respecto del otro, pero ha definido la condición desde la cual prensa y justicia están en posiciones encontradas hoy en día. Respecto de esto cabe preguntarse dos cosas:

1) ¿cuáles son los motivos de esa lentitud del Poder Judicial?

2) ¿son realmente los Medios de Comunicación merecedores de esa confianza?

1. Una probable respuesta a la morosidad

Si nos remontamos en el tiempo existen algunas razones históricas para que el Poder Judicial sea tal cual es hoy en día. En nuestro medio, el modelo del juez y del Poder Judicial que heredamos de España y por intermedio de ella de Francia, concebía a la labor de administrar justicia como una función casi mecánica, cumplida de una forma aislada en oficinas y sin la intervención de nadie. Antes de la Revolución Francesa el *ancien régime* no exigía la obligación de motivar las sentencias, debido a que los jueces eran meros representantes o servidores del rey o del príncipe. A tales decisiones como es lógico en ese esquema de poder, no había por qué justificarlas, bastaba sólo con invocar que las mismas provenían de esas fuentes primigenias.

Tal es así -según lo cuenta Emilio Reus³ que una Real Cédula dictada por Carlos III el 13 de junio de 1778, que forma la ley 8ª del título 46 del libro de la Novísima Recopilación, prohibía que las sentencias fueran fundadas. Y daba sus argumentos para fundamentar la prohibición: «Para evitar los perjuicios que resultan con la práctica que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias, dando lugar a cavilaciones de los litigantes, consumien-

do mucho tiempo en la extensión de las sentencias ... mando cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, ateniéndose a las palabras decisorias, como se observa en el mi Consejo, y en la mayor parte de los Tribunales del Reino... derogando, como en esta parte derogo, el auto acordado 22, tit. 2*, libro 3*, duda 4a., Rec. u otra cualquiera resolución o estilo en contrario». El poder real devenía de la autoridad divina y por lo tanto no había ni necesidad ni motivo alguno para fundar las decisiones de los jueces bajo su imperio, esto es lo que el monarca español quería dejar claro con dicha ordenanza. Tras la Revolución Francesa (1789) se establece la obligación de motivar las sentencias, no por la necesidad de establecer una lógica argumental sino por la profunda desconfianza que existía en el poder político acerca de los jueces pre-revolucionarios. Los jueces debían motivar sus resoluciones de forma tal que fueran el fiel reflejo de las leyes existentes, consideradas como justas por emanar del omnipotente cuerpo legislativo, depositario de la voluntad general y de las cuales estaba vedado al juez separarse. «La escuela exegética reaccionando contra la arbitrariedad y el despotismo creyó eliminar toda intromisión judicial cuando reafirmaba la sentencia de Montesquieu sosteniendo que: el juez sólo es la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de ella»⁴. Así fue que se le asignó al juez la tarea de buscar la solución aplicable al caso,

estrictamente dentro del abanico normativo. De tal forma que históricamente el juez ha sido un aplicador de la ley. Lo ideal era que el legislador en sus leyes, contemplara todos los casos posibles que se podrían presentar en la realidad tipificándolos en los diferentes códigos.

Es por ello que nos hemos acostumbrado a esperar de la ley una respuesta a todos nuestros posibles problemas y conflictos, y la administración de justicia es vista -esencialmente- como una labor mecánica de «aplicación de la ley». Precisamente por esto muchos jueces y demás funcionarios integrantes del Poder Judicial, formados históricamente en tales lineamientos, somos anuentes para sostener esa posición de auto aislamiento y separación del devenir de la sociedad. Se especulaba que con ello se evitaba toda contaminación y sospecha de parcialidad, porque se asumía que cualquier compromiso en los asuntos sociales producía una sospecha sobre la independencia del juzgador. Esto es justamente lo contrario a lo que se espera de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, que por ser el centro de la actividad estatal, están obligados a salir a la calle, hablar con la gente y preguntarle sobre sus necesidades y problemas e idear soluciones para resolverlas. Ese aislamiento del Poder Judicial, se vio reforzado por sistemas procesales escritos donde los jueces revisaban las demandas de las partes -a quienes muchas veces no llegaban a conocer- lo cual motivó un mayor distanciamiento de la so-

cialidad y de los conflictos sociales. Como integrante del Poder Judicial creo reconocer todavía en muchos de nosotros ese notable retraimiento y a veces una cierta falta de compromiso para desentrañar los problemas sociales, reconocerlos e inmediatamente tratar de brindar soluciones. La sensación de desconcierto que a veces provocamos en la gente es la misma que Ciro Alegría puso en su Rosendo Maqui, un líder comunero que, en defensa de las tierras comunales, termina siendo procesado como un delincuente: *Rosendo Maqui declaró, hablando con fervorosa sencillez del derecho de la comunidad de Rumi, de sus títulos, de una posesión indisputada, que todos habían visto a lo largo de los años, de la misma tradición que afirmaba que esas tierras fueron siempre de los comuneros y de nadie más. [...] El juez lo miraba sin decir palabra, Rosendo calló. Estaba muy fatigado y no hallaba manera de salir del paso. De pronto se sintió perdido en ese mundo de papeles, olor a tabaco y aire malo [...] Todo era un laberinto de papel sellado que mareaba*⁵.

2. La prensa y la confianza que supo conseguir

La libertad de prensa es uno de los principios sagrados del sistema democrático y esto la convierte en uno de los pilares del Derecho. Según él -y casi todas las Constituciones democráticas lo consagran como tal- la información y la comu-

nicación deben estar libres de censura y presiones, ya sea que éstas provengan del Estado o de grupos de poder enquistados en la sociedad civil. Por ello, los Medios de Comunicación cumplen un importante papel en la sociedad: comunicar e informar con absoluta libertad sobre lo que está pasando, para lograr que cada ciudadano pueda reaccionar de manera correcta e inteligentemente, aportando a la solución de problemas comunes. Muestran lo que sucede en la población, es decir, reflejan la realidad, ponen en evidencia nuevas y diversas expresiones culturales, entre otras funciones. Este parece ser el idílico panorama general que justifica por qué los Medios masivos de comunicación han sabido ganar el respeto y la confianza del público. Pero la realidad no es tan clara y lineal como parecen indicar esas palabras, detrás de ellas también hay hombres y organizaciones que sólo ven en la información una lucrativa industria. Así como soy testigo de cierto aislamiento que padecemos los jueces frente a los problemas sociales, también puedo afirmar con la seguridad que me da mi experiencia en el mundo de la prensa, que el periodismo es estrictamente subjetivo, ya que son personas con opinión quienes seleccionan la información y relatan las noticias. Y aunque existe una gran cantidad de periodistas que se esfuerzan por informar con veracidad y rigurosidad profesional los sucesos de interés para la población, como toda actividad humana, tiene un fuerte contenido subjetivo. El periodismo es opinión y quienes

Justicia y Medios

Justicia y Prensa:

Análisis de una relación necesaria

abogan por la existencia de un periodismo objetivo manifiestan que se trata de hacer una crónica desprovista de opinión acerca de los hechos. Pero tal objetividad no es posible, pues cuando un periodista se sienta a escribir su trabajo, no solo transmite lo que han dicho sus fuentes, sino también existe un proceso interactivo en el que están presentes ideologías, cultura, idiosincrasia, pertenencias, honestidad profesional. Además es necesario poner en descubierto que los Medios de Comunicación no se encuentran generalmente -por no decir jamás, palabra que suena desesperanzadora- en manos de humanistas e idealistas, sino de hombres de negocio que manejan sus empresas con fines comerciales y que buscan maximizar sus ganancias. Sus beneficios dependen en un alto grado de la publicidad que puede provenir del propio Estado o de grandes grupos económicos, ya sean industriales, comerciales o de otra índole, y esta dependencia coarta su libertad y transforma al diario, la radio, la revista o al canal de televisión, en un férreo defensor de estas fuerzas y de sus intereses particulares.

Los Medios masivos de comunicación difunden y forman opinión, pero no permiten un análisis sobre un tema determinado, sino una única opinión que luego es considerada como verdadera en nuestra sociedad. Por lo tanto, no admiten una relación de equilibrio con ésta, sino que establecen una relación de influencia-dependencia. Esa relación de influencia-dependencia está mediada por el poder



de los propios medios masivos, lo que le ha valido la expresión de «Cuarto Poder», atribuida a Edmund Burke⁶, hace más de dos siglos. Ya en aquella época, un hombre como el Libertador Simón Bolívar se iniciaba como articulista en el *Morning Chronicle* de Londres, admirado por el buen uso que de la prensa se hacía en Inglaterra, y desde allí comenzaba a difundir su mensaje independentista, con gran confianza en la eficacia del papel periodístico como medio de información y a la vez, como instrumento de propaganda. En el mismo sentido uno de los pilares de la Revolución de Mayo, Mariano Moreno, fundó el 7 de junio de 1810 (hoy Día del Periodista en nuestro país) el primer periódico patrio. Conoce-

dor del poder de la información, Moreno decía: «¿Por qué se han de ocultar a las Provincias sus medidas relativas a solidar su unión, bajo nuevo sistema? ¿Por qué se les ha de tener ignorantes de las noticias prósperas o adversas que manifiesten el sucesivo estado de la Península?... Para el logro de tan justos deseos ha resuelto la Junta que salga a la luz un nuevo periódico semanal, con el título de la *Gaceta de Buenos Aires*»⁷. Es por todo esto que pretender que existe un periodismo independiente es una falacia. Todo periodista, a la hora de la creación de un artículo incluye junto a los aspectos de la realidad del hecho, su subjetividad -sin dejar a un lado la honestidad profesional, el apego o los sucesos y la ética- durante

el proceso de investigación, el periodista consulta distintas fuentes que pueden contraponerse en cuanto al análisis de los hechos. Es decir, el periodista selecciona cuál de las fuentes es la más creíble y la más importante, cuál es la que puede acompañar su trabajo, su investigación, de forma tal que se acerque lo más posible a lo que él entiende ha sucedido. De ahí es que podemos decir que -aun cuando no se trate de noticias determinadas por el poder de la publicidad- el periodismo siempre construye la información.

La sociedad de la información y los procesos mediáticos

Sin embargo, y pese a todo lo dicho, es indudable que los medios desarrollan su rol de controladores, y en cierta medida, lo hacen a expensas de las instituciones en estado de falencia. Sucede así no sólo en el área de la administración de justicia. También ocurre en otras instituciones del Estado. Actualmente aceptamos como normal que una entrevista a un funcionario público de alto rango, hecha en un programa de televisión de alta audiencia, alcance mucho más relevancia que su comparencia ante el Congreso para ser cuestionado por los Diputados de la oposición. El programa radial, las páginas de diarios y revistas, y la pantalla de televisión constituyen los principales lugares donde encuentra espacio el tratamiento de la cosa pública. Nos guste o no ese tratamiento, el ciudadano promedio lo busca y encuentra

en los medios, en una medida y amplitud que no halla en otros espacios institucionales. Esto nos conduce a pensar que no es posible concebir una relación entre Prensa y Justicia sin la existencia de un Poder Judicial ágil, responsable, comprometido e independiente y de una prensa que deje de lado su propia agenda, respete los tiempos judiciales e informe teniendo en cuenta que no es el *rating* el motor de la Administración de Justicia. Es imposible ignorar las diferencias que tenemos en cuanto a objetivos, métodos, rapidez, adaptación a los cambios, etcétera, pero sin duda una sociedad justa y democrática exige que tanto el Poder Judicial como los Medios de Comunicación, puedan discutir sus desigualdades y llegar a acuerdos que permitan un cambio que nos conduzca hacia una convivencia pacífica.

a. Las dos caras de una misma moneda: La mirada desde la Justicia

El conflicto existente puede quedar mejor delimitado si se escuchan las versiones encontradas que desde uno y otro lado, se formulan en torno a él. Quienes formamos parte de la Administración de Justicia, sentimos que existe una invasión de los Medios de Comunicación sobre asuntos que legalmente competen sólo al conocimiento y resolución de aquel brazo del Estado al que constitucionalmente corresponde la resolución de conflictos. Tales invasiones constituyen formas de presión o de interferencia, según la modalidad que usen los medios; pero esencialmente, todas ellas



corresponden a un rol que el periodismo se ha adjudicado y que no se limita, como antaño, a informar sobre los pasos que sigue un caso determinado a través de su procesamiento por la Justicia. La prensa desde ese nuevo rol realiza una serie de actividades que, en los hechos, configuran un proceso paralelo, concerniente a aquellos casos que, debido a algún elemento motivador de interés público, suscitan la atención y cobertura de los Medios de Comunicación. Es así que el periodista investiga los hechos, interroga testigos, sopesa elementos probatorios, examina y discute hipótesis y, en definitiva, establece o descarta responsabilidades en el campo civil, y culpabilidades o inocencias en materia

Justicia y Medios

Justicia y Prensa:

Análisis de una relación necesaria

penal. Nótese también que, en el desarrollo de estas diversas actividades -y como ya se explicó en párrafos anteriores- el periodismo no siempre es guiado por el objetivo de informar, plenamente legítimo, sino por otros tales como: el propósito comercial de aumentar la circulación o la audiencia del medio, la satisfacción de intereses económicos o políticos vinculados a los propietarios del medio, y la venalidad de algunos periodistas que ponen su labor al servicio de quien pueda recompensarla.

En tales condiciones se llevan adelante verdaderos procesos paralelos que no respetan las garantías de inocencia que el proceso judicial conlleva, ofendiéndose frecuentemente el honor de personas que resultan agraviadas infundadamente sin que exista una reparación posterior. Es el proceso periodístico y no el judicial el que alcanza el debate de la opinión pública, mientras tanto los magistrados avanzan sopesando una variedad de pruebas que el secreto sumarial no ha puesto a consideración de la prensa y constatando que públicamente se discute una versión de los hechos radicalmente distinta de la que ellos manejan. Allí se produce un grave quiebre entre las expectativas de la opinión pública -que espera un fallo en la dirección que ha sido anticipada por el proceso mediático- y la sentencia dictada por los jueces que han sopesado los hechos y las pruebas del proceso real. Esto da origen a sospechas de todo tipo que algunos Medios llegan a insinuar, abiertamente, y la sociedad toda -influida por las conclusiones del proceso



paralelo- llega a cuestionar la idoneidad del juzgador, su honestidad y su imparcialidad alimentando el descrédito de todo el aparato judicial.

b. El periodismo tiene otra explicación para este fenómeno

Pero desde el lado de la prensa se ofrece una explicación de este fenómeno que difiere radicalmente de la observada desde adentro de la administración de justicia. Se dice que el descrédito de todo el aparato estatal y especialmente el de la Justicia, se debe a la experiencia que los ciudadanos han tenido en relación a ella y no a la imagen que de ella imponen los Medios de Comunicación. Aseguran que sólo se limitan a reflejar una realidad que es la que el ciudadano percibe del aparato estatal. Es la opinión pública -consumidora de los Medios de Comunicación- la que exige que la prensa avance sin reparos en el cuestionamiento de la actuación judicial, con

el propósito de obligar a que se formulen cambios en ella. Desde este punto de vista, se sostiene que una prensa atenta debe seguir los casos sometidos a la justicia a los fines de controlar que no se produzcan resultados indeseables, es decir, que no se utilicen argumentos procesales o ardises legales para que los victimarios queden sin sanción. Esta tesis cita, en apoyo suyo, aquellos casos que en varios de nuestros países han sido sometidos a proceso sólo después de una intensa campaña periodística de denuncia e investigación, así como aquellos otros casos en que el trabajo periodístico abrió camino cuando el procesamiento judicial parecía empantanado y por lo tanto, destinado a concluir en nada. Muchos de estos casos-testigo se refieren a abusos de poder, donde los jueces tendieron a adoptar una actitud más bien benevolente, que la prensa logró revertir mediante una cobertura intensa⁸.

La entrega de un premio Oscar a la película «El Secreto de sus Ojos» parece confirmar este punto de vista. En ella, es un simple ciudadano el que asume el papel de policía, juez y carcelero, sujetándose a la lógica de una ley que no se cumple. «Ud. dijo perpetua», dice, recordando la previsión de la norma que ineficiencias e interferencias políticas impidieron realizar. Tal vez lo curioso en este sentido sea que el autor del libro «La pregunta de sus ojos» -Eduardo Sacheri- en el que la película se basó, trabajó en un Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de la Capital Federal y construyó la ficción sobre la



base de un hecho real, en el que un delincuente condenado por graves delitos salió en libertad sin que nadie supiera por qué⁹. Tal vez este hecho nos invite a reflexionar sobre cómo se nos ve desde afuera, pero también como nos vemos nosotros como miembros del propio Poder Judicial.

Los puntos de encuentro

Es indiscutible que ambas argumentaciones tienen razones de suma validez y tal vez sea por ello que el conflicto no sea sencillo de resolver. Existen algunas premisas que no está de más recordar en miras de arribar a los puntos de acuerdo. En primer lugar, nadie pone en duda que es a los magistrados a quienes corresponde la tarea de juzgar y a los periodistas a quienes compete la tarea de informar. Los jueces tenemos ese rol asignado por la Constitu-

ción Nacional y eso no puede ser puesto en cuestionamiento por ningún actor social. En cuanto al derecho/deber de informar, entiendo que los jueces podemos cuestionar algunas de las actitudes y prácticas del periodismo, pero no a tal punto de negar el derecho mismo de la libertad de expresión a través de la prensa.

Corresponde decir también que los periodistas, al criticar el laconismo de las expresiones de los magistrados y funcionarios en algunas causas judiciales deben tener presente que existe un Código de Ética para Magistrados y Jueces cuyo punto 5.2 establece claramente que: *En sus relaciones con la prensa y con el público en general, con respecto a los casos pendientes el juez: a) Tiene prohibido anticipar directa o indirectamente el contenido de las decisiones que adoptará; b) Debe evitar comentarios sobre un caso específico; c) Debe procurar que no trasciendan detalles de las causas en trámite; d) Si excepcionalmente fuera necesaria alguna explicación puntual sobre un caso específico, se hará a través de una comunicación escrita y en términos suficientemente claros para ser entendidos por el público no letrado; e) En circunstancias excepcionales, cuando al solo fin de esclarecer información equívoca o errónea fuese necesaria la comunicación verbal con la prensa, podrá referirse a la tarea judicial y al proceso en general o a sus etapas, poniendo extremo cuidado en evitar comentarios específicos sobre un determinado caso*¹⁰.

También el Foro del Periodismo Argentino (FOPEA) publicó junto a la Fundación Konrad Adenauer un estudio comparativo de códigos de ética en el mundo y un análisis de la situación en la Argentina. El trabajo incluía un anteproyecto de código que fue debatido por los socios y fue puesto en la mesa de discusión en Buenos Aires y en quince provincias del país. El documento final fue firmado el 25 de noviembre de 2006 como cierre del Congreso Nacional de Ética Periodística realizado por FOPEA en la ciudad de Buenos Aires, y desde entonces es de carácter obligatorio para todos los que integran el Foro de Periodismo Argentino¹¹. Su artículo 32 expresa: *El periodista debe respetar la privacidad de las personas. Sólo cuando se viera afectado un bien o valor público por un aspecto relacionado con la intimidad de una persona, puede prevalecer el derecho a la información de los ciudadanos por sobre la privacidad de un particular. Y el 35: En toda información debe respetarse el principio constitucional de inocencia de cualquier persona mientras una culpabilidad no hubiera sido probada judicialmente. Los pronunciamientos de las fuentes policiales no son suficientes para determinar culpas ni siquiera cuando tienen la forma de comunicados oficiales. También el 38: No deben publicarse los nombres de víctimas de delitos sexuales, a menos que se cuente con su consentimiento explícito.* Es decir que existen normas éticas vigentes que rigen las conductas de ambas partes, el respeto a ellas consti-

Justicia y Medios

Justicia y Prensa:

Análisis de una relación necesaria

tuiría un buen comienzo para que las relaciones comenzaran a estrecharse.

El cambio es la única cosa inmutable

Es ineludible cambiar, tanto quienes tratamos con la Prensa como integrantes del Poder Judicial, como quienes hacen un tratamiento de la noticia que no respeta los valores esenciales que están en juego en este tipo de información. Debemos aprender a construir esa relación, debemos cambiar de modelo y dejar de vernos como partes enfrentadas. Ya sea que el cambio de paradigma se produzca de una forma u otra, de modo instantáneo o gradual, determina que pasemos de una manera de ver el mundo a otra. Ese cambio genera poderosas transformaciones. Nuestros paradigmas, correctos o incorrectos, son las fuentes de nuestras actitudes y conductas, y en última instancia de nuestras relaciones con los demás. Según el escritor mexicano Octavio Paz: Las masas humanas más peligrosas son aquellas en cuyas venas ha sido inyectado el veneno del miedo... del miedo al cambio.¹²

Se trata de un tema delicado y sensible tanto para los Jueces, fiscales y defensores, como para los periodistas y dueños de los Medios de Comunicación, así como también para las personas involucradas en cualquier proceso judicial: imputados, víctimas, familiares, y también para la sociedad que tiene derecho a estar bien informada. Pero muchas veces entran en juego e inevitablemente en conflicto, dis-



tintos valores todos ellos recogidos y tutelados por el ordenamiento jurídico. Cada vez que se publica una información o un magistrado da una declaración se ponen en juego: la libertad de expresión, la libertad de búsqueda y difusión de información y la libertad de prensa, por una parte. Y por otro lado tenemos: el derecho a la intimidad, el derecho a la privacidad, el derecho al honor, el derecho a la imagen, la presunción de inocencia, el orden público, la dignidad de las personas, el respeto a las víctimas, a los implicados y a sus familiares y finalmente la independencia judicial. Lo anterior, nos plantea el problema filosófico de la jerarquía de los valores: ¿A cuál valor le damos preeminencia en la práctica cuando entran en conflicto? ¿En base a qué criterios? ¿Es realmente cierto que

cualquier control debe ser sobre la base de sanciones posteriores y no de prohibiciones previas, so pena de dañar el derecho a la libertad de prensa y para no permitir la censura previa? Creo que si respetamos los valores éticos que los códigos de ambas profesiones imponen, tendremos muchas de las respuestas a estas preguntas.

Considero necesario agregar que no sólo la ética impone sus razones. Existen también pactos internacionales que establecen normas de conducta que regulan la relación de la Prensa con la Justicia y que hoy son derecho positivo para la Argentina desde su incorporación -a través del art. 75 inc. 22- a la Constitución Nacional. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula

en su numeral 19 que: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión: este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier procedimiento de su elección», pero advierte enseguida que el ejercicio de tal derecho «entraña deberes y responsabilidades especiales» que pueden ser fijadas por la ley, en relación con la necesidad de asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás. Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en su artículo 13.2 que el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión «no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar [...] el respeto a los derechos o a la reputación de los demás».

Dejemos en claro además que los tiempos de adaptación para ambos extremos de la relación no son los mismos. Los cambios en una institución del Estado, que como tal, está compuesta por miles de personas, cuya forma de pensar viene históricamente influenciada por el aislamiento, padece de endémicos problemas presupuestarios, y tiene que lidiar con asuntos en los que se pone en juego la vida, la libertad, la familia o el patrimonio de los ciudadanos no son siempre rápidos ni sencillos. No obstante ello, se han dado los primeros pasos en

el sentido de agilizar las relaciones con la prensa y a través de ella con la sociedad en general. A nivel institucional el manejo de la información del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe hoy pasa principalmente a través de una Oficina especializada de Prensa y no parte del juzgador directamente, salvo casos de excepción en los que éste –respetando el Código de Ética– quiera emitir declaraciones en forma directa sin adelantar criterio, dando trato equitativo a los interesados, y observando siempre la objetividad e imparcialidad. Se imparten desde el Centro de Capacitación Judicial dependiente de la Corte Suprema de Justicia un Curso Anual de Periodismo Judicial. Se trata de cambios muy pequeños, pero los largos caminos se recorren paso a paso ■

Sitios web de las imágenes:

- <http://www.organojudicial.gob.pa/noticias/general/noticia-30149/>
- <http://www.mercedes.gob.ar/prensa/index.php/prensa-y-protocolo?start=15>
- <http://es.rsff.org/press-freedom-index-2011-2012,1043.html>
- <http://pepeolivercabrera.blogspot.com.ar/2012/05/breve-historia-de-la-prensa.html>
- <http://www.ramdsa.com.ar/2011/05/no-al-racismo.html>

¹ LUIS PÁSARA, *El conflicto entre medios de comunicación y justicia*, publicado en www.justiciaviva.org.pe/otros/pasara.pdf, pag 2.

² MARSHALL McLUHAN, *Comprender los Medios de Comunicación*, Edit. Paidós, 2000, pag. 45.

³ REUS EMILIO, Comentario a la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1881, T. I, pág. 241.

⁴ FERNÁNDEZ ALBERTO VICENTE, *Función creadora del juez*. Buenos Aires. Edit. Abeledo Perrot, 1970, pag. 70.

⁵ ALEGRÍA CIRO, *El mundo es ancho y ajeno*, Ed. Wiracocha, Santiago de Chile, 1987, pp. 49-50, 54.

⁶ BURKE, EDMUND, *Reflexiones sobre la revolución en Francia*. Alianza Editorial, 2003, pag. 67.

⁷ DUHALDE E. L. y ALÉN L. H. en *Teoría jurídico-política de la comunicación*, Edit. Eudeba, Buenos Aires, pag. 261.

⁸ LUIS PÁSARA, op. cit. pag. 6.

⁹ SACHERI, EDUARDO, *La pregunta de sus ojos*, Edit. Alfaguara, 2010, Buenos Aires, pag. 316.

¹⁰ Código de Ética para Magistrados y Jueces del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe sancionado por Acordada N° 10 Punto 8 del 20/03/2002.

¹¹ Código de FOPEA, *Principios éticos para la práctica periodística*.

¹² OCTAVIO PAZ: *Obras Completas VIII: Miscelánea, Primeros Escritos y Entrevistas*. Galaxia Gutenberg, México, 2005.

DR. DUILIO M. FRANCISCO HAIL
Secretario de Cámara 4^{ta}.
Circunscripción Judicial,
Reconquista

El Poder Judicial y los Medios de Comunicación

Para abordar el tema no se puede soslayar, en principio, que la Justicia y los medios de comunicación son dos áreas que están destinadas a salvaguardar la democracia y el buen funcionamiento de la sociedad. Los medios de comunicación -podríamos afirmar- son instituciones, que a través de diversos métodos, permiten una amplia información «colectivizando» opiniones a través de variados mecanismos. La Justicia, en cambio, entendida como el Tribunal al que se lleva el conflicto que en el marco de la ley lo resuelve, es indudablemente un eslabón esencial en el Estado de derecho pues su intervención hace al mantenimiento mismo de la paz social, restaurando el entramado que se vulnera con la antijuridicidad. En este sentido, ambas instituciones son inherentes a la democracia, debido a que una propende a la comunicación abierta, y la otra tiende a la restauración de lo que es correcto. Sin embargo, Justicia y Medios no se han creado juntos; o con el fin de trabajar juntos, por ello, y sabiendo que son los garantes de la democracia, es legítimo preguntarse qué tipo de relación tienen en la actualidad la Justicia y los medios de comunicación ¿Qué interacciones se producen entre la justicia y la prensa y las relaciones con los demás? En primer lugar, dilucidar si la justicia y los medios de comunicación tienen un objetivo común y por lo tanto, si al interactuar pueden llegar a entrar en conflicto con consecuencias perjudiciales para la sociedad. Y, cerrado el interrogante verificar las tácticas para generar una convivencia armónica y útil al ciudadano.

Panorama actual Importancia del vínculo: Justicia- Medios

La justicia es consciente de la necesaria utilización de los Medios de Comunicación y también de su penetración en el ámbito tribunalicio. Por lo tanto, los medios entran en la esfera de la Justicia, y viceversa. Esta interacción es positiva, porque los Medios de Comunicación pueden ser utilizados para legitimar a la justicia y ésta puede requerir su auxilio en el caso de una investigación, o bien, movilizar a la opinión pública. Vemos que, en los últimos años, el público y los Medios de Comunicación prestan atención, especialmente, a los casos judiciales y particularmente a la persecución penal, y que el requerimiento de información a los distintos operadores del derecho (jueces, funcionarios, abogados, policía) son algo cotidiano. Es evidente que todos los involucrados en la administración de justicia deben aceptar esta realidad y poseer la actitud y el entrenamiento necesarios para afrontarla, sin menoscabar legítimos derechos de terceros que pudieran vulnerarse y sin distraer el fin último del Poder Judicial.

Es importante que el público y los medios de comunicación estén informados acerca de los asuntos objetos de una orden judicial y que son atendidos por los tribunales. La opinión pública es en definitiva un factor positivo para la administración de justicia, pero por otro lado también es importante –en la esfera penal por ejemplo– que el derecho del acusado a un juicio justo no se vea com-

prometido por la publicación de declaraciones incorrectas antes del juicio, que no se viole la confidencialidad de las investigaciones y el secreto profesional; no escapa tampoco a la realidad el hecho de que algunos periodistas publican demasiada información sobre identificación de sospechosos, testigos y víctimas o difunden información incompleta, parcial y tendenciosa. Frente a tal juego de intereses siempre debemos procurar la salvaguarda de la imparcialidad del juicio, ya que ésta es la piedra angular de una sociedad democrática. La fricción y los choques entre los medios de comunicación y la justicia no son ajenos a nuestra cotidianidad y, sin mayor esfuerzo, seguramente podremos rememorar algún caso.

Ante esta situación, el planteo de: ¿cómo resolver estos conflictos? resulta de fundamental trascendencia, y en ese afán es de interés público el desarrollo de directrices para que las diferentes alternativas que esta relación provoca estén cubiertas de manera justa, rápida y adecuada sin comprometer la imparcialidad del juicio, ni obligar a los Jueces, abogados y demás funcionarios a violar sus obligaciones profesionales y éticas.

Es parte de la misión de la prensa informar críticamente, siendo objeto de ello también los actos de la Justicia. En cambio, el Poder Judicial garantiza la seguridad y equidad a los individuos, funda su proceder en la presunción de la inocencia y en el desarrollo de un juicio justo. Esta tensión lleva a la paradoja de: en primer lugar, una información libre y crítica es un requisito previo de un

sistema democrático y, por otro lado, puede afectar derechos fundamentales de los ciudadanos. En consecuencia la intensificación de los conflictos entre los Medios de Comunicación y la justicia pueden sugerir a expensas de los ciudadanos. Nunca podremos eliminar por completo esta tensión, porque Medios de comunicación y Justicia se basan en una lógica y un propósito muy diferentes. *«Los medios de comunicación priorizan la velocidad, mientras que la Justicia adopta un modo de operación lento y deliberado: su objetivo no es la velocidad, es la equidad. Los diferentes tiempos de la prensa y la Justicia tienen consecuencias sobre la opinión pública en lo que se refiere a la exactitud de la información y sobre la percepción de la actuación del sistema de justicia. La duración del proceso no es compatible con la inmediatez de la actividad de la prensa. Resultaría conveniente desarrollar planes de trabajo para corregir este desencuentro y sus consecuencias sobre el público.»* [Conclusiones... 'Jueces y medios de comunicación: La Justicia en la era de la información' – Punta del Este 5, 6 y 7 de mayo de 2009]

Los principios básicos del periodismo como la verificación, la independencia, la imparcialidad, la búsqueda de la verdad, y los principios fundamentales de justicia: la presunción de inocencia, los tribunales abiertos, la equidad, no son asuntos que deban ser revisados. Ellos son el sello distintivo de nuestra democracia y el fundamento de nuestra civilización. La sociedad cambia y la tecnología evoluciona. Los valores que sus-

tentan el periodismo y el sistema de justicia pueden y deben adaptarse a estos cambios.

Para lograr esto es necesario encontrar un equilibrio entre los intereses de ambos y de la sociedad, aunque a veces parezcan oponerse. La empresa no es fácil y como anticipé la evolución social y el avance tecnológico también hacen que sea necesario aclarar y repensar algunas cosas en forma concomitante, e incluso, anticipándose a los cambios.

No caben dudas de que la confianza pública en el sistema de justicia es un dato esencial en la realidad que vivimos y si pretendemos lograr los más altos estándares en nuestro sistema judicial, debemos mantener una apertura mental y estar dispuestos al cambio. Con demasiada frecuencia, oímos hablar de un sistema donde las reglas se aplican de manera incompatible y de una prensa que no tiene los conocimientos necesarios, pero en la faena de movilizar y lograr el cambio positivo en esta intrincada relación de la Justicia con la prensa, el papel que juega el Tribunal es fundamental (especialmente desde los niveles de decisión de Gobierno del Poder Judicial), no podemos quedarnos de brazos cruzados y con sensación de impotencia. El cambio debe surgir también desde el mismo sistema judicial para optimizar la relación con los medios de comunicación, así, resulta menester establecer normas de excelencia y liderazgo en la forma y en la práctica para la celebración de juicios justos, el respeto a la intimidad, fluidez de información al periodismo y positividad de la opinión pública. La armónica comunicación y coexistencia del sistema ju-

dicial y los medios de comunicación, en síntesis, es responsabilidad de todos.

Algunos tópicos a tener en cuenta a modo de principios rectores

La tan mentada transparencia no es un elemento que desencaje en estas relaciones, la administración de justicia otrora un sistema cerrado y poco transparente (lo que no necesariamente significa espurio) hoy día ha mutado siguiendo la práctica en todos los niveles de la sociedad y una tendencia de política judicial abierta y activa. Los Poderes Judiciales han considerando necesario encarar también como objetivo la satisfacción del reclamo ciudadano de mayor transparencia. Esto significa que los medios de comunicación y el público pueden y deben tener libre acceso a los procedimientos judiciales, con sujeción a las restricciones impuestas por la ley. El acceso a la información debe brindarse con claridad, coherencia y de manera eficaz. Resulta también trascendente que ambas incumbencias (operadores judiciales y periodistas) estén bien informados y tengan un alto nivel de entendimiento. Insoslayable resulta en este aspecto la adecuada formación en sus respectivas «profesiones» y también el conocimiento cabal de los sistemas (el judicial y el de la información); la formación debe ser recíproca y marca un hito fundamental en la optimización de la relación Justicia-Medios.

Por otra parte el sistema de justicia y los medios de comunicación no deben ser considerados como socios, sino como iguales. En una democracia constitucional, todo el mundo debe respetar el papel del otro.

Nunca pueden dejar de considerar los operadores judiciales y particularmente el periodismo el supremo derecho a la privacidad: los derechos a la intimidad de los niños, de las víctimas de delitos y de otras personas vulnerables deben ser observados sin miramientos y primar sobre otros intereses sectoriales. El confornte de intereses y derechos a veces puede hasta parecer inconciliable. La soberanía de la información frente a la confidencialidad de las investigaciones, la libertad de opinión enfrentada con la prioridad de la presunción de inocencia, la influencia de la opinión pública frente a la neutralidad, palmariamente la ecuación es compleja, pero no por eso debemos desistir de procurar la armonía en estas «relaciones de poder».

Acciones concretas

Evidentemente el logro de los cometidos vinculados a la optimización de las relaciones con la prensa y también la obtención de una mejora en la opinión pública sobre la Justicia requieren de acciones concretas, va de suyo y como ya se anticipó, el operador judicial debe obrar con una mentalidad abierta a ciertos cambios que se han dado de manera drástica en la sociedad en que vivimos. Y, el Poder Judicial debe encarar acciones de gobierno específicas tendentes a posibilitar el cambio y concretar las metas vinculadas también a la excelencia. Algunas ideas para ello pueden resumirse en los siguientes puntos:

- Acceso asequible a los registros y demás documentos del Tribunal, con las limitaciones legales.
- El uso de grabadoras de cinta en el marco de audiencias.

- La utilización de cámaras en la sala del tribunal.
- Instalación básica para los medios de comunicación en el Palacio de Justicia.
- Posibilidad de brindar conferencias de prensa cuando la importancia del asunto lo amerite.
- Mejorar el conocimiento dentro de las dos profesiones, arbitrando a tal fin la capacitación pertinente.
- Aumentar la conciencia pública a través de campañas de información.
- Acceso electrónico a los registros del Tribunal.
- Guía *on line* para los medios de comunicación.
- El sitio Web público de la Justicia.
- La puesta en funcionamiento de Oficinas de prensa, que sirvan de enlace institucional, generalmente a cargo de los llamados «portavoces de Prensa».
- La posibilidad de que los reporteros puedan obtener copia de las sentencias y resoluciones.

Algunos datos a considerar sobre la actualidad del Periodismo y su directa incidencia en la Justicia

-Muchas veces las críticas al Poder Judicial han provocado que la sociedad pueda conocer las falencias con las que se trabaja cotidianamente en la Justicia y pusieron sobre el tapete cuestiones que de otro modo pasarían inadvertidas para el ciudadano e, incluso para los restantes Poderes del Estado sobre los que muchas veces también pesa la responsabilidad de generar el cambio aportando los medios para conseguirlo. Y esto en definitiva deviene en un hecho positivo

para la administración de justicia, la que al encontrarse en el centro del debate social, es objeto de mayor atención legislativa y gubernamental.

- Diversos cambios en el mundo de los medios tienen también importantes implicancias en el desenvolvimiento de la relación Justicia-Prensa. Vemos así por ejemplo:

- la creciente comercialización y la competencia: en un clima altamente competitivo donde el cliente es el rey son materia corriente las desviaciones de las reglas de la ética; la cuestión es vender (sean cual fueren los medios y las consecuencias)
- el uso de nuevas técnicas periodísticas: en el sentido de que cada vez más se advierte la penetración en la intimidad de las personas
- el costo de un periodismo de calidad: por desgracia, es un principio que a menudo es pasado por alto en la ecuación costo - calidad. La falta de tiempo y la presión comercial podrían poner en peligro la profesionalidad y la calidad del periodismo jurídico
- la importancia de las imágenes: vivimos en una cultura visual. En la búsqueda de imágenes sensacionales, no es raro que el periodismo cruce los límites de la ética
- la autopista de la información: el proceso de producción en los diferentes medios de comunicación se hace cada vez más rápido, más eficiente y más flexible, gracias a últimos avances en tecnología. Y esto muchas veces juega como un factor negativo en la producción periodística.

Conclusiones

Los elementos señalados indudablemente nos permiten localizar las tensiones entre

la justicia y los medios de comunicación en el contexto de una sociedad cambiante. No hay solución hecha o fórmula mágica, y el problema no será resuelto por una política represiva. Es atinado llevar a cabo medidas organizativas concretas y en conjunto, el diálogo entre el Poder Judicial y los medios de comunicación resultará fundamental. La formulación de propuestas para mejorar la comunicación y la obtención de los recursos para su concreción resultan esenciales. También deben establecerse directrices o acuerdos para la armoniosa interacción entre ambos estamentos.

Es menester elevar la conciencia pública sobre el funcionamiento de la Justicia y el papel de la ley, ya sea a través de iniciativas de la Justicia en sí o como resultado de una colaboración con los medios de comunicación.

Los operadores judiciales y el periodismo tienen que guardar extremo celo en la salvaguarda de la confidencialidad de las investigaciones y en la protección de los derechos a la intimidad y el respeto a los individuos.

La cuestión es ciertamente de trascendencia para el adecuado funcionamiento de un Estado constitucional democrático. La libertad de prensa, la crítica, un Poder Judicial transparente y eficiente, son asuntos en los que debemos involucrarnos decididamente. Justicia y medios son los guardianes de un régimen democrático, por lo tanto es esencial que coexistan armoniosamente ■



DR. LUÍS NOVARECIO
Abogado/Periodista

El pueblo quiere saber

La relación entre los integrantes del Poder Judicial y los periodistas sigue siendo de evidente tensión. Tal tirantez se patentiza en una cierta desconfianza en el día a día del desempeño profesional de ambos sectores y tiene un especial distintivo respecto de quienes ejercemos la tarea de informar desde la radio y la televisión. La propuesta de este trabajo es bucear en esa «incomodidad» recíproca e intentar reflexionar con el objetivo de derribar los mutuos celos y propender a hacer más cabal y moderno los indiscutibles derechos a impartir justicia dando cuenta pública de tales actos y de acceder a la información con rigurosidad y respeto a las funciones del Estado.

Un sistema republicano de Gobierno debe basarse en la publicidad de los actos de gobierno. La división de funciones de esa actividad separa, según su naturaleza, los modos de ejercerlas pero de ninguna manera las pone en planos distintos o de privilegio a la hora de rendir cuentas sobre las mismas.

Quienes representan los Poderes ejecutivos, legislativos y judiciales deben tener contacto directo con sus mandantes. Es decir, con la ciudadanía. Para ello, los medios de comunicación modernos son un vehículo privilegiado. Haciendo abstracción de actuales coyunturas en el orden nacional, quien ejerce inteligentemente el cargo ejecutivo de gobierno y sus ministros y secretarios dan a conocer sus planes de acción y soportan interpelaciones sobre los mismos a través de las requisitorias periodísticas. A nadie se le ocurre que el Presidente (se ruega aquí ejercer aquella abstracción citada) o sus Ministros, que el Gobernador, el Intendente y sus secretarios puedan rehusar tener contacto directo con la prensa sin una consecuencia muy negativa en su carrera política. En las democracias de proximidad como son los gobiernos co-

munes suele ser mucho más efectiva la explicación ante los informadores que ante las propias instituciones políticas con representación popular.

A la par, nadie imagina por estos tiempos que senadores y diputados, concejales o consejeros comunales tengan la chance de evitar someterse a los cuestionarios públicos de los mass media. El porqué de esto es casi de Perogrullo.

Por ello, surge como anacrónico (y casi «monárquico» como con metáfora este cronista ha dicho reiteradas veces) que los integrantes del Poder Judicial crean tener como **norma a priori, general y exclusiva** un estatus distinto a la hora de dar republicana cuenta de sus actos. Los jueces y funcionarios de este Poder constituido son mandatarios y servidores públicos que, a pesar de su delicada función, deben ser igualados con su pares del Ejecutivo y Legislativo a la hora de prestar con voz propia la democrática tarea de explicar el devenir de su función.

¿Con limitaciones? Sea. ¿Con algunas particularidades técnicas o temporales? También. Pero que hoy circule todavía

el anacrónico adagio que «**los jueces sólo hablan por sus sentencias**» es una muestra no sólo de formalismo fuera de moda sino de un cierto rasgo de pretendido privilegio nada republicano.

Podríamos citar algunos ejemplos concretos de cómo se puede proceder en estos casos. Bastaría mencionar las innumerables entrevistas periodísticas, muchas en radio y TV, concedidas por los Doctores Ricardo Lorenzetti o Raul Zaffaroni, en lo nacional, o Roberto Fallistocco y Daniel Erbetta, en lo local. Se trata, nada menos, que de los ministros ubicados en la cúspide de la pirámide jurisdiccional que con lenguaje llano y sencillo pudieron abordar en primera persona cuestiones reclamadas por la sociedad. Y periodistas y público agradecidos. ¿Pasó algo irremediable? ¿Hubo pedidos de recusaciones o de invasión a la privacidad de los justiciables? Nada. El saldo de bajar del estrado judicial y sentarse en un set televisivo sólo fue positivo. Es cierto que la lista de los que se ampararon en aquella «convicción monárquica» de cerrarse al diálogo con los medios sería interminable y poco amable. Parece que el efecto expansivo

del ejemplo de los «jueces supremo» no llegó hasta muchos despachos. Desde funcionarios de jerarquía inicial hasta magistrados encumbrados supieron declinar (algunos sin la menor cortesía o urbanidad) todo contacto amparados en no se sabe qué privilegio de función.

Sin embargo, no es el objetivo de estas líneas resentirnos con lo pasado. La idea es proponer algunas reflexiones desde la necesidad periodística que, se espera, enriquezca el debate y la apertura a nuevas formas de comunicación.

Sin pretensión de exhaustividad, se enumerarán algunos tópicos y competencias que, gracias a la experiencia de un cuarto de siglo de ejercer el periodismo, sirvan como disparador de ideas.

Los fiscales no tienen excusa

La tarea de los Agentes Fiscales debería ser redefinida en la consideración popular. Si es cierto que representan la posibilidad de que la sociedad intervenga en los procesos penales y civiles en su nombre, la ausencia de los mismos en los medios de comunicación masivos a la hora de relatar su acción es, cuanto menos, un contrasentido. Y esto se dice a la hora de su intervención en las causas penales que involucran el «interés social». Resultaría ocioso definir este concepto porque todos sabemos de qué se trata. Vayan algunos ejemplos como

casos notorios de inseguridad, situaciones de convulsiones sociales menores (cortes de calles) o de mayor entidad («puebladas», saqueos, etc).

Los fiscales no tienen cortapisas del pre-juzgamiento. Por ende, ¿cómo puede entenderse que en una causa, por ejemplo, de un homicidio violento en un barrio convulsionado, no se escuche la voz de quien representa a los ciudadanos comunes a la hora de conocer qué temperamento o medidas judiciales se arbitrarán para esclarecer el crimen? Algunos ejemplos de legislaciones nacidas del pensamiento sajón proponen a los fiscales elegidos popularmente para darle legitimidad con sus ciudadanos, y cercanía a la hora de reclamar respuestas. ¿No sería razonable que en nuestro sistema, al menos, se avengan al trato frecuente y llano con los periodistas que median ante la comunidad?

Nadie pretende entorpecer procedimientos. Si acceder a entrevistas puede provocarlo existe siempre el recurso del «no hay comentarios» para sortear el incidente. Pero eso es la excepción.

Los jueces penales

Quizá sea este tópico el más conflictivo. Aquí sí el adelantamiento de opiniones o del curso de acción pueden malograr el proceso. La ansiedad periodística por conocer la noticia debería ser mitigada por el respeto al Derecho.

Ahora bien: cerrado un caso, fallado el mismo, discernida una libertad anticipada, revocada la misma, el derecho a conocer los porqués judiciales por parte del ciudadano común vuelve a prevalecer por ciertos caprichos «monárquicos». Esencialmente en los casos, otra vez, de «Interés público» con repercusión masiva. La aplicación de la ley, aun en el derecho sancionatorio, tiene un efecto docente y de representación en la sociedad. Quienes la aplican, deberían exceder el cargo formal de ponerlo en el «resuelto» y extenderlo hacia el resto de la sociedad para quien se ejemplifica. Es redundante pero no menos cierto que los medios masivos de comunicación son el modo más apto para tal fin.

Los casos de familia

Un Juez entiende que un hombre que convivió con un menor bajo guarda pre-adoptiva, pero que luego no adoptó, es un «padre solidario» obligado a erogar alimentos. La sentencia no tiene demasiados antecedentes y se difunde en la prensa. Sin embargo el magistrado reitera su posición de que «no habla con los medios». ¿Pueden hacerse objeciones a tal actitud? Sin dudas, se responde desde la experiencia de este cronista. Preservadas con hermetismo las identidades, el caso puede ser detonante de situaciones similares que, sólo si se difunden con este respeto, sean conocidas por ciudadanos que podrían tener el mismo derecho. La posición del juez es irreductible.

Este caso reciente es apenas un ejemplo de la importancia del contacto del Poder judicial en el fuero de Familia con la sociedad. Podría argumentarse que el tópico puede abordarse desde el comentario del fallo con especialistas y la difusión darse por cumplida. Sin embargo, además de recordar la obligación republicana de dar cuenta de sus actos, pesa sobre el juez la posibilidad (generosa) de hacer que los mandantes del sistema de representación accedan de manera directa y en primera persona de lo que es un derecho protectorio o cómo funciona la tutela de ciertas prerrogativas.

Un viejo integrante del Tribunal colegiado de juicio oral solía decir que si ser juez era un privilegio, serlo en este fuero de Familia era un privilegio con la carga irrenunciable de sensibilidad social. Quizá el ejemplo de una sentencia con tal condimento ayude a otros. Y sólo por eso merece que se difunda lo más posible.

Los voceros. La formación periodística

En distintas experiencias se buscó el modo de intermediar entre jueces y periodistas con oficinas especializadas en comunicación judicial. De lo visto hasta ahora, el saldo positivo se da a la hora de anunciar de una sentencia que pueda responder al tan mentado «interés social». Pero tales agentes, que dependen del Poder Judicial jamás suplantarán la

voz del Magistrado que imparte justicia. Del lado periodístico es cierto que se impone una urgente capacitación curricular de quienes abordan la tarea de los jueces, con destrezas elementales que permitan interpretar técnicamente el oficio de impartir justicia. Los cursos de la Suprema Corte de Justicia de Santa Fe han sido de un invalorable aporte para mitigar cierta pobreza de formación en las academias periodísticas.

Conclusion

Hacer justicia es esencial para sostener la República. Poder informarlo de primera mano y masivamente es garantizar la igualdad ante la ley de los que comparecen ante el Tribunal y de los que son espectadores sociales y merecen conocer de qué se trata tal función. Dar cuenta de los actos de gobierno hoy, siglo XXI, no es sólo firmar al pie del «será justicia» sino abrirse al diálogo más amplio y directo con quienes ejercen su mandato a administradores, legisladores y, claro, jueces, para tener una sociedad más democrática.

La desconfianza de jueces a periodistas y su reciprocidad debería zanjarse mirando a la mayoría que recibe el producto de sus trabajos y no tanto a sus respectivos ombligos ■



DR. PABLO CRIBOLI
Abogado/Periodista

Breve Reflexión de Justicia y Prensa

Los medios de comunicación se han transformado en un instrumento clave para acercar a la justicia con la sociedad. Según el diccionario de política de Bobbio Matteucci y Pasquino, la justicia es un fin social como la igualdad, la libertad, el bienestar y la democracia.

Conectar la Justicia por intermedio del periodismo y transmitir resoluciones judiciales a la sociedad es ensanchar el horizonte democrático.

En los últimos treinta años el vínculo entre las partes se profundizó y esto benefició a la ciudadanía.

La justicia requiere como el periodismo oponerse a los efectos destructivos y debe ir acompañada necesariamente de la honestidad de conciencia. Santo Tomás ha explicado que hay veces en que la bondad de la voluntad humana acerca más a la justicia que la simple razón humana. Esta exquisita sensibilidad debería expresarse, también, en el periodismo, a los efectos de tener una mayor comprensión para poder iluminar profesionalmente lo que debe publicarse sin limitaciones de ninguna naturaleza.

En nuestra ciudad años atrás los ciudadanos y buena parte del periodismo veían al palacio de Tribunales como una manzana,

donde hombres y mujeres concurrían en busca de una justicia que sólo se expresaba a través de sus fallos. Hoy, sin prescindir de ellos, se ha incorporado el valor de la palabra. Este puente construido entre jueces y periodistas ha contribuido para que la comunicación permita una mayor comprensión de los asuntos tan delicados como determinantes para el conjunto de la sociedad, puesto que todos, aun los que no son parte directa también deben saber de qué se trata.

Otro aspecto que debe ser cuidado escrupulosamente es la intromisión del poder político; aventar presiones le otorga a la justicia blancura y al periodismo certeza en cuanto a la información que maneja.

Otro desafío importante para el periodismo, en este caso, es saber comunicar y hacer más accesible la noticia a los efectos de que el común de la gente pueda interpretar correctamente los acontecimientos, de la misma manera que la Justicia, a través de sus protagonistas, debe adquirir un mayor entrenamiento a los efectos de lograr el mismo objetivo desde su lugar.

La tarea, por cierto ciclópea, no es menos apasionante. La tecnología, la ciencia nos han permitido en los últimos tiempos adquirir una mayor velocidad para procesar

datos, investigaciones, etcétera. Esto requiere a pesar de los avances y los logros obtenidos, imponer a futuro un acortamiento de los tiempos. Para ello es obvio que la Justicia deberá contar con los recursos indispensables para no atiborrarse de expedientes, agilizar trámites y en definitiva impartir justicia de acuerdo a lo que merece la comunidad. La lentitud exaspera y a veces no permite llegar a tiempo.

El periodismo, a su vez, tendrá la obligación de zambullirse en la tarea no menos importante de estudiar y perfeccionarse, especializándose cada vez más a los efectos de contar con la autoridad necesaria para estar a la altura de las circunstancias.

En todos los casos la ética debe jugar un papel fundamental, tanto para los responsables del poder judicial como para el periodismo. No debemos olvidarnos que ella es una rama de la Filosofía que se ocupa del estudio racional de la moral, la virtud, el deber, la felicidad y el buen vivir.

Si ambas partes coinciden en una ética que promueva esta filosofía, seguramente los actores del futuro serán superiores a nosotros y esto redundará en beneficio de la República y de todos los que tenemos responsabilidades irrenunciables ■



1. SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

WWW.INFOJUS.GOV.AR

Un nuevo espacio de acceso a la información jurídica argentina en la web. ¿Qué nota distintiva puede diferenciarlo de la cantidad de páginas a disposición de los usuarios? Puede decirse que aparece sustentado en la idea de ofrecer un espacio público que difunda el material jurídico con criterio abierto a diferencia de las ofertas de editoriales o sitios privados.

Infojus constituye una excelente herramienta de búsqueda de material normativo: leyes nacionales y provinciales, decretos, resoluciones, etc. También es posible introducir búsquedas de doctrina sobre temas específicos a texto completo que es obtenida de una pluralidad de bases jurídicas –algunas privadas-. La búsqueda de jurisprudencia constituye otra de las utilidades que pueden hallarse en Infojus eso sí sin la potencia de localización, aun, que tienen algunos motores de búsqueda de bases privadas.

Si bien una propuesta pública para facilitar el acceso a la información jurídica merece ser bien recibida y tenida en cuenta por cualquier especialista, hay dos elementos por los cuales Infojus ya tiene peso específico. Por un lado, deja



disponibles al internauta una serie de compilaciones temáticas –en una pestaña denominada «Dossier»- en las que se reúnen normas, jurisprudencia y doctrina agrupadas sobre distintos problemas (vgr. Derecho del consumidor, Habeas data, Locación de obra, etc).

El otro pequeño gran logro de Infojus está dado por la intención de sostener ediciones propias de Doctrina. Disponibles a texto completo y para descargar se encuentran en el sitio los primeros números de Derecho Privado, Derecho Penal, Filosofía del Derecho, Derecho Público y Derecho Público. Tales producciones vienen precedidas de un declarado propósito de abrir el espectro ideológico en la selección de temas y en la participación de autores, con la directa intención de brindar mejores herramientas en la capacitación judicial.

2. PODER JUDICIAL REPÚBLICA DOMINICANA

WWW.SUPREMA.GOV.DO

No todas las posibilidades de e-gobierno y de aplicación de nuevas tecnologías al Poder Judicial deben ceñirse a los modelos locales. Países no tan próximos a nosotros y de cuyo Poder Judicial no tenemos tanta frecuencia de noticias han dado pasos importantes en materia de comunicación



de imagen a la Sociedad, de integración de ofertas a través de la red, etc. Tal es el caso de República Dominicana.

El sitio del Poder Judicial de República Dominicana sorprende. Una página inicial en la que las novedades judiciales tienen una muy interesante presentación, debidamente asociada a canales de Youtube, cuenta de Twitter y canal de Livestream. Una pestaña denominada «Transparencia» en la que se puede encontrar gran cantidad de información destinada a tornar operativo el control social sobre el servicio de justicia. Los enlaces disponibles de sitios jurídicos muestran la apertura y la inserción que se pretende hacia otras regiones del mundo globalizado.

No menos destacable es una publicación digital llamada El Judicial -que puede descargarse de la pestaña «Publicaciones»- que presenta discusiones de gran interés, entre otras, la incidencia del presupuesto judicial en el presupuesto general. Vale la pena tomar en cuenta estas ideas.

3. VIDEOTECA DIGITAL

WWW.VIDEOTECA.RAMAJUDICIAL.GOV.CO/VIDEOTECA

Se registra un más allá de las palabras en los sitios jurídicos de información del Poder Judicial americano. Sin entrar a men-



cionar los notables avances que refleja el Portal de la Rama Judicial Colombiana, con una diversidad de de estructuras contenidas en el mismo sitio, y referidas todas a la tarea del servicio de justicia, también imperan las imágenes.

Está al servicio de quien quiera utilizarla una videoteca pública que presenta ordenadamente las diversas filmaciones que tienen lugar en el ámbito de justicia.

4. BIBLIOTECA JURÍDICA VIRTUAL

WWW.BIBLIOTURIDICA.ORG

Como comentario inicial debo decir que sorprende la cantidad de hits que esta página ha registrado desde que el sitio subió a la red: casi 47 millones de accesos desde el 5 de septiembre de 2001. Creo que ese sólo dato habla de la jerarquía de la información que maneja y también de su diversidad.

El sitio es manejado por la Universidad Nacional de México (UNAM) pero cuenta con el apoyo de diversas instituciones públicas y privadas que lo nutren con todo tipo de material de consulta, convirtiéndolo así en una visita obligada para quién pretende buscar material sobre literatura jurídica, filosófica, sociológica o antropológica. En sus páginas pueden encontrarse publicaciones periódicas, literatura on line en formato PDF, y también información sobre



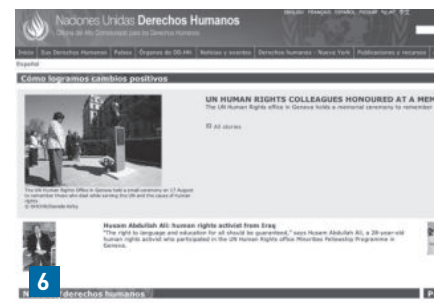
otras bibliotecas virtuales en caso de que no encontremos lo que tratamos de hallar.

La considero una de las mejores páginas web en materia de Derecho y Jusfilosofía, y sólo es pasible de una crítica menor, la presentación de su home page: le falta un diseño más claro y moderno que permita lucir más fácilmente los contenidos que atesora.

5. CENTRO DE DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN

CDI.MECON.GOV.AR

El Centro de Documentación e Información (CDI) que depende del Ministerio de Economía de la Nación ha sido uno de los pioneros en manejar información electrónica y ponerla a disposición de los usuarios. Se divide en tres grandes secciones: el CEDIAP que es el Centro de Documentación e Investigación de la Arquitectura Pública. Pero en materia jurídica cuenta con una importante Biblioteca Virtual con acceso a documentos electrónicos en texto completo y además brinda la posibilidad de atender consultas personales, telefónicas y vía correo electrónico (bibliográficas, referenciales u orientativas). Y en la tercera de sus secciones se encuentra uno de los sitios más preciados por abogados, funcionarios y jueces: Infoleg. En sus páginas puede consultarse toda la legislación

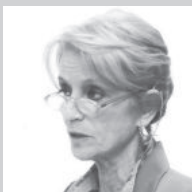


nacional (leyes, decretos, resoluciones, acordadas, etc.), las Constituciones Provinciales y -para sorpresa de quiénes indagaran en el derecho comparado- cuenta también con las Constituciones de todo el mundo. Sus links almacenan igualmente toda la información política y legislativa correspondiente al Mercosur, entre otras cosas de igual importancia.

6. UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS

WWW.OHCHR.ORG

Si lo que se está buscando es material sobre derechos humanos, este es un portal que no puede dejar de recorrerse. Se trata del sitio del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y su propósito es informar al público en general sobre la labor de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos. Su contenido se encuentra claramente diagramado y tiene una cantidad de material sorprendente que abarca noticias mundiales, eventos, discursos, artículos, publicaciones educativas, legislación, declaraciones, cartas de intención, convenios y material específico sobre algunos temas. Su contenido se encuentra disponible en varios idiomas y como crítica podemos decir que no todo el material se encuentra traducido al español, aunque sí está disponible en inglés.



DRA. MARÍA ANGÉLICA GASTALDI | Ministra de la Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe

De las Cuestiones de Género

«Para todos los que tienen complejo de inferioridad [la violencia] es un bálsamo milagroso; nadie es más desdeñoso con las mujeres que un hombre preocupado por su virilidad»¹

El laberinto Patriarcal. 2006.

1. Introducción:

Se dice que la oposición hombre/mujer se plantea como algo real y primordial, y algo que establecemos -desde nuestra corporeidad -como primera posibilidad de diferenciación. Sin embargo, implica una abstracción lo que signifique «masculino» o «femenino». Abstracto en el sentido de que es una «pura diferencia de pensamiento» que abre toda una problemática. Como lo han señalado estudios, desde la psicología y acerca de la sexualidad: *«justamente va a aparecer que no todo lo masculino está en el hombre; como tampoco lo femenino es el predicado exclusivo de la mujer»* (Freud, S. Nuevas lecciones introductorias al psicoanálisis. Lección XXXIII, Obras completas, citado por Paul -Laurent Assoun)².

Desde lo social, masculino/femenino se traduce en codificaciones funcionales, y

ya desde el nacimiento todo documento de identidad lleva una asignación sexo-femenino/masculino, justo después del apellido y los nombres de pila. Es decir, [lo social] ordena -impone- *«declararse de un lado u otro de la frontera»*, donde -lo sexual-hace índice social. Y dice el autor antes citado: *«Lo social sin embargo, está trabajado por un secreto enloquecimiento: necesita fijar a cualquier precio lo masculino y femenino por medio de los signos»*.³

El proceso de sociabilización humana se inicia desde el nacimiento y se trasmite entre generaciones. Al interactuar, se aprenden e interiorizan valores, actitudes y expectativas de comportamiento característicos de la sociedad en la que se ha nacido y que permiten al ser humano desenvolverse en ellas. Ya de niños, el entorno trasmite implícitamente ciertas representaciones y de lo que se escucha y se ve, por repetición incluso,

se entienden y asimilan estas representaciones como verdades y dan lugar a convicciones. Así también se interiorizan ciertos mandatos culturales como apropiados. [un sencillo ejemplo se ve con los juegos y juguetes o lo que se pueda o no hacer]: *«tu hermano es grande, es varón, con sus camiones; ella es nena, chica, con sus muñecas, etc.»*

Por lo cual, se va dando una influencia entre los procesos cognitivos, motivacionales y de la estructura social que interactúan y condicionan el comportamiento. Los individuos mayormente aprenden y hacen suyas pautas establecidas que conforman ideas de normalidad y visión del mundo. En ese discurrir, precedido por lo aprendido en la temprana edad y los fenómenos identificatorios con los grupos de pertenencia, puede decirse que -como constante social- a los hombres se los ha socializado para que

el refuerzo de su autoestima provenga del mundo exterior y, en todo caso, de la producción. Por lo cual - si bien es cierto siempre se entrecruzan condicionamientos e influencias derivados de la condición social y socio-cultural se advierte como constante que a los varones se les potencian libertades, ambiciones y talentos que faciliten la autopromoción y la independencia.

Por su parte, mayormente a las niñas, se las orienta sustancialmente hacia la intimidad, hacia el interior y la afectividad vinculada a la maternidad, es decir, lo micro-social; sin que se visualice que el trabajo o una profesión definan su identidad.

Este cúmulo de expectativas, que se ha sido transmitido entre generaciones tienen profunda significación en la asignación de roles y al modo en que los individuos son percibidos y por reflejo se autoperceben.

2. El nacimiento del «género»:

El «género» surge desde el ámbito médico, en el que estudiando ciertas aspectos

de los sexos, establecieron que los comportamientos de varones y mujeres no se definen como tales sólo desde lo biológico del sexo. Contrariamente de lo que se pensaba desde el determinismo biológico, estos estudios hicieron ver que las asignaciones culturales y costumbres, y la experiencia personal, condicionan la identidad y el comportamiento masculino/femenino.

El determinismo biológico del sexo fue cuestionado y con tal base utilizado por movimientos feministas en sus luchas y demandas de igualdad.

Desde entonces, y en particular a partir de la segunda mitad del siglo XX, la situación de las mujeres cambió muy significativamente. Las mujeres han producido las más extendidas transformaciones sociales, de modo tal de entender que constituyen uno de los fenómenos más extraordinarios al que el siglo asistió.⁴

La visibilidad de cambios en la condición de las mujeres, particularmente en el mundo occidental, son incontestables. Sin que ello implique que no persistan

y pervivan en el imaginario colectivo representaciones e idealizaciones que las subordinen a los valores masculinos y que en muchas sociedades se den formas de violencia extrema contra las mujeres, discriminaciones y sometimiento, que perduran inmodificadas, como signos culturales predominantes.

No se necesita mayor perspicacia para advertir cómo en el imaginario que instalan los medios, en particular y decisivamente los audiovisuales, destacan como indisoluble a su imagen las modas y el cuerpo [de larga prosapia] que ratifican y consolidan el imaginario y permiten advertir por qué -pese a los avances- no hay tantos cambios en las simbolizaciones. Señala Luisa Accati que tan sólo tomando en cuenta los **medios escritos**, un estudio advierte que:

[En] «*los medios de comunicación, en nuestros días, ...por excelencia mediadores... en las relaciones sociales... Por su lugar central en la configuración de los imaginarios sociales,...*» *las mujeres aparecemos año a año en los discursos políticos por el día de la mujer,*

aparecemos también como realizadas del trabajo doméstico – aunque en artículos que insisten en la importancia de ese trabajo en el ámbito privado y en la necesidad del reconocimiento al ama de casa- aparecemos también como víctimas – «noticias sobre velos, lapidaciones o inmolaciones de mujeres en países no occidentales o como víctimas de la violencia doméstica en occidente, y finalmente se muestra la figura de la mujer» excepcional», la que ha conseguido un reconocimiento en el campo político, literario o artístico. Es decir «reproductora, trabajadora doméstica o víctima. Tal es la construcción estereotipada de la mujer. Por eso tiene razón Bourdieu cuando expone que aunque muchas cosas hayan cambiado para las mujeres, prevalece un orden simbólico dominado por el principio masculino; esto explica porque las cosas no cambian tan profundamente, por qué los cambios en las condiciones de las mujeres en general son sobre todo aparentes (Accati, L.)⁵. «Del sexo al género», Compilación Silvia Tubert, Editorial Cátedra, Madrid, Pág. 265).

Y contra todo ese imaginario, las mujeres y en particular los jóvenes, no cejan en impulsar transformaciones culturales.

«En la sociedad en la que ya entramos hace ya un tiempo, el lugar central, tanto de la dominación como de la liberación, lo ocupa la sexualidad ...» la generación actual no reflexiona ni mejor que las anteriores sobre las mujeres... sino que transforma un pensamiento de lucha y liberación en una experiencia de conciencia y de realización personal.

Lo que ha gobernado la diferencia entre hombres y mujeres ha sido la relación de dominio ejercida por los hombres sobre las mujeres...[Pero] «aunque la famosa frase de Simone de Beauvoir «no se nace mujer, una se convierte en mujer» puede significar que el funcionamiento de la sociedad separa a chicas y chicos, atribuyéndole roles y comportamientos distintos, podemos identificarla también como la idea de que la mujer ha sido creada con un deseo de independencia y subjetividad» (Touraine, A.).⁶

3. Concepto y alcances del «género»

Resultaría difícil resumir la multiplicidad de reflexiones englobadas bajo el concepto un tanto equívoco de «género». Así, por ejemplo, son extensos y variados los nudos de problemas enfocados y estudiados desde la antropología, filosofía, psicología, lingüística, historia cultural, estudios literarios, etc. Sin embargo, es en las ciencias sociales donde el concepto se consolidó particularmente. A impulsos, como se dijo, de los movimientos feministas que bregaron por la derogación de leyes discriminatorias y por la igualdad de derechos laborales para las mujeres, el derecho a la anticoncepción, la modificación de las leyes de adulterio y regímenes sucesorios que modificaron extraordinariamente la estructura de las familias.

En nuestros días, se toma el concepto como una «herramienta crítica». Herramienta crítica, con la cual se pretende el develamiento y deconstrucción de las relaciones sociales y de la compleja trama cultural establecida desde leja-

nos tiempos, a partir de la observación de diferencias fenotípicas entre varones y mujeres. [Según entienden quienes estudian la constitución del pensamiento, el psiquismo humano se estructuraría con base a categorías binarias que se conforman por un principio de oposición entre lo idéntico y lo diferente. Según lo cual la diferenciación varón-mujer sería la más elemental con que los seres humanos se enfrentan].⁷

*«para responder a la pregunta por la valoración sistemática de lo masculino he demostrado cómo se constituyen para toda la humanidad **las categorías iniciales del pensamiento** – basadas en la oposición de lo idéntico y lo diferente – a partir de la observación de las regularidades anatómicas y fisiológicas. Ellas regulan nuestro universo mental y se expresan a través de categorías binarias habituales sobre las cuales se construyen todos los discursos.*

Estas categorías [masculino/femenino] es-tán jerarquizadas y no de manera igualitaria... Sin duda esto ocurre porque no hay un equilibrio natural [que es una no-

ción abstracta]. Pero también por otras razones: «Desde los remotos orígenes de la humanidad se ha construido un paisaje conceptual y social a partir de la observación del hecho «escandaloso» e inexplicable que las mujeres conciben hijos de ambos sexos, que la procreación sobre todo de niños de sexo masculino y la reproducción social dependerían de la buena voluntad del cuerpo de las mujeres, algunos sistemas simbólicos, conceptuales y sociales se establecen para subvertir y someter ese don» (Heritier, F.).

A partir del género se cuestionan los estereotipos:

Los estereotipos-construidos desde remotos tiempos en base a los atributos supuestamente naturales y propios de las mujeres tienen un común eje indicativo de inferioridad de éstas frente a los varones. **Ideas de inferioridad biológica, intelectual y falla moral**, largamente consolidadas, por la cual se legitimaba el control y «la protección masculina» que las relegó exclusivamente al ámbito privado de la familia y el parentesco. Por ello, a pesar de la modernidad, estu-

vieron excluidas del «Contrato Social» y de los «Derechos del Hombre y del Ciudadano», consagrados en la Revolución Francesa.⁸

Para hacer visible cómo se legitimaron estas exclusiones; basta reparar en cómo describían y qué decían Jean Jacobo Rousseau o el mismísimo Kant, argumentando la falta de juicio de las mujeres.

«lo físico – sostiene Rousseau en el Emilio – nos lleva sin darnos cuenta a lo moral. Aprendemos de sus consideraciones sobre la diferencia física entre los sexos, que su moralidad es también diferente. Las mujeres -a diferencia de los hombres- no pueden controlar sus «deseos ilimitados» por sí mismas, por ello no pueden desarrollar la moralidad que se requiere para la sociedad civil, los varones tienen pasiones también, pero pueden usar su razón para dominar su sexualidad»

«la firma del Contrato original presupone que la pasión y la parcialidad pueden limitarse por la razón» [y las mujeres no la tienen]

«Los principios abstractos y las verdades especulativas quedan preservadas para los varones. Las mujeres deberían estudiar la mentalidad de los varones, a los que están sometidas, de modo que sepan cómo deben comunicarse con sus amos.»

«una esposa brillante es una plaga para el esposo, sus niños, sus asistentes, sus amigos todos. Fuera de su lugar siempre quedan en ridículo. Estas mujeres de gran talento no impresionan sino a los tontos» [Rousseau, J.]⁹.

Kant es de la misma idea; las mujeres carecen de espíritu y juicio crítico, y en su obra «Observaciones sobre lo bello y lo sublime», dice:

«Las mujeres son sólo cuerpo y el cuerpo domina sin cesar el espíritu de la mujer». Y si alguna vez éste se impone, la mujer está perdida para el amor». Así «una mujer pueda sobresalir en los estudios, [pero] ello anula las ventajas propias de su sexo, al punto de constituir el objeto de una fría admiración en razón de su rareza»... «la belleza es lo esencial en la mujer al punto de establecer una con-

tradición entre cuerpo y espíritu «hacer uso de su espíritu equivale a perder su cuerpo, en consecuencia pocas mujeres se arriesgan a ello» [Kant].¹⁰

4. La Modernidad y las declaraciones de derechos:

Lejos de las promesas de igualdad y de libertad, el advenimiento de la modernidad tampoco cambió la vida de las mujeres, que siguieron totalmente excluidas de las actividades productivas consideradas valiosas y de la vida pública. O sea, excluidas del lugar donde se juegan y disputan los honores y la representación. Y por ende, el poder y la autoridad para la simbolización de los valores predominantes de la sociedad. Valores y simbolizaciones, desde los cuales el mundo se hace inteligible, y que estructuran nuestras conductas¹⁰. Así, las relaciones entre varones y mujeres, consolidadas a través de un largo proceso histórico y evolutivo, supuso como proveniente de la naturaleza femenina una «esencial debilidad», según la cual «la virtud del sexo débil» es la de enaltecer la sumisión, el recato y la pasividad. Con lo

cual, la simbolización de lo deseable, acorde a los «mandatos de la naturaleza», lejos estaban de presentarse –por los varones– como discriminación sino como expresión de la razón (de la cual «ellos» eran intérpretes).

Ejemplo de estas valoraciones y virtudes de las mujeres y el lugar que ocupan en la definición de la normalidad, veamos lo que, para negar la matriculación de una abogada, dijera la Corte Norteamericana, en un fallo dictado, después de abolida la esclavitud y cuando habían pasado más de cien años de sancionada la Constitución.

«El hombre es o debería ser el protector de la mujer, la natural y apropiada timidez y delicadeza que acompañan al sexo femenino evidentemente...le hace incapaz para muchas funciones de la vida civil.»

La constitución de la organización familiar que se basa en el orden divino, así como en la naturaleza de las cosas, nos muestra el ámbito doméstico como aquel que adecuadamente corresponde al dominio y funciones de la feminidad (la idea de una mujer ejerciendo una carrera distinta e in-

dependiente del marido repugna) a la armonía, por no decir identidad de intereses que debe haber en la institución familiar. El destino y misión por antonomasia de la mujer consiste en realizarse como esposa y como madre, sin duda tareas nobles y benignas. Esta es la ley del creador (Bradwell v. State, 16 Wall 130).¹¹

5. De los estereotipos acerca de las mujeres a la dominación masculina:

La historia y los estudios en todos los campos del pensamiento entienden -y está demostrado- que la supremacía del varón ha sido el fenómeno más largo y más ampliamente extendido en la historia de la humanidad. Y en ese sentido, puede entenderse el reproche de la destacada antropóloga Françoise Heritier; *«por qué hay tanto revuelo y agitación alrededor del concepto de dominación masculina, sobre todo para rechazarlo en función de las evoluciones comprobadas en nuestras sociedades occidentales modernas? Si no se niegan ni las evoluciones comprobadas en nuestros*

días hacia una mayor igualdad, ni menos aun el hecho de que el concepto mismo de dominación esconde también el de un hombre hacia otro, en función de criterios diversos: edad, color de piel, sexualidad, estatus económico, ...pero la división hombre mujer los incluye a todos estos aspectos...

»En efecto en muchas sociedades de nuestro tiempo la dominación masculina es efectiva violenta y opresora... pero también, de manera menos notoria, simbólica, inculcada desde la infancia en los ritos e imaginarios masculinos y femeninos, que funcionan de manera evidente, como algo natural y obvio, tanto en nuestra sociedad como en las demás culturas y civilizaciones» (Heritier, F.).¹²

Es decir, no debiera ser difícil de entender que esta dominación se ejerciera en forma generalizada y perviviera en forma intermitente, en forma amortiguada, insensible e invisible a través de los caminos puramente simbólicos de la comunicación. Dominación instalada y aceptada conforme valoraciones dominantes que explica que en este proceso de socialización de la

humanidad, las libertades de las mujeres fueran diferentes de los varones con menoscabo de sus potencialidades.

En ese proceso de evolución de la humanidad, los varones, por su parte no obstante el predominio han debido adaptarse a una serie de estereotipos y exigencias viriles. Que imponen como «atributos de masculinidad» la potencia, la seguridad en sí mismo y la exigencia de triunfar. Promocionándose la desvinculación emocional y la fortaleza física.

Estos estereotipos masculinos, [construidos por oposición a «femenino»] someten también a los varones a una carga de frustraciones que condicionan sus vidas. Traduciéndose en una vigilia de permanente demostración de sus potencialidades, especialmente frente a otros varones, [la fratria]. Inseguridades viriles que muchas veces se compensan con exhibiciones de autoritarismo y necesidad de sobresalir. Y que llevan proyectivamente a manifestarse en los fenómenos de machismo, sexismo y violencia.

Es decir, actitudes de discriminación y violencia proyectiva, pero no sólo hacia

las mujeres sino a todo aquello que remita o contacte con «lo femenino». Así particularmente se explica la homofobia y el temor a la homosexualidad, como expresión y signo de rechazo y negación de los temidos síntomas de propia femineidad – debilidad -inconfesable.

Como se sabe, estos estereotipos – que están por detrás de la violencia simbólica- son el sustrato que frecuentemente eclosiona en el extendido fenómeno de violencia física contra las mujeres y también en otras formas graves de discriminación. Violencia física que constituye la fase final de un proceso de simbolizaciones negativas acerca de las mujeres y por las cuales en el imaginario de los varones, éstos siguen teniendo disponibilidad sobre sus cuerpos.

«Al tomar simbólico en uno de sus sentidos más comunes se supone a veces que es ...minimizar el sentido de la violencia física (hacer) olvidar que existen mujeres golpeadas, violadas, explotadas, etc., pero peor aún, querer disculpar a los hombres de tal forma de violencia, cosa que evidentemente no es cierta»

«con ello se quiere significar que es el producto «de un trabajo continuado de reproducción (histórico por tanto) al que contribuyen unos agentes singulares (entre los que están los hombres, con unas armas como la violencia física y la violencia simbólica) y unas instituciones: Familia, Iglesia, Escuela, Estado» (Bourdieu.P.).¹³

6. El concepto «Género» y la «perspectiva de Género».

El género no existe, sino como un concepto. Es decir, no existe más que como constructo conceptual, explicativo de una relación que tiene que ver con la valencia diferencial de los sexos y no algo «de las mujeres». Por tanto, los estudios de género cuestionan también las construcciones culturales de la masculinidad y en sus nuevas dimensiones toman en cuenta los cuestionamientos emprendidos por diversos colectivos englobados –otrora- en las llamadas «minorías sexuales o de la diversidad sexual».

Sin embargo, cuando se menciona **perspectiva de género**, se lo hace para refe-

rirse –mayormente- a aquellas líneas de acciones y propuestas emanadas de diversas agencias internacionales, expresadas en normativas y tratados que proponen analizar y someter a crítica las prácticas institucionales y construcciones, aparentemente objetivas y neutrales, que involucran desconocimientos y prejuicios acerca de las necesidades e intereses de las mujeres. Entendiéndose que en estas cuestiones están implicados valores universales de respeto a la «dignidad humana» y a la «autonomía de las mujeres».

Desde una perspectiva de género se entiende que no hacen falta más declaraciones o invocaciones a las exigencias de igualdad, que todos sabemos se establecieron hace más de dos siglos. Se requiere de políticas públicas que emprendan una amplia tarea cultural que permita desmontar las simbolizaciones perjudiciales y prejuicios en la construcción de ideas acerca de la masculinidad y la femineidad. Por lo cual, y en particular respecto a la vida de las mujeres, que las necesidades del ser humano mujer no se midan con el rasero supuestamente neutral, de los varones.

Finalmente, y a modo de síntesis, puede decirse que las modificaciones registradas en la condición jurídica actual de las mujeres responden a modificaciones estructurales de nuestras sociedades. Pero también que ello no hubiera sido posible si los prejuicios e ideas establecidas que importaron desconocimiento de su humanidad y de sus necesidades no hubieran sido develados y cuestionados. Puede decirse que, sin dudas, los mismos desafíos enfrentados -particularmente por las mujeres en la concreción de libertades- tienen y tendrán siempre nuevos horizontes.

Justamente porque las libertades humanas como la democracia misma no tienen fronteras y, por ello, es una tarea siempre inconclusa ■

¹ BOSCH, ESPERANZA; FERRER, VICTORIA; y ALZADORA, AINA. *El laberinto Patriarcal*. Editorial Anthropos, año 2006. Página 53.

² ASSOUN, PAUL-LAURENT. *Lecciones Psicoanalíticas sobre Masculino y Femenino*. Editorial Nueva Visión, año 2005. Página 8.

³ ASSOUN, PAUL-LAURENT. *Lecciones Psicoanalíticas sobre Masculino y Femenino*. Editorial Nueva Visión, año 2005. Página 15.

⁴ Dice Francoise Heritier en la obra ya citada que en un estudio de opinión sobre cual había sido el acontecimiento más importante algunos dijeron el viaje a la luna y otros mayormente mujeres, la anticoncepción.

⁵ Accati, L. *Del sexo al género*. Compilación Silvia Tubert, Editorial Cátedra, Madrid. Página 265.

⁶ TOURAINE, ALIN. *El mundo de las mujeres*. Editorial Anagrama, página 162, «nuestras sociedades... no se descomponen, sino que generan un principio de integración muy novedoso basado en la voluntad de reintegrar, de reconstruir un mundo durante mucho tiempo escindido, no salimos de la historia, buscamos escribir un nuevo capítulo, muy diferente de los anteriores, pero que no pretende romper con ellos».

⁷ «Ello procede del hecho que estamos arraigados en nuestra corporeidad»; ASSOUN, P., obra cit, Página 7.

⁸ PATEMAN, CAROLE. *El contrato sexual*. Filosofía Política, Editorial Anthropos, año 1995, Página xi.

⁹ PATEMAN, CAROLE, obra cit., página 139/143.

¹⁰ FRAISSE, GENEVIEVE. *La diferencia de los Sexos*. Editorial Manantial, año 1996, página 17.

⁹ BADINTER, ELIZABETH. *XY la Identidad masculina*. Edited by Foxit PDF, editor Copyright by foxit software Company.

¹⁰ PIERRE BOURDIE señala en su libro «*La dominación masculina*», Editorial Anagrama, Barcelona, año 2000, página 64, que a través de la historia «*La división sexual esta inscrita, por un lado en la división de las actividades productivas a las que asociamos la idea de trabajo, y en un sentido mas amplio, en la división del trabajo de mantenimiento del capital social y del capital simbólico que atribuye a los hombres el monopolio de todas las actividades oficiales, publicas, de representación, y en especial (en los encuentros cotidianos y sobre todo en la asamblea) intercambios de regalos, intercambios de desafíos y de muertes (cuyo limite es la guerra)*».

¹¹ ALONSO GARCIA, ENRIQUE. *Interpretación de la Constitución*. Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Página. 264.

¹² HERITIER, FRANCOISE. *Masculino/Femenino II-Disolver la jerarquía*. Editorial Fondo de Cultura Económica, año 2007, Página 70, 83/84.

¹³ BOURDIEU, PIERRE. «*La dominación masculina*», Editorial Anagrama, Barcelona, año 2000, Página 50.



Trabajo y Género

Al fin y al cabo, somos, lo que hacemos para cambiar lo que somos.

EDUARDO GALEANO

El siguiente es un trabajo de análisis y reflexión que intenta generar un debate en torno a que la violencia de género en el trabajo, no es sólo un tema de mujeres. El reto de todos es favorecer una cultura laboral con igualdad de oportunidades y de trato, libre de discriminación y de violencia, de pleno respeto a los derechos humanos.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, el mundo del trabajo ha vivido profundas transformaciones en todos los sentidos. El aumento de la fuerza de trabajo ha sido colosal, como consecuencia del incremento de la población mundial y de que se haya doblado la expectativa de vida; la tecnología ha modificado el contenido del trabajo humano; la propagación de las instituciones democráticas ha dado palabra al pueblo – incluso en el lugar de trabajo-; y una legión innumerable de mujeres se ha incorporado al mercado laboral.

Pero esta «entrada» no se ha realizado de modo igualitario con los hombres. La globalización, la flexibilización del empleo, las transformaciones económicas son variables a tener en cuenta, pero su marco general es la persistencia de estereotipos, representaciones altamente discriminatorias, porque los prejuicios sociales y culturales siguen acompañando este proceso, y entonces en Argentina y, también en el resto de América Latina:

1. Las mujeres siguen teniendo la doble carga de las obligaciones familiares y laborales.
2. Las mayores oportunidades para las mujeres las brindan los llamados «empleos femeninos» (servicio doméstico, enfermería, docencia primaria, servicios en general)».
3. Existe una separación casi infranqueable en ciertos empleos, como los pertenecientes a la «rama industrial» y a la

construcción, que se los considera como trabajos exclusivamente masculinos.

4. Las mujeres siguen siendo una minoría en los puestos directivos y de toma de decisión.
5. Si bien el principio de igual remuneración por igual tarea está presente en las Constituciones de los distintos países y en las leyes laborales, las mujeres siguen percibiendo salarios inferiores a los de los hombres. Esto, en general, se debe a la existencia de categorías profesionales o de tareas reservadas a las mujeres, menos atractivas, menos remuneradas, que suelen tener categorías inferiores y menores posibilidades de ascenso.
6. Persiste una fuerte representación sexista en las organizaciones sindicales y empresariales.
7. La mayor formación terciaria y universi-

taria que se advierte en las mujeres, no es impedimento para que tengan un aparente «techo», impuesto a sus posibilidades para acceder a posiciones más altas, tanto en el ámbito público como privado.

Esta segregación laboral obedece a factores sociales y culturales, históricos y económicos, entre ellos, la estructura del mercado de trabajo, incluidas la dimensión de la economía informal y la discriminación en el acceso al trabajo.

Asimismo, la protección que las normas internacionales y nacionales le otorgan a la mujer trabajadora, se limita a los empleos registrados de la economía formal, y las tasas de empleo no registrado involucran particularmente a las mujeres, ya que ellas son quienes integran mayoritariamente el sector informal del empleo.

Este trabajo informal incluye a trabajadores y trabajadoras por cuenta propia – en empresas no registradas o de pequeños emprendimientos- y a aquellos que se desempeñan en empleos contingentes: no registrados, eventuales, temporales, por obra o a tiempo parcial, carentes además de cobertura social (sistemas de salud y previsional)

La importancia del trabajo informal y sus efectos sobre las mujeres, ha sido motivo de preocupación del Comité de la CEDAW, como se refleja en las recomendaciones a diversos países de América Latina: «El Comité observa con preocupación que persiste la discriminación por motivos de género en el mercado de trabajo, incluyendo un limitado acceso de las mujeres al empleo, la baja calidad del mismo y su acceso reducido a los recursos y a las nuevas tecnologías. Asimismo, le preocupa al Comité la discriminación salarial y la segregación vertical y horizontal, las condiciones precarias de las trabajadoras en el sector informal o a tiempo parcial, sin protección laboral, sin acceso a la seguridad social, y sin el debido respeto a sus derechos laborales...»¹

Pero este diagnóstico se limita exclusivamente al trabajo asalariado, paradigma del trabajo en las sociedades industriales avanzadas, y dista mucho de abarcar todas las modalidades de trabajo que se realizan en la sociedad. Quedan excluidas las actividades de auto producción, de subsistencia, la ayuda familiar, el trabajo voluntario y, especialmente, el trabajo doméstico. Esto significa que gran parte de

la actividad productiva permanece oculta y sin valorar, y ello contribuye a hacer invisible y deprecia la importante contribución económica de las mujeres que no participan directamente de la producción para el mercado, más concretamente el trabajo de cuidado de las personas dependientes.

La demanda de trabajo de cuidado es más importante para las mujeres que para los hombres, ya que por lo general son ellas quienes cuidan a los niños, a los enfermos y a los ancianos. Pero el trabajo no remunerado no se registra, y por lo tanto no se visualiza lo que algunas autoras llaman la «**carga total del trabajo social**», que da cuenta del papel fundamental que tiene en la economía el trabajo no monetizado.²

Recordemos que no sólo las madres de niños pequeños se ven afectadas por la falta de servicios de cuidados, sino también las mujeres de edades intermedias, que ven limitada su disponibilidad para el mercado de trabajo por el tiempo que dedican a la atención de sus padres y familiares mayores.

Esta inadecuación del concepto de trabajo y de los indicadores económicos de medición de la producción, el valor, el desarro-

llo y el bienestar, han sido denunciados por diversos sectores desde hace tiempo: las mujeres, por la subestimación de la producción doméstica; los ecologistas, por la desconsideración de los costos en la destrucción del medio ambiente; los países menos industrializados, por la subestimación del peso de las actividades no mercantiles y de subsistencia.³

Discriminación por género en el ámbito laboral

Género es un calco semántico del vocablo inglés *gender* en su acepción de conjunto de personas pertenecientes a uno u otro sexo. La sociología feminista comenzó a utilizarlo en un sentido más concreto para designar las diferencias (sociales, no biológicas) entre la condición femenina y la condición masculina en una sociedad determinada.

Discriminación - en el sentido en que se condena universalmente- es una *violación a los derechos humanos*, derivada del principio de igualdad esencial de todos los seres humanos: «*La discriminación cons-*

tituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos» (Convenio 111 OIT).

Algunos autores, como Julio Martínez Vivot⁴ señalan que existe discriminación cuando, injustificadamente, se afecta a una persona, grupo de personas o a una comunidad, en el ejercicio de alguna de las libertades fundamentales, expresadas por la Constitución Nacional, por razones de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o de cualquier orden, sexo, posición económica o social, u otra de cualquier naturaleza posible.

Existe discriminación laboral por género hacia la mujer, cuando recibe un trato desigual en virtud de su condición como tal, ya sea en relación a igualdad de oportunidades, remuneración, ascensos, capacitaciones, o en el caso de que sea despedida en razón de su sexo.

Se impone destacar a esta altura que la problemática de género afecta tanto a hombres como a mujeres, y con su concepto, se designan las relaciones sociales entre los sexos, ya que no basta proclamar

la igualdad de trato si no existe igualdad de oportunidades.

Hay evidencia suficiente que muestra que la demanda laboral es selectiva por sexo: muchos sectores priorizan la mano de obra masculina, mientras que en otros las mujeres adquieren ventajas comparativas. Esto se puede observar fácilmente al ver la distribución de la fuerza de trabajo femenina en las distintas actividades económicas: normalmente se presenta una gran concentración en el sector de servicios, seguido por el comercio y, en menor medida, en la industria.

Entonces, la discriminación puede estar presente en los avisos de empleo, en la selección, evaluación, contratación y despido del personal, en los términos y condiciones de empleo, así como en la remuneración, los beneficios, y las decisiones acerca de quién recibe capacitación y qué tipo de capacitación se brinda. La discriminación también puede surgir al decidir a quién se tiene en cuenta y selecciona para traslados y ascensos y a quién se deja cesante durante una reducción de personal.

Dicho esto podría argumentarse que el salario no es la única variable a través de la cual se discrimina a las mujeres, pero lo que no puede dejar de advertirse es que cualquiera de los fenómenos que den lugar a que ocurra, tenderá a generar una caída en el salario relativo de las mujeres. Por ello, analizar la discriminación a través de las diferencias salariales es un método bastante general de medir discriminación laboral por razones de género.

Como bien lo señala Néstor Pedro Sagüés: averiguar cuándo hay situaciones equivalentes o disímiles, cuándo discriminación objetiva o arbitraria, y hasta qué punto no lesionan la cláusula constitucional de igualdad las discriminaciones hechas mediante diversas interpretaciones o aplicaciones, no provenientes directamente de la ley, es una tarea que necesariamente recaerá en los operadores de la Constitución.

En este sentido, debe señalarse que la igualdad supone el respeto irrestricto por las diferencias personales; entre otros motivos, porque la igualdad no significa la nivelación de las personalidades individuales, sino por el contrario; no se logra

una sustancial ni efectiva igualdad, si no se tienen en cuenta las distintas condiciones de los individuos en su singularidad.

Un informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sostiene que en la Argentina hay una persistente discriminación de la mujer en el mundo del trabajo. «Entre 2003 y 2006, el PBI creció en la Argentina y tuvo un impacto positivo a nivel de empleo, pero esta suba no se tradujo en una mejora de las brechas de equidad de género en el mercado laboral», sostiene la OIT en el apartado dedicado a la Argentina. Explica que aún se observa una «persistencia de mecanismos de discriminación en el mundo del trabajo» cuyo rasgo más notorio **«es el estancamiento de la tasa de actividad femenina»**. Y advierte que «en el mercado laboral argentino estaría operando una doble discriminación: por género y por condición económica de las personas».

Ante este panorama, la OIT advierte que «para ir revirtiendo estas discriminaciones persistentes en el mundo del trabajo, existe el camino de la participación de las mujeres en los espacios de representación

política, social y gremial». En ese marco, destaca la presencia de mujeres en el ámbito judicial y sindical, pero considera que «la participación en las organizaciones empresariales continúa siendo muy baja»⁶

La discriminación en el trabajo es hoy un fenómeno bastante extendido debido, en parte, a que existe una gran naturalización de las conductas discriminatorias, lo que torna al problema invisible y difícil de erradicar, constituyendo - en suma - una violación de los derechos humanos, generando pobreza e inequidades, que debilitan el tejido social.

Normativa de Género

a) Internacional

En 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconociendo la igualdad entre hombres y mujeres como base para su cumplimiento. En 1979, las Naciones Unidas aprobaron la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la

Mujer (CEDAW).

En nuestro país la CEDAW - junto con otros tratados y convenciones de derechos humanos- ha sido jerarquizada en el texto de la Constitución Nacional, a partir de la reforma constitucional de 1994, por lo que la promoción de la igualdad de género se ubica en el mayor rango normativo.

En ese mismo año se sancionó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como «Convención de Belem do Pará», tratado ratificado por la Argentina por ley 24.632.

En relación con la discriminación en el mundo del trabajo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) cuenta con instrumentos globales en la materia:

Convenio n° 111, sobre discriminación, empleo y ocupación) (1958).

Convenio n° 100, en el que se aborda específicamente la igualdad de remuneración entre los trabajadores de uno y otro sexo (1951).

Convenio n° 156, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981).

Convenio n° 183, sobre protección de la maternidad (2000).

Otros dos convenios fundamentales son de particular importancia en cuanto a la igualdad de género: el Convenio n° 87 (1948) sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, y el Convenio n° 98 (1949) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.

Asimismo el Convenio n° 138 (1973) sobre la edad mínima, y el Convenio n° 182 (1999) sobre las peores formas de trabajo infantil, instan a realizar acciones inmediatas contra las peores formas de trabajo infantil y a tener en cuenta la situación especial de las niñas.

Convenio n° 189 (2011) sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos.

Otros convenios con implicaciones particulares en cuanto a la igualdad de género incluyen aquellos relacionados con la promoción del empleo, las condiciones de trabajo (trabajo nocturno, trabajo a domicilio

y trabajo a tiempo parcial) y con categorías específicas (VIH y SIDA, pueblos indígenas y tribales, y trabajadores migrantes)

b) Nacional

Nuestra Constitución Nacional en su art. 16 garantiza la igualdad de todos los ciudadanos, y particularmente en el acceso al empleo sin otra condición que la idoneidad, y en 1957 con la incorporación del art. 14 bis, consagró el derecho de los trabajadores a condiciones dignas y equitativas de labor, y a igual remuneración por igual tarea.

Con la reforma del año 1994 se incorporan normas que contemplan particularmente a la mujer trabajadora. El art. 37 establece la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a los cargos electivos y partidarios, garantizado por medidas de acción positiva, cuya consecuencia fue la sanción de la ley 24012 (llamada «de Cupo Femenino»), estableciendo que las listas de candidatos a cargos electivos deberán incluir un mínimo del 30% de mujeres en proporciones tales que no afecten sus probabilidades de resultar efectivamente electas.

Esta política de cupo femenino alcanzó también al ámbito específico de la actividad sindical, a través de la ley 25.674.

El art.75 (inc. 19 y 23), establece que el Congreso debe sancionar leyes que garanticen la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna, como también de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular, respecto de las mujeres; el art. 43 prevé la acción de amparo como vía idónea para reclamar frente a los actos o conductas discriminatorias.

El art.75, inc. 22, otorga jerarquía constitucional a las declaraciones, convenciones y pactos, entre los cuales están expresamente reconocidos: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW – por su nombre en inglés)

y la Convención de los Derechos del Niño.

Ley de Contrato de Trabajo (n° 20744), arts. 17 y 172/186.

Ley 23592 (Ley Antidiscriminatoria)

En 1994 se promulga la ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar, y en 1996, la ley 24.632, que ratifica la Convención de Belem do Pará, y mejora la anterior, al concebir a la violencia contra la mujer como violencia de género.

En el mes de abril de 2009 se promulgó la ley 26485, cuyo objeto es la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Violencia Laboral – Ley 26485

La violencia en las relaciones laborales se refiere a toda manifestación de agresión verbal, gestual, física, psicológica y sexual en el marco de las relaciones laborales, originada en las desigualdades entre los sexos que afecte la dignidad e integridad de las perso-

nas, su salud y sus posibilidades de acceso, permanencia y ascenso laboral.

Atenta contra la dignidad e integridad psicofísica de los trabajadores y trabajadoras que la padecen, y el mayor porcentaje de víctimas - en este ámbito- se registra entre las mujeres.

Se manifiesta en acciones y situaciones de hostigamiento laboral y de acoso sexual, segregación, discriminación salarial, mayores restricciones de contratación (estado civil, embarazo, etc), dificultad de acceder a puestos de toma de decisiones y relegación a tareas subordinadas y de servicio, entre otras.

Heinz Leymann (psiquiatra alemán) caracterizó al fenómeno del maltrato como una forma de comunicación hostil y carente de ética, dirigida de manera sistemática por uno o varios individuos contra otro, que de ese modo es arrastrado a una posición de indefensión y desvalimiento, y activamente mantenido en ella. Subrayó que, para constituir mobbing, estas actividades deberían tener lugar de manera frecuente (por lo menos una

vez a la semana) y durante largo tiempo (durante seis meses al menos) siendo susceptibles de lesionar mental, psicosomática y socialmente a la víctima.

Al decir de los expertos, los celos y la envidia de los acosadores constituyen la causa principal de *mobbing*, señalando también el hecho de que el trabajador no debe permitir ser manipulado, o que al destacarse por sus características y sea demonizado y culpabilizado, sin olvidar la acción de quien desea demostrar poder hostigando impunemente para amedrentar al resto.

El *mobbing* puede identificarse porque el agresor tiene comportamientos y conductas que afectan profundamente a la persona agredida, tales como:

- Realizar comentarios injuriosos contra la persona.
- Ridiculizar o reírse de ella públicamente.
- Burlarse o magnificar.
- Hacerla parecer estúpida.
- Aislarla de los compañeros.
- No dar tareas.
- Asignar tareas excesivas o imposibles de cumplir.
- Negar o ignorar.

- Criticar o amenazar no sólo en temas laborales sino personales.
- Proferir gritos e insultos.

El art. 6 de la ley 26485, define la violencia laboral como «aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo, públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de *test* de embarazo.

Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral el quebrantar su derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral».

El Decreto 1011/10 – reglamentario de la ley- amplía el concepto de hostigamiento psicológico, ya que no exige que sea sistemático o se ejerza con la finalidad de lograr la exclusión laboral de la trabajadora, entendida como finalización del contrato; sino que permite incluir otras conductas

que provoquen o intenten provocarle un daño. Por otra parte, las conductas consideradas no están restringidas al nivel jerárquico, sino que comprenden las de trabajadores que tengan el mismo rango que la trabajadora perjudicada, o que ocupen niveles inferiores en el ámbito en el que se desempeña laboralmente.

Y es que en el ámbito del trabajo, no es la violencia física la que predomina, que además es fácilmente detectable. Hay otros comportamientos violentos, que por patrones culturales, no siempre son identificados ni por la víctima ni por el entorno laboral, y que constituyen el maltrato psicológico. Este tipo de violencia suele ser de una magnitud tal, que obliga a la víctima a tratamiento psicológico, incluso psiquiátrico, y muchas veces termina con la renuncia a su trabajo, teniendo además consecuencias dañosas para su familia, que sufre también las consecuencias de ese maltrato.

Para el Consejo Consultivo de la Oficina de Asesoramiento sobre Violencia Laboral del Ministerio de Trabajo de la Nación (OAVL), las actitudes discriminatorias o humillantes, ya sea en forma silenciosa o a los gritos, la

exclusión de un empleado de actividades sociales que involucren al resto de los trabajadores, el no dirigirle la palabra o hacerlo en forma burlona, no darle trabajo o hacerle cumplir tareas que no estén a la altura de su calificación laboral, obligarlo a trabajar en un sitio inadecuado (sin ventanas, por ejemplo), están consideradas actitudes que constituyen maltrato laboral.

La violencia que adquiere la forma de acoso psicológico busca excluir al trabajador de su ámbito o de la organización en la que está trabajando, pues a causa de ese maltrato la víctima termina pidiendo un traslado o una licencia, hasta que finalmente renuncia, y en muchos casos lo hace padeciendo males físicos como consecuencia del maltrato recibido.

En el acoso sexual, en cambio, lo que se busca son los favores sexuales y, al no obtenerlos, se originan las conductas de maltrato. En este caso, las víctimas son casi siempre mujeres, aunque también a veces los varones sufren acoso sexual. El maltrato laboral va minando la autoestima de la víctima y puede llegar a arruinar la carrera laboral de empleadas/os califica-

dos y hasta profesionales, por el menor rendimiento laboral que tienen las víctimas de estas conductas, y mucho peor si ha tenido que pedir licencia médica por tratamiento psicológico o psiquiátrico, dos impedimentos graves a la hora de intentar conseguir otro trabajo (Resolución N° 5/07 del MTySS de la Nación)

En términos generales, con el acoso laboral – psicológico y/o sexual- se ven lesionados, principalmente, los derechos a la intimidad; la dignidad; la libertad sexual; la igualdad y, la no discriminación; la seguridad, la salud y la integridad física y moral.

Prueba de la discriminación y/o acoso laboral

Ninguna norma establece concretamente la inversión de la carga de la prueba para el caso de discriminación y/o acoso laboral.

La ley 26.485 a pesar de presuponer la existencia de discriminación, no establece la inversión de la carga probatoria sino que dota de amplias facultades al Juez com-

petente en razón de la materia para que ordene e impulse el proceso, pudiendo disponer las medidas que fueren necesarias para indagar los sucesos, ubicar el paradero del presunto agresor y proteger a quienes corran el riesgo de padecer nuevos actos de violencia, rigiendo el principio de obtención de la verdad material en el artículo 30 y estableciéndose el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados y la evaluación de las pruebas ofrecidas, de acuerdo con el principio de la sana crítica en el artículo 31. Se considerarán-dice la norma- las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes.

La jurisprudencia ha hecho mérito de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la opinión de la Comisión de Expertos de la O.I.T. sobre inversión de la carga de la prueba frente a la existencia de un indicio razonable que permita considerar la posibilidad de un acto arbitrario de discriminación, en el caso «Scognamiglio, María Fernanda c/Dadone Argentina S.A. s/despido». CNAT.Sala II, 17-11-06. SD 94.609.

En el ámbito de la discriminación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 23 de agosto de 1988 sentó doctrina en los autos «Fernández, Estrella c. Sanatorio Güemes, S.A.» (publicado en LA LEY, 1990-C, 38, con nota de Alberto F. Garay).

En su voto los Dres. Petracchi y Bacqué señalaron que, sin establecer presunciones legales, el art. 81 de la ley de contrato de trabajo ha fijado - con el carácter de obligación para el principal- la igualdad de trato a sus dependientes en «identidad de situaciones». Luego, el tratamiento diferenciado, para no resultar lesivo de los derechos de la contraparte, debe justificarse en razones objetivas. Por lo mismo, cada una de las partes deberá probar el supuesto de la norma que invoca como fundamento de su pretensión o excepción. El trabajador deberá acreditar sus «circunstancias», y quien se excluye aduciendo que la desigualdad obedece a la valoración de los méritos del dependiente o a circunstancias de bien común, debe acreditar estas afirmaciones. En el caso concreto se había probado que las remuneraciones de la actora eran sensiblemente inferiores a las de sus pares y subordinados; que había realizado cursos de perfeccionamien-

to, certificados instrumentalmente por profesionales de la demandada y mediante testimonial, que su desempeño había sido eficiente, y su cargo y condiciones de prestación de tareas (horario y funciones) eran como las de sus subordinados y pares, llegándose a concluir la existencia de discriminación salarial, incluso analizándose las pruebas rendidas, conforme las reglas de la sana crítica.

Quien sí ha aludido expresamente a la necesidad de invertir la carga probatoria en los casos de discriminación ha sido la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., en el Estudio general de 1988 sobre Igualdad en el empleo y ocupación.

Allí se destaca que imponer dicha carga a quien alega un motivo discriminatorio subyacente al acto inculpativo, puede constituir un obstáculo insuperable para la reparación del perjuicio sufrido. Señalan que, si bien a veces los elementos de prueba se pueden reunir sin demasiadas dificultades (cuando se trata, por ejemplo, de ofertas de empleo que se han publicado y cuyo carácter discriminatorio es manifiesto) lo más frecuente es que la discriminación

sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar, sobre todo en los casos de discriminación indirecta o sistemática, y tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación. Ello determina —señalan— que algunos países, en su legislación o jurisprudencia, invierten a veces la carga de la prueba o, por lo menos, dan una cierta flexibilidad a la carga que corresponde al demandante. En ciertos casos le basta al demandante establecer o demostrar una coincidencia entre la desigualdad de trato u oportunidades y la desigualdad de raza, sexo, religión, opinión política, actividad sindical, siendo en tal caso el empleador quien deberá probar que había un motivo legítimo no discriminatorio.

También la Comisión considera que la cuestión de la carga de la prueba tiene una importancia fundamental en la discriminación alegada. Con frecuencia una persona discriminada dudará en llevar su caso a las instancias competentes no sólo por temor a las represalias sino también porque la mayor parte de las veces no dispon-

drá del conjunto de elementos de prueba necesarios, por lo que resulta aconsejable que la jurisdicción pueda desempeñar un rol activo en la investigación y que los testigos y denunciados gocen de protección contra las represalias.

En este sentido, el Código de Trabajo de Francia, por ejemplo, estableció la inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación, a partir del mero sometimiento al juez de hechos susceptibles de afectar el principio de igualdad de trato; pero, en los casos de acoso laboral – en cambio- el trabajador debe probar los hechos que hicieran presumir la conducta hostil, siendo el empleador quien debe acreditar que sus actos no constituían acoso y que su decisión se encontraba justificada por elementos objetivos, ajenos a toda situación de hostigamiento.

Parece prudente esta decisión legislativa, ya que por la inversión de la carga de la prueba, se debería demostrar lo que no se hizo, es decir, una prueba negativa, lo cual puede llevar a presunciones, resultados y consecuencias injustas y contrarias al derecho constitucional de defensa en juicio. Entonces, me parece importante remarcar

la amplitud probatoria que debe aceptarse en casos de violencia laboral contra la mujer, para lo cual la ley 26485 otorga al juez modernas herramientas procesales, a las que puede acudir para facilitar la prueba de las víctimas que, no sólo se enfrentan a la dificultad aludida, sino que también se les están violentando derechos fundamentales como la dignidad humana, la libertad, la integridad física o psíquica.

En el caso del proceso laboral la actuación del juez al respecto encuentra apoyo en el hecho de que es un órgano técnico especializado, imparcial pero no neutral, rigiendo también en esta materia el artículo 9 de la LCT, con su última reforma, cuando - entre otras cosas- estatuye, que: «...Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla decidirán en el sentido más favorable al trabajador.» (Texto según la ley 26428, art. 1.) aplicando de esta manera, el principio de la norma más favorable para el trabajador, abriendo todas las puertas en el proceso a efectos del conocimiento de la verdad, y esto, que siempre debe ser así, se debe potenciar cuando se trata de derechos humanos.

Reparación del daño

Tiene particular relevancia para las relaciones laborales el art. 35 de la ley 26485, que dispone que la parte damnificada podrá reclamar la reparación civil de los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia. Entonces, si la mujer invoca y prueba que la extinción de la relación laboral se debe a esa situación de violencia ejercida sobre ella, podrá reclamar el resarcimiento pleno de los daños materiales, sin la limitación de la tarifa indemnizatoria fijada por la LCT, el daño moral ocasionado por su desvinculación y la reparación de las secuelas dañosas ocasionadas.

Al respecto, considero que la legitimación para reclamar la reparación integral de los daños provocados por la conducta del empleador no debe reducirse a la mujer víctima de violencia laboral, sino que también debe admitirse respecto de los trabajadores varones, pues no advierto ninguna razón para excluirlos de la posibilidad de reclamar por haber sido víctimas de violencia laboral.

En un fallo anterior a la vigencia de esta

ley ahora reglamentada, la CNAT, Sala III, 12/07/2007, «Veira, Mónica c/ Editorial Perfil S.A.» D.T.2007-B, p.1355), hizo lugar a la demanda de una trabajadora por reparación del daño moral causado por el acoso moral que parecía tener como finalidad hacer insostenible la continuidad de la relación laboral, condenando a la empleadora al pago de una suma equivalente a un año de salarios, parámetro similar al establecido por la LCT al determinar las indemnizaciones para los casos de despido por causa de matrimonio o de embarazo (artículos 178 y 182 LCT).

En la causa «Kowalik Natalia Andrea c/ H.S.B.C. Bank de Argentina S.A. s/ despido», la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I, 11/07/2011 resolvió que el cambio en las condiciones de trabajo sufrido por la trabajadora al reincorporarse tras finalizar la licencia por maternidad, entre los que se destacan la carencia de espacio físico y de computadora, configura un caso de violencia laboral contra las mujeres, determinando que «...la actitud del Banco entrañó una auténtica violencia laboral (art. 6 inciso c, ley 26485) y justificó la decisión de la actora de poner fin al vínculo en los términos del art. 242 LCT»

En la causa «L.I.I. c/ Instituto de Investigaciones Metabólicas S.A. y otro s/ accidente - ley especial», la Sala I de la Cámara Nacional del Trabajo condenó solidariamente a la empresa y a la ART a abonar a la trabajadora una reparación con sustento en la legislación civil, por daño emergente y daño moral.

El tribunal consideró probada la existencia de *mobbing* o acoso laboral sobre la trabajadora, debido a la excesiva presión y al maltrato padecido.

Entre los fundamentos del fallo, se recurrió a lo establecido en la Ley 26.485 y su Decreto Reglamentario 1011/2010.

La Sala IV de la CNAT. en el caso «L.R.F. c/ Trans American Airlines SA s/ despido» (7/5/09) decidió que los comentarios groseros sobre los atributos físicos de la trabajadora, que día a día le prodigaba un funcionario ubicado en la más alta escala de autoridad dentro de la aerolínea, le provocaron «una lesión en sus sentimientos por el sufrimiento y el dolor que tuvo que soportar».

La Cámara consideró probado que el jefe

de la trabajadora, que era quien fijaba los horarios que ella debía cumplir y de quien dependía su permanencia en el puesto, compartía habitualmente acotaciones «respecto del tamaño de su busto y sus caderas» entre los dependientes y hasta con ella, y por eso, consideró apropiado condenar a la empresa al pago de una indemnización por daño moral.

Me parece importante destacar el tratamiento que la ley 26485 le otorga al acoso laboral y al acoso sexual, como formas de violencia, ya que los saca a la luz formalmente, pues recordemos que en nuestra legislación laboral no se encuentra reconocido expresamente¹³.

Conclusión

El panorama con el que se enfrenta alguien que ha padecido un acto discriminatorio o de acoso laboral, no es alentador. Si bien la trabajadora se encuentra amparada por la normativa ya mencionada, no es menos cierto que al momento de probar la violación legal, ésta carece de medios para hacerlo.

Hace falta preparar a los operadores ju-

rídicos (internos y externos) en esta materia, capacitándolos en la perspectiva de género, para poder entender a la víctima y saber cuáles son los obstáculos que la trabajadora tiene que sortear antes de interponer su demanda, creando espacios de fortalecimiento de los lazos sociales y llevando a cabo acciones que permitan un acceso igualitario a la justicia y un tratamiento que corresponda a esa realidad.

Es preciso entender la violencia contra las mujeres – en general y en el ámbito laboral en particular- como un problema social, pero también institucional, cultural y un problema, en definitiva, de derechos humanos, en especial en nuestro carácter de magistrados y funcionarios, actores sociales que compartimos la problemática de la comunidad y que somos llamados para la resolución de conflictos.

Por eso los cambios no se agotan en los instrumentos legales, sino que es la cultura democrática la que debe cambiar, incorporando la igualdad de derechos, sin cuya vigencia permanecerán latentes las jerarquías de género ■

¹ Fuente: CLADEM www2.ohchr.org

² BADGETT, LEE y FOLBRE, NANCY, *¿Quién cuida a los demás? Normas sociosexuales y consecuencias económicas*, Revista Internacional del Trabajo, vol. 118 núm. 3 (1999). OIT, Ginebra.

³ Informe sobre el desarrollo humano del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo -PNUD 1996.

⁴ MARTÍNEZ VIVOT, JULIO. *La discriminación laboral. Despido discriminatorio*. USAL. Buenos Aires, Argentina. 2000.

⁵ *Elementos de Derecho Constitucional*, Edit. Astrea, Bs. As., 1997, Tomo 2, pág 433 y ss., segunda edición.

⁶ Diario Clarín, 10 de mayo de 2007.

⁷ Estos instrumentos se pueden consultar en www.ilo.org/global/standards/lang-es/index.htm

⁸ CERRUTTI, GABRIELA: *Mobbing, discriminación y carga de la prueba*, La Ley, Tomo La Ley 2011.A(04/02/2011)

⁹ www.trabajo.gov.ar/oavl/

¹⁰ [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1988-4B\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1988-4B).pdf) párrafos 224 y 225.

¹¹ «El juez laboral debe ser imparcial pero no neutral». Cfr. Ferreiros, Estela Milagros en «La discriminación a la luz de los derechos humanos», publicado en www.laboral.org.ar/doctrina

¹² www.eldial.com

¹³ Ver «Violencia de Género en el Trabajo», PERKINS, SUSANA, en la obra colectiva Taller de Jueces Laborales II (en prensa).

El art. 248 de la LCT y su compleja interpretación y aplicación

1. Introducción

Hay normas que nacen complicadas a partir de su originaria redacción, especialmente cuando las mismas reconocen un proceso de importación de disciplinas afines o bien cuando ello acontece, producto de modificaciones normativas generales con proyecciones de alto impacto en la legislación vigente.

Ese es el caso de la norma que pretendo analizar, que posee las dos dificultades que estoy señalando, es decir, parte de un componente mixto de conjunción de disciplinas y sin quererlo fue abarcada por modificaciones normativas globales y transversales a todo el ordenamiento jurídico, cuyo efecto colateral es la desarmonía del texto vigente con el avance legislativo, y ello es lo que motiva que el intérprete deba extremar sus recaudos si lo que se pretende es cierta validación legislativa, ya que la Corte Nacional ha venido proclamando la necesidad de armonización de los textos para lograr, en definitiva, su vigencia antes que su neutralización y descalificación por incompatibilidad o desajuste. Ello no parece ser fácil en un país como

el que vivimos donde la coherencia de la labor parlamentaria no es el principal atributo de quienes han sido elegidos para ejercer tan calificada función. De hecho, quien esto escribe ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los complejos entrecruzamientos entre normas de un mismo compacto jurídico cuya compatibilización no siempre es posible ni feliz².

2. El texto legal

Señala el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo dentro del capítulo VI, cuyo título es: **De la extinción del contrato de trabajo por muerte del trabajador - Indemnización por antigüedad - Monto - Beneficiarios -**

Art. 248: En caso de muerte del trabajador, las personas enumeradas en el artículo 38 del Decreto-ley 18.037/69 (t.o. 1974) tendrán derecho - mediante la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación allí establecido- a percibir una indemnización igual a la prevista en el artículo 247 de esta ley. A los efectos indicados, queda equiparada a la viuda, para cuando el trabajador fallecido fuere

soltero o viudo, la mujer que hubiese vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos (2) años anteriores al fallecimiento. Tratándose de un trabajador casado y presentándose la situación antes contemplada, igual derecho tendrá la mujer del trabajador cuando la esposa por su culpa o culpa de ambos estuviere divorciada o separada de hecho al momento de la muerte del causante, siempre que esta situación se hubiere mantenido durante los cinco (5) años anteriores al fallecimiento. Esta indemnización es independiente de la que se reconozca a los causa-habientes del trabajador por la ley de accidentes de trabajo, según el caso, y de cualquier otro beneficio que por las leyes, convenciones colectivas de trabajo, seguros, actos o contratos de previsión, le fuesen concedidos a los mismos, en razón del fallecimiento del trabajador

2.1. La remisión al sistema previsional argentino

Como se advierte en su lectura, la primera complicación radica en la remisión a un régimen normativo preciso que, vaya paradoja, ha sido derogado sin que los refor-

madores advirtieran que el articulado que dejaban sin vigencia era norma referencial de un instituto del derecho del trabajo.

Lo desarmónico de lo que venimos especificando es que el texto que reemplaza al derogado - si bien parecido, no es igual- con lo que habrá que desentrañar si esta disparidad obedece a un cambio de criterio o a un simple olvido o desconocimiento del redactor.

En efecto el art. 38 de la ley 18.037 fue modificado en la reforma operada al sistema previsional argentino por la ley 24.241 y así su norma sucesora dispuso:

Art. 53: En caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante:

- a) La viuda
- b) El viudo
- c) La conviviente
- d) El conviviente
- e) Los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, todos ellos

hasta los dieciocho (18) años de edad.

La limitación a la edad establecida en el inciso e) no rige si los derechohabientes se encontraran incapacitados para el trabajo a la fecha de fallecimiento del causante o incapacitados a la fecha en que cumplirán dieciocho (18) años de edad.

Se entiende que el derechohabiente estuvo a cargo del causante cuando concurre en aquél un estado de necesidad revelado por la escasez o carencia de recursos personales, y la falta de contribución importa un desequilibrio esencial en su economía particular. La autoridad de aplicación podrá establecer pautas objetivas para determinar si el derechohabiente estuvo a cargo del causante.

En los supuestos de los incisos c) y d) se requerirá que el o la causante se hallase separado de hecho o legalmente, o haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos (2) años cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes.

El o la conviviente excluirá al cónyuge

supérstite cuando éste hubiere sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio. En caso contrario, y cuando el o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o éstos hubieran sido demandados judicialmente, o el o la causante hubiera dado causa a la separación personal o al divorcio, la prestación se otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales.

Si bien ambos textos son similares, la reforma operada excluyó del carácter de beneficiarios a los nietos solteros (inc. 1 d), padres (incs. 3 y 4) y hermanos y hermanas solteros y hermanas viudas (inc. 5).

La jurisprudencia tuvo oportunidad de expedirse, pero las líneas de razonamiento no fueron similares, existiendo una tesis restrictiva y una amplia al respecto. Así por ejemplo se señaló en aquellos casos de admisión de la tesis amplia:

«La interpretación del art.38 de la ley 18.037 debe realizarse con un criterio de flexibilidad a fin de evitar situaciones de falta de equidad, ya que no se trata de una prestación de carácter vitalicio sino de una que se abona una sola vez y cuya

Justicia y Género

El art. 248 de la LCT y su compleja interpretación y aplicación

finalidad es reparar el daño invocado por la muerte de un familiar.»³.

Con más contundencia y en caso específico de pérdida de derechos se sostuvo: «...estando el padre a cargo del trabajador fallecido, no siendo controvertido el vínculo familiar, tampoco está cuestionada la falta de otros beneficiarios, teniendo el padre 82 años de edad, que percibe una mínima jubilación constituye una contingencia que reclama respuesta particular dentro del régimen protectorio, como es el derecho del trabajo [art. 14 bis C.N.]...»⁴.

Por el contrario, quienes se enlaron en la tesis restrictiva señalaban: «La remisión que efectúa el art.248 L.C.T. debe ser realizada actualmente al art.53 de la ley N° 24.241, norma que, si bien resulta equivalente a la derogada, elimina de la lista de beneficiarios a los hermanos del causante»⁵

Como fundamento normativo de tal decisión se sostuvo: «El art. 53 de la ley N° 24.241 es equivalente al derogado art.38 de la ley 18.037, al cual se remite el art. 248 de la L.C.T., por lo que la cuestión

debe decidirse sobre la base del mismo. Admitir lo contrario significaría congelar o petrificar el contenido del art.248 L.C.T. cuando lo normal y conveniente es que este último se renueve de acuerdo con los cambios que experimente la norma, objeto de remisión»⁶

Esa interpretación jurisprudencial restrictiva colisiona con el principio de progresividad al que nuestro país, a través de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha adherido, destacando que sobre el particular comparto el criterio que sustenta Gialdino respecto a que lo relativo a la obligación del Estado de lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, está marcado por dos condiciones. Por un lado, se trata de una progresividad dinámica, que impone la obligación de proceder de manera concreta, constante, permanente y continua, con miras a lograr ese objetivo. Por el otro, de una progresividad unidireccional, que invalida toda medida que implique la disminución del grado de realización que los derechos hubiesen alcanzado («principio de prohibición de retroceso social» o de «prohibición de

evolución reaccionaria»), lo cual se proyecta, incluso, hacia las llamadas normas programáticas»⁷.

No es objeto de este trabajo profundizar este aspecto⁸ pero, a mi entender, no pueden quedar dudas de que la prohibición de retrogradación de derechos involucra también a la resolución jurisdiccional, que deje de lado una interpretación más favorable hacia el reclamante de derechos sociales, debiendo en todo caso verificar la jerarquía del tribunal que interpreta el precepto para alcanzar tal propósito.

Para concluir el análisis de esta primera dificultad señalamos que también la jurisprudencia se expidió sobre el modo en que operaba dicha remisión y así se dijo: «La remisión que hace el art. 248 de la LCT al art. 38 del decreto ley 18.037 se refiere exclusivamente a las personas y no a las personas y condiciones que establece dicha norma, de modo tal que estas últimas no son exigibles para legitimar el reclamo del beneficio consagrado en la ley laboral»⁹.

Esta ha sido la línea de razonamiento que he seguido cuando me ha tocado la oportu-

tunidad de pronunciarme. Al respecto he expresado: «A fs. 33 se encuentra debidamente acreditado el vínculo de la accionante con el fallecido Sr. Miguel Carratala, cuyo deceso está debidamente acreditado con el acta de defunción obrante a fs. 2 de autos. Siendo así, la cónyuge se encuentra en primer lugar en el orden de prelación establecido por la ley previsional, razón por la cual es indubitable su derecho al beneficio peticionado. El requisito de **‘imposibilidad de trabajar, dependencia económica o estar a cargo del causante’**, que plantea la demandada en su memorial de fs. 13, no guarda ninguna relación con la norma en análisis, que nada de ello exige, por lo que acreditado el fallecimiento, el vínculo de la reclamante y la prelación de su derecho, ninguna duda cabe acerca de la procedencia de lo requerido, lo que así dispongo por la suma peticionada en demanda, que se ajusta a las constancias de autos y sobre la base de una antigüedad laboral expresamente reconocida por la demandada¹⁰.

3. Sus beneficiarios

El segundo punto de crisis radica en que la LCT tiene una clara redacción de

género de exclusión como eventual beneficiario del cónyuge varón. Así si verificamos el sentido lingüístico del texto observamos que refiere a **«muerte del trabajador»** «queda equiparada a la **viuda»** «cuando el trabajador fallecido **fue-re soltero o viudo»**, «la mujer que hubiese vivido públicamente», etc.

A diferencia de la norma de remisión, en este párrafo del articulado la opción del legislador de la LCT ha sido otorgar el beneficio exclusivamente al peticionante de sexo femenino, siendo tal definición producto de una cultura históricamente machista, donde el varón era quien aportaba el sustento económico para la manutención del grupo familiar y donde era impensable que «el jefe de familia» no fuera un ser productivo, salvo por impedimento psicofísico y no por un acto de su propio discernimiento y libertad. De todas maneras, esta redacción contundente es lo que nos va a permitir ingresar a la discusión cuando tratemos el matrimonio igualitario.

3.1. Naturaleza jurídica

La naturaleza del derecho es jure propio, es decir que basta con la acredita-

ción de las circunstancias normativas señaladas: a) fallecimiento del causante; b) vínculo o supuesto fáctico de convivencia. Lógicamente que en atención a la naturaleza jurídica que se proclama, no es relevante el requerimiento de declaratoria de herederos, no sólo por su ausencia de necesidad en atención a la característica de la indemnización en discusión, sino porque además si ello fuera una exigencia legal, la concubina carecería de legitimación activa para requerir la declaratoria de herederos de su compañero trabajador fallecido.

Convalidando lo señalado se ha sostenido: «la actora tiene acción para pretender como lo hace iure propio la indemnización del art. 248 de la LCT con la sola acreditación del status (conviviente), y por ende, el derecho a percibir una indemnización igual a la prevista en el art. 247. Es claro que esta interpretación del art. 248 de la LCT resulta a mi juicio de congruente y sistemática justificación, puesto que en definitiva el derecho propio de los causahabientes del trabajador fallecido de percibir una indemnización por extinción del contrato de trabajo, se inscribe en el mismo sentido que las normas previsionales

para dar amparo y resguardo a lo que se dió en llamar 'familia obrera' y cuyo concepto ha quedado redefinido a la luz de la nueva normativa previsional»¹¹

3.2. La cuestión de la culpa del divorcio o separación de hecho.

El párrafo segundo genera más complejidades en su lectura, ya que su desactualización con la ley de divorcio vincular plantea enigmas de casi imposible resolución. En efecto, en aquellos casos de presentación conjunta para la disolución del vínculo no se establece culpa de uno u otro cónyuge en tal decisión de ruptura matrimonial. Pero si ello es así en esa hipótesis, mucho más sinuoso es el camino judicial para determinar en la separación de hecho la culpa de la mujer o la culpa de ambos para que la conviviente pudiera excluir a la cónyuge supérstite meramente separada de hecho. Ello plantea dificultades no sólo probatorias, sino esencialmente de orden competencial, ya que el juez laboral no posee facultades para determinar estado de familia y no parece a mi entender suficiente con una sumaria información para lograr tal cometido, por cuanto como tal dicho acto de jurisdicción voluntaria no es constitutivo de derechos.

Aun si pudiéramos obviar esta ausencia de atributos en el Juez Laboral para decir «el derecho de familia», existe otro aspecto que no puede dejar de ser considerado, tal es la carga de la prueba, algo que en definitiva puede llevar a lo que en algunos casos se ha señalado como «la prueba diabólica» por sus complicaciones, cuando la disolución de la sociedad de hecho matrimonial ha acontecido mucho tiempo antes.

Quienes entienden que en estos casos existe una marcada preferencia del legislador hacia el cónyuge supérstite, por su validación del matrimonio formal como base de la estructura social, se inclinan por la admisión de la carga de la prueba en el molde tradicional. En ese sentido, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires ha señalado: «De conformidad con el texto del art. 248 de la LCT en su correlación con el ordenamiento legal vigente, la concubina que reclama la indemnización por fallecimiento del trabajador anteriormente casado, tiene a su cargo la prueba relativa a la separación o divorcio y a la culpa de la esposa o de ambos cónyuges en su caso».

En idéntica línea de razonamiento el

voto del Dr. Carlos Tamantini de la Sala III de Córdoba ha sostenido: «En este último párrafo pretende encuadrarse la srta. Norma Viviana Acuña para acceder al 50% de la indemnización prevista por la norma pero es del caso señalar que la misma *no ha invocado y acreditado la culpa de la esposa del Sr. Ricardo Roberto Oviedo o la culpa de ambos en el divorcio determinado en autos*, razón por la cual su carácter de conviviente en aparente matrimonio con el Sr. Oviedo, durante los ocho años anteriores a su fallecimiento no resulta suficiente para tener derecho a la indemnización que se trata. En este sentido Vázquez Vialard, Antonio (Director), Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo 5, Editorial Astrea, Bs. As. 1984, p. 601 expresa: «...si el trabajador era casado, la mujer tendrá derecho a la indemnización *sólo en el supuesto de que hubiere divorcio o separación de hecho por culpa de la esposa o de ambos cónyuges*. En ese caso, para que la nueva mujer del trabajador tenga derecho a la indemnización debe acreditar que la separación y nueva situación de hecho *more uxorio* se mantiene desde cinco años antes del fallecimiento...»¹³.

En contra de esta tesitura el Vocal de la

Sala II de Córdoba, Dr. Luis Fernando Farías, ha sentado su posición respecto de la responsabilidad probatoria al especificar: Cuando concurre la circunstancia del punto anterior, la norma establece una legitimación por desplazamiento, no permitiendo la concurrencia de ambas, aún fundada en razones de equidad (cfr. C.S.J.N. Fallos 304:1497, citado en Revista D.T.Año LXV, N° III, marzo/95, pag. 311). Será acreedora de la indemnización o la concubina o la cónyuge, según se acrediten las situaciones de hecho que establece la norma. Esta solución difiere de la que establece la norma previsional, a la que sólo debemos atender en nuestro caso en relación al orden de prelación, ya que en el régimen de pensión puede haber concurrencia de la pensión en el caso de que el trabajador fallecido haya contribuido con el pago de alimentos a la cónyuge o que ésta los haya reclamado judicialmente. 3. A mi juicio, la culpa aludida por el Art. 248 de la L.C.T. tiene una relación directa con la vocación alimentaria de quien fuera la cónyuge del causante una vez roto el vínculo por divorcio o por separación de hecho, ya que indudablemente si el causante convivió con otra mujer durante por lo menos sus últimos cinco años, es lógico pensar que será esta última quien resul-

tará natural acreedora, ya que la indemnización tiene por objeto paliar la situación de quien hasta ese momento convivía con quien aportaba el salario para el mantenimiento de este último grupo familiar y no tiene carácter hereditario. Siendo así, el elemento probatorio que analizamos resulta constitutivo de la pretensión indemnizatoria del cónyuge superviviente, a cuyo cargo estará su acreditación. 4. Además, entender lo contrario, es decir que correspondía a la concubina la acreditación de la culpa en cualquiera de los supuestos previstos por la ley, pondría en cabeza de ésta una verdadera prueba diabólica, ya que le correspondería a Afranllie acreditar la culpa en un matrimonio cuando ya ha muerto uno de los cónyuges, extinguiendo dicho vínculo y por no tener legitimación alguna para ello, ya que es una acción reservada a los esposos (Art. 204 y cc. del Código Civil y Ley de Matrimonio Civil). La situación en crisis es del tipo a la que corresponde aplicar la carga dinámica de las pruebas, esto es: la obligación de probar un hecho determinado recae sobre quien está en mejores condiciones fácticas de hacerlo, encontrándose la contraparte en una imposibilidad o extrema dificultad de acompañar dicho material probatorio. En nuestro caso, de ambas pretensoras es la

esposa del causante quien se encontraba en condiciones de acreditar que no le cupo culpa –individual o concurrente con el trabajador fallecido– en la separación o extinción del vínculo matrimonial»¹⁴.

Corach resuelve de manera salomónica la cuestión en un caso de un trabajador que mantenía aparentemente dos vínculos familiares, ya que expresa: «salvo que, como en el caso, el causante hubiera estado contribuyendo al pago de alimentos –tal como lo refirió en su presentación la cónyuge superviviente en el sentido que nunca se desentendió de su grupo familiar–, en cuyo supuesto la prestación se otorgará en parte iguales a la cónyuge y a la conviviente»¹⁵.

Con relación a la acreditación de la convivencia ininterrumpida, la Sala que integro, ha señalado: «Para arribar a una decisión ajustada a derecho, entendemos que debían haberse analizado dos elementos **(objetivo y subjetivo)** y que no fueron tenidos en cuenta por la A-quo al momento de valorar la prueba rendida y que tiene relación directa con la convivencia en aparente matrimonio: el primero, y que sí se ha constatado, es que la convivencia bajo un mismo techo se vio

interrumpida, pues a partir de la internación ella ya no se concretó. El segundo y fundamental, es que exista voluntad de la conviviente de interrumpir afectivamente esa convivencia y que en el matrimonio se denomina «*affectio maritatis*». Esto es lo que no surge de la prueba rendida en autos, pues nada indica que la recurrente hubiera abandonado a su suerte al Cr. Bernardi. Por el contrario, hasta el momento de ser retirado del domicilio donde convivía con la Sra. Adriana Flores, ésta demostró su preocupación, esmero, colaboración y acompañamiento de su pareja desde que acaeció su enfermedad. En suma, la convivencia de la peticionante con el fallecido Sr. Bernardi se interrumpió por una causa ajena a la voluntad de los convivientes, tal como lo fue el agravamiento de la enfermedad de Bernardi, encontrándose imposibilitada la Sra. Adriana Flores de continuar adecuadamente con la atención de su pareja en las condiciones que estaba en su domicilio, pese a contar con una habitación acondicionada para su tratamiento, pero que era insuficiente, hecho además reconocido por el propio hijo del Sr. Bernardi (fs. 318). En definitiva, si bien la convivencia en aparente matrimonio no se encuentra respaldada mediante un instrumento

emanado del Registro Civil y Capacidad de las Personas, tal como ocurre en el matrimonio, lo que hace a la decisión de dos personas de encontrarse unidas es el afecto y aunque, por circunstancias extrañas como puede ser la enfermedad y la internación de uno de sus componentes en un centro especializado como en el que estuvo el Sr. Bernardi, se impida la cohabitación o la convivencia, debe priorizarse fundamentalmente el aspecto humano y afectivo de sus integrantes¹⁶.

4. La Ley de Matrimonio Igualitario

La irrupción en la legislación argentina de la ley 26.618 ha generado afectación en diversas normas del ordenamiento laboral (entre otros el supuesto de la protección del matrimonio que figura en el capítulo de protección de la mujer trabajadora, o en el régimen de enfermedades inculpables en cuanto a la duplicación por cargas de familia) pero, a no dudar, uno de los supuestos donde más controversia se puede generar es en el caso de la indemnización por muerte, con el esquema jurídico argentino, y el modo en que está planteado su derecho a percepción, que genera no pocos

interrogantes, en especial teniendo en consideración lo dispuesto por el art. 42 de la ley cuando señala: «ARTICULO 42. - Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo».

En atención a la contundencia de su texto que, como señalamos precedentemente, entendemos que es de impacto transversal en cualquier supuesto normativo de cualquier disciplina de nuestro ordenamiento, no parece haber dudas que ella

también se proyectará en la normativa que estamos analizando.

En la hipótesis de un matrimonio de dos personas de sexo femenino, no parece generar mayores dificultades, por cuanto aun apelando al texto literal de la norma, la mujer siempre fue la opción favorecida del derecho en discusión, por lo que en última instancia no parecería que fuera a afectar esta disposición tal opción de preferencia matrimonial.

En cambio el tema parece más complejo cuando nos encontremos en presencia de un matrimonio constituido por dos varones, ya que al fallecimiento de uno de ellos que se desempeñara en relación de dependencia laboral, la respuesta legal va a ser el derecho del cónyuge igualitario al beneficio estipulado por el art. 248, es decir, a la indemnización del art. 247 de la LCT. Afirmar que ello no resulta posible en atención al componente lingüístico de la norma en análisis, bajo todo punto de vista sería discriminatorio y no superaría el test de constitucionalidad con respecto a la ley 23.592 y a los tratados, pactos y declaraciones a los que nuestro país ha adherido e incorporado positivamente como texto constitucional,

en función de la reforma operada por el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna. Sostengo que idéntica respuesta ha de darse en la confrontación entre el causahabiente varón de un matrimonio igualitario con respecto a la cónyuge mujer divorciada por divorcio vincular por presentación conjunta de un anterior matrimonio del trabajador varón fallecido, donde no se haya establecido culpa exclusiva o concurrente de ambos cónyuges.

También considero que luego de esta reforma legal, ha de admitirse con sentido amplio el derecho del conviviente varón en su reclamación del pago de este beneficio cuando acreditara la convivencia con su pareja varón, ya que de lo contrario se lo estaría discriminando por su opción sexual, lo que estaría vedado por la ya mentada ley 23.592 y para evitar de esa manera lo que la Corte Suprema especificara en la causa «Alvarez c/ Cencosud» de que el derecho laboral no puede conformar un santuario de impunidad.

Por ello, a partir de la vigencia de la ley 26.618, no parece que sean posibles precedentes judiciales como el de la sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, cuando revocara el fallo de primera instancia que había hecho lugar

a la referida indemnización en el caso de un reclamante de una pareja homosexual varón. Si bien en el caso los magistrados admitieron que «tales beneficios están siendo reconocidos institucionalmente cada vez en más países, eliminando las trabas legales total o parcialmente y ensanchando las libertades de las uniones homosexuales, como ocurre en España, en la mayoría de las provincias canadienses, en Holanda, Suecia, y Bélgica. Sin embargo, concluía dicha sentencia que «una cosa es lo que debería propiciarse u otra cosa es aplicar la legislación que nos rige conforme a una interpretación armónica de su contenido» Entonces, los camaristas negaron el beneficio al sobreviviente, estimando que la legislación lo restringe a parejas heterosexuales.

No obstante la jueza Guthmann entendió que el término conviviente también se puede referir, por ejemplo, al personal que trabaja cama adentro. El riesgo de que la mucama/o termine recibiendo indemnizaciones por el finado patrón sería otro argumento para revocar el fallo de primera instancia.» Los camaristas limitaron el beneficio de indemnización por muerte a lo que la Real Academia Española define como «matrimonio»: «Unión

de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales». También hicieron extensivo el beneficio al «aparente matrimonio», que definieron como la relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados». Pero en todos los casos excluyeron a la unión entre personas de un mismo sexo en la equiparación de derechos¹⁷.

5. Conclusiones

a) El articulado que hemos analizado parte de conjugar una mixtura de supuestos con atracción normativa sin que exista una adecuada justificación de alguna de las respuestas dadas por el propio texto legal y mucho menos por la interpretación jurisprudencial.

b) Las dificultades derivadas de la petrificación de una norma indirecta, son posibles de superar si se admite que la norma derogada resulta evidentemente más favorable para los potenciales derechohabientes que la más restrictiva disposición del art. 53 de la ley 24.241 y por ende se adopta el criterio amplio de su interpretación.

c) No resulta simple para el Juez Laboral verificar el modo en que ha de operar el

desplazamiento entre la mujer divorciada o separada de hecho y la conviviente reclamante, siendo un tema no menor el dirimir la cuestión de las cargas probatorias.

d) La mención de género que realiza todo el articulado en análisis con desplazamiento hacia el reclamo potencial del varón que peticionara por la muerte de su cónyuge mujer, sólo puede analizarse en el contexto histórico de la LCT, pero resulta un contrasentido sostener tal posibilidad interpretativa en la hora actual.

e) Si se admitiera que ello constituyó una preferencia del legislador, que en todo caso podría dar lugar a una laguna axiológica, es preciso señalar que la reforma constitucional del año 1994 con la aplicación del Derecho Universal de los Derechos Humanos, trastoca tal posible preferencia hacia normas de rango superior que vedan tal posibilidad discriminatoria por el género del reclamante, teniendo presente que la Corte Suprema ha señalado la fuerte presunción de inconstitucionalidad de todas las así llamadas «categorías sospechosas» que consagran diferencias no justificadas con basamento en cuestiones discriminatorias.

f) La irrupción normativa de la ley 26.618

al admitir el matrimonio igualitario zanja toda posible diferenciación que se pretenda realizar en la aplicación de la norma en análisis por la opción sexual del trabajador y ello se proyecta y traslada hacia la hipótesis del conviviente varón que confrontara con la mujer divorciada o separada de hecho, conforme hemos enfatizado al analizar la incidencia de dicho texto positivo en todo el ordenamiento jurídico argentino.

g) Más allá del juicio de valor o disvalor que el intérprete judicial pueda realizar de esta nueva realidad normativa, no deben quedar dudas de que su aplicación ha de serlo del modo más amplio para garantizar el derecho consagrado en la ley de matrimonio igualitario. De esta manera se garantizará el pleno respeto hacia preceptos de rango superior que conforman el Jus Cogens, en su proyección hacia todos los ámbitos de la vida jurídica, entre los que a no dudar entra a jugar el proyecto de vida, que cada persona, por el mero hecho de su inherente dignidad, puede formular ■

¹ Magistrado de la Sala Décima de la Cámara del Trabajo de Córdoba desde setiembre de 1.991.- Doctor en Derecho - Profesor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Córdoba.- Mail: ctosell@fibertel.com.ar.

² TOSELLI, C., «Las incompatibilidades normativas en el campo del Derecho Laboral: Una primera aproximación al tema» en Ensayos sobre Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social, Colección Estudios Jurídicos N° 19, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, Venezuela, 2008.

³ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Laboral 17/10/1989, CAMPAL, PEDRO E. C/ Cía. de Tierras y Forestación s. A.

⁴ CNAT, Sala X, Autos: «Diaz Juan Luis C/ Consorcio De Propietarios Avenida Santa Fe 1556 S/ Indemnización Por Fallecimiento» sentencia de fecha 09/03/2005.

⁵ CNAT, Sala II, «Martinez Esther Del Carmen C/ Europan S.R.L.» Sentencia de fecha 18/11/2002.

⁶ CNAT, Sala VI, «Rodríguez, Marta C/ San Yago S.A.» Sentencia de fecha 7/11/2002, DT, 2003 -A, 556.

⁷ GIALDINO R., «Dignidad, Justicia Social, Principio

de Progresividad y núcleo duro interno». Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho del Trabajo y al de la Seguridad Social.

⁸ Sobre el tema puede verse, TOSELLI, C.: «El Principio de Progresividad y su Aplicación Jurisdiccional», Actualidad Jurídica de Córdoba, Pág. – ISSN 1852-5016 – Mayo de 2011.

⁹ SCJBA, «Romero Félix c/ Algodonera Llavallol S.A. s/ Indemnización por fallecimiento», Sentencia de fecha 2-8-1988, D.T., 1988-B-1977

¹⁰ C.Trab. Córdoba, Sala X, Voto Unipersonal del DR. CARLOS A. TOSELLI, autos: «Ortiz margarita del valle c/ hotel sussex s.A. - Demanda», Sentencia de fecha 10 de junio de 2004.

¹¹ C.Trab. Córdoba, Sala V, Voto Unipersonal de la DRA. MARÍA DE LAS MERCEDES BLANC DE ARABEL, autos: «Ponce Elsa C/Alberto Calo Devit»—Demanda, Sentencia de fecha 15 de noviembre de 1999.

¹² SCJBA, «Barreca Hnos. S.A. c/ Núñez Salustiano s/ Consignación de Indemnización», D.T. 1994-B-1415.

¹³ C.Trab. Córdoba, Sala III, Autos: «Acuña Norma Viviana Y Otra C/ Sa Transportadora Alta Gracia

–Laboral»- Sentencia de fecha 11 de noviembre de 2004.

¹⁴ C.Trab. Córdoba, Sala II, Autos:«Afranllie, Adriana Josefa C/ Coniferal S.A.C.I.F. –Ordinario – Indemnización por muerte (art. 248 LCT)» Sentencia de fecha 18 de agosto de 2005.

¹⁵ CNTRAB - SALA X - 'Coto Centro Integral de Comercialización SA C/ F. S. A. y otros s/ consignación' – Sentencia de fecha 12/04/2006.

¹⁶ C. Trab. Córdoba, Sala X, «Flores, Adriana Beatriz – Actos De Jurisdicción Voluntaria – Recurso Directo» (Expte. N° 85865/37) – Resolución de fecha 4 de junio de 2008.

¹⁷ Extraído de PÉREZ, M: *Después de la muerte del trabajador y el empleador ¿quienes estan legitimados? ¿Cuánto perciben? ¿Por qué?* con cita de www.diarioclarin.com.ar, «Le dieron la indemnización por muerte de su pareja gay pero la Cámara Laboral se la quitó», 20/12/2006.



DRA. ALICIA ANA GALLETTO | Jueza Tribunal Colegiado de Familia N° 4, Rosario.

Análisis de resoluciones judiciales desde una perspectiva de género

El análisis de resoluciones judiciales, desde una perspectiva de género, resulta un paso indispensable en el logro de la plena vigencia de la igualdad de género y de los derechos de las mujeres. Es justamente este análisis el que permitirá ir señalando el grado de adecuación que los distintos Tribunales del país van mostrando en relación a los estándares internacionales, en relación a la igualdad de género. Asimismo, y con mirada crítica, será este análisis el que permitirá detectar en qué tipo de conflictos judiciales se advierten las dificultades para lograr la plena vigencia de los derechos de las mujeres.

La Oficina de la Mujer de la Corte ha señalado que en el análisis de la Justicia, desde una perspectiva de género, ha advertido cómo el Derecho contribuye a reforzar el conjunto de características estereotipadas que la sociedad asigna a varones y mujeres; y, si bien se han dado cambios sociales que han puesto en cuestión esas características, la incorporación de esos cambios en el ámbito de aplicación de las normas jurídicas tiene su propio tiempo.

En efecto, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha mostrado su preocupación en la problemática por todas las formas de discriminación en contra de la mujer y viene sosteniendo una lucha incesante en pos de su eliminación. Entre otros documentos e iniciativas, nos encontramos con dos documentos internacionales fundamentales, a nivel mundial, la Convención Internacional sobre Eliminación de toda forma de discriminación contra la Mujer (CEDAW por su sigla en inglés), incorporada al texto constitucional, como asimismo en el ámbito interamericano la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem do Pará), ratificada por nuestro país por Ley 24.652.

Empero, con los instrumentos internacionales no es suficiente. A pesar de la vigencia de tales normas, todavía se observan decisiones judiciales que responden a concepciones estereotipadas de comportamientos y prácticas, basadas en conceptos de inferioridad y subordinación de la mujer, y que por tanto replican el contenido de discriminación.

El Dr. Ricardo Lorenzetti explicó, en una conferencia sobre «Salud Mental y Derechos Humanos, – Vigencia de los estándares internacionales»¹, que la evolución de la teoría de los derechos humanos tiene tres etapas.

La primera etapa se refiere a la que denomina «la etapa utópica de los derechos humanos». Es la que comienza con el enunciado de los grandes postulados, los objetivos a lograr. Indudablemente, esta primera etapa tiene una enorme trascendencia, puesto que en ella se producen los instrumentos legales que contienen los objetivos a alcanzar: el trato igualitario entre hombre y mujeres, el compromiso de suprimir las desigualdades y de eliminar, prevenir y sancionar toda forma de discriminación; la eliminación de la violencia en contra de la mujer, etc. También se le reconoce a esta etapa un importante impacto en el lenguaje, que no es menor. Las leyes han borrado y hasta prohibido toda discriminación fundada en el género, y con ello, obliga a la utilización de un nuevo lenguaje, con el enorme potencial de enunciación que ello tiene. La «visibilidad» de la proble-

mática de la discriminación por género es el primer gran problema que se debe enfrentar y para ello el lenguaje institucional, el que se utiliza en los estrados judiciales y oficinas administrativas, realiza un enorme aporte.

A la segunda etapa del avance de los derechos humanos el Dr. Lorenzetti la denomina «analítica», es aquella que se desenvuelve mediante un análisis de todos los derechos específicos. Aquí, el aporte de las resoluciones de los Tribunales, tanto internacionales como nacionales, es importantísimo, puesto que implica la labor de explicar y desarrollar el contenido de cada uno de los derechos enunciados. Más adelante nos referiremos a los estándares jurídicos vinculados con la igualdad de género.

A la tercera etapa de la evolución de los derechos humanos, la denomina «la teoría de la implementación». Es decir, de nada serviría todo el movimiento de los derechos humanos, si sólo quedara en el campo de las declaraciones. Es insuficiente contar con declaraciones políticas, ya que deben plasmarse en normas jurídicas

determinadas, incorporadas a los ordenamientos internos de los países, que establezcan derechos específicos, cuyos titulares puedan ejercer con acciones y deberes para las autoridades.

Una cuestión muy importante para la teoría de la implementación, es que debe quedar en claro que lo que importa son los derechos efectivos, la eficacia de los derechos y no su mera declaración. Ello significa que no se deben priorizar problemas de competencia o dificultades emergentes de técnica legislativa deficiente, sino poner la atención en la efectividad de los derechos consagrados.

Sin lugar a dudas, en esta etapa, las resoluciones judiciales están llamadas a desempeñar un rol muy importante, puesto que cuando los derechos han sido incorporados a una resolución judicial, son efectivos, son obligatorios, deben cumplirse, y su incumplimiento genera responsabilidad. Ahora bien, no puede dejar de reconocerse que, sin políticas de Estado que tengan como objetivo la implementación de los derechos humanos declarados, las sentencias judiciales

no podrán resolver el problema. El Dr. Lorenzetti, en su disertación, expresaba «...El Poder Judicial de la Argentina ha desempeñado un rol importantísimo en el campo de los derechos humanos...es importante que estas sentencias judiciales que se han dictado a lo largo y a lo ancho del país sean un mensaje claro para los demás poderes, para que se hagan políticas públicas que trabajen sobre la prevención y sobre la necesidad de evitar que haya juicios; es necesario que nuestros ciudadanos y los pueblos vean satisfechos sus derechos de modo natural, sin necesidad de recurrir a la justicia y esto requiere indefectiblemente de políticas públicas. Las sentencias públicas, cuando resuelven un caso, también son un mensaje para los demás poderes...»

Dentro de este marco, detenernos en el análisis de las resoluciones judiciales desde una perspectiva de género, nos brindará una visión acerca del impacto dentro de la jurisprudencia nacional de los estándares jurídicos y del grado de adecuación de las resoluciones judiciales a los mismos, en el avance de la igualdad de género y de los derechos de las mujeres.

Los estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género

En el presente trabajo habremos de tomar en consideración los estándares jurídicos dentro del sistema interamericano, señalando algunas resoluciones judiciales de diferentes Tribunales del país, que se han adecuado a los mismos.

A través de decisiones, recomendaciones y órdenes tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH en adelante) como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se produjo un desarrollo jurídico de estándares en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres.

Sin ánimo de agotar el tema, habremos de referirnos a algunos de ellos, en particular las pautas jurídicas fijadas por el sistema interamericano, relacionadas a la violencia y la discriminación contra las mujeres y cómo vienen siendo receptados por diferentes Tribunales del país.

Violencia contra las mujeres

Sobre este tema, se ha impulsado un desarrollo significativo de varias cuestiones, a saber:

- *Violencia, discriminación y deber de debida diligencia:*

En el caso paradigmático de Maria da Penha Maia Fernandez², la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aplicó por primera vez la Convención de Belem do Pará, al sostener que el Estado había fallado en actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, por no haber condenado ni sancionado al agresor del caso, por diecisiete años. La CIDH encontró que el caso individual de Maria Da Penha se enmarcaba en un patrón general de tolerancia del Estado y de ineficiencia judicial ante casos de violencia doméstica; fue además enfática en declarar que la obligación del Estado de actuar con debida diligencia va más allá de la obligación de procesar y condenar a los responsables, y también incluye la obligación de prevenir estas prácticas degradantes. La CIDH

estableció que la inefectividad judicial general crea un ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad para sancionar estos actos.

En el caso Gonzalez y otras (Campo Algodonero) vs. México³ la Corte Interamericana encontró al Estado responsable por varias violaciones a la Convención Americana y la Convención de Belem do Pará en perjuicio de las tres víctimas y sus familiares. Concretamente encontró violaciones al deber general de garantizar los derechos humanos de la tres víctimas, al no actuar con la debida diligencia requerida para proteger sus derechos a la vida, a la integridad personal, su libertad personal y su derecho a vivir libres de violencia e investigar de forma adecuada y efectiva las desapariciones y homicidios. También encontró violaciones a los derechos de las víctimas a vivir libres de discriminación en base a su género.

Estos estándares han sido aplicados en diversos pronunciamiento judiciales de nuestro país.

Actos de violencia inminentes: Mediante una decisión y como seguimiento a una medida de protección, el Tribunal de Familia N. 3 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora⁴ dispuso el reintegro al hogar de una mujer, M.P.B. – víctima de violencia doméstica – con sus dos hijos menores. Asimismo se fijó al esposo, R.A.G. «un perímetro de trescientos metros en torno al hogar familiar, el lugar de trabajo de la esposa y a la escuela de los niños». La decisión aborda el problema de violencia doméstica y lo caracteriza como una forma de violencia contra las mujeres, como un problema de derechos humanos, y como un fenómeno social. En dicho análisis hace referencia al caso de Maria da Penha Maia Fernandes Vs. Brasil, y al informe de la CIDH sobre La Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia y Discriminación: «[...] cabe destacar el reproche jurídico que merece la violencia doméstica – como especie de la violencia de género – en el sistema jurídico internacional, regional, nacional y provincial. Así ha sido considerada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

como una violación de los derechos humanos (Informe Final No. 54/01 del caso 12.051, 16 de abril de 2001, caratulado Maria da Penha Maia Fernandes (Brasil). (...) El estándar normativo por excelencia en la materia viene dado por el concepto de violencia contra la mujer del art. 1 de la Convención de Belém do Pará. La problemática de la violencia familiar se debe interpretar en el marco del sistema de protección de los derechos humanos internacional e interamericano, lo que conlleva el examen de las implicancias del incumplimiento de los compromisos internacionales por parte de los Estados, en los casos en que las políticas, la legislación y la jurisprudencia no se adecuen efectivamente a dicha normativa. En el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre «La Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia Y Discriminación» (Informe OEA/Ser.L/V/II.117 - Doc. 1 rev. 1- 7 marzo 2003 -párrafos 165 a 168), también se destaca el problema de la violencia doméstica como un problema social, puesto que «impone un costo terrible a las víctimas, a sus familias y a

la sociedad en conjunto, y tiene efectos intergeneracionales».

Más recientemente, el Superior Tribunal de Justicia de San Luis resolvió un recurso interpuesto contra una sentencia que condenaba a una mujer por homicidio simple, revocando la sentencia y absolviendo a la imputada por considerar que actuó en legítima defensa. En sus fundamentos, el Tribunal dijo: «En igual sentido, el derecho a tener una vida libre de violencia se encuentra regulado a nivel internacional, destacando la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer («CEDAW»); y en el ámbito regional, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer («Convención de Belém do Pará»), ambos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN).»

«Teniendo en cuenta la legislación citada, se advierte que en el presente caso la imputada ha sido víctima de violencia de género por parte del Sr. Appap, que justifica su reacción frente a la agresión ilegítima proferida por quien luego resultara

víctima del hecho, dándose la causal de justificación de legítima defensa.»

«Es que esa agresión debe ser analizada en el contexto de violencia de género dada en el ámbito doméstico, en el cual se observan las características históricas de desigualdad de poder entre varones y mujeres y las características propias del ciclo de violencia en la que se encontraba inmersa «L.» hacía tiempo, lo que tampoco es controvertido, ya que hubo muchos testigos en el juicio que lo corroboraron. Si bien no estuvieron presentes, fueron testigos de cómo M. L. -«L.»- se fue alejando y aislando de sus amigos y entorno habitual, ante los celos excesivos de su pareja (testimonios de M. A. G., F. y C. A., A. L., D. T. -fs. 483/485-). Ello también surge de las cartas de la víctima, que fueron incorporadas en el juicio (fs. 485/486)»⁵

El deber de actuar con debida diligencia por parte del Estado, en cumplimiento de su compromiso de prevenir, investigar y sancionar hechos de violencia contra la mujer, ha sido considerado en varios pronunciamientos judiciales.

La Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal⁶ resolvió un proceso iniciado por denuncia de la señora C.L.S., quien descendía de una formación de trenes en la estación de Once, cuando el «imputado se acercó a ella y le tocó los pechos sobre su ropa». C.L.S. avisó al personal policial, cuyos integrantes procedieron a detener al agresor. Dentro del proceso penal, la Defensa Pública Oficial solicitó la suspensión del juicio a prueba, y el fiscal de la causa aceptó dicho pedido. En primera instancia no se hizo lugar a dicha pretensión. La defensa, en respuesta, interpuso recurso de casación. La Cámara Nacional de Casación Penal confirmó la decisión del tribunal de primera instancia. En dicha sentencia los jueces, aplicando el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, establecen un vínculo entre el problema de la discriminación, formas de abuso sexual y el acceso a la justicia, señalando que: «Sin embargo, el pronunciamiento fiscal está sujeto al control de legalidad básico que es parte de la competencia de la jurisdicción respecto de los actos que se desenvuelven en las causas que tramitan ante sus estrados (...) la suspensión del

juicio a prueba supone la limitación de la persecución penal que se encuentra en cabeza del Ministerio Público Fiscal (...) si bien es cierto que en el caso bajo estudio ha mediado consentimiento fiscal, también lo es que los sucesos aquí imputados constituyen hechos de violencia, especialmente dirigidos contra la mujer. En tal sentido, cabe recordar que de acuerdo con la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención de Belém Do Pará, esa violencia se concreta a través de... cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado (art. 1)(...) En tanto la suspensión del juicio a prueba obsta a la efectiva dilucidación o persecución de hechos que constituirían un delito -impunidad-, ese instituto debe ser considerado en relación con las obligaciones asumidas respecto de la concreta respuesta penal frente a sucesos como los que conforman el objeto de requerimiento fiscal (...) En tal inteligencia, y siendo que la República Argentina aprobó esa Convención a través de la ley

24.632, el consentimiento fiscal para la suspensión del juicio a prueba debe ser ponderado por la instancia jurisdiccional en relación con las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar hechos como los aquí considerados, pues estos aspectos hacen al compromiso asumido por el Estado al aprobarla. En ese marco, la opinión fiscal, favorable a la suspensión del juicio a prueba, entra en colisión manifiesta con las obligaciones asumidas por el Estado argentino. En consecuencia, existe un óbice formal de naturaleza legal que impide al Ministerio Público disponer de la persecución penal (...) el consentimiento brindado por el Ministerio Público ha de ser ponderado concretamente en su legalidad de cara a las exigencias de la Convención de Belém Do Pará que trascienden las referencias al modo en que podría cumplirse la supuesta sanción a recaer, la reparación económica y las tareas comunitarias ofrecidas por Ortega, calificando el suceso como de bagatela o habitual. En virtud de todo ello, el impedimento legal antes aludido quita toda eficacia al consentimiento fiscal y legitima la denegatoria del tribunal».

Este criterio fue repetido en otros pronunciamientos de la Sala II de la Cámara de Casación Penal. El imputado, que presuntamente cometía maltrato físico contra su pareja y su hija solicitó suspensión del juicio a prueba. No se hizo lugar a su pretensión y, por lo tanto, apeló la resolución. La Cámara confirmó la resolución avanzando consideraciones jurídicas relacionadas al deber de actuar con la debida diligencia requerida para investigar y sancionar la violencia contra las mujeres, bajo la Convención de Belém do Pará: «...Corresponde señalar que este es un caso en el que la suspensión del proceso a prueba constituiría una infracción a los deberes del Estado asumidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), por cuyo art. 7 los Estados «condenan todas las formas de violencia contra la mujer» y se han obligado a «adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: [...] b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra

la mujer [...] f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos. Sin perjuicio de destacar que la señora I. V. T. ha dado cuenta de una situación de violencia que excede la de los hechos comprendidos en las imputaciones que la fiscalía ha dirigido contra M. C. A. (confr. fs. 34/36), los comprendidos en el requerimiento de remisión a juicio constituyen en sí hechos de violencia contra la mujer, en los que no cabe hacer distinciones de gravedad al tenor de la primera parte del art. 7 de la Convención de Belém do Pará que condena todas las formas de violencia contra la mujer. La suspensión del proceso a prueba es inconciliable con el deber que tiene el Estado de investigar, esclarecer los hechos de violencia contra la mujer, y de sancionar a sus responsables en un juicio con las debidas garantías...»

En igual sentido, se pronunció el Juez Correccional de Viedma al denegar un pedido de suspensión de juicio a pruebas, dentro de un proceso de amenazas

en concurso real con Desobediencia, en perjuicio de su ex-pareja, con cita de los precedentes antes mencionados. Así dijo: «Sin embargo, el pronunciamiento fiscal está sujeto al control de legalidad básico que es parte de la competencia de la jurisdicción respecto de los actos que se desenvuelven en las causas que tramitan ante sus estrados. El análisis de legalidad del pronunciamiento no implica la confusión de competencias ni la necesaria coincidencia argumentativa o decisoria entre la jurisdicción y el Ministerio Público Fiscal. Se trata, por el contrario, de una inspección que tiende a constatar si se ha actuado dentro del margen de atribuciones legales de las partes. De esa interpretación se deduce que el consentimiento prestado por la Fiscalía para la suspensión del proceso no priva al juez o tribunal de examinar con arreglo a criterios de legalidad, si se trata de un caso en el cual la ley excluye la posibilidad de suspensión del proceso a prueba, porque ningún efecto preclusivo podría tener un consentimiento otorgado fuera del marco legal [C.N.C.P -Sala II- 07/12/2010, causa N°13.245]. De acuerdo a lo expuesto, entiendo que

en este caso el Juez debe analizar la legalidad de la procedencia del beneficio, más allá del consentimiento fiscal de fs. 19, ya que en autos la suspensión del proceso a prueba constituiría una infracción a los deberes del Estado asumidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. La Convención de Belém Do Pará fue aprobada por la República Argentina Ley 24.632 y declara que «la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades». El art. 1º establece que «se entiende por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado». En lo que aquí interesa, de cara a los hechos imputados en el requerimiento de elevación a juicio, el artículo siguiente de la Convención establece que se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual o psicológica: a)

que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio de la mujer y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual. En este marco normativo entendió nuestro Superior Tribunal de Justicia que «la suspensión del juicio a prueba obsta a la efectiva dilucidación o persecución de hechos que constituirían delito -impunidad-, ese instituto debe ser considerado en relación con las obligaciones asumidas, respecto de la concreta respuesta penal, frente a sucesos como los que conforman el requerimiento fiscal. En esa línea el art. 7 de Convención determina que «los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar por todos los medios y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:....b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;... .f) establecer procedimientos legales y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre

otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos». En tal inteligencia y dado que la República Argentina aprobó esta Convención a través de la Ley 24.632, el dictamen fiscal para la suspensión del juicio a prueba debe ser ponderado por la instancia jurisdiccional en relación con las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar hechos como los aquí considerados» (S.E. 57/11). En igual sentido resolvió la Cámara Nacional de Casación Penal Sala II en el fallo citado más arriba (07/12/2010), al expresar que «el consentimiento brindado por el Ministerio Público ha de ser ponderado concretamente en su legalidad de cara a las exigencias de la Convención de Belem Do Pará que trascienden las referencias al modo en que podría cumplirse la supuesta sanción a recaer, la reparación económica y las tareas comunitarias...»[...]Es claro que la situación descrita deja a la mujer en una situación de vulnerabilidad extrema, el ciclo de la violencia una vez instalado no se detiene y puede funcionar a intervalos de días, semanas, meses o años (Amato M. Ines, La pericia psicológica en violencia fami-

liar, Ed. Ediciones La Roca, pag. 71). Ha quedado probado entonces, que el suceso aquí imputado constituye un hecho de violencia, especialmente dirigido contra la mujer y que no es un hecho aislado, sino que integra una grave conflictiva familiar. Por lo que el caso en examen se conecta directamente con los bienes tutelados por la Convención de Belem Do Pará, ratificada por ley 24.632, y que tal como lo ha sostenido la Cámara Nacional de Casación Penal («Calle Aliaga s/ recurso de casación» del 30/11/2010 y «Ortega, René Vicente s/recurso de casación» del 07/12/2010) a cuyas conclusiones adhiero, «la suspensión del juicio a prueba es inconciliable con el deber que tiene el Estado de investigar, esclarecer los hechos de violencia contra la mujer y sancionar a sus responsables en un juicio con las debidas garantías». Por lo expuesto, entiendo que rechazar la suspensión del juicio a prueba para el caso de autos, es la decisión que se conecta de modo más directo con la justicia eficaz y sin dilaciones a la que se refiere el art. 7 de la Convención, compromiso adoptado por el Estado argentino al aprobarla»

• *La igualdad ante la ley, la obligación de no discriminar y los derechos reproductivos de las mujeres*

La CIDH ha comenzado a fijar vínculos importantes entre el derecho a la igualdad ante la ley y la obligación de no discriminar, en esferas claves para los derechos de las mujeres como son sus derechos reproductivos. En el caso Gretel Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro⁹) la Comisión analizó el alcance de una sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica que prohibía la práctica de la Fecundación *in vitro*, en relación con el derecho a la igualdad ante la Ley, consagrado por el art. 24 de la C.A.D.H.; hizo pronunciamientos importantes sobre la igualdad de género considerando que la prohibición impidió a las víctimas superar la situación de desventaja en la que se encontraban, a través del beneficio del progreso científico, en particular, de un tratamiento médico. Sostuvo que se trataba de un procedimiento que tenía relación directa con el tratamiento y cuerpo de la mujer y por ello, el mayor impacto en las mujeres de la decisión judicial. Se afirmó que el análisis de las normas y políticas debe realizarse so-

Justicia y Género

Análisis de resoluciones judiciales desde una perspectiva de género

bre la base de una igualdad efectiva, y la no discriminación abarca también el posible impacto discriminatorio de estas medidas, aun cuando aparezcan como neutrales en su formulación.

En la jurisprudencia nacional existen pronunciamientos que han hecho aplicación de estos estándares.

En relación a la cobertura social de fertilización asistida el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes resolvió - en un caso en donde una pareja solicitó a su obra social la «cobertura integral y total» de los gastos del tratamiento de fertilización asistida por la técnica ICSI (Inyección Espermiática Intracitoplasmática), denegar la petición. Los denunciante consideraron que esa denegación vulneró una serie de derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos, entre otra normativa nacional y local. La Cámara de Apelaciones en materia laboral estimó que el tema en controversia era discutible y, por lo tanto, requería de una amplitud de debate y prueba que escapa «al acotado marco

cognoscitivo» que posibilita la vía de amparo, lo que dio como resultado el rechazo de las pretensiones de los denunciante. El Superior Tribunal de Justicia de Corrientes¹⁰, en cambio, entendió que la vía era la adecuada, razonando entre otras consideraciones, que la denegación de este procedimiento -en evidencia médica de su necesidad- contraviene el principio de igualdad consagrado en varios instrumentos regionales e internacionales de derechos humanos: «por desconocer la sentencia prueba relevante producida en el proceso y vulnerar los derechos de raigambre constitucional y supra legal de quienes desean ser padres y formar su familia, perfectamente pasibles de ser reparados a través de la vía del amparo, no requiriendo este caso un mayor debate y prueba para dirimirlo, siendo suficiente lo actuado en el expediente (...) ...la Cámara soslayó prueba relevante y contundente aportada, no solamente por los amparistas, sino también por parte del I.O.S.COR. A través de los informes de sus autoridades médicas y especialistas en el asunto, quienes aconsejaron el tratamiento de fertilización, más allá de no encontrarse incluido en el menú

prestacional. Y esta era la cuestión central del debate (...) ...los amparistas obtuvieron de parte del I.O.S.COR la negativa frente al silencio evidenciado y el uso de la vía escogida constituye para el caso la más idónea para la efectiva protección del derecho a la vida, a la salud y a la integridad psico-física de los peticionantes (...) Y, si bien en nuestra provincia aún no se ha regulado (...), no puede desconocerse los avances y la voluntad política en el país, cada vez más acentuada, para lograr su reconocimiento legislativo (...)...la infertilidad es considerada como una enfermedad, en el caso se encuentra comprometido el derecho a la salud, y resulta procedente el proceso de tutela urgente elegido (...) Procede la acción de amparo deducida por una pareja, a fin de que sus obras sociales costeen la totalidad de los gastos de un tratamiento de fertilización asistida-en el caso por la técnica ISCI-, sí quedó acreditada su imposibilidad para concebir y la idoneidad de dicho procedimiento médico, no obstante, la circunstancia de que éste no se encuentra contemplado dentro del Programa Médico Obligatorio, dado que sólo se trata de un piso prestacional que

puede ser elastizado en el caso en que estén comprometidos el derecho a la salud o a la vida (...) La denegación del acceso a las técnicas de fertilización asistida cuando fueren indispensables para concebir un hijo vulnera expresamente la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, la Convención Interamericana de Belem do Pará, y contraría el principio de igualdad resguardado en nuestra Constitución Nacional, ya que discrimina injustamente a la mujer que tiene dificultades para procrear, de aquellas que no las padecen (...) la solución en contrario importaría priorizar un mero interés comercial sobre los derechos humanos a la vida, a la salud -reproductiva y el derecho a procrear- derecho adquirido para una mejor calidad de vida, derecho a la integridad física, a la autodeterminación y el derecho a la igualdad, protegidos constitucionalmente y por instrumentos internacionales».

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver el caso de los abortos no punibles¹¹ se refirió al principio de igualdad y no discrimina-

ción, «15) Que en este orden de ideas, es necesario puntualizar que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación - que son ejes fundamentales del orden jurídico- constitucional argentino e internacional y que en este caso poseen, además, una aplicación específica respecto de toda mujer víctima de violencia sexual - conducen a adoptar la interpretación amplia de esta norma (Constitución Nacional, artículo 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del-Hombre, artículo 2º; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 2º y 7º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2º y 3º, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1.1 y 24; además de los tratados destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, especialmente artículos 2º, 3º y 5º a 16, y Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2º; Con-

vención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, artículos 4.f y 6.a). En efecto, reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos, sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental, implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida (Fallos: 332:433 y sus citas). Máxime cuando, en la definición del alcance de la norma, está involucrado el adecuado cumplimiento del deber estatal de protección de toda víctima de esta clase de hechos en cuanto obliga a brindarle atención médica integral, tanto de emergencia como en forma continuada (ver al respecto, Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Fernández Ortega vs.F. 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva. Vs México», sentencia del 30 de agosto de 2010, apartados 124 y 194).

Conclusiones

A modo de conclusión, en primer lugar corresponde señalar que el análisis efectuado no implica, en modo alguno, que los casos citados sean los únicos que han hecho referencia a los estándares jurídico, sino que apunta a señalar un puñado de fallos sobre distintas cuestiones, en los cuales se advierte la influencia de los estándares vinculados a los derechos de las mujeres y cómo desde la administración de justicia esos derechos de las mujeres han sido garantizados.

La reseña de fallos - encarada desde una perspectiva de género, señalando aquellos que se adecuan a los estándares internacionales sobre igualdad de género y derecho de las mujeres- colabora en la tarea de promover el desarrollo y la aplicación de los mismos, teniendo el objetivo de lograr la plena equiparación de hombres y mujeres, en cumplimiento de los compromisos que ha asumido nuestro país al firmar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, incorporada al texto constitucional, sus recomenda-

ciones, la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o «Convención de Belém do Pará», aprobada por ley 24.632.

Del estudio de la jurisprudencia se advierte una incipiente aplicación de los estándares internacionales, de cómo la jurisprudencia realiza su aporte expandiendo la aplicación de criterios, avanzando a través de la ejemplaridad, como lo señalaba el maestro Goldschmidt. En este aspecto, es paradigmático el fallo del Juez Correccional de Viedma que, con cita de dos precedentes de la Cámara de Casación Penal, resolvió un cuestión similar en igual sentido, fundando su resolución directamente en la Convención de Belem do Pará.

A través de un laboratorio de observación de resoluciones judiciales, centrado en el estudio sistemático de la jurisprudencia desde una perspectiva de género, se puede efectuar un importante aporte al desarrollo jurídico sobre distintos temas, como el vínculo entre discriminación y violencia, el deber de debida diligencia,

el acceso a las instancias judiciales de protección, el alcance que debe darse a las obligaciones estatales de prevenir, investigar, sancionar, reparar los actos de violencia contra las mujeres, entre otros temas.

También podría efectuarse un aporte crítico a las resoluciones judiciales, señalando a aquellas que se apartan de los estándares, como forma de establecer el estado actual de situación en nuestro país. Es una tarea compleja y de reflexión, que requiere del Poder Judicial mismo, una importante actitud autocrítica.

El Poder Judicial se encuentra frente al desafío de la aplicación de los estándares internacionales, en todos sus niveles de actuación, en cumplimiento del rol que le cabe en la vigencia plena y efectiva de los derechos humanos.

No se trata de una labor que ha concluido, sino todo lo contrario: apenas ha comenzado ■

¹ Exposición del DR. RICARDO LORENZETTI en los talleres realizados durante los días 26, 27 y 28 de marzo de 2008 en la Sala de Audiencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación-.

² Publicada por la Organización Panamericana de la Salud, N° 65 Año 2009 CIDH, Informe de Fondo N° 54/01, Caso 12.051, Maria da Penha Fernandes (Brasil), 16 de abril de 2001, www.cidh.org

³ Corte IDH. Caso González y otras («Campo Algodonero») Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N°. 205.

⁴ B., M.P. C/G., R.A. s/protección contra la violencia familiar», Tribunal de Familia No. 3, Departamento Judicial de Lomas de Zamora (20 de julio de 2006), www.villaverde.com.ar

⁵ «G., M. L. s/Homicidio Simple – Recurso De Casación • 28/02/2012 Publicado En: sup. Penal 2012 (Abril), 73 -LA LEY 2012-B, Cita Online: AR/JUR/481/2012

⁶ ORTEGA, RENÉ VICENTE, s/ recurso de casación, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II (7 de diciembre de 2010), www.pensamientopenal.com.ar

⁷ CALLE ALIAGA MARCELO, s/ recurso de casación, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II (30 de diciembre de 2011), Argentina.

⁸ GHIZZONI, HÉCTOR s/ Incidente de Suspensión del Juicio a Pruebas, marzo 2012. www.pensamientopenal.com.ar

⁹ CIDH informe de fondo, N° 85/10 Caso 12.361 Gretel Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) (Costa Rica, 14 de julio de 2010).

¹⁰ B.N.L. y L.F.A. c/ Obra Social de la Provincia de Corrientes, 16/03/2011, www.eldial.com

¹¹ F. A. L s/Autorización, 13/3/2012 www.csjn.gov.ar Secretaria de Jurisprudencia.

Trata de personas: Una cuestión de género.

El trabajo que sigue, fue distinguido con la Segunda Mención por el trabajo «Discriminación de Género: Actualidad y Perspectiva, Trata de Personas: Una cuestión de Género», en la II Jornadas Nacionales y I Internacionales «Hacer Justicia: Una visión de Género - Rol de la mujer en la sociedad. Organizada por la Escuela de Magistratura del Poder Judicial de Salta, Asociación de Mujeres Juezas de Argentina. 26 de junio de 2010.

Introducción

Corresponde señalar en primer término, las razones por las que se eligió enfocar este tema. Sabido es que **la trata de personas tiene como principales víctimas a las mujeres**, centrándose esa aplicación al comercio sexual de las mismas – sin perjuicio del sometimiento a servidumbre o trabajos forzados –, con las características propias de la instancia de la llamada «trata», es decir la reducción de las personas a un estado de esclavitud o sometimiento que no le permite la toma de decisiones propias o voluntarias, sino que las cosifica

Queda excluido del presente trabajo analizar el tema desde la óptica del ejercicio de la prostitución cuando éste es el resultado de una elección libre y voluntaria de una persona mayor y capaz, que opta – cualquiera fuera la razón– por ese medio de vida. Quien voluntariamente escoge el comercio sexual del propio cuerpo como una forma de vivir o, en la mayoría de los casos, de sobrevivir, se ampara dentro de las previsiones del artículo 19 de la Constitución Nacional, quedando por lo tanto excluida de toda referencia legal o interés del aparato judicial.

La presente investigación se enfoca en situaciones de sometimiento de la mujer o niña a todo tipo de abusos, coacciones, reducción de su capacidad física y psíquica, amenazas, presiones, maltrato y aprovechamiento de su condición, muchas veces de vulnerabilidad. Esto la convierte, en definitiva, en una cosa, un objeto que, otro sujeto o una pluralidad de ellos, utiliza como parte de un comercio, reduciéndola por tanto en su calidad de persona a una simple mercancía con.

Este aberrante accionar violatorio de la dignidad de la persona ha motivado desde tiempo atrás la condena internacional y la consiguiente previsión y sanción de quienes los cometen, en instrumentos supranacionales y también en leyes nacionales.

Breve referencia histórica del comercio sexual ajeno en Argentina

En nuestro país, la prostitución y la *trata* de personas con fines de comercio sexual nacieron antes que la Nación Argentina. En el año 1797 una población de reclusas inglesas que viajaba a Australia, recaló en forma accidental en Buenos Aires, debido

a problemas por un motín de a bordo, y la mayoría de esas mujeres se quedó en la ciudad para ejercer la prostitución, sometiéndose a rufianes extranjeros que se encontraban aquí, por tanto y, paradójicamente se señala que la «*trata de blancas*» y la comercialización y explotación sexual» precedieron al nacimiento de la República Argentina como país¹.

A partir del año 1875 comenzó a legalizarse el ejercicio, bajo el control estatal, es decir, policial y municipal. Era una especie de servicio público sometido a algunas reglas y, por supuesto, desde sus mismos inicios incluyó los recónditos pasajes de un comercio que tiene como consecuencia directa la cosificación del ser humano.

El redituable comercio continuó su desarrollo y avanzó con el transporte y recepción de mujeres extranjeras, especialmente de países del Este – las famosas polacas – que, engañadas con falsas promesas de matrimonio o trabajo, eran traídas al país y luego vilmente sometidas y abusadas, convirtiéndose en personas explotadas, mano de obra barata y descartable, de un poder mafioso que se extendía cada vez más. Como veremos más adelante fue un argentino quien intentó poner coto a esta situación.

De qué hablamos cuando hablamos de *trata*

Someter a una persona a la *trata*, esto es, a cualquiera de las formas que la Ley nacional, al igual que la normativa internacional la definen, ello importa no sólo al estado de esclavitud y la privación de la libertad de la persona sino, además, a la privación de la dignidad humana. Al ser víctima de *trata*, la persona pierde su calidad de ser humano y se convierte en cosa, en eso justamente reside la perversión de este accionar, es la cosificación, su desnaturalización como tal.

Este delito implica, casi siempre la existencia de crimen organizado, a cuyo cargo se encuentra la *trata* de personas. Esto es una organización nacional y/o internacional con una importante cantidad de miembros que la conforman, los que tienen distintas funciones dentro de la organización e incluso trabajan divididos en células, de modo tal que muchos de ellos no se conocen entre sí – lo que dificulta combatirlos exitosamente-; cuentan con armas, movilidad, dinero, vínculos con las distintas esferas del poder, y todo ello las convierte en un flagelo para la humanidad.

Como vemos, en la *trata* de personas están en juego la violación de derechos humanos fundamentales. Es por ello que existe interés internacional, nacional y provincial para combatir, de manera eficaz, este tipo de crímenes.

La protección legal internacional y nacional contra la *trata* de personas

Situación en nuestro país

En el largo camino de lucha contra este delito debe destacarse que el **Día Internacional contra la Explotación Sexual y el Tráfico de Mujeres, Niños y Niñas** se evoca el día 23 de septiembre de cada año y fue instaurado por la Conferencia Mundial de la Coalición contra el Tráfico de Personas en coordinación con la Conferencia de Mujeres, celebrada en Dhaka, Bangladesh, en el mes de enero de 1999.

Ese día fue impuesto para celebrar la fecha en que en la Argentina fuera promulgada, en el año 1913, la primera norma legal contra la prostitución infantil.

Como sostuvimos antes, para la época de promulgación de la «Ley Palacios» la prostitución en la Argentina y, especialmente en

Buenos Aires, estaba muy extendida y en manos de verdaderos grupos mafiosos, los cuales manejaban parámetros tales como la explotación, el aprovechamiento de situaciones de desprotección, hambre y el sometimiento claro a condiciones infrahumanas.

En ese contexto socio-político el diputado Alfredo Palacios propuso reformar el Código Penal para reprimir la rufianería. Ese proyecto contemplaba penas de cárcel para quienes promovieren o facilitaren la corrupción o prostitución de mujeres, ya fueran éstas mayores o menores de edad, de entre tres y diez años de duración, así como la consideración de coautores del delito a los dueños de los prostíbulos. La sanción de esa norma –de avanzada para la época- ubicó a nuestro país en un primer plano en la lucha contra la esclavitud y en especial la protección de las víctimas de los delitos sexuales.

Vale recordar que en oportunidad de tratarse la sanción en el Congreso, el diputado por Córdoba, Cafferata Nores sostuvo que se trataba de delitos de lesa humanidad.

Adentrándonos ahora en el plano internacional pueden citarse diversos instrumentos que fueron gestándose, a fin de prevenir y sancionar este accionar. En 1904 se sancionó

el primer instrumento jurídico internacional relacionado en el tema, llamado Acuerdo Internacional sobre represión de *Trata de Blancas*, el cual resultó ineficaz por basarse únicamente en la protección de la víctima, y no en la lucha contra el flagelo.

En 1921 se dictó el Convenio Internacional para la Supresión de la *Trata de Mujeres y Niños*, y en 1933 el Convenio Internacional para la Represión de la *Trata de Mujeres Mayores de Edad*.

Finalmente, esos cuatro instrumentos se unificaron en el **«Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena»**, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 317 (IV) del 02 de diciembre de 1949; en el mismo, las partes se comprometen –entre otros parámetros- a *«castigar a toda persona que para satisfacer las pasiones de otra: 1) concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la otra persona»*.

Actualmente existen instrumentos que se encuentran incorporados en la Constitución de la Nación Argentina, a partir de su Reforma en el año 1994, entre los que puede mencionarse:

El artículo 1º de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala: *«A los efectos de la presente convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera»*.

Por su parte, el artículo 6 del citado cuerpo expresa: *«Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir diferentes formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer»*.

Puede adicionarse a ello lo dispuesto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual señala (art.4): Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la *trata* de esclavos están prohibidas en todas sus formas. El artículo 8 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos indica que nadie debe estar so-

metido a esclavitud, agregando que no pueden someterse a las personas a servidumbres, y que nadie puede ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso.

Así también la Convención Americana sobre Derechos Humanos «Pacto de San José de Costa Rica» establece el reconocimiento de la personalidad jurídica, señalando que toda persona cuenta con ese derecho; además de ello consagra y protege el de las personas a ser respetadas en su integridad - psíquica, física y moral-, el derecho a la libertad personal, el derecho a la no discriminación y, por último, puede mencionarse la prohibición de la esclavitud y la servidumbre.

La Convención sobre los derechos del niño indica: «*Artículo 34. Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o*

materiales pornográficos. Artículo 35. Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma».

Párrafo aparte merece la llamada «**Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer**», del año 1994 de la llamada Convención de Belén Do Para, la cual entiende como violencia contra la mujer «*cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado*», agregando que se considera violencia a aquella que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona, incluyendo la violación, abuso sexual, tortura, **prostitución forzada, trata de personas, secuestro y acoso sexual.**

El Protocolo de Palermo, que complementa la Convención internacional contra la delincuencia organizada transnacional y la Ley Nacional n° 26.364, definen a la trata como:

ARTICULO 2º —*Trata* de mayores de DIECIOCHO (18) años. Se entiende por trata de mayores la captación, el transporte y/o

traslado —ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior—, la acogida o la recepción de personas mayores de DIECIOCHO (18) años de edad con fines de explotación, cuando mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, aun cuando existiere consentimiento.

ARTICULO 3º —*Trata* de menores de DIECIOCHO (18) años. Se entiende por *trata* de menores el ofrecimiento, la captación, el transporte y/o traslado —ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior—, la acogida o la recepción de personas menores de DIECIOCHO (18) años de edad, con fines de explotación.

Existe *trata* de menores aun cuando no mediare engaño, fraude, violencia, amenaza, intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tuviera autoridad sobre la víctima.

El asentimiento de la víctima de *trata* de personas menores de DIECIOCHO (18) años no tendrá efecto alguno.

El sometimiento a explotación (regulado en el artículo 4 de la ley) que refiere la *trata* de personas incluye, como mínimo, los siguientes supuestos:

1) Reducir o mantener a una persona en condición de esclavitud o servidumbre o de prácticas análogas.

2) Obligar a una persona a realizar trabajos o servicios forzados.

3) Promover, facilitar, desarrollar u obtener provecho de cualquier forma de comercio sexual.

4) Practicar extracción ilícita de órganos o tejidos humanos.

Las mujeres y los niños son la parte de la población que mayor grado de vulnerabilidad registra y, por tanto, las víctimas más frecuentes de este tipo de delito.

Conforme surge del informe de la OIM – Organización Internacional para las Migraciones - (Proyecto FO.IN.TRA) sobre la «*Trata* de Personas: una introducción a la problemática», de las cerca de

4.000.000 de personas que son víctimas de *trata* cada año, la mayor parte son mujeres, niñas y niños y, entre el 10 y el 30%, mujeres menores de edad.

Según el Informe Nacional sobre *Trata* de Personas, presentado por la República Argentina en la Segunda Reunión de Autoridades Nacionales en Materia de *Trata* de Personas, que tuvo lugar en Buenos Aires los días 25 y 27 de marzo del 2009, nuestro país presenta un escenario combinado, ya que funciona como país de destino de víctimas extranjeras (en un alto porcentaje de nacionalidad paraguaya, también dominicana, boliviana, peruana y brasileña) y también como país de origen; en este último caso, las víctimas son **especialmente mujeres** y niños, reclutados en general de zonas del norte del país con destino a América Central y Europa. Esta zona está también identificada como de captación para la *trata* interna.

La situación en la Provincia de Santa Fe

Aspecto cuantitativo

En cuanto a la *trata* interna, en un alto porcentaje, las víctimas - mujeres y niñas - son reclutadas con fines de explotación sexual.

En la Provincia de Santa Fe podría incluirse especialmente la zona Norte de la misma como lugar de posible captación para la *trata*, tanto interna como hacia el exterior. La constante migración interna que sufre nuestro país, debido a la escasez de trabajo y oportunidades en algunas provincias y/o determinadas regiones, ha generado la radicación de núcleos poblacionales extendidos en los alrededores de las grandes ciudades. Particularmente, el llamado Gran Rosario cuenta con un gran número de personas de origen extranjero (países limítrofes) o de provincias y/o regiones del Norte del país que se han asentado y cuyo escaso nivel de acceso a la salud, educación, trabajo -aun cuando se encuentren quizás en mejores condiciones que en su lugar de procedencia- las convierte en factible blanco de la actividad delictiva organizada (entre ellas, tráfico de drogas, prostitución, etcétera.).

Aspecto y regulación legal

La Legislatura provincial sancionó el 19 de marzo de 2009 la Ley 12967, que adhiere al régimen de la Ley Nacional N°. 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, quedando comprendidas en la

misma todas las personas hasta los 18 años de edad, la cual estableció políticas públicas integrales y objetivos en dicha materia. Esta Ley conformó el Sistema Provincial de Promoción y Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, creándose la Subsecretaría de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia, así como una Comisión Interministerial; un Consejo Provincial, y en el ámbito de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Santa Fe, la figura del Defensor Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes, modificándose incluso el Código Procesal de Menores y la Ley Orgánica Provincial.

Mediante la Ley Provincial N°. 12.545 se creó el «Registro Provincial de Información de niños, niñas y adolescentes desaparecidos» (símil del Nacional) en julio de 2006, reglamentándose mediante decreto del 8 de mayo del 2007, el que funciona mediante un teléfono gratuito y tiene sede en las ciudades de Santa Fe y Rosario.

Dentro del ámbito de la Policía de la Provincia de Santa Fe se creó la División Unidad Especial de Apoyo y Coordinación sobre la Prevención y Lucha contra la *Trata* de Personas, dependiente del Departamento

Judicial (D-5) con sede en Santa Fe, que en Rosario trabaja con personal de Seguridad Personal. También se cuenta con la Oficina de Asistencia a las Víctimas de Delitos Sexuales.

Cuenta con el Proyecto de «Pautas de Actuación Policial sobre el Delito de *trata* de Personas», cuyo objeto es prevenir y sancionar la *trata* de personas, asistir y proteger a sus víctimas.

Existen Unidades de Asistencia a la Víctima dependientes del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y de la Defensoría del Pueblo (Oficina de Asistencia a las Víctimas) en toda la Provincia.

El Decreto n° 1421, de fecha 31 de julio de 2009, puso en marcha el Programa Provincial denominado «Programa Integrando Redes», del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que crea un programa de prevención, monitoreo y asistencia a las víctimas de graves sometimientos por su situación de vulnerabilidad.

Todo lo hasta aquí expuesto nos indica que la Provincia de Santa Fe, y sus autoridades, en los distintos ámbitos, se encuentran preocupadas y abocadas a

encauzar acciones positivas para la prevención y sanción de los delitos contra las mujeres y niños, por ser el sector más vulnerable al delito de *trata* de personas.

El Rol del Ministerio Público

El Ministerio Público de la Provincia, con el Procurador a la cabeza, comparte e impulsa un accionar proactivo en orden a la prevención, investigación, combate y sanción de toda violación a los Derechos Humanos, en especial los de los más expuestos.

Por ello, sin perjuicio de la competencia federal que establece la ley nacional sobre *trata* de personas, teniendo en cuenta la necesidad de colaboración e interacción de los distintos organismos y autoridades involucradas en esta tarea, es que se estima fundamental la actuación conjunta y coordinada de todas las jurisdicciones para lograr un resultado positivo en la lucha contra la *trata* de personas y delitos vinculados.

La Procuración General ante la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, mediante Instrucción del 18 de junio del 2009 y, posteriormente, mediante la Resolución n° 16 de fecha 7 de octubre de 2009, indicó a los Fiscales se

brinde prioritaria atención a las denuncias y/o causas jurisdiccionales a las que refieren la Ley Nacional 25.746 y la Provincial 12.545, relativo a la desaparición de personas, en especial niños, niñas y adolescentes, debiendo cumplirse de inmediato, con el deber de comunicar a los respectivos registros.

En fecha 6 de octubre de 2009, **mediante la Resolución nº 15, adhirió al Protocolo de Actuación en el delito de Trata de Personas, aprobado por el Consejo Federal de Política Criminal el día 26 de agosto de 2009, y dispuso el cumplimiento por parte del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de los lineamientos generales y específicos consagrados en el mismo, e instruyó el comienzo de actividad proactiva en los delitos relacionados a la trata** de personas como:

a) promoción y facilitación de la corrupción de menores de 18 años y cualquiera fuese la edad de la víctima cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción;

b) la promoción y facilitación de prostitución de menores de 18 años, aun con su consentimiento y también de mayores cuando mediare engaño, violencia, abuso de autoridad y todo otro modo de intimidación y coerción.

c) la promoción y facilitación de la prostitución de personas mayores de 18 años con ánimo de lucro;

d) la explotación económica del ejercicio de la prostitución, mediando engaño, abuso de una relación de dependencia o poder, violencia, amenaza, cualquier otro medio de intimidación o coerción;

e) la producción y publicación de pornografía que involucre a menores de edad;

f) la sustracción o retención de una persona, por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual;

g) la reducción a servidumbre y otra condición análoga y la recepción de la persona en tales condiciones;

h) la sustracción, retención y ocultamiento de una persona con el fin de obligar a esa misma persona o a un tercero a hacer, no hacer, o tolerar algo en contra de su voluntad;

i) conducción de una persona fuera de las fronteras de la República para someterla ilegalmente al poder de otro;

j) amenazas coactivas;

k) la prohibición en todo el territorio de la República del establecimiento de locales o casas donde se ejerza la prostitución, como la penalización de quienes regenten, administren, de modo ostensible o

encubierto, dichos establecimientos (Ley 12.331).

Se trata del diseño de la **política destinada a combatir la trata de personas**, y en especial cuando el delito tiende a facilitar o promover el comercio sexual, de poner en marcha una propuesta de trabajo que surge desde el Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Santa Fe y llevarlo adelante en todo el territorio provincial.

Atento a la vigencia de los Protocolos y Convenios Internacionales que rigen al respecto; teniendo en cuenta la sanción de la Ley 26.364 y enmarcado también en la actividad que viene desarrollando el Consejo Federal de Política Criminal, a cuyo Protocolo de Actuación para la *Trata de Personas* - como dijimos- adhirió la Procuración, **desde el órgano de la Acusación y en orden a obtener resultados concretos, la propuesta es la siguiente:**

1) Comenzar con cursos de acercamiento al tema, concientización y capacitación para los integrantes del Ministerio Público -Fiscales y Fiscal de N.N.; Defensores Oficiales Civiles y Penales; Defensores Barriales o Zonales y Asesores de Menores-. Posteriormente, desarrollar tareas

de divulgación y concientización popular, las que se pueden implementar en los propios centros involucrados, así como en escuelas secundarias. A título de ejemplo, esta tarea se podría encauzar en el marco del convenio que se firmó en la Provincia de Santa Fe entre la Corte Suprema de Justicia de la Provincia y el Ministerio de Educación y que se está llevando a cabo, denominado «Los jueces van a la Escuela», requiriéndose de los actores penales que colaboran en dicho proyecto la inclusión en su disertación ante los alumnos, del tema «Trata de personas». Se ha comenzado con esta tarea en el norte y sur de la provincia con cursos sobre el mismo.

2) La postura proactiva implica la realización de operativos sorpresivos en bares, whiskerías, prostíbulos y/o sitios identificados con antelación como lugares donde pudieran violarse a las normas aplicables como pensiones, hospedajes, hoteles, etcétera, previo trabajo de inteligencia del que deberá participar personal policial acotado y perfectamente identificado, a fin de evitar filtraciones de información-, que se llevaría adelante bajo los órdenes del Fiscal de Turno con supervisión del Fiscal de Cámaras que corresponda, atento el carácter de

preventivos que tienen; con la necesaria orden de allanamiento, en su caso, expedida por el Juez de turno y accionar coordinado con inspectores municipales, personal policial y de migraciones, de ser necesario, con la presencia del Defensor Oficial en lo Penal de turno, a fin de garantizar la validez del procedimiento; con la colaboración de los organismos provinciales y municipales que resulten más adecuados, a fin de asegurar la integridad física y psicológica de las víctimas, su protección y asesoramiento, así como su alojamiento inmediato.

Para que se obtengan resultados positivos, al personal policial que se convoque para efectuar los procedimientos no se le informará con anticipación adónde se dirigen ni con qué objetivo, evitando de esa manera advertencias que pudieran frustrar el resultado positivo de las medidas. Ya se comenzó con procedimientos en las ciudades de Santa Fe y Rosario con intervención de los Fiscales N.N., Fiscal de Turno y personal policial.

3) Debemos recordar también que se ha recomendado a los Fiscales de la Provincia la iniciación y continuación de las causas a las autoridades pertinentes

que, estando encargadas del control de estos lugares, no cumplan con sus obligaciones, omitan denunciar o incluso encubran o participen de delitos que pudieran configurar *trata* de personas, así como a todos los delitos vinculados.

4) Por último, la instrucción indica también a los Fiscales que con respecto a las víctimas de las actividades ilícitas antes mencionadas, se dé cumplimiento al Protocolo de Actuación del Consejo Federal de Política Criminal, a los fines de cumplir con la contención y abordaje asistencial de la víctima de estos ilícitos, evitando la revictimización, para lo cual se requerirá la participación de profesionales de asistencia a la víctima y se recurrirá a medios de registro adecuados, como ser videofilmación o grabación de los testimonios.

La idea de que sea el Ministerio Público el que, en coordinación con las demás instituciones nacionales, provinciales y/o municipales que sean necesarias, comience con las tareas preventivas -sin perjuicio siempre de la competencia federal en caso de verificación de los extremos que así lo exigen-, es que se imponga un ritmo serio y continuado de procedimientos, con resultado positivo y se emita una señal clara de la decisión

de perseguir seriamente a este tipo de delitos.

Resumiendo, la iniciativa comprende diversas etapas en la lucha contra este flagelo de la humanidad:

Primera etapa: capacitación y concientización dentro del Ministerio Público de la Provincia.

Segunda etapa: reuniones y concertación de acciones a llevar a cabo con los demás operadores intervinientes.

Tercera etapa: tarea de investigación previa.

Cuarta etapa: comenzar el accionar sobre datos concretos y con procedimientos programados con antelación.

Podemos afirmar que **comenzar a trabajar desde el Ministerio Público Provincial en forma constante y coordinada con los demás actores vinculados a este tema nos dará la posibilidad de prevenir, evitar y, en su caso, sancionar la comisión de ilícitos contenidos, tanto en la Ley Nacional 26.364 como en el Código Penal, vinculados o relacionados a aquélla pero que pertenecen al ámbito de competencia provincial.** Ser-

virá también para movilizar a los funcionarios públicos que cumplen funciones de habilitación, inspección y control para que extremen la seriedad de las mismas y procedan a denunciar cualquier situación sospechosa de la comisión de ilícitos.

Las dificultades que podemos vislumbrar son: las de coordinación de tantos actores, llegado el momento de la intervención concreta, pero a juzgar por el trabajo que se realiza, ya desde la Oficina de Causas con Imputados no Individualizados en otros ámbitos, este escollo es factible de ser superado, y otra dificultad sería el escaso personal con el que cuenta el Ministerio Público Provincial, tanto de funcionarios como de empleados, los que verían una vez más sobrecargadas sus tareas. Hasta el presente la entrega y dedicación de los miembros del Ministerio Público Provincial han servido para contrarrestar esta real y seria dificultad con la que convivimos.

El rol del Ministerio Público se ha modificado en los últimos tiempos y debe entenderse que sus integrantes tienen como tarea principal la de abocarse a la tutela de los intereses más preciados por la sociedad. Sabemos que los derechos humanos son prioritarios para el desarrollo de la personalidad del in-

dividuo y, por ende, de la sociedad a la cual pertenece. La cosificación de la persona, la *trata* de personas, atenta de manera brutal contra el individuo y la sociedad toda, por lo cual debe ser perseguida y sancionada.

La proclama es necesaria pero insuficiente. Entre todos debemos esforzarnos por comenzar acciones positivas a tal fin.

Principales actores intervinientes

- Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe y Centro de Capacitación Judicial.
- Ministerio Público de la Provincia de Santa Fe (Fiscales; Fiscal de la Oficina Judicial de Causas con Imputados no Individualizados -Brigada Operacional Tribunales-; Defensores Civiles y Penales; Defensores Zonales o Barriales; Asesores de Menores).
- Jueces de Instrucción y Correccional en lo Penal de la Provincia de Santa Fe.
- Registro Provincial de Información de Niños, Niñas y Adolescentes Desaparecidos.
- Defensoría del Pueblo de la Provincia de Santa Fe (Oficina de Asistencia a las Víctimas). De-

pende de la Legislatura de la Provincia, cuenta con psicólogos, asistentes sociales y abogados.

- SubSecretaría de la Niñez, la Adolescencia y la Familia.
- Unidades de Asistencia a la Víctima dependientes del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos.
- Oficina de Atención a la Víctima de Delitos Sexuales (Provincial, depende del Ministerio de Dirección de Acceso a la Justicia y de Asistencia a la Víctima).
- Subsecretaría de Acción Social de la Secretaría de Promoción Social de la Municipalidad de Rosario. Cuenta con un área de la niñez y otra de la mujer.
- División Unidad Especial de Apoyo y Coordinación sobre la Prevención y Lucha contra la *Trata* de Personas (DUETP) dependiente del Departamento Judicial (D-5) de la Policía Provincial.
- Comisaría de la Mujer: Asistencia a la Víctima de Delitos Sexuales y Violencia Familiar (Policía de la Provincia de Santa Fe).
- Secretaría de Turismo de la Provincia y

de la Municipalidad (en el plano concientización y prevención, cartelería, etcétera).

- Dirección General de Inspección de Industrias, Comercios y Servicios, de la Secretaría de Gobierno de la Municipalidad de Rosario;

Un ejemplo práctico en el tratamiento de los casos y la respuesta judicial a la persecución del delito:

La Provincia de Santa Fe ha sido, en base a lo relatado, pionera en la lucha contra la *trata* de personas, y en ese entendimiento es desde los Tribunales Federales de la misma desde donde emerge la primera condena por el delito que nos ocupa. Ello sin dejar de mencionar que siempre se ha perseguido al ejercicio de la prostitución cuando la misma es el resultado del sometimiento de otra persona, en clara diferencia cuando la misma responde a una elección de vida o a una elección ante una dura realidad económica o de vida.

La respuesta judicial en la *trata* y explotación sexual

Breve reseña del caso

El 09 de enero del año 2009 se recibió una denuncia formulada por la madre de una menor, domiciliada en la localidad santafesina de Coronda, indicando que su hija de 13 años de edad se había retirado del hogar –en ocasión de encontrarse la denunciante fuera de la ciudad– en compañía de una mujer de unos 50 años de edad, llevándose consigo su documento nacional de identidad.

De esa forma, y a través de la promesa de ofrecer una remuneración mensual, la persona se llevó a la niña con el ardid de que su madre había fallecido recientemente, necesitando de una compañía y a alguien que realizara tareas domésticas. En ese orden, la menor permaneció varios días en la casa de la persona y luego, cuando la pareja de ésta egresó de la cárcel donde se encontraba cumpliendo condena le «entregó» a la menor a quien había sido su compañero de celda, y esa persona fue quien en definitiva la condujo luego a un local nocturno de la localidad de América, provincia de Buenos Aires, en donde la misma ejercería la prostitución.

También sucedió lo mismo con otra mujer que, a través de diferentes engaños y pro-

mesas, fue conducida al mismo local nocturno con idénticos fines, siendo que desde un principio se la convocó para la realización de supuestas tareas domésticas.

El caso dejó al descubierto la situación de vulnerabilidad, debido a la miseria y a la exclusión en la que viven las víctimas, contexto en el que resulta frecuente que los padres entreguen a sus hijos a desconocidos por un mejor porvenir. En el caso de la víctima menor, su madre aceptó entregarla a cambio de \$400 mensuales y con la promesa de que quien se hiciera cargo le compraría ropa y útiles escolares, además de proveerle alimento y techo. A la otra víctima –de 19 años de edad- le ofrecieron trabajar en el servicio doméstico.

Pudiendo conocerse la situación, a partir de un descuido del dueño del local, que permite a una de ellas escapar y llegar hasta la Comisaría, a los fines de poner en conocimiento de las autoridades la situación vivida.

El Fallo

El realizado en Santa Fe es el primer juicio oral del país por el delito de *trata* de personas con fines de explotación sexual, desde que fuera sancionada la Ley N° 26.364.

Por resolución n°35/2009 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santa Fe, dentro de los autos **«N.J.A. s/ infracción art.145 bis y 145 ter del C.P. ambos en concurso real»**, causa n°84/2009, dispuso la condena de la persona que había reclutado a las menores a la pena de diez años de prisión, ordenando asimismo y, en base a lo peticionado por el fiscal interviniente, girar copia de la sentencia a la Municipalidad de América, a los fines administrativos de que pudiera corresponder en referencia al local nocturno.

El fallo tomó como base que ese reclutamiento se basó en engaños con promesas remuneratorias y aprovechándose de la situación de inferioridad económica de quienes en definitiva resultaren víctimas de autos y sus familias, con el único y exclusivo fin de la explotación sexual de las menores, y en el convencimiento de que *«la encartada obró –en todo momento- con conocimiento de las acciones que desarrollaba y de los medios que empleaba con el objeto de lograr la ulterior explotación de la menor»* y agregando: *«Advierto también, con respecto a este hecho que la encartada actuó en todo momento con pleno conocimiento de las acciones realizadas, consciente de*

las acciones y los medios que utilizaba para la consecución de los fines espurios de explotación».

Tal como se reveló durante el juicio, la finalidad era la «explotación sexual», en la que la imputada «no se limitó a entregarlas», sino que estuvo presente cuando fueron obligadas a realizar actos sexuales y participó en las llamadas «tareas de ablande», de la más pequeña.

Según pudo acreditar la parte acusadora, la imputada «conocía la edad de la menor porque se llevó su DNI», incluso hay quienes la recuerdan como la mujer que «buscaba a las chicas más chicas».

El segundo de los casos, en los cuales recayó sentencia, se dio en la ciudad de Mar del Plata, a través de la modalidad del juicio abreviado, señalando el voto de uno de los jueces: *«Este tipo de delitos conforma la nueva criminalidad organizada del siglo XXI, que será tan lesiva socialmente como los delitos de tráfico de estupefacientes que constituyeron la modalidad habitual de fines del siglo pasado. Consecuentemente, es dable observar que no se repitan los viejos vicios en la instrucción de estos ilícitos, donde por problemas y*

negligencias investigativas se termina puniendo a los autores menos importantes de la cadena, como es exactamente el caso de autos, donde nos encontramos con un no-vidente y una mujer tratada que ascendió de categoría y pasó a ser regente de sus propias compañeras, nuevas víctimas».

Asimismo en éste se señaló la necesidad de profundizar las políticas investigativas a los fines de proceder a conocer todos y cada uno de los componentes de las redes que, en definitiva, permiten la explotación y el comercio sexual.

La respuesta judicial en el ejercicio de la prostitución propio y el ajeno cuando no se incluye la explotación sexual

Breve reseña del caso

S.D.A. mantenía una relación de lo más conflictiva con su hija, signadas ambas por la pobreza, la desprotección y un marco de violencia que se había instalado en sus vidas. Ambas se domiciliaban en una localidad del interior de la provincia de Santa Fe, ejerciendo la prostitución como medio de vida y subsistencia, tanto la madre como la hija. Una denuncia por lesiones, radicada

en razón por una pelea entre ambas, determinó con posterioridad la causa penal, seguida a la madre por facilitar el ejercicio de prostitución de la hija.

Más allá de todo existía como marco rector un extremo acabado de pobreza que signaba la vida de ambas y que incluía a veces peleas que llevaban a la hija a alejarse de su progenitora y a vivir fuera del domicilio de ambas. El domicilio familiar se constituía en una casilla que sólo constaba de una cocina y una pieza, con un escusado afuera, vivienda que a veces era alquilada a otras parejas para que tuvieran sexo en el piso de la cocina.

El Fallo de Primera Instancia

El Juzgado en lo Penal de Primera Instancia condenó a la imputada a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas en orden al delito de promoción y facilitamiento de la prostitución de menores, agravado por el vínculo, y en concurso real con el de lesiones leves calificadas, fallo que resultó apelado por la defensa.

El Fallo de Segunda Instancia

El defensor de la mujer condenada planteó entre sus agravios que había transcurrido un plazo demasiado alongado entre el inicio de la causa, y calificó al caso como complejo y

de difícil resolución en cuanto debían considerarse el vínculo entre las víctimas, el modo y la oportunidad en que el caso surge a la luz, el déficit intelectual, la pobreza de estímulos, la marcada indigencia de madre e hija, la promiscuidad y el contexto cultural de los personajes de la historia.

Sostuvo que su clienta nunca creyó hacer mal a su hija al hacer que la misma ejerciera la prostitución, y menos cometer un delito, sólo estaba transmitiendo aquello que en definitiva había recibido como enseñanza, por lo cual el estado de abandono y la apremiante situación económica es lo que determinó que la misma cometiese el delito por el cual resultara condenada.

En un fallo dictado por la **Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario**, mediante Acuerdo n°123 en los autos «**SDA s. promoción y facilitamiento de la prostitución de menores agravado por el vínculo y en concurso real con el de lesiones leves calificadas**» de fecha 18 de abril de 2008, se resolvió la absolución de la imputada por comprender que existía en la misma un error de prohibición al no comprender que el hacer que su hija ejerciera la prostitución, era un delito. Si bien cada uno de los integrantes votó con diferentes fundamentos, la resolución a la que se arribó resultó

de igual tratamiento y merece destacarse el voto sustanciado del Dr. Ríos.

El mismo afirmó: *«Il. Si la acusada de facilitar la prostitución de su hija es, a su vez, hija de una mujer que ejerciera la prostitución y nieta de una abuela dedicada, en su momento, a igual tarea; si ha crecido y vivido con ese patrón cultural –prevaliente en las sucesivas generaciones y condicionante de su errónea escala de valores–; si pese a llamar reiteradamente a la policía, esta nunca –a lo largo de tanto tiempo– interfirió en el precario quehacer que desplegaba; y si en su indigente situación económica social la mujer tenía el convencimiento de no estar cometiendo delito al desarrollar su actividad, habrá de aceptarse que, al menos, mediaba cierta perplejidad en el conocimiento o conciencia de la antijuridicidad de su conducta. En la actualidad, a punto de cumplir 20 años de edad, posiblemente impresionada por la magnitud de la pena impuesta a su madre, la denunciante manifiesta ante este tribunal encontrarse «preocupada y angustiada» por la suerte de su ascendiente, explicando que «debido a las necesidades alimentarias, las dos tuvimos que ofrecernos sexualmente a cambio de dinero,*

y como ella lo hacía desde siempre no lo veía mal, sino como una forma normal de ganarse la vida porque desde chica no sabía hacer otra cosa». Ingenuamente remata con una apreciación esclarecedora: «En realidad lo que hacíamos no nos parecía mal». La instancia de conciliación y comprensión hacia la actitud de su progenitora apunta a consolidar la ignorancia del Derecho, precedentemente apuntada».

El presente fallo citado demuestra una clara diferenciación en relación a la prostitución, cuando la misma deviene de la esclavización o cuando proviene de una forma de subsistencia basada en parámetros culturales, dejando claramente sentado que nadie es perseguido en su esfera íntima por el ejercicio de la misma. No obstante, aparece tangible la enorme deuda que la sociedad y el Estado mantienen con gran parte de la ciudadanía.

En ese orden de ideas, recientemente, la provincia de Santa Fe ha derogado aquellos artículos del Código de Faltas que penaban la prostitución «escandalosa, que dejaba librado al arbitrio interpretativo de la Policía su definición. El artículo 83 refiere a «ofensa al pudor», el 87 a «prostitu-

ción escandalosa» y el 93 a «travestismo» mientras que el artículo 87 penaba con arresto a quien «ofreciere públicamente mantener relaciones sexuales por dinero o promesa remuneratoria o provocare escándalo con tal motivo».

De esa forma se culminó, por un lado, con tres artículos del Código de Faltas que violaban la Constitución de la Provincia, de la Argentina y los Pactos sobre Derechos Humanos suscriptos por nuestro país. Y por otro lado, combatir y acabar con los abusos policiales sobre las trabajadoras sexuales e impedir el desarrollo de las coimas y «las negociaciones» en su contralor. Ello no llegó por cierto por un camino tranquilo y veloz sino, por el contrario, el proyecto logró su aprobación en medio de debates de alto tenor y a escasos días de perder estado parlamentario.

Debe reconocerse, asimismo, que dicha aprobación responde a un fuerte trabajo desarrollado por la entidad Ammar (Asociación de Mujeres Meretrices de Argentina) que fuera creada por Sandra Cabrera, quien siempre denunció y luchó contra los abusos policiales en el ejercicio de la prostitución³.

Algunos aspectos judiciales sobre la constitucionalidad de la Ley 12.331

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, en el fallo «Rojas»⁴ declaró la inconstitucionalidad del artículo 17 de la ley 12.331⁵, que tiene como base la relación que se da entre quien ofrece servicios sexuales y el cliente.

La Sala efectúa algunas precisiones referidas y vinculadas con el art.19 de la Constitución Nacional, otras referidas al poder del Estado para delinear la moral de los ciudadanos y por último se enmarca en un análisis de la norma en cuanto compara el marco histórico y social de los años '30 y el que se presenta en la actualidad.

La decisión recayó en una causa en la que el tribunal confirmó los procesamientos de tres personas por facilitar la prostitución de menores de edad (conducta tipificada en el art. 125 bis del Código Penal) y comercio de estupefacientes (art. 5° «c» de la ley 23.737), en tres departamentos privados del centro de la Ciudad de Buenos Aires. Para la Cámara, la ley 12.331, sancionada en el año 1936, fue dictada con el fin de organizar la profilaxis de enfermedades venéreas y su tratamiento sanitario en todo el terri-

torio de la Nación. Sin embargo, parte de ella **«sobrevino inconstitucional por la transformación que las circunstancias de hecho y jurídicas de su aplicación han evidenciado».**

Indicó que el bien jurídico que subyace en la conducta tipificada en el artículo 17 es la Salud Pública. Y en ese marco *«funda la punibilidad de un comportamiento incapaz por sí mismo de conectarse con un resultado lesivo para todos, y saltar así la valla infranqueable del art. 19 de la C.N., que impide al derecho penal abarcar las acciones de los hombres que no afecten a terceros».*

«La estructura identificada en el art. 17 de la ley no se presenta por sí misma como lesiva de la salud de los individuos, ni se conecta con la acción verdaderamente lesiva de ese bien de un modo directo. Sólo la lesión a través del contagio voluntario puede constituir en sí misma la base de una prohibición penal...De manera tal que la figura analizada quita agencia a individuos responsables y tensa en forma irrazonable la libertad individual sin conexión alguna de su ejercicio con el peligro temido por el legislador penal», aseguró la Cámara.

«La conducta prevista por el art. 17 de la ley 12.331 al no revelarse como lesiva de ningún de derecho de terceros se erige como una de aquellas acciones que se desarrollan dentro de la esfera privada (art. 19 de la C.N.).»A ello agrega «El enfoque sostenido en esta resolución, centrado en la explotación como objetivo de la prohibición, acompañada con medidas no punitivas para reforzar aquella finalidad, no sólo, según lo expuesto, resulta compatible con la base de la libertad individual que, como cimiento de todas las garantías se encuentra protegida por la 'seguridad individual' del art. 19 C.N., sino que además comparte la preocupación internacional en la temática, centrada en la explotación, de la cual se ha hecho eco también el legislador nacional.»

En base a ese último parámetro y en el entendimiento de que ese análisis resulta desajustado la UFASE⁶, emitió un dictamen en el mes de febrero del año 2010. En el mismo se realiza un análisis histórico y referencial sobre la ley que nos ocupa. Entre otros aspectos relevantes, el informe señala que resulta preciso analizar los motivos que llevaron – oportunamente – a la incorporación de los artículos 15 y 17 de la mencionada ley. Cita así los motivos ex-

puestos por el Senador Serrey que, en el debate legislativo sostuvo que la inclusión buscaba la dignificación humana y que el único propósito que perseguía (ya en aquella época) **era erradicar los problemas más graves, que era justamente el desarrollo de la trata de blancas.**

La UFASE sostiene que la constitucionalidad de la norma no sólo se ha sostenido en el tiempo sino que se ha fortalecido, ello basado en la sanción de la ley 16.666 –del 24 de junio de 1965– en tanto que luego de la derogación del art.15 de la ley 12.331 el Congreso reintrodujo la norma a través de la ley 16.666, casi treinta años después. Y esa reincorporación fue posterior a la ratificación por parte de Argentina del «Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena». En relación a dicho convenio es que la ley 12.331 sin sus artículos 15 y 17 no cumpliría con su fin. Mediante el mencionado convenio se compromete **a castigar a toda persona que para satisfacer las pasiones de otra concertare la prostitución ajena, aun con el consentimiento de tal persona.**

Su valoración se consagra aún más hoy

por cuanto la existencia de la prostitución, a través de terceros, se relaciona en forma directa con la *trata* de personas, a la cual propicia y facilita.

Los fundamentos vertidos por el senador Serrey determinan que estamos ante un delito de peligro, es decir de una conducta que el legislador considera riesgosa de lesión de uno o más bienes jurídicos, protegidos por el ordenamiento y teniendo presente que los delitos de peligro abstracto llevan un grado de desvalor, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es de última ratio por considerar que para ello es necesario que la norma repugne al orden constitucional o resulte irrazonable, y en forma textual el informe aludido expresa: «*Los indicadores de desproporcionalidad que exhibe la sentencia para sostener la inconstitucionalidad, esto es: disminución y curación de las enfermedades de transmisión sexual y la existencia de medios alternativos al derecho penal para luchar contra éstas, son, en primer término, inexactos, y por otro lado, usurpan facultades que son propias del poder legislativo, porque implican un examen o evaluación sobre el acierto adoptado por el legislador para proteger dicho bien jurídico*».

Es decir que esa declaración de inconstitucionalidad de la norma resulta, en sí, irreconciliable con los parámetros adoptados por la República Argentina para luchar contra la *trata* de personas. Hoy en día se hace más necesario que nunca combatir cualquier ámbito propicio para el desarrollo del delito de *trata* de personas y son justamente los prostíbulos los lugares donde más posibilidades de tal ilícito accionar existe. Por ello, la vigencia y aplicación de la Ley 12.331 resulta indispensable en la lucha contra la *trata*.

Reflexiones finales sobre el tema

Por diversos motivos, muchas mujeres se ven obligadas a recurrir a la prostitución como medio de supervivencia o fuente de obtención de ingresos. Algunas lo hacen voluntariamente y, aun en estos casos a veces resultan a posteriori víctimas de explotación. Otras caen en las redes que reclutan, transportan y venden, mujeres y niños dentro y fuera de las fronteras nacionales son sometidos a explotación. Estas redes, generalmente, engañan a sus víctimas con promesas falsas de empleos legales en restaurantes, bares, clubes nocturnos y casas privadas, pero una vez que están aisladas de su entorno habitual son obligadas a ejercer

la prostitución en condiciones infrahumanas. Cuando se habla de *trata* de personas, lo más común es que pensemos en mujeres y prostitución, pero es sólo una parte. Las formas de esclavitud son muchas.

Las cifras que se manejan alrededor de este crimen van en aumento y hablan igualmente de hombres, mujeres y niños, miles de millones de dólares mueven al año las redes de *trata* de personas en el mundo entero; entre setecientos mil y un millón de personas son traficadas al año a través de los cinco continentes. La *trata* de personas ocupa el tercer lugar en negocios ilícitos transnacionales detrás del tráfico de armas y de estupefacientes.

La República Argentina se ha inscripto en forma fehaciente en la lucha contra este flagelo creciente, suscribiendo tratados y convenios internacionales en pos de dicho objetivo, que nos obliga a actuar. Recientemente han llegado los primeros fallos judiciales en respuesta de la punición del mismo.

Ello es sólo el comienzo del trabajo y la lucha a entablar para erradicar este delito. Es necesario un compromiso desde todos los estándares de la sociedad y, principalmente, de los organismos que componen el Estado

y los diferentes poderes del mismo, tanto el Legislativo, Ejecutivo y el Judicial.

Reflexionar respecto de las devastadoras e impactantes consecuencias que traen aparejadas para la salud física de las víctimas, su aspecto emocional y psicológico; sus familias; su situación jurídica en otras latitudes, su desmedro económico, en correspondencia de toda la comunidad: Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Ministerio Público, autoridades, medios de comunicación, ciudadanos y organizaciones no gubernamentales.

En este ámbito, dedicado a la reflexión sobre la discriminación y las cuestiones de género, encuentro propicio abogar por la toma de conciencia y difusión de los derechos humanos de todos y, en especial, de las mujeres.

Se debe visualizar el fenómeno en torno de la prevención y la sensibilización del flagelo que constituye la *trata* de personas y, especialmente, honrar a los constituyentes que, en el artículo 15 del ordenamiento constitucional nacional, dejaron expresamente sentado: «*En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las in-*

demnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen del que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República».

Es responsabilidad de todos la defensa de los Derechos Humanos, cumplir y hacer cumplir nuestra Constitución Nacional ■

¹ GIBERTI, EVA, «Breve historia de la Prostitución en Argentina», Página 12, suplemento Homenaje del Programa Las Víctimas de contra las violencias», 23 de septiembre de 2007.

² Provincia de Santa Fe Código de Faltas-Ley 10,703-Texto ordenado por el decreto 1283/2003-TITULO IV - Contra la moralidad y las buenas costumbres-CAPITULO I - Contra la decencia pública Art. 83 (Ex 78). - Ofensa al pudor. El que con actos gestos o palabras obscenas ofendiere la decencia o pudor público o decoro personal, siempre que el hecho no constituya delito, será reprimido con multa hasta tres jus. Art. 87 (Ex 81). - Prostitución escandalosa. El que ofreciere públicamente a mantener relaciones sexuales por dinero o promesa remuneratoria o provocare escándalo con tal motivo; o que en lugares públicos o locales de libre acceso hiciere manifiestamente proposiciones deshonestas u ofreciere relaciones sexuales con otras personas, será reprimido con arresto hasta treinta días. Si las proposiciones o incitaciones fueren dirigidas a un menor de dieciocho años, la pena podrá elevarse hasta sesenta días. Art. 93 (Ex 87). - Travestismo. El que se vistiere o se hiciere pasar por persona del sexo contrario y ocasionare molestias, será reprimido con arresto hasta veinte días.

³ CABRERA, SANDRA, era una mujer rosarina que ejercía la prostitución, fundadora de AMMAR y que murió asesinada en un confuso episodio en el mes de enero del

año 2004. Fue por otra parte quien impuso el término «meretriz» en los medios de comunicación.

⁴ CCCF, Sala 1, causa n° 42719, caratulada «Rojas, Isabel y otros s. Procesamiento», resolución del día 19 de agosto de 2009.

⁵ artículo 17 de la ley 12.331, de profilaxis de las enfermedades venéreas, que castiga con multa a quienes «sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente, casas de tolerancia».

⁶ Unidad Fiscal de Asistencia en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas, dependiente de la Procuración General de la Nación.

⁷ Ello conforme la doctrina de la C.S.J.N. en fallos 328:1416; 327:831; 316:779, entre muchos otros.

⁸ Cita en su apoyo el fallo de la CSJN in re «Audio-técnica S.A. s/ quiebra» (324:4404).

Bibliografía y referencias documentales básicas utilizadas

- Código de Faltas de la Provincia de Santa Fe.
- Conferencia Hemisférica sobre Migración Inter-

nacional dada por Susana Chiarotti en Santiago de Chile en noviembre de 2008, «Trata de Mujeres: conexiones y desconexiones entre género, migración y derechos humanos».

- Conferencia mundial contra el racismo: «La dimensión racial de la trata de personas, especialmente mujeres y niños».

- Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Protocolos Complementarios A (para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños) y B (contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire) y Ley Nacional n° 25.632 que la aprueba.

- Convenio de Colaboración entre la Corte Suprema de Justicia y el Ministerio de Educación de la Provincia de Santa Fe de fecha 28 de noviembre de 2007, «El Juez va a la Escuela».

- Convenio de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1949 para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena.

- Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

- Decreto Nacional n° 1281/2007, «Programa Na-

cional de Prevención y Erradicación de la Trata de Personas y de Asistencia a sus Víctimas».

- GIBERTI, EVA, «Breve historia de la Prostitución en Argentina», Página 12, suplemento Homenaje del Programa Las Víctimas de contra las violencias», 23 de septiembre de 2007.
- Informe de la Organización Internacional para las Migraciones, Proyecto FO.IN.TRA; «La Trata de Personas: una introducción a la problemática» e «Informe Situación Trata en Argentina».

• Informe del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, «Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas».

• Informe Nacional sobre Trata de Personas presentado por la República Argentina en la Segunda Reunión de Autoridades Nacionales en Materia de Trata de Personas que tuvo lugar en Buenos Aires los días 25 y 27 de marzo del 2009.

• Instrucción Gral. Procurador ante la CSJSF, del 18 de junio del 2009.

• Ley Nacional n° 26.364, sobre Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas.

• Ley Nacional n° 25.746, «Registro Nacional de Información de Personas Menores Extraviadas» y su Decreto Nacional Reglamentario n° 1005/03.

• Ley Nacional n° 25.763 que aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía.

• Ley Nacional n° 26.384 que aprueba el Acuerdo suscripto entre los Estados Partes del Mercosur, la República de Bolivia y de Chile contra el Tráfico Ilícito de Migrantes.

• Ley de la Ciudad de Buenos Aires n° 2781, «Ley de asistencia integral a las víctimas de trata de personas».

• Ley Provincial n° 12967, que adhiere al régimen de la Ley Nacional n° 26.061 de «Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes».

• Ley Provincial n° 12.545, creación del «Registro Provincial de Información de niños, niñas y adolescentes desaparecidos» y decreto reglamentario n° 781/07.

• Lineamientos Generales para la Asistencia a Víctimas de Trata de Personas de la Organización Internacional para las Migraciones.

• «Programa de Atención y Prevención de la Violencia de Género», confeccionado por el Área de la Mujer de la Secretaría de Promoción Social de la Municipalidad de Rosario.

• «Proyecto de Pautas de Actuación Policial sobre el Delito de trata de Personas», confeccionado por la División Unidad Especial de Apoyo y Coordinación sobre la Prevención y Lucha contra la Trata de Personas (DUETP) dependiente del Departamento Judicial (D-5) de la Policía Provincial.

• Decreto n° 1421/09 que pone en marcha el Programa Provincial denominado «Programa Integrando Redes», del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

• Proyecto FO.IN.TRA. De la Organización Internacional para las Migraciones, «Persecución Penal del Delito de Trata».

• Reglamento de Operación de la Oficina Judicial de Causas con Imputados no Individualizados de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe.



DRA. CLELIA CARINA GÓMEZ | Secretaria de Primera Instancia de Distrito en lo Civil Comercial y Laboral de la ciudad de Casilda. *Colaboración:* DR. DARÍO PINAT

El proceso de violencia familiar en nuestra provincia

Introducción

El objetivo de este trabajo, lejos de reiterar conceptos dados y estudiados por eminentes doctrinarios, será brindar una visión práctica sobre cuestiones procesales de la ley de violencia familiar, que diariamente tienen que utilizar, desmenuzar y aplicar todos aquellos operadores jurídicos a los que la ley otorga competencia y que se encuentran con serias y ciertas limitaciones impuestas, no tanto por el marco legislativo, sino por la realidad política y social circundante, sin que por ello se desanimen e intenten – como pueden y con lo que pueden – brindar al justiciable una solución a su conflicto, y cumplir con libertad de formas y con la finalidad de la ley, la que, mediante un proceso urgente en el que prima la celeridad procesal, intenta dar respuestas oportunas a las situaciones de conflicto que pretende abordar.

Marco legal que debe ser considerado para el abordaje de la problemática de violencia

Teniendo en cuenta que el Juez se encuentra inmerso en un sistema jurídico vigente dentro de un contexto histórico y político determinado, y atento al cambio de paradigmas que viene dándose –podría decirse – en la última década en la aplicación del derecho y el ejercicio de la función jurisdiccional en torno a reglas y principios, el Juez de Familia, a modo de Gestor Social contemporizador de realidades, además de aplicar la ley específica que exista en la materia, deberá tener presente a la hora, o mejor dicho «al minuto», de resolver un caso judicial que ingresa por Violencia Familiar, corresponde una aplicación sistemática e integral de todas y cada una de las normas contenedoras de derechos protectorios de los sujetos, en ese momento requirentes de justicia ante su caso concreto.

Ante este panorama, el Juez deberá tener en cuenta que la necesidad de un correcto tratamiento de la violencia familiar se encuentra instalado firmemente en los organismos de Derechos Humanos, no pudiendo soslayarse – después de la reforma constitucional de 1994- los tratados internacionales incorporados

por el art. 75 inc. 22, que han dotado a todo nuestro sistema jurídico de un espíritu garantista, solidario y participativo.

De este modo, el Juez de Familia deberá tener en cuenta:

1. La Constitución Nacional y Provincial que corresponda a su específico ámbito territorial.
2. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – Ley Nac. N°. 23.179.
3. La Convención sobre los Derechos del Niño – Ley Nac. N°. 23.849.
4. La Convención sobre los Derechos de la Mujer – Ley Nac. N°. 23.546.
5. La Ley Nacional N°. 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar.
6. Código Procesal del Menor de la Provincia de Santa Fe. Ley 11.542.
7. La ley Provincial 11.117 – Modificatoria del art. 190 del CPP.

8. La ley Provincial sobre Violencia Familiar N°. 11.529 y su Decreto Reglamentario N°. 1745/2001.

Esta última viene a darnos el marco legal a las situaciones que genéricamente define y conceptualiza como de «Violencia Familiar», «Violencia Doméstica», «Violencia Parental» y pretende ser inclusiva de diversas conductas desplegadas por el agresor – integrante del grupo familiar – tendientes a producir un daño no accidental en lo físico, psíquico, sexual o patrimonial en la persona de la víctima, también integrante del grupo familiar. (art. 1 Dec. Regl).

Si bien se trata de una ley que consta sólo de quince artículos, es una norma abierta que resulta abarcativa de todas aquellas situaciones de violencia familiar o doméstica entre miembros de la familia nuclear o ampliada, legitimando tanto activa como pasivamente a todas aquellas personas que sufriesen lesiones o malos tratos físicos o psíquicos por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar; grupo que, por su parte, incluye al surgido del matrimonio, uniones de hecho – concubinato – que convi-

van o no, comprendiendo ascendientes, descendientes y colaterales (abuelos, hijos, hermanos).

De esta manera se transforma en una norma amplia y abierta contenedora de todas y de cada una de las variantes posibles de violencia intra-familiar o doméstica entre mayores, menores, de mayores a menores o viceversa, transformándose así en una norma de suma utilidad que convoca a la lectura de este grave problema social, desde un plano no sólo jurídico, sino también interdisciplinario, a fin de que a través de las diversas instituciones a las que convoca y legitima se proceda a la implementación de acciones coordinadas y articuladas desde un abordaje interinstitucional. Instituciones que la misma ley crea o compromete al legislador a crear, no con el ánimo de generar nuevos estamentos burocráticos, sino, con el firme propósito de contar con organismos de apoyo que resuelvan problemas concretos con la celeridad y eficiencia que los mismos y la sociedad toda requieren.

Sabemos todos los que en el día a día enfrentamos la realidad social, que política-

mente queda mucho por hacer, y que, en reiteradas ocasiones, cuestiones presupuestarias o estructurales tornan muy difícil la tarea de implementar justicia en este ámbito. Sin embargo, mucho se ha avanzado en los últimos tiempos, ya que si bien las leyes son perfectibles, se encuentran dictadas y actualmente en vigencia, otorgando una tranquilidad social a quienes padecen situaciones de violencia, ya que de esta manera se encuentran con una legislación concreta en la materia que los afecta e instituciones impuestas por este marco legal a las que recurrir. Luego, mucho depende de los operadores de justicia y del compromiso social que cada uno de éstos asuma el destino exitoso de estos conflictos.

Algunas cuestiones prácticas procedimentales relativas a la ley de violencia santafesina

La ley santafesina, así como la ley nacional en la materia, y las restantes normas análogas provinciales, no instituyen en su articulado «la existencia de un proceso en el sentido clásico del término, ya que el mecanismo que ellas prescriben

constituiría prima facie un trámite especial con la finalidad de que la víctima pueda requerir y obtener el auxilio inmediato de la jurisdicción».

En este sentido podemos enmarcarlo dentro de los procesos cautelares y/o urgentes, configurándose lo que se me ocurre llamar CAUTELAR DE CAUTELARES o CAUTELAR POR EXCELENCIA, atento a que incluso los mínimos requisitos formales establecidos legalmente para aquéllas, han sido minimizados de tal manera que la víctima tenga libre y total acceso a la justicia sin tropezar con ningún escollo formal que entorpezca su presentación, teniendo la celeridad procesal, por sobre otros derechos, con la única y sincera finalidad de que resulte una respuesta oportuna a la problemática que tiende a abordar.

Este marco de total informalidad no deja de sorprender o descolocar en ocasiones a los operadores jurídicos, quienes se encuentran con que de pronto deben abandonar la frialdad y «seguridad» de los códigos de procedimiento para enfrentarse con una realidad social de

riesgo a resolver, sin un marco jurídico-procesal predeterminado, sino a su leal saber y entender tomando conocimiento de otras disciplinas como las de los auxiliares sociales, psicólogos, grupos de trabajo como alcohólicos anónimos o de lucha contra la droga, para lo cual el magistrado debe hacer un esfuerzo, en aras de adecuar su razonamiento eminentemente lógico-formal a un razonamiento real y social.

Así, en este marco de informalidad, la víctima sin representación puede solicitar al Juez y éste ordenar - incluso sin oír al agresor, y en su caso oyéndolo también sin necesidad de un patrocinio letrado obligatorio- cualquiera de las cautelares previstas por el art. 5 de la ley 11.529 (que no serán motivo de tratamiento en el presente trabajo y que sólo quiero mencionar las que se convierten en los medios idóneos para dar salida urgente al conflicto intrafamiliar que pretenden resolver). Sólo a modo enunciativo transcribo la nómina legal: El Juez al tomar conocimiento de los hechos denunciados, el juez interviniente, podrá adoptar de inmediato ordenar la exclusión del hogar del agresor, prohibir el

acceso del mismo a determinados lugares, disponer el reintegro al hogar, determinar provisoriamente cuota de alimentos, tenencia y derecho de comunicación, recabar informes, debiendo siempre remitir en forma inmediata las actuaciones al Juez competente. Asimismo, la norma reza expresamente en el mismo artículo que: «...El Juez tendrá amplias facultades para disponer de las precedentes medidas enunciativas en la forma que estime más conveniente con el fin de proteger a la víctima, hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de hechos de agresión y malos tratos».

En conclusión, el juez interviniente, que puede - en caso de urgencia y según el lugar donde haya ocurrido el hecho- no ser el legalmente competente, tiene en un marco de informalidad total amplísimas potestades cautelares, que deben ser impuestas, por supuesto con moderación y mesura, de acuerdo a las características de cada caso en concreto, al igual que las personas (quienes día a día intervenimos en ellas sabemos que son únicas e irrepetibles).

La denuncia. Sus formas. Patrocinio letrado

La denuncia sobre hechos de violencia doméstica podrá realizarse en forma verbal o escrita ante cualquier juez o ante el Ministerio Público (Fiscalías, Defensorías Generales o Zonales), teniendo como finalidad esta modalidad facilitar el camino a la persona que está siendo víctima de una situación de maltrato.

Sobre este punto cabe hacer una salvedad que no ha generado pocos inconvenientes o cuestiones interpretativas, emitida por el otrora procurador de la Corte que detrajo la competencia para atender a las víctimas de las Defensorías Generales, delegando esta función en las fiscalías. Esta decisión se fundamentó en el hecho de que la defensoría tendría a su cargo seguramente la defensa del agresor en sede penal, o civil en su caso, y que la víctima debería ser representada por el Ministerio Público Fiscal. Tal distribución provocó algunos conflictos funcionales entre los miembros de las Defensorías y del Ministerio Fiscal, cuya función no es la de defender los intere-

ses de las víctimas en forma directa sino que resulta representante del Estado en general, lo que, si bien es coincidente plenamente en su último objetivo, no puede de ninguna manera superponer ambas funciones.

Lo cierto es que en la práctica diaria de la Provincia de Santa Fe, las personas víctimas de situaciones de violencia familiar, generalmente concurren en primera instancia a la comisaría que le corresponde por su domicilio y, frente al peligro inminente de la violencia, dicha dependencia recepciona la denuncia, elevándola al Juzgado que resulte competente dentro de las siguientes veinticuatro horas. Por este motivo no resulta ocioso destacar la importante necesidad de una consciente capacitación policial tendiente sobre todo a brindar acompañamiento a las víctimas.

Por su parte, e íntimamente relacionado con aquella nota de la Procuración que otorgó competencia a los fiscales, se encuentra el requisito del patrocinio letrado o representación no sólo de la víctima sino también del agresor en las cuestiones de violencia. El Ministerio

Fiscal, en cumplimiento de los intereses del Estado, eleva las actuaciones al Juez Competente pero NO REPRESENTA A LA VÍCTIMA, quien, entonces concurre sola ante el Juez, sin asistencia letrada ni abogado o letrado que la represente ante la Justicia. Esta circunstancia, como lo dije más arriba, muchas veces descoloca la función del magistrado, por cuanto resulta una excepción a los principios procesales habituales en materia de postulación jurisdiccional. En esta línea, Peyrano enseña que el artículo 2º de la ley santafecina 11.529 reconoce un «jus postulandi»- aptitud técnica para formular postulaciones en sede judicial - del agredido, para presentarse directamente ante los estrados judiciales, sin que sea menester asistencia jurídica técnica alguna.

Esta flexibilidad formal puede ser criticada en el sentido de que, si bien da a la víctima libertad y amplitud de postulación procesal, puede dejarla muchas veces - sobre todo aquellas personas que carecen de la posibilidad de afrontar un abogado privado - desamparada ante su agresor, que siempre tendrá como míni-

mo la posibilidad de ser asistido por el Defensor General de turno.

Sin embargo, esta posibilidad resulta legalmente viable y no acarrea ninguna nulidad al procedimiento el hecho de que el Juez -que en el sistema clásico debería posicionarse en el lugar de ese tercero imparcial, imparcial e independiente- tome partido respecto de las defensas de quienes padecen situaciones de violencia. Esta circunstancia convierte al Juez competente en mucho más que un jurista limitado a aplicar la ley, sino también en un gestor social que deberá mediar en aras de la solución de un conflicto pasado y prevenir la repetición de ese conflicto en el futuro siempre, por supuesto, con la celeridad que amerite el caso.

Viene a cuento en la especie transcribir la opinión de la Dra. Graciela Medina que ha dicho: «Nosotros consideramos, al igual que gran parte de la doctrina, que para la primer presentación no es necesario el patrocinio letrado, requiriéndose sí luego para las restantes peticiones con la única finalidad de resguardar el dere-

cho de defensa y las normas del debido proceso ya que, caso contrario, será la propia denunciante quien se verá perjudicada al carecer de la mencionada asistencia jurídica, la cual asimismo cumple una función de contención de la víctima que no debe ser menospreciada...»

La víctima podrá solicitar a la autoridad judicial que la autorice en las audiencias a estar acompañada por los profesionales que menciona el art. 3, es decir, aquellos que en su carácter de representantes de los servicios asistenciales, sociales o educativos, de carácter público o privado, o los profesionales de la salud o cualquier otro funcionario que en razón de sus funciones acceda a una situación de violencia. Por supuesto que esta asistencia no se condice con las características del patrocinio letrado o la representación judicial, sino más bien con una asistencia contenedora de la víctima que muchas veces y aun cuando lo hace, accede temeroso o vergonzoso de su situación.

Por su parte parece que el nuevo Código Procesal penal ha venido a dar una so-

lución a esta falta de representación del damnificado, con la creación de la Oficina de Asistencia a la Víctima, la que si bien aún no se ha puesto en funcionamiento, parecería la Oficina que vendría a dar solución a la carencia de patrocinio letrado en las víctimas de violencia familiar, por cuanto el artículo 108 IV dispone que para el ejercicio de los derechos que se le acuerdan a quien invoque su condición de víctima, no será obligatorio el patrocinio letrado, y en caso de no contar con medios suficientes para contratar un abogado a fin de constituirse en querellante, el Centro de Asistencia a la Víctima u organismo pertinente, se lo proveerá gratuitamente.

Juez competente Juez Interviniente

El art. 2 de la ley 11529 prescribe que las presentaciones autorizadas por la misma pueden realizarse ante cualquier Juez, quien podrá adoptar algunas de las medidas previstas en el art. 5 de la misma, debiendo remitir siempre en forma inmediata las actuaciones al juez competente. Por su parte, a renglón seguido, instituye como competentes a los Jueces de los

Tribunales Colegiados de Familia y en las sedes donde los mismos no estuvieran constituidos, al Juez con competencia en cuestiones de familia.

La misma ley hace entonces una distinción, que luego clarifica en el decreto reglamentario entre el Juez Competente y el Juez Interviniente, a quién habilita para tomar las medidas urgentes y preventivas dispuestas por la ley, y les impone el deber de asegurar el cese de la situación de violencia, previa remisión de los autos, al Juez Competente. En este sentido será Juez Interviniente el Primero que intervenga ante el hecho de violencia, ampliándose incluso a aquellos que no tengan competencia en materia de familia en los lugares en los que no existan éstos. Esta habilitación a la intervención de jueces incompetentes tiene una importante connotación en las localidades del interior de la provincia, en las que serán entonces los Jueces Comunes, generalmente los «Jueces Intervinientes», circunstancia que resulta muy positiva si tenemos en cuenta que son quienes se encuentran muy cercanos al conflicto, muchas veces conocen

a las partes, su entorno y sus posibilidades de acuerdo o no, pudiendo ejercer de esta manera jurisdicción con una real inmediatez procesal de beneficios indiscutibles.

Además el Juez Competente tendrá intervención necesaria en las situaciones de exclusión del hogar en las formas previstas en el art. 306bis del Código Procesal Penal.

Resulta un punto importante a tener en cuenta que muchas veces se genera una doble acción estatal jurisdiccional, ya que las denuncias por violencia familiar ingresan en los Juzgados legalmente competentes en virtud de la ley 11.529 y en los juzgados correccionales o de instrucción en el caso que hubiera habido amenazas, lesiones, delitos sexuales de cualquier índole o daños materiales en los hogares donde se produjo el hecho generador de la violencia.

Por un lado, esta doble «represión» jurisdiccional resulta positiva en cuanto la justicia penal pone límites más firmes a los agresores y tiene los medios para eso.

Sin perjuicio de ello, no desconozco las opiniones en contrario de aquellos que sostienen que la represión penal sólo robustece la violencia. Sin perjuicio de que ambas posturas tienen sus fundamentos, lo más práctico sería que se concentrara en un solo juzgador el conflicto, ya que no se trata, como en el derecho de daños, de pretensiones disímiles y perfectamente separables, sino de un único conflicto y un único propósito, perseguido por todos los actores protagonistas del mismo. Es decir, tanto el agredido como el Juez de Familia y el Juez Penal competentes persiguen en estos casos el fin último y loable de hacer cesar la agresión.

Por su parte, las causas ingresadas en la Justicia Penal – salvo que sean de suma gravedad- sólo logran sobrecargar y engrosar las estadísticas sin que mayormente arriben a una resolución concreta y deseada, atenta que en las mayoría de ellas termina resultando un archivo, o sobreseimiento por falta de pruebas concretas, sin testigos, palabra contra palabra, etc. A esto hay que sumarle el desgaste psíquico que provoca en la víctima – gente común – el tránsito por los pasillos del Tribunal,

relatando una y otra vez ante los órganos jurisdiccionales cuestiones íntimas que le generan escozor y vergüenza.

Entiendo que el legislador debería encontrar la manera de unificar y concentrar este tipo de conflictos, con lo que se lograría seguramente resultados más concretos y específicos.

Por su parte y sin perjuicio de la actuación de los jueces intervinientes y de los demás auxiliares de la justicia, el juez competente podrá, de considerarlo necesario, solicitar la conformación de un equipo interdisciplinario para el diagnóstico y tratamiento de la violencia familiar. Este equipo se integrará con los recursos humanos de la Administración Pública Provincial y de las organizaciones no gubernamentales dedicadas al tema objeto de esta ley que reúnan las aptitudes profesionales pertinentes. Estos equipos deberán funcionar en todo el territorio de la provincia, y actuarán en carácter de auxiliares de la justicia en los casos urgentes que requieran su intervención. La ley menciona que serán los organismos creados o a crearse, entre los que enun-

cia la Dirección Provincial del Menor, La Mujer y La Familia y la Dirección del Menor en Conflicto con la Ley Penal.

Conclusión: La imperiosa necesidad del trabajo en red

Está claro que el ánimo del legislador fue crear y generar, a través de la ley en estudio, la conciencia tanto en los magistrados como en los organismos llamados a ser auxiliares de la justicia y en aquellos sujetos obligados a denunciar situaciones de violencia, la conciencia del TRABAJO EN RED, única forma posible de atacar este problema estructural que afecta a nuestra sociedad cada vez en mayor medida.

En lo cotidiano, la realidad de los pasillos de tribunales nos indica que este trabajo en red resulta de difícil coordinación y muchas veces, a pesar de la mejor voluntad que todos y cada uno de los operadores pone de su parte, se pierde en cuestiones burocráticas que atentan contra el fiel cumplimiento de la ley, en detrimento de este loable objetivo. Así, la falta de recursos materiales y humanos generan un sistema imperfecto que

muchas veces no brinda a la sociedad la respuesta esperada.

La ley se halla presente y es indudable que está en consonancia con los principios impuestos por los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional, la voluntad de los magistrados y de todos los operadores del Poder Judicial, así como la de todas las instituciones de primer y segundo nivel (escuelas, hospitales, centros de atención a las víctimas, Dirección Provincial de Minoridad Adolescencia y Familia, Dirección Provincial del Menor en conflicto con la ley penal).

El objetivo primordial en el futuro, entonces, es la búsqueda de una perfecta coordinación entre todos y cada uno de los órganos institucionales que abordan esta problemática para evitar así duplicidad de jurisdicciones, duplicidad de trámites, pérdidas de tiempo de los justiciables y generar de esta manera verdaderas soluciones urgentes que la sociedad requiere. Es decir, optimización de recursos en aras de un objetivo común: la erradicación de la violencia familiar no sólo en nuestra provincia sino también en toda la sociedad ■

Sobre la Justicia de pequeñas causas

DR. EDUARDO PAGNACCO | Juez de la Cámara de Apelación de Circuito, Rosario

DR. ADRIANA MUNINI | Secretaria de la Cámara de Apelación de Circuito, Rosario

Consideraciones preliminares

La entrada en vigencia de la ley 13.178 que establece la creación de los Juzgados Comunitarios de las Pequeñas Causas ha provocado una importante actividad por parte de sus operadores en torno a la organización de su funcionamiento y a hacer posible su aplicación.

Y es que la ley crea, en el esquema de competencia territorial de la ley 10.160, la figura del Juez Comunitario de las Pequeñas Causas para que actúe en cada comuna, previendo que el nombramiento recaerá sobre abogado o procurador, con la pretensión de que dichos funcionarios dirijan un juicio rápido, sencillo y gratuito.

La problemática que se genera merece un análisis desde varios puntos de vista, entre los que resultan de sumo interés la organización institucional, por un lado, y la aplicación de la ley en cuanto al procedimiento que se establece en las causas concretas, por el otro.

El impacto institucional ha merecido la atención de la Corte Suprema de Justicia

y de las Cámaras de Apelación, se ha tratado en diversas reuniones, y ha quedado plasmada en varios pronunciamientos.

Algunas cuestiones al respecto y otras, relativas a la interpretación del procedimiento que establece la ley, fueron tratadas en la reunión que se llevó a cabo el 8 de setiembre de 2011 en la sede del Colegio de Magistrados y Funcionarios con la presencia de Jueces de Circuito, Jueces Comunitarios y Secretarios del Distrito Judicial N° 2 y algunos de localidades pertenecientes a otros distritos y la Cámara de Apelación de Circuito de Rosario.

I. Problemática Institucional

Como se adelantara, la ley establece que el cargo recaerá sobre abogado o procurador. No obstante ello, existían en la Provincia a la fecha de entrada en vigencia de la ley una buena proporción de Jueces Comunales Legos, que por única vez pasaron a denominarse Jueces Comunitarios de las Pequeñas Causas, a los que no se les atribuye funciones jurisdiccionales, actúan sólo en los asuntos que la norma deter-

mina, y en los otros previstos legalmente para la competencia comunitaria asumen las funciones de los secretarios.

Hay actualmente en la Provincia doscientos cincuenta y seis cargos de Jueces Comunitarios de Pequeñas Causas, de los cuales ciento trece se encuentran vacantes y ciento cuarenta y tres están cubiertos. De estos últimos, cuarenta y seis son letrados y noventa y siete legos. De los ciento trece Juzgados Comunitarios de las Pequeñas Causas que se encuentran vacantes, sólo se ha llamado a concurso para cubrir veinte cargos, concurso que aún se encuentra en trámite.

Bajo la jurisdicción de la Cámara de Apelación de Circuito de Rosario, hay sesenta y tres Juzgados Comunitarios de las Pequeñas Causas, con veintiséis vacantes. De ellos tres tienen el concurso en trámite, pero hay otros cinco cuya cobertura resulta urgente, teniendo en cuenta la población y el índice de litigiosidad que se encuentran verificados.

No es un dato menor recordar la demora existente entre el momento en que el

Poder Ejecutivo llama a concurso para cubrir las vacantes de jueces, hasta que termina el concurso, se cumplimenta el trámite del acuerdo legislativo, y se dicta el decreto de nombramiento. Efectuando una progresión -considerando la cantidad de vacantes existente-, el funcionamiento a pleno de una justicia especial para las causas de menor cuantía, es una expectativa lejana.

El panorama desalentador alcanza tanto a los Juzgados Comunitarios de Pequeñas Causas de ciudades y comunas como a Juzgados de Circuito de los distintos Distritos Judiciales y de Rosario, por diversos motivos.

Los Jueces Comunitarios letrados del interior tienen que atender todos los juicios que tramitan en los pueblos o ciudades donde poseen su sede, y también los que les toca suplir. A modo de ejemplo, y sin alejarnos geográficamente, utilizando un ejemplo que la misma Corte Suprema de Justicia refiriera, puede mencionarse el Circuito Judicial N° 2: los Juzgados Comunitarios de las Pequeñas Causas se encuentran ubicados en Funes, Granade-

ro Baigorria, Soldini (vacantes), Roldán, Zavalla (no tienen juez letrado) y Pérez, el único que tiene juez letrado.

Como se verá más adelante, el procedimiento, al igual que todo juicio oral, privilegia la inmediatez, que reclama la presencia del juez, lo que en muchos casos -como el que se refiriera de ejemplo- es materialmente imposible. De cualquier modo, en el afán de cubrir, aunque sea parcialmente, los requerimientos de la función, los desplazamientos deben ser continuos y no favorecen ni a jueces ni a justiciables.

Recuérdese que es tarea de los mismos jueces, además, diligenciar personalmente oficios, exhortos y notificaciones que les remiten desde otros juzgados, certificaciones, que son Jefes del Registro Civil, función que en recientes fechas y en algunos casos se está desdoblado, designándose a los funcionarios correspondientes.

Con la nueva ley asimismo deberán diligenciar las medidas y notificaciones de sus propios procesos y todas las funciones propias de los secretarios (dar car-

gos, instrumentar audiencias, llevar los propios libros del juzgado) ya que muchos no tienen secretario, ni oficial de justicia, ni empleados.

Otro dato muy importante es que, con la nueva competencia, estos jueces comunitarios deberán intervenir en las ejecuciones por deudas municipales o comunales, que en algunos asentamientos alcanzan cifras considerables.

Todo esto, sin computadoras y menos sistema de libro de cargos o provisión de material vía internet, muchas veces sin sede física propia perteneciente al Poder Judicial, otras, sin secretario y hasta sin empleados, según los casos.

Por su parte, los Jueces de Primera Instancia de Circuito asumen la competencia de los Jueces Comunitarios en sus sedes hasta tanto dichos Juzgados sean creados, recibiendo para tramitar tanto pequeñas causas como las que corresponden al juicio sumario y a las apelaciones de los Juzgados Comunitarios de las Pequeñas Causas que se encuentran en su jurisdicción, incluidas las laborales (lo

que aparece evidentemente reñido con el principio de especialización). Recuérdese que los Juzgados de Primera Instancia de Circuito que no se encuentran en Santa Fe, Rosario y Rafaela son también Juzgados de Faltas.

La Corte Suprema de Justicia, antes de la entrada en vigencia de la ley, ya advertía sobre estos inconvenientes (Acuerdo Ordinario 26.07.11 Acta N° 38). Dicho Cuerpo dispuso diversas medidas en relación a la implementación práctica de la ley, tales como reglamentar la instancia de mediación, las modificaciones necesarias en los sistemas informáticos, las suplencias de los Jueces Comunitarios, el valor de la unidad jus (Acuerdos Ordinarios 26.07.11, Acta N° 38 y 16.08.11, Acta N° 45).

La Cámara de Apelación de Circuito de Rosario tomó una serie de medidas tendientes a solucionar problemas prácticos, referidos fundamentalmente al rol de los jueces no letrados, secretarios y empleados, dictándose los Acuedos Ns. 18 y 19 del 25 de agosto y 30 del 1 de noviembre de 2011. Se evacuaron consultas, se remitieron instructivos, se canalizaron las inquietudes correspondientes ante la Corte Suprema de Justicia y se reflexionó en conjunto en la reunión que

se llevó a cabo en el Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial.

Recientemente, en Acuerdo Ordinario del 17 de abril de 2012, Acta 18, la Corte, evaluando esta problemática, se pronunció resaltando el estado de crisis en materia de personal, de infraestructura edilicia y de equipamiento técnico que atraviesa la Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas.

Tal situación, como es obvio, redundando en perjuicio del servicio de justicia de las «pequeñas causas», que en la actual coyuntura se verá sometida a demoras insoslayables.

Precisamente por ello hubiera sido conveniente implementar la reforma en modo gradual, es decir, entrando en vigencia a medida que se cubriesen las vacantes con titulares habilitados para el ejercicio jurisdiccional, que regula la ley 13.178.

II. Encuentro sobre la Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas propiciado por el Colegio de Magistrados y Funcionarios de Poder Judicial de la Provincia. Zona Sur

A continuación, trataremos de reseñar

las conclusiones a las que se arribó en dicha reunión y efectuaremos algunas consideraciones personales sobre algunos de los aspectos tratados.

1. Competencia Territorial:

Es evidente que el propósito del legislador al crear la Justicia Comunitaria de Pequeñas Causas no ha sido solamente el de descongestionar a los Juzgados de Primera Instancia de Circuito, sino también, y principalmente, descentralizar la prestación del servicio de justicia a fin de que, en aquellos asuntos de menor cuantía, el justiciable pueda recibirlo más rápidamente y sin necesidad de trasladarse -como hasta ese momento- al asiento de los Juzgados de Primera Instancia de Circuito, generalmente bastante alejados.

Es decir, se ha potenciado la actividad jurisdiccional de la unidad geopolítica denominada «Comuna» por la Ley 10.160 (comprensiva de comunas y municipios), en cada una de las cuales actuará por lo menos un «Juez Comunitario de las Pequeñas Causas» al cual, sin lugar a dudas, se le ha reconocido el carácter de magistrado judicial, aunque con vertiente legal y no constitucional (art. 9) con todos los derechos, deberes, inhabilidades

e incompatibilidades que corresponden a los mismos.

Tales magistrados ejercen su competencia territorial exclusivamente dentro del éjido de la respectiva comuna o municipio, y tal competencia es improrrogable cuando concurren todas las pautas de demanda establecidas en el art. 4 del C.P.C. dentro de ellos (art. 2 inc 2º. a. II), porque, a continuación, la norma acota «salvo lo dispuesto por el art. 4 del Código Procesal Civil y Comercial», es decir, cuando alguna de dichas pautas se encuentren fuera del éjido comunal la facultad de elección del actor permanece incólume. En síntesis, cuando todas las pautas de demanda que prevé el art. 4 del C.P.C. concurren dentro del ámbito comunal, la competencia territorial es improrrogable, tanto expresa como tácitamente.

En tales casos, entendemos que la prórroga de competencia cuantitativa que permite el art. 2 inc.1º b de la ley 10.160 («...cuando la demanda se promueva ante juez con mayor competencia por cuantía de la que corresponde al que es competente según esta ley») sólo rige en aquellos casos en que el Juzgado Comunitario y el de mayor cuantía se encuentren

dentro de la misma comuna o municipio, porque de lo contrario se estaría desvirtuando el propósito legal de establecer un foro local para el juzgamiento de las pequeñas causas.

En aquellas comunas o municipios en las que aún no haya sido creado el Juzgado respectivo, y hasta tanto se cree, conservan la actual competencia territorial los Juzgados de Primera Instancia de Circuito correspondientes. En tal caso, éstos deberán actuar por el procedimiento establecido para aquellos, sin perjuicio de la facultad de la parte actora -sólo en estos supuestos- de optar por la vía procesal más amplia (art. 388 C.P.C.).

Obsérvese que cuando se creen los Juzgados Comunitarios de Pequeñas Causas previstos por el art. 3 incs. 6.1 y 6.2 para las ciudades de Santa Fe (seis jueces) y Rosario (ocho jueces), la competencia territorial de cada uno de ellos deberá ser delimitada por la Corte Suprema de Justicia.

2. Competencia Cuantitativa:

El art. 124 fija la competencia cuantitativa de los Juzgados Comunitarios en diez (10) Unidades Jus respecto de las causas enunciadas en los incisos 5º al 11º del

art. 123, habiéndose fijado -por Acordada de la Corte Suprema N° 38 pto. 5 del 26.07.11 (art. 8 de la ley 10160)- el valor de dicha unidad en la suma de \$ 400, resultando actualmente una competencia cuantitativa de \$ 4.000.

Obviamente que para su determinación deberán aplicarse las normas establecidas por el art. 3 del C.P.C., es decir: 1º) Por el capital más intereses o frutos devengados hasta la fecha de la demanda, y en caso de acumulación de pretensiones o ampliaciones, la suma de las demandas, calculadas en la misma forma. 2º) Por el importe de la obligación total, si se demandare una cuota, una parte o sólo los intereses. 3º) Por el total del activo a dividirse, en las causas de división.

Cabe acotar que el inc. 3º del art. 3 del C.P.C. había quedado abrogado por el art. 111 de la ley 10.160, que atribuyó a los Juzgados de Primera Instancia de Circuito «*todo litigio que verse sobre desalojo*», *sin consideración cuantitativa alguna*.

Ahora bien, los Jueces Comunitarios de Pequeñas Causas, según el art. 123 *in fine*, carecen de competencia para en-

tender en materia de desalojos, tanto urbanos como rurales, pero agrega: «*salvo lo dispuesto en el inciso 12*», tales como el desalojo de contratos accidentales debidamente homologados [art. 39 de la ley 13246], el desalojo del tambero asociado [art. 9 inc. b de la ley 25.169], etcétera, pero cabe preguntarse ¿sin límite de monto?. Consideramos que no, la competencia cuantitativa constituye un límite infranqueable para la Justicia Comunitaria y para su determinación -además del monto del contrato respectivo- en algún caso, pueden resultar de utilidad las pautas establecidas por el citado art. 3º del C.P.C., que nunca fue expresamente derogado.

3. Competencia Material:

El nuevo art. 123 de la ley 10.160 (incs. 5º a 13º) ha ampliado la competencia que anteriormente se atribuía a los «jueces comunales», atribuyéndoles el conocimiento de asuntos de corte netamente jurisdiccional, de allí la exigencia de que para su desempeño se requiera poseer título de abogado o procurador.

En la reunión propiciada por el Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial -cuyas conclusiones estamos

reseñando- este tópico, considerado en sí mismo, no concitó mayores divergencias entre los asistentes, y decimos «en sí mismo» puesto que los planteos que se efectuaron por razones sistemáticas los abordaremos al analizar el procedimiento establecido para estas causas.

No obstante, dado que el inciso 12º del art. 123 atribuye a los Jueces Comunitarios de Pequeñas Causas la facultad de disponer medidas cautelares urgentes en materia de violencia familiar -si las circunstancias así lo ameritan- cabe preguntarse si éste deberá o no entender en el recurso de reposición que se interpusiere, respecto del auto que las despachare o denegare, puesto que -conforme al art. 344 C.P.C. este recurso debe interponerse ante el mismo juez que dictó la resolución, y resolverse por el mismo.

A nuestro criterio, tanto la interposición como la resolución del recurso de reposición deben efectuarse ante el Juez competente en la materia, ya que el Juez Comunitario sólo tiene competencia excepcional para «disponer» y -obviamente- ejecutar dichas medidas.

4. Competencia revisora o de grado:

La revisión en grado de apelación de las

sentencias dictadas por los Jueces Comunitarios de Pequeñas Causas está a cargo de los Jueces de Primera Instancia de Circuito [art. 579 C.P.C. y art. 111 inc. 5 ley 10.160], con la sola excepción de aquellas que dicten los Jueces Comunitarios que se creen en las ciudades de Santa Fe y Rosario, cuyas sentencias serán recurribles ante las Cámaras de Apelación de Circuito existentes en ellas [579 C.P.C. y art. 56 de la ley 10.160].

Es decir que en los Circuitos Judiciales 1 y 2, los Juzgados de Primera Instancia de Circuito seránalzada de los Juzgados Comunitarios de Pequeñas Causas con sede en las comunas que integran dichos circuitos, y las Cámaras de Apelación de Circuito lo serán de aquellos que se creen en sus respectivos asientos (Santa Fe y Rosario).

Al respecto, resulta insoslayable señalar que -conforme al juego de los arts. 111 inc. 5º y 56 de la ley 10.160-, los Juzgados de Circuito de las ciudades de Santa Fe (Nº1), Rosario (Nº 2) y Rafaela (Nº 5) a pesar de que carecen de competencia originaria en materia *laboral y de faltas*, deberán conocer dichas materias por vía revisora, puesto que **sonalzada de los Juzgados Comunitarios existentes en las comunas**

de su Circuito (vgr. los Juzgados de Circuito de Rosario deberán seralzada en dichas materias de los Juzgados Comunitarios de Funes, Granadero Baigorria, Pérez, Rol-dán, Soldini y Zavalla), lo cual constituye una innovación -o descuido- de la reforma que carece de asidero puesto que implica un quebranto al principio de especialización sin beneficio correlativo alguno, máxime siendo que los arts. 99 y 50 de la ley 10.160 no han sido derogados.

La misma situación se da respecto de las Cámaras de Apelación de Circuito existentes en Santa Fe y Rosario, que por ser alzada de los Juzgados Comunitarios de Pequeñas Causas a crearse en ellas (art. 56, 2º párrafo ley 10.160), deberán entender por vía revisora en **cuestiones laborales**, materia que está expresamente excluida por el primer párrafo de dicho artículo y atribuida a la Cámara de Apelación en lo Laboral (art.. 50 L.O.T.).

Será la jurisprudencia la que dé la última palabra en este tópico que parece ser más producto de la imprevisión que de un afán innovador.

5. Mediación liminar:

Al decir el nuevo artículo 575 del C.P.C.C.

«... el juez deberá promover una instancia de mediación...» «Si ello no fuera posible, se fijará una audiencia a los fines conciliatorios...» indica sin lugar a dudas que la ley prioriza el mecanismo de la mediación, dejando la posibilidad de designar una audiencia de conciliación en su reemplazo sólo para el caso de resultar imposible la misma.

Existen fundados motivos para esforzarse por no desnaturalizar la norma, buscando entre los medios existentes la materialización de la mediación con preferencia a la audiencia de conciliación, y dejando a ésta como último recurso.

En efecto, la mediación como método alternativo de solución de los conflictos cuenta con características propias que la diferencian marcadamente de la conciliación.

Se trata de un mecanismo en el que una persona que no es sujeto procesal dentro del juicio en cuestión -el mediador- trata de acercar a las partes para que éstas lleguen a un acuerdo. En este cometido, el mediador se ubica en el mismo plano que los mediados, utilizando herramientas propias, limitándose a acercarlas y facilitar su comunicación, sin proponer soluciones al conflicto con el objeto de que ésta surja de los mismos interesados.

En la conciliación, es el juez de la causa quien con mayor protagonismo y ubicado en un plano de superioridad sobre los justiciables, promueve la solución del conflicto con la facultad de proponer fórmulas conciliatorias y la imposición que su investidura genera.

Es de interpretar que el legislador ha considerado más adecuado el primer método en la búsqueda de la pacificación social, cuando la misma se ve afectada por conflictos como los que caen bajo la órbita de esta jurisdicción. Por ello, sería beneficioso que, los jueces que por imposibilidad material, no puedan recurrir a la mediación en las causas que les son asignadas y deban designar audiencias de conciliación, echaran mano a las técnicas de los mediadores, ya que existe material formativo, además de la capacitación a la que pueden recurrir voluntariamente.

En consonancia con estos principios, la Corte Suprema de Justicia reglamentó la instancia de mediación disponiendo que 1. La misma no podrá ser llevada a cabo por el mismo Juez interviniente en la causa, aunque el mismo estuviera habilitado como mediador; 2. Podrá ser llevada a cabo por un Centro de Mediación Comunitaria Público o Privado que se

Por los Fueros

Sobre la Justicia de pequeñas causas

encuentre ubicado en el mismo ámbito de competencia territorial del Juzgado; 3. Podrán intervenir los Jueces Comunitarios habilitados por la Corte como mediadores, convocados por el Juez de la causa, y la mediación se llevará a cabo en el mismo ámbito de competencia del Juzgado Comunitario interviniente; 4. La imposibilidad de materializar esta instancia será de exclusiva apreciación del Juez Comunitario respectivo, quien deberá exponer las razones de dicha imposibilidad en base a su sana crítica en oportunidad de fijar la audiencia de conciliación (C.S.J. Ac. N° 38 26.07.2011).

El máximo tribunal ha establecido, pues, que el Juez de la causa debe exponer las razones de la imposibilidad de promover la instancia de mediación, y, en base a su sana crítica, fundamentará con ello su decisión de designar audiencia de conciliación.

En consecuencia, sólo después de evaluar la imposibilidad de recurrir a algún medio para concretar la mediación, sería viable designar la audiencia de conciliación, si no se quiere desnaturalizar el espíritu de la ley y la reglamentación de la Corte al respecto.

La realidad actual es que la mayoría de las localidades comprometidas en este sistema no cuentan con Centros de Mediación Comunitaria. Es cierto que existen, asimismo, Jueces Comunitarios, funcionarios, secretarios y empleados que se encuentran capacitados como mediadores y autorizados por la Corte Suprema de Justicia, además de los abogados matriculados que son también mediadores, a todos los cuales se les podría pedir colaboración para este cometido. En ese sentido, debe cuidarse que -en el caso de designarse a estos mediadores-, la mediación se celebre en el mismo ámbito de competencia del Juzgado interviniente. No podría exigirse que para implementar este sistema hubiera que trasladar a los mediadores desde otras localidades con lo que ello implica de riesgo, pérdida de tiempo y gastos. Menos, que debieran trasladarse las partes, lo que contrariaría los principios que se pretende resguardar con el proceso implementado.

En la práctica actual, los Jueces Comunitarios y los Jueces de Primera Instancia de Circuito, ante quienes tramitan las pequeñas causas, han dado diferentes respuestas a esta problemática. En algunos casos, ante la existencia de mediadores en la zona, se respetan a rajatabla los principios expuestos, convocándose a mediación

en todas las causas. Hay otros en los que el Juez comunitario del lugar es mediador, pero no abogado, y se aprovecha esa circunstancia para que intervenga en la etapa respectiva, siguiendo las actuaciones con el Juez letrado a quien toca intervenir. En algunos Juzgados, evaluándose las circunstancias particulares, se designa directamente audiencia de conciliación.

Ha sido materia de preocupación de los jueces la instrumentación de esta etapa previa de mediación o conciliación, en relación a los graves apercibimientos que contiene la norma en caso de incomparecencia (para el actor, el desistimiento del proceso y para el demandado, el tener por ciertos los hechos expuestos en la demanda cuya copia se le deberá haber remitido con la notificación a la audiencia de mediación o conciliación).

En las dependencias en las que se ha logrado utilizar la mediación, se consensúa con los mediadores, previamente, fecha y hora de audiencia, para poder designarlas en un decreto, cuya notificación habilita los apercibimientos legales.

Tanto en estos casos como en los que se decreta audiencia de conciliación, se aseguran de hacer saber a los intervi-

nientes del trámite especial al que se someten, de los apercibimientos correspondientes y de que la cédula de notificación sea recibida fehacientemente.

6. Procedimiento ante los Jueces Comunitarios:

Es evidente que el legislador ha querido implementar un procedimiento ágil, informal, concentrado, con predominio de oralidad e informalidad, conforme se desprende de las pautas interpretativas fijadas por el art. 572 del C.P.C. ya que, partiendo de una demanda que puede ser oral o escrita, y fracasada la instancia de mediación (o conciliación) obligatoria, la ley propende a que la totalidad del proceso se sustancie en una sola audiencia en la que se conteste la demanda, se ofrezcan y produzcan las pruebas, se alegue sobre su mérito y se dicte sentencia.

Tal «*propensión a la oralidad, simplicidad, informalidad, inmediatez, economía procesal y celeridad*» se desvirtúan por la circunstancia de que las sentencias que condenan al pago de sumas de dinero no sean directamente ejecutorias, requiriéndose -por consiguiente- para su ejecución, el trámite del juicio de apremio (arts. 262

1er. párrafo y 507 del C.P.C.) que es un proceso escrito, formal y técnico, por lo que requerirá, en todos los casos, de asistencia letrada (aun en los casos eximidos de la misma, previstos por el art. 572 bis 2do párraf. in fine del C.P.C.) además de encarecer innecesariamente procesos de muy baja cuantía.

Consideramos que no fue esa la intención del Legislador y que se trata de una mera omisión, puesto que al referirse al recurso de apelación contra la sentencia, dispone que «Podrá concederse con efecto devolutivo cuando no exceda de cinco (5) JUS y la no ejecución de la sentencia pueda producir un daño irreparable» y no se advierte cómo podría ejecutarse la sentencia recurrida si la misma es de carácter declarativo.

En la inteligencia de que se trató de una omisión inadvertida, en reuniones oficiales mantenidas por la Cámara de Apelación de Circuito de Rosario con el Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia se le sugirió que -por vía de reforma legislativa- se efectúe un agregado al último párrafo del art. 577 del C.P.C. de manera que el mismo quede redactado de la siguiente manera: «*En la misma (la sentencia) deberá fijarse el plazo para su cumplimiento, bajo aper-*

cibimiento de astreintes, salvo en los casos en que se condene a pagar una suma de dinero, en los que la sentencia tendrá carácter ejecutivo».

En la práctica actual, y para salvar tal disfunción, algunos Jueces Comunitarios -haciéndose eco de criterios sustentados en la reunión propiciada por el Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial-, advierten a las partes, en el primer decreto de trámite, que se trata de un proceso de naturaleza ejecutiva («...*Por promovida demanda de ejecución contra...que se tramitará por el procedimiento de los arts. 571 y siguientes del C.P.C. (t.o. L.p 13.178...)*»). Obviamente, sería deseable que la cuestión se remediase por vía legislativa.

Otro tema, íntimamente ligado con el anterior, es el relacionado con la tramitación de los procesos «ejecutivos» atribuidos a los Juzgados comunitarios. Al respecto cabe recordar que el nuevo artículo 571 del C.P.C. dispone que «*Las causas comprendidas en el artículo 123 incisos 5), 6), 7), 8), 9), 10) y 11 de la Ley 10.160 -Orgánica del Poder Judicial- y sus modificatorias, se tramitarán por el procedimiento establecido en el presente Título*».

Por los Fueros

Sobre la Justicia de pequeñas causas

El inc. 7 del art. 123 de la ley 10.160, atribuye a los Jueces Comunitarios el conocimiento de «*causas civiles y comerciales de... ejecución*» y el inc. 11 -por su parte- lo inviste para «conocer y decidir acerca de las ejecuciones por deudas municipales», ¿quiere decir que -a la luz de lo dispuesto por el citado art. 571 C.P.C. estas «ejecuciones» deberán tramitarse por el procedimiento declarativo establecido en el nuevo Título VIII del Capítulo III del Libro Tercero del Código Procesal Civil y Comercial?

Obviamente no, porque si el legislador hubiese querido que esos procesos se tramitaran por el susodicho procedimiento, no hubiese hablado de «ejecuciones» sino de causas por cobro de créditos con garantía prendaria, provenientes de títulos de crédito, de créditos fiscales municipales o comunales, etcétera.

Los términos «ejecución» o «ejecuciones» hacen referencia a un tipo de proceso específico, regulado especialmente por el Código de Rito y por la ley 5066 de Cobro de Créditos Fiscales, lo que no quita que a su procedimiento se adosen la mediación o conciliación obligatorias y demás normas atinentes a las pequeñas causas que resulten de aplicación.

Adviértase que otra sería la interpretación si a la sentencia que dirime este proceso se le hubiese acordado carácter ejecutivo, porque en tal caso podría interpretarse que el Legislador quiso que esos procedimientos ejecutivos se sustanciaran por el trámite establecido en la ley 13.178, pero en la literalidad legal actual no cabe esa interpretación.

Otra innovación introducida respecto de las pequeñas causas es con relación a las medidas cautelares (especialmente el embargo y la inhibición) que, a diferencia de lo preceptuado por el art. 277 C.P.C. en el que se despachan «*con la sola condición de prestar fianza o caución real bastante para cubrir los daños y perjuicios si resultase que fue solicitado sin derecho*», el art. 574 bis dispone que sólo podrán decretarse «*en caso de urgencia acreditada y cuando peligren derechos por la demora*», es decir, deberá acreditarse prima facie el *periculum in mora*, quedando a criterio del Juzgador la exigencia de fianza que garantice los eventuales daños y perjuicios. Entendemos que por «urgencia acreditada» debe entenderse «urgencia fundada», de lo contrario se estaría exigiendo un recaudo de casi imposible cumplimiento.

Por último, cabe señalar que conforme al art. 578 del C.P.C. la interposición del recurso de aclaratoria respecto de la sentencia recaída en el procedimiento de las pequeñas causas, suspende el plazo para interponer el recurso de apelación.

Constituye un acierto de la ley haberse expedido sobre el tópico, puesto que tanto el art. 248 de nuestro Código Procesal como el art. 166 inc. 2° del Código Nacional guardan silencio sobre el particular y ante tal silencio la jurisprudencia imperante, con muy pocas excepciones, ha interpretado que el pedido de aclaratoria de sentencia no interrumpe el término para deducir otros recursos (sean éstos ordinarios o extraordinarios), ya que ellos corren paralelamente.

Cierto es que una fuerte corriente doctrinaria se ha alzado contra dicha interpretación, dado que se considera que la resolución que resuelve la aclaratoria forma parte de la sentencia, conformando un todo indivisible, por lo que no puede sino concluirse que el término para deducir la apelación, por ejemplo, no corre sino desde la notificación de la sentencia integrada (vgr.: Podetti en J.A. 1964-V-480; Ibañez Frocham «Tratado de los Recursos» pag. 162; Morello J.A.

1959-III-619; Palacio «Tratado de Derecho Procesal Civil», tomo V, pags. 76/77). Evidentemente, la posición sustentada por estos autores es más justa y brinda mayor seguridad jurídica a los litigantes, y ha sido adoptada por los Códigos de Procedimiento de Jujuy, Mendoza y La Rioja.

De cualquier modo, debe advertirse que según el art. 578 del C.P.C. la interposición del recurso de aclaratoria, en primer lugar, no «interrumpe» el término para interponer el recurso de apelación sino que lo **«suspende»**, razón por la cual si, verbigracia, la aclaratoria se solicita al tercer día hábil, el recurso de apelación deberá interponerse dentro de los dos días restantes del plazo respectivo, contados desde la notificación de la resolución, recaída sobre tal petición aclaratoria. También debe advertirse que tal suspensión es sólo a favor de la parte que interpuso aclaratoria.

Algunas conclusiones

La descentralización del servicio de justicia y la adopción de un trámite rápido, sencillo y económico es un anhelo al que no se han opuesto sus servidores, quie-

nes han brindado su colaboración y buena voluntad para ponerlo en práctica.

En la actualidad, existe cierta resistencia de parte de los abogados para optar por su aplicación, pero en la medida en que con soluciones concretas se vayan sorteando las dificultades y la jurisprudencia vaya limando los defectos de la ley, también sus beneficiarios se verán estimulados a utilizarla.

Concretamente, se advierte que algunos Juzgados de Circuito del interior aplican de oficio la norma, e imprimen el trámite establecido por la ley 13.178 a todas las causas cuyo monto asciende a \$ 4.000. En Rosario, se respeta la opción de la parte actora, que en la casi totalidad de los expedientes ingresados hasta ahora, eligen la vía del juicio sumario. Cualquier camino es respetable, porque se trata en todos los casos de perseguir satisfacción de la prestación del servicio optimizando los medios existentes y de acuerdo a la realidad de cada comunidad.

Sólo el día en que funcionen con juez letrado los Juzgados Comunitarios de las Pequeñas Causas que son necesarios teniendo en cuenta la cantidad de población y el índice de litigiosidad en cada territorio, podrán verse los resultados, que

sin duda serán beneficiosos, y pondrán en su real dimensión el importante rol de un Juez cercano al justiciable, tanto para las causas cuyo valor ascienda a diez unidades jus -que quedarán sólo a cargo de los Jueces Comunitarios- como para las que las superen, ya que los jueces de Circuito podrán desempeñarse más eficazmente, y esta circunstancia podría dar lugar aun a que se ampliara su competencia a través de la revalorización de la unidad jus al respecto ■

Dossier

Dimensión Constitucional del Poder Judicial Santafesino

Perspectivas | Estructuras | Dinámica

DR. IVÁN KVASINA
Coordinador General

Sobre el Neoconstitucionalismo

DRA. LUCÍA MARÍA ASEFF
Jueza de la Cámara de Apelación
en lo Laboral, Sala II
Rosario

El tema que habré de abordar ha sido abundantemente transitado en los últimos años por diversos autores, tanto de nuestro país como del extranjero -en este caso, sobre todo, por europeos y latinoamericanos- por lo que la bibliografía existente puede tornarse inabarcable. Es por ello que, sin agotar la lista, he seleccionado aquellos que por su claridad expositiva o por sus filosas críticas me han parecido más adecuados para un artículo de estas características, cuya finalidad es describir esta corriente de pensamiento, mediante la difusión de sus notas principales y de los cuestionamientos que ha suscitado, a fin de proporcionar una idea lo más aproximada posible acerca de lo que actualmente puede entenderse por neoconstitucionalismo (en adelante, NC).

Siguiendo estos lineamientos me limitaré a hacer una presentación del tema y de su estado actual, sin dejar de tener en cuenta el horizonte de crisis económica y política insoslayable que ya se ha presentado en algunos países europeos -donde esta nueva visión del derecho naciera hace ya bastante tiempo, antes de expandirse a otros países y a otros dominios del saber jurídico- puesto que

considero que este horizonte habrá de influir decisivamente sobre la efectiva aplicación de sus postulados.

Sabido es que en las últimas décadas se han producido en el ámbito jurídico dos importantes cambios relacionados entre sí, ya que -recíprocamente- el uno sustenta y favorece al otro, al decir de Paolo Comanducci: un cambio estructural, consistente en la «*constitucionalización*» del derecho, y un cambio doctrinal, que es la afirmación del «*neoconstitucionalismo*», con origen en los ordenamientos jurídicos de los principales países de la Europa continental (Alemania, Francia, Italia y España) y a partir, sobre todo, de la actividad de sus respectivos Tribunales Constitucionales, conformándose una escuela de pensamiento que posteriormente se fue extendiendo a algunos países latinoamericanos mediante un proceso que, forzoso es aclararlo, reconoce distintos grados, en virtud del cual el derecho está «impregnado», «saturado» o «embebido» por la Constitución, condicionando la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Comanducci, que es considerado incluso como uno de los forjadores del término NC, hace, en

el trabajo citado en la bibliografía, una presentación del tema, replicando en forma analógica, aunque un tanto forzadamente -como él mismo lo reconoce-, calificando María Ángeles Ahumada, por su parte, a esta analogía como «perfectamente exótica», y la clásica tripartición de Norberto Bobbio sobre positivismo teórico, metodológico e ideológico, además de formular otras consideraciones de auténtico interés que sin embargo no habré de reproducir aquí por exceder los límites de este trabajo, limitándome solamente a dar cuenta de su existencia para quien desee internarse más profundamente en este tema.

Tanta es la penetración que ha tenido el NC, incluso en nuestro país, que actualmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reflejando, a mi criterio, implícitamente esta tendencia, obra, en los hechos, a la manera de un Tribunal Constitucional, tal como agudamente lo señalara el destacado colega de la ciudad de Córdoba, Dr. César Arese cuando nos visitara en el mes de abril de este año para dar inicio al 4º período de nuestro Taller de Jueces Laborales, quien no hesita en adjudicarle a este tribunal una actitud legisferante por cuanto selecciona los temas a los que decide avocarse en razón de la trascendencia de los derechos afectados, resuelve teniendo en cuenta la diversidad de fuentes que derivan de este modelo, ejerciendo no sólo el control de constitucionalidad sino

también el de convencionalidad, y en una actitud por cierto novedosa -que algunos critican pero la mayoría aprueba- desborda los límites tradicionales del rol que la Constitución y la historia institucional del país le asignaran, convocando, por ejemplo, a asambleas públicas de gobernantes y gobernados, admitiendo las acciones de clase y expresando sugerencias que algunos interpretan como directivas -por decirlo de algún modo- tanto a los legisladores como a la administración del Estado, requiriendo la solución de algunos problemas por las vías institucionales que a estos poderes corresponden, poniendo de manifiesto, precisamente, la inadecuación o insuficiencia de la normativa proveniente del derecho interno que inicialmente debe aplicar a quienes reclaman por la afectación de sus derechos.

Sin asumirlo en forma expresa, resulta claro que ello deriva de esta nueva tendencia ligada al «constitucionalismo de los derechos» y que nuestra CSJN la practica transitando caminos, sin duda, novedosos.

Pues bien, esta nueva tendencia -ya no tan nueva, en rigor- es la que me propongo describir en este texto, intentando presentar sus notas esenciales pero alertando a los lectores sobre la diversidad de opiniones y caracterizaciones que ha suscitado en propios y ajenos, porque como dice Ahumada en el artículo cita-

do en la bibliografía -que especialmente recomiendo- quienes se han ocupado fundamentalmente del tema hemos sido los cultores de la filosofía y la teoría general del derecho, no pareciendo cosa de azar, a su modo de ver, que no aparezcan en la nómina de los referentes del NC ni constitucionalistas (salvo el caso puntual de Gustavo Zagrebelsky, pero a través de una obra atípica como *Il diritto mitte*), ni politólogos ni historiadores, sin dejar de tener en cuenta, además, que se trata de una escuela que alienta un tipo de constitucionalismo fuertemente judicialista y judicializado, fundamentalista en materia de definiciones de derecho, y más o menos abiertamente desconfiado del principio de la mayoría, amparando bajo este nombre una variedad de racionalizaciones post hoc de prácticas constitucionales del presente -lo que sí nos concierne, y mucho- en la medida en que los sistemas jurídicos crecen en complejidad y los jueces hemos dejado de ser actores secundarios en el proceso legal para asumir un papel más activo en la solución de los conflictos que se someten a nuestra decisión.

El NC propone a los juristas un modelo de Estado y de Derecho más «moderno», caracterizado como Estado Constitucional y Democrático de Derecho, en oposición al Estado de Derecho legalista o legislativo, que fue el dominante en el modelo liberal decimonónico y es el que, como jueces, más hemos transitado.

Mientras el constitucionalismo clásico ha sido, sobre todo, una ideología dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales o derechos fundamentales, que en sus orígenes estuvieron ligados al jusnaturalismo pero comenzaron a positivizarse a partir de fines del siglo XVIII, completando este proceso durante el siglo XIX y parte del XX, ello trajo como resultado que el positivismo fuera la teoría hegemónica del derecho durante todo ese período de tiempo, frente a lo cual Comanducci afirma, sin embargo, que esta nueva doctrina nunca intentó desplazar a la hegemonía positivista, puesto que «el NC no se presenta sólo como una ideología y su correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista».

Esta nueva visión, que todavía nos es contemporánea y comienza a plasmarse a partir de la sanción de algunas constituciones europeas luego de finalizada la 2ª guerra mundial, como sucedió en Italia en 1947 y en Alemania en 1949, y en ocasiones también varios años después, como aconteció con Grecia en 1975, Portugal en 1976 y España en 1978, se presenta – no casualmente, a mi criterio – en países que habían atravesado largos períodos de autoritarismo estatal, donde había imperado la vigencia de una legalidad formal incuestionable que, sin embargo, no había impedido que se produjeran las consecuencias nefastas por

todos conocidas, desde el genocidio del pueblo judío hasta los crímenes del franquismo, cometidos en todos los casos por los propios aparatos estatales – en guerras externas o internas, que desgraciadamente todavía se siguen produciendo en otras partes del mundo – tratándose de experiencias que de algún modo tornaban auspicioso el retorno de los valores a la consideración del concepto de derecho y, con ello, a posturas neo jusnaturalistas, como si cierto legalismo formalista hubiera sido, en parte, el culpable de estos hechos que, en rigor, no pueden ser considerados sino como anomalías del Estado de Derecho, sin que por ello resulte justificado atribuirle el ser causante de tales efectos.

Sin embargo, otros autores que se han ocupado del NC lo presentan como una teoría antes alternativa que concurrente con la teoría positivista tradicional –aunque siempre cercana al positivismo– pudiendo mencionarse dentro de esta postura, aun con sus particulares enfoques y sin que esta ubicación resulte pacíficamente aceptada, a doctrinarios como Luigi Ferrajoli o Luis Prieto Sanchís, que se han ocupado de la incidencia del NC en la teoría del derecho, postura que para otros aparece como insostenible a la luz de la actual configuración de los sistemas jurídicos, puesto que siguen persistiendo en forma predominante sus rasgos de derecho estatal, legalista y de formalismo interpretativo, más allá de

que sin duda algunas cosas están cambiando, sobre todo en el ámbito de la interpretación, porque esta Era «de los derechos» o «del Constitucionalismo Mundial» está marcada por el retorno –más explícito, claro está– de la política al Derecho, en el que un Estado naturalmente activista e interventor pretende asegurar resultados antes que detenerse a establecer procedimientos.

Y están cambiando no sólo por la presencia de teorías como la aquí analizada, sino también por el peso que los instrumentos del derecho internacional ha ido adquiriendo en el derecho interno de diversos países, incluido el nuestro, desde ya, sobre todo a partir de la reforma constitucional de 1994, sobre la que no es necesario abundar por ser ampliamente conocida; de tal modo que los jueces no estamos obligados solamente a practicar sobre los casos sometidos a nuestra decisión el control de constitucionalidad que la ley fundamental nos asigna, sino también –como antes señalé al referirme a la CSJN– el control convencionalista, cuya aplicación es relativamente nueva y refiere a los convenios y tratados internacionales, así como a los fallos de los tribunales supra estatales creados por ellos. Esta concepción ha tenido una marcada influencia, sobre todo en causas penales, a partir del juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos por civiles y militares durante la tenebrosa noche del proceso (1976-1983),

pero que luego se ha ido extendiendo a otros ámbitos del derecho.

Es así que se propugna no sólo la fuerza normativa y no meramente programática de la Constitución, sobre todo en algunas de sus directivas, su preeminencia y la de los tratados internacionales, con igual jerarquía –que es lo que permite pensar a esta corriente como una versión moderna o alternativa al positivismo jurídico tradicional, que, al menos teóricamente, no se opondría frontalmente, más bien iría en su auxilio, a fin de flexibilizar sus rasgos más rígidos- sino que se privilegia y legitima la labor jurisdiccional si está destinada a asegurar la supremacía de sus preceptos, aunque mediante su aplicación se pueda llegar a desplazar la ley nacional estatal.

En tal sentido resulta esclarecedor el artículo de Rodríguez Bertoni citado en la bibliografía, que se refiere al fallo «Casal, Matías y otro s/ Robo simple en grado de tentativa», Causa 1861 del 20.09.05, analizando las conclusiones que a Gustavo Zagrebelsky le suscitara esta causa. Tras una breve historia del recurso de casación – seguramente de mayor interés para los penalistas que para los cultores de otras ramas del derecho – esta autora afirma que se advierte en el razonamiento judicial la diferenciación de los derechos respecto de la ley, o sea entre la ley como regla establecida por el legislador y los Derechos Humanos (DDHH) como preten-

siones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley, lo que sin duda implica un giro cuasi copernicano en la labor jurisdiccional para quienes opten por esta alternativa, o sea la del pasaje del Derecho por regla al Derecho por principios, puesto que permite exigir a la labor jurisdiccional que haga concordar la regla legal con los principios constitucionales del caso, concretando las garantías que éstos aseguran.

En las vertientes no positivistas del NC se encuentran Robert Alexy, Ronald Dworkin y Gustavo Zagrebelsky, quienes por su filiación más cercana al jusnaturalismo afirman la existencia de una conexión necesaria entre el Derecho y la moral, defendiendo una suerte de «lectura moral» de la Constitución, lo cual deriva en una obligación más marcada de tener que obedecer sus reglas, en virtud de la cual el NC no sería solamente una teoría descriptiva del Derecho sino también normativa, postulado que también Ferrajoli suscribe y conduce a considerar la «politicidad» de la ciencia jurídica, tratándose de un tema que los críticos hemos transitado intensamente, sobre el que no habré de abundar en esta presentación. A Dworkin, el NC le debe la reconstrucción del sistema jurídico formulada en oposición a la de Hart y los fundamentos de la decisión judicial correcta, aun en los casos difíciles; y a Alexy, su reelaboración y síntesis del «método» que venía

siendo empleado por algunos tribunales constitucionales y, paradigmáticamente, el alemán –que no es otro que el de la *ponderación*, que abordaré más adelante- para presentar sus decisiones en los casos de conflictos entre principios o derechos constitucionales como resultado de una apreciación objetiva, antes que como preferencias legítimas y argumentadas, del que tiene la última palabra.

Este giro implica no atenerse rígidamente al clásico modelo de subsunción que, mediante un procedimiento silogístico proponía una interpretación técnicamente neutral de la ley – o que al menos aparecía teóricamente revestida de tal apariencia - para pasar a otro donde la ponderación del caso y el principio de razonabilidad permitirían al intérprete esta adaptación al esquema constitucional, aun si al hacerlo debiera apartarse en todo o en parte de la regla estatal. A la manera de T. Viewegh y su teoría de la tópica jurídica – alumbrada en la mitad del siglo pasado, pero con claras referencias a Aristóteles, Cicerón y Vico – se propone que el proceso de interpretación del derecho comience en el caso, en tanto acontecimiento problemático que demanda ser resuelto en términos jurídicos, para ir desde el caso a la regla y viceversa, en un movimiento de ida y vuelta que pueda lograr conciliar las exigencias de la justicia del caso con las pretensiones de la regla.

Y las exigencias del caso no son otras, en esencia, que las de hacer cumplir los derechos y garantías que la Constitución consagra, resolviéndolo con justicia más allá de las formalidades propias de una concepción extremadamente legalista como lo era la decimonónica -en gran medida todavía imperante- porque generalmente el NC asume un modelo no descriptivo sino axiológico de la Constitución y, por ende, normativo -como antes señalé- a partir del cual subraya la exigencia dirigida tanto a jueces como a legisladores de que sus actividades estén dirigidas a concretar el ejercicio y garantía de los derechos fundamentales que contiene.

Es obvio que mediante la incorporación de este catálogo de derechos fundamentales esta concepción impacta no sólo en la interpretación y aplicación de la ley sino también en el sistema de fuentes, que se multiplica y diversifica a un extremo tal que no siempre resulta una tarea sencilla identificarlas en relación con el caso sometido a nuestra decisión. Habida cuenta de que hay fallos -tanto de instancias inferiores como superiores- frente a los cuales nos encontramos con una abundante y hasta excesiva cita de artículos y tratados que por su generalidad no siempre resultan estrictamente aplicables al caso, al menos no en la especificidad adecuada.

Si las primeras Constituciones -entre ellas la de 1787 de Estados Unidos, que

inspiró la nuestra de 1853- afianzaban la supremacía del legislador sobre el juez mediante el control de constitucionalidad difuso que se otorgaba a los magistrados, control que hasta el presente se sigue ejerciendo y sólo inhibe la aplicación de la norma en casos excepcionales (o al menos así se declama) y con alcance sólo para el caso, o sea individual, concepción que se afianza con el dictado del Código Napoleón y la destacada influencia de la escuela de la exégesis en nuestra disciplina, que con intensidad diversa atraviesa todo el siglo XIX y propone al juez como una figura aséptica, apolítica y ajena a toda influencia externa, concebido como la mera «boca de la ley» y descartando todo acto de creación normativa, el NC prácticamente invierte esta ecuación otorgando al juez poderes que nunca estuvieron en la mente del legislador de las primeras constituciones dictadas en el Estado moderno.

Sobre la función creativa del juez nos van a ilustrar en sus textos clásicos, ya en el siglo XX pero bastante antes de la aparición de esta escuela, destacados jusfilósofos como Hans Kelsen, cuando en la «*Teoría Pura del Derecho*» se refiere a la norma como un marco abierto a varias posibilidades, a la interpretación como un acto de voluntad antes que de conocimiento y a la «ilusoria seguridad jurídica», o Alf Ross - autor danés que fue su discípulo, a quien he citado reiteradamente en estas cuestiones - cuando

en su obra «*Sobre el derecho y la justicia*», al abordar el tema de la interpretación alude a la labor creativa del juez, posición que encuentro bastante más realista y ajustada a lo que sucede de hecho, que la que plantea el NC y algunos de sus cultores.

Es así que, al referirse a los factores pragmáticos y a la técnica de argumentación en la administración de justicia, explica que el juez generalmente trata de hacer ver que ha llegado a su decisión objetivamente y sólo está determinada por el motivo de la obediencia al derecho en combinación con una captación racional del significado de la ley, sin admitir el carácter constructivo que muchas veces tiene su interpretación, para sostener la ficción -que intenta desmontar- que la administración de justicia es una simple deducción lógica a partir de reglas jurídicas, sin ninguna valoración de su parte.

Dicho esto mucho antes de que el NC asomara en el horizonte de la reflexión jurídica o que la ponderación apareciera como un instrumento providencial y supuestamente novedoso en la labor del juez, porque aunque Ross no se refiera en su libro a la actividad creadora del juez utilizando ese término, es claro que estamos en presencia de apreciaciones muy similares.

«Por lo común -dice Ross- el juez no admite que su interpretación tiene ese ca-

rácter constructivo, sino que mediante una técnica de argumentación, intenta hacer ver que ha llegado a su decisión objetivamente y que ésta se halla comprendida por el «significado de la ley» o por «la intención del legislador», a fin de preservar esa imagen en virtud de la cual sólo «conforma derecho». Ahora bien, «el secreto de estas técnicas de argumentación consiste en que no hay criterio que indique qué regla de interpretación ha de usarse... son recursos que forman parte del equipo de cualquier jurista experimentado. El tiene que saber cómo *justificar* técnicamente, mediante argumentos interpretativos, la solución jurídica que considera «justa» o deseable. Pero sería un error aceptar los argumentos técnicos como si fueran las razones verdaderas. Estas deben ser buscadas en la conciencia jurídica del juez o en los intereses defendidos por el abogado», afirma, teniendo en cuenta que las teorías positivistas ocultan la actividad político-jurídica del juez, porque la «lógica inmanente» al sistema que subrayan no deja de ser una ilusión.

Es que «La «razón jurídica» inmanente o la regla de derecho misma no pueden ser separadas del propósito práctico que se encuentra fuera de ellas, ni las «consecuencias formales» pueden ser separadas de un ajuste valorativo de las reglas en relación con los valores presupuestos».

Siendo un conspicuo empirista de cuño realista, arriba a estas conclusiones par-

tiendo de una doctrina descriptiva antes que normativa de la doctrina del método jurídico por excelencia, que es el de la interpretación –en posición contraria, como antes señalaba, a quienes ven en el NC una teoría normativa- y también de la premisa de que los factores pragmáticos en la administración de justicia son consideraciones basadas en una valoración de la razonabilidad práctica del resultado, apreciado en relación con ciertas valoraciones fundamentales presupuestas, donde se pone de manifiesto la ideología que - en sentido amplio - de hecho, guía a los jueces en su aplicación de las reglas generales a casos específicos. Es por ello que la función de los métodos de interpretación es establecer límites a la libertad del juez en la administración de justicia, determinando el área de soluciones justificables.

Que a la *ponderación* como método le sumemos como sustancia el contenido de los DDHH considerados como esenciales, consagrados en las constituciones entendidas como instrumentos predominantemente axiológicos, nos coloca, sin duda, ante otra situación -ausente cuando Kelsen y Ross elaboraban sus teorías- pero, en rigor, no se trata de un vino demasiado nuevo aunque venga envasado en odres que sí aparentan serlo.

Lo destacable, a mi criterio, es que con el NC estamos frente a otra expresión de la concepción del Derecho –particular-

mente lo comparto- que lo entiende como formando parte del dominio de la razón práctica, en tanto técnica orientada a la solución de conflictos, pero sin que pueda afirmarse sin ambages que constituye una alternativa igualmente positivista al positivismo clásico, puesto que en la amplitud de criterios con que se maneja y en las posibilidades que le da al juez de fundar sus disidencias mediante la argumentación y la ponderación de otras razones -aunque no sean estrictamente las legales- puede colocarse igualmente cerca, tanto de una visión jusnaturalista como crítica del derecho, como también de una positivista, dependiendo del caso sometido a su decisión y de la ideología del juez.

Es tanto el peso que ha adquirido este nuevo paradigma, que actualmente encontramos autores como Habermas o Ferrajoli quienes, advirtiendo en la globalización un vacío de derecho público, postulan un «*constitucionalismo mundial*», que sería la ampliación o extensión del NC a las relaciones internacionales.

La situación post guerra anteriormente descrita fue propicia, entonces, para alumbrar esta difusa y versátil doctrina que, si bien -como antes dije- para algunos resulta ser el positivismo jurídico de nuestros días, para otros ha significado un retorno encubierto del jusnaturalismo, no siempre confesional, a menudo renovado, *aggionardo* a los nuevos tiempos con algunas aristas por cier-

to controversiales que me ha parecido importante abordar, porque esta teoría asigna a los jueces un papel en extremo preponderante y nos hace poseedores de una especialísima herramienta que define e identifica nuestra actividad: la tan mentada *ponderación*.

Para Bruno Celano, según lo explica Graciela Barranco de Busaniche en el excelente artículo que cito en la bibliografía, la ponderación designa un vacío antes que un método de resolución de conflictos; expresa una metáfora, la del «peso» de las razones en oposición y su balanceo, siendo el nombre más de una dificultad o de una incógnita antes que de un procedimiento de decisión racional, que no alcanza a eliminar el elemento intuitivo y prudencial del razonamiento práctico. También hace allí una interesante síntesis de los rasgos graduables de constitucionalización más salientes, que Ricardo Guastini ha advertido en este modelo en su artículo «*La constitucionalización del ordenamiento jurídico*», publicado en la obra colectiva de Carbonell, M. «*Neoconstitucionalismo*» (Trotta, Madrid, 2003).

Volviendo a la relevancia y las críticas que ha recibido este delicado tema de la ponderación, es de decir que razones de esta índole son las que han llevado a que autores como Scarpelli o Tarello hayan sostenido que el recurso sobreabundante a la interpretación adaptativa de la

Constitución termina transformando al Derecho en un «derecho de los jueces», basado en principios, con los evidentes riesgos que ello conlleva al otorgarles un poder discrecional excesivamente amplio, porque no se puede dejar de considerar -dice la autora antes citada- que de alguna manera el contenido ético del Estado Constitucional y Democrático de Derecho es un artefacto cultural, fruto de un proceso de estratificación y sedimentación de una pluralidad de teorías, doctrinas y distintas concepciones sobre los derechos, y que la interpretación no deja de ser una lucha por el texto, aunque sujeta a criterios de corrección cuya objetividad estaría dada por el ejercicio de una práctica discursiva sometida a discusión racional, como lo proponen las teorías de la argumentación jurídica.

O -como decimos los críticos y explico en mi obra «*Argumentación Jurídica y Semiosis Social*» -donde debe tenerse en cuenta la relación entre los textos legales y el contexto en que se aplican, centrando nuestra atención en la semiosis social entendida como producción de sentido a partir de los elementos que brindan la sociología y la lingüística, como lo señalara Eliseo Verón en su obra «*La semiosis social*» (Ed. Gedisa, Buenos Aires, 1996). Porque leer un texto tomando en cuenta la noción de discurso- y la Constitución es un texto esencial en todo ordenamiento jurídico -significa interpretarlo en relación con otros dis-

cursos, dado que se puede encontrar en él una multiplicidad de huellas (de valoración, de interpretación, ideológicas, culturales, económicas, entre otras) que las condiciones de producción han dejado impresas y que aparecerán bajo otras formas generando, posiblemente, nuevos contenidos si, desde una visión integral del sistema productivo de sentido social podemos desentrañar la articulación entre producción, circulación y consumo a partir del análisis del conjunto de determinaciones sociales que han marcado ese discurso, porque «*La historia de un texto o de un conjunto de ellos consiste en un proceso de alteraciones sistemáticas a lo largo del tiempo histórico del sistema de relaciones entre «gramáticas» de producción y «gramáticas» de reconocimiento*», *atendiendo a la época en que fueron producidos, circularon y se «consumieron*», sobre todo si ese proceso se desarrolló en distintas geografías y tiempos históricos y culturales también diversos.

Juan Antonio García Amado, distinguido catedrático y jurfilósofo de la Universidad de León, España, partidario de un positivismo crítico que no desdeña los valores a la hora de reflexionar sobre el Derecho, cuyas consideraciones sobre el NC, en lo sustancial, seguidamente transcribiré -aunque no comparta a todas- ha señalado algunas cuestiones que he considerado insoslayables para comprender los alcances y los límites de esta teoría,

porque problematiza sus postulados, en la medida en que sostiene que esta corriente de pensamiento impulsa un judicialismo que subvierte la relación entre los poderes constitucionales, poniendo en jaque el principio democrático y la soberanía popular, partiendo de lo que llama «el complejo académico-judicial, que, desde su afán de excelencia ética y de elitismo político, pretende suplantar los dictados de un pueblo que las constituciones dicen soberano pero que es tenido por incapaz... de calar en esos contenidos morales que formarían los cimientos de las constituciones y en los que sólo logran penetrar con propiedad los profesores y los jueces de las más altas cortes», sosteniendo asimismo que el positivismo jurídico decimonónico y el NC actual son extremos que se tocan y se combaten en razón de su semejanza estructural y similares pretensiones políticas, donde el primero de ellos tomaba como axioma la idea del legislador racional, mientras que el NC adopta con similar convicción el del juez racional, al que se le exige más bien un determinado contenido en sus fallos, sin que importe la argumentación que los fundamente aunque sea deficiente y esté plagada de inferencias erróneas, sofismas y paralogramos.

Advirtiendo sobre los riesgos y deformaciones del NC sostiene -en una visión tan crítica como ácida pero lúcida- que se trata de una corriente u orientación doctrinal de perfiles un tanto difusos, lo

que no impide en el presente se pueda hablar de un «*canon neoconstitucional*» que definiría el modelo pleno o radical de esta corriente. Y lo hace mediante la enumeración de diez notas definitorias que, aclara, aunque no siempre aparezcan juntas en toda su pureza o rotundidad, son las que determinan que una doctrina se ciña más al modelo del NC cuanto más de estas notas reúna, que son las siguientes:

1. La existencia en las constituciones contemporáneas de **cláusulas de derechos fundamentales y mecanismos para su efectiva garantía**, así como de **cláusulas de carácter valorativo** cuya estructura y forma de obligar y aplicarse es distinta de la de las «reglas».
2. La presencia de estas normas que conforman la **constitución material o axiológica**, implica que las constituciones tienen su pilar básico en un determinado **orden de valores, de carácter objetivo**, tal como en 1958 definió el Tribunal Constitucional alemán a la Ley Fundamental de Bonn.
3. Así entendida, la Constitución refleja **un orden social necesario** con un grado preestablecido de realización de ese modelo constitucionalmente prefigurado.
4. Ese orden de valores o moral constitucionalizada posee una fuerza resolutoria como para contener **respuesta cierta o**

aproximada para cualquier caso en el que se vean implicados derechos, principios o valores constitucionales, brindando una única respuesta correcta mediante una pauta de corrección directamente material, sin mediaciones formales ni semánticas, donde los jueces deben preocuparse más por la justicia del caso que por la seguridad jurídica mediante un razonamiento más moral que jurídico.

5. Ello hace que deba existir un órgano que vele por la **efectiva plasmación en cada caso de esta respuesta correcta, labor que pertenece a los jueces en general y a los tribunales constitucionales en particular** (donde existen, claro está, pero también donde no los hay pero los tribunales superiores actúan como tales, como antes señalé respecto a nuestra CSJN).

6. En la medida en que este orden axiológico de la constitución predetermina la solución para todos los casos posibles con relevancia constitucional, se supone que el juez que resuelve en tales casos no ejerce **discrecionalidad ninguna** (Dworkin), salvo que haya un empate entre los derechos y/o principios constitucionales concurrentes (Alexy).

7. En consecuencia, el aplicador judicial debe poseer la capacidad y el método adecuados para captar estas soluciones objetivamente impuestas por la Constitución

para los casos con relevancia constitucional, que es el de la **ponderación**.

8. Lo anteriormente dicho lleva a las cortes constitucionales a convertirse en **suprainstancias judiciales de revisión**, justificando su intromisión revisora cuando los jueces «inferiores» no hayan respetado estos estándares.

9. En la medida en que considera que los fundamentos de ese NC son metafísicos y que se apoyan en una doctrina ética de corte objetivista y cognitivo, advierte que se produce un fuerte **desplazamiento de la argumentación y de sus reglas básicas**, que en tales casos se tiñe asimismo de metafísica y, a su criterio, se torna fuertemente esotérico.

10. El NC posee, en consecuencia, **tres componentes filosóficos muy rotundos**.

a) En lo **ontológico, el objetivismo**, derivado de afirmar que por debajo de los puros enunciados constitucionales, con sus ambigüedades y su vaguedad, con sus márgenes de indeterminación semántica, sintáctica y hasta pragmática, existe un orden constitucional de valores, un sistema moral constitucional bien preciso y dirimente. b) En lo **epistemológico, el cognitivismo** resultante de afirmar que las soluciones precisas y necesarias que de ese orden axiológico se desprendan pueden ser conocidas y consecuentemente aplicadas por los jueces. c) En lo **político y social, el eli-**

tismo de pensar que sólo los jueces, o prioritariamente ellos, y en especial los tribunales constitucionales, están plenamente capacitados para captar este orden axiológico constitucional, poseyendo el privilegio político de poder enmendar al legislador excepcionando la ley y justificando en el caso concreto la decisión contra *legem* que será, sin embargo, *pro constitutione*.

A lo que agrega una reflexión sociológica, que particularmente desconocía pero sé que él ha constatado *in situ* por su vinculación con diversas universidades latinoamericanas a las que es frecuentemente invitado: que esta teoría se enseña, sobre todo en Latinoamérica, en las universidades más caras y elitistas, aquellas en donde suelen estudiar los vástagos de las clases económica, política y social dominantes, que no siempre consiguen implantar la justicia social y los derechos de tercera y cuarta generación a golpe de principios y sentencias, tal vez porque suelen proveer de juristas aventajados a gobiernos más bien conservadores, aunque se trate de una regla que, como todas, tiene sus excepciones.

Afirma que de esta teoría pueden surgir «tantos derechos únicos y verdaderos y tantas únicas soluciones constitucionalmente correctas para cada caso como neoconstitucionalistas nos topemos con ideologías diversas. Todos sacerdotes de un único credo -la Constitución como sistema objetivo de valores- pero plura-

lidad de iglesias, de dogmas incompatibles y de teologías, y cada cual llevando agua para su molino, pero diciendo que no es el molino suyo, sino la Constitución objetiva», porque la Constitución -diga lo que diga- es prioritariamente moral, mientras que la ley -diga lo que diga- es prioritariamente jurídico positiva, aventurando que si no se es jusnaturalista, entrar en este juego es manifestación de irreflexión o de precipitada ingenuidad.

No obstante lo cual destaca que, pese a estos difusos contornos donde moral y derecho se confunden bajo el paraguas protector de la Constitución, existen juristas capaces y formados que, cuando hablan del Derecho y la Constitución, no buscan subterfugios para hacer valer su personal moral o sus particulares intereses sino el interés general y el bien de un pueblo libre, fomentando el diálogo entre las doctrinas y la ilustración por la vía del conocimiento, mediante un debate en libertad que es propio de toda vida académica y democrática que se precie de tales.

Particularmente diría que ni tanto ni tan poco, más allá de la relevancia que adquiere el estar advertidos de estos peligros que acechan a quienes cultivan esta corriente o la ven con simpatía.

Por lo que hasta aquí llevo expuesto va de suyo que ni la conceptualización ni la trascendencia del NC son cuestiones pa-

cíficas donde exista un consenso mayoritario que pueda asumirse respecto a su auténtica filiación teórica, a sus límites o a su conveniencia, puesto que donde algunos creen descubrir claras ventajas otros alertan sobre lo que consideran, más bien, serios riesgos, en atención -básicamente- a esos perfiles difusos, que pueden alumbrar distintos sentidos a partir de una misma base normativa.

Es por ello que hay una sugerencia de García Amado -que ha seguido en este tema a Habermas- que me parece insoslayable aunque se repita reiteradamente hace ya bastante tiempo en distintos ámbitos de nuestra materia: de lo que se trata es de argumentar, siempre, sometiéndose quienes lo hacen a las reglas que definen un procedimiento que privilegia la construcción de un saber social y permite el control de lo decidido por un poder no elegido democráticamente, como suele serlo el judicial, por medios que sí lo hayan sido - en la medida de lo posible y dentro de sus propios límites funcionales - descartando todo autoritarismo y proporcionando a quienes corresponda la posibilidad cierta de revisión de sus decisiones.

Pero en cuanto a sus conceptos críticos sobre la función de los jueces -el transitado «prudente activismo judicial», que a su criterio va en detrimento de legislador- que señala como contraria a la soberanía del pueblo que ha sido, por

medio de sus representantes libremente electos, quien en definitiva ha legislado; me inclino más por una postura intermedia que, sin desdeñar la ley positiva o teniendo a las reglas estatales como fuente principal de sus decisiones, pueda optar, si fuere menester, por acudir a los principios y a la diversidad de fuentes que el NC ha traído a un primer plano si considera que esa actitud hará más justa su decisión. Porque, en definitiva, también estará sujeta a revisión, salvo que se trate de un Tribunal Constitucional -o el de más alto nivel de un país, en el cual éste no existiera- que por experiencia propia y ajena sabemos, también, que no suele permanecer incólume frente a los cambios sociales, políticos y económicos que entornan la labor jurisdiccional.

En suma, que particularmente no considero que estemos frente a una nueva teoría del Derecho ni frente a un cambio de paradigma jurídico que dejaría atrás las corrientes ya consagradas -llámense positivismo, jusnaturalismo, realismo o teorías críticas- porque todas ellas, en distinta medida y según la época, han aportado elementos que el NC toma como propios o innovadores cuando muchos de ellos no son tales y, en todo caso, lo nuevo puede ser la resultante de la distinta combinación que sus cultores hagan de algunas de las notas distintivas que las constituyen, pero que ya habían sido formuladas en doctrinas anteriores como, por ejemplo, lo hiciera Alf Ross.

Sea como fuere entiendo que es necesario conocer el NC, también saber qué podemos adoptar de sus postulados al momento de resolver un caso de hecho: generalmente a ellos se alude cuando se hace referencia al así llamado «bloque de constitucionalidad», pero en modo alguno estimo que sea la panacea que muchos de sus cultores anuncian sino, tal vez, una herramienta más a la hora del análisis y de la solución del conflicto.

Para completar este análisis habré de concluirlo con una sumaria digresión referida al bloque de constitucionalidad, tan a menudo invocado y sin duda alguna relacionado con esta corriente de pensamiento.

El bloque de constitucionalidad es definido por G. Bidart Campos -«*Manual de la Constitución Reformada*», Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 276- como «un conjunto normativo que parte de la Constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la Constitución escrita. Suele situarse en ese bloque a los tratados internacionales, al derecho consuetudinario, a la jurisprudencia, etc.»

«El bloque de constitucionalidad así integrado sirve para acoplar elementos útiles en la *interpretación* de la Constitución y en la integración de los vacíos de la norma», agregando que «En el De-

recho Constitucional argentino después de la reforma de 1994, damos por alojados en el bloque de constitucionalidad a los *tratados internacionales de derechos humanos* a que hace referencia el art. 75 inc. 22», sin dejar de tener en cuenta la vigencia del principio de supremacía legal establecido en el art. 31 de la CN, que se ha visto «reajustado» [op. cit., p. 339/340] luego de la reforma, permitiendo que en las constituciones «*se filtren contenidos que provienen de fuentes heterónomas o externas, o sea, colateralmente. Entre ellas, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comunitario...*» mediante las cuales los Estados incorporan a su derecho interno contenidos derivados de aquellas fuentes, que no están por encima del Estado sino en sus «costados», en su «periferia», concluyendo: «Pero que condicionan y limitan al derecho interno, incluso a la Constitución...».

Sobre el problema que plantean los conflictos en el interior del bloque de constitucionalidad que están condicionando su funcionamiento, es importante tener en cuenta los distintos criterios existentes en orden a su solución, a saber: a) Reconocimiento de que (como consta en la Declaración de Viena de 1993) «*Todos los DDHH tienen origen en la dignidad y el valor de la persona humana...* por lo que ésta debe ser la principal beneficiaria de esos derechos y libertades»; b) Debe atribuirse idéntico valor jurídico a todas las

disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad de los DDHH, sin perjuicio de que, para su efectividad, en algunos casos sea preciso contar con normas o infraestructuras complementarias; c) La persona debe estar resguardada por una protección especial de la ley que le asegure el pleno goce de estos DDHH; d) Las disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad no sólo contemplan obligaciones para los Estados, sino derechos y obligaciones que cubren las relaciones entre los particulares.

A lo expuesto, cabe sumar que a un sistema editorial fuertemente regulado por el mercado siempre le resultan más que bienvenidas las nuevas «modas» teóricas que bajo signos aparentemente innovadores –lo sean o no- contribuyen a la creación de un nuevo «nicho» de reflexiones y preocupación, que recibe alborozado, fomenta y reproduce para incrementar sus ventas, con independencia de su real valor.

Y también –como dije al principio de estas reflexiones- que la efectiva vigencia del NC mucho tendrá que ver, en la práctica, con la situación de crisis que cada país vaya atravesando, con su profundidad y con las medidas que sus autoridades consideren imprescindibles adoptar para conjurar la emergencia, porque en tal sentido parece más bien un fruto –con algunas flores tardías- de un cierto Estado de bienestar hoy en re-

tirada, antes que un nuevo paradigma explicativo de qué es esto que llamamos Derecho. Vaya a modo de ejemplo de lo que digo las discusiones suscitadas en Italia y España cuando esto escribo – abril de 2012 – a partir de las propuestas gubernamentales de restringir derechos de los trabajadores consagrados hace décadas para tratar de morigerar la crisis por la que estos países están atravesando, restricción a la que frontalmente se opondría todo NC puro y duro, cualquiera sea su vertiente.

Sea por la adhesión que susciten sus cultores como sus detractores, no hay dudas de que el NC sigue siendo un tema actual, presente, incluso apasionante y abierto a la discusión –y tal vez en revisión en orden a su efectiva aplicación- motivos que consideré más que suficientes para explicar sus notas esenciales y llamar la atención sobre algunas de sus características, mediante este modesto aporte ■

AHUMADA, MARÍA ÁNGELES, «*Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo*». Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

ASEFF, LUCÍA MARÍA «*Argumentación jurídica y semiosis social*», Juris, Rosario, 2003.

BARRANCO DE BUSANICHE, GRACIELA «*Democracia, Estado de Derecho y Constitución*», en «*Argumentación Jurídica y Constitucionalismo*», Publicación de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 2011, Graciela Barranco de Busaniche y Eloy Emiliano Suárez (compiladores).

BIDART CAMPOS, GERMÁN J. «*Manual de la Constitución Reformada*», EDIAR, Buenos Aires, 2003.

COMANDUCCI, PAOLO «*Constitucionalización y Neoconstitucionalismo*», Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

FERRAJOLI, LUIGI «*Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia*». Trotta, Madrid, 2006.

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, Prólogo al libro «*Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*» del profesor ecuatoriano Jorge Zavala Egea.

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, «El derecho y sus circunstancias – Nuevos ensayos de Filosofía Jurídica», Capítulo II: «*Neoconstitucionalismo*» – Publicación de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

KELSEN, HANS «*Teoría Pura del Derecho*», UNAM, México, 1981.

PRIETO SANCHÍS, LUIS «*Justicia, constitucionalismo y derechos fundamentales*», Trotta, Madrid, 2003.

RODRÍGUEZ BERTONI, MARÍA JESÚS, «*El neoconstitucionalismo en el escenario argentino*», en la publicación de la UNL de AA. VV. antes citada «*Argumentación Jurídica y Constitucionalismo*».

ROSS, ALF «*Sobre el derecho y la justicia*», Eudeba, Buenos Aires, 1963.

SUÁREZ, ELOY EMILIANO, «*Constitucionalismo, división de poderes y función judicial*», op. cit., UNL.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO «*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*». Trotta, Madrid, 2003.

Constitucionalización del Derecho. Necesidad de asumir un cambio de paradigma para la adjudicación judicial.



DR. MARIO E. CHAUMET
Juez de la Cámara de Apelación en lo
Civil y Comercial, Sala III
Rosario

*«However, the law has indeed become complex
and we are therefore obliged to think in
terms of this complexity».¹*

1. Introducción

Hace ya tiempo que venimos sosteniendo que la constitucionalización del sistema de normas que se presenta en el derecho continental la imprecidible necesidad de reconocer la complejidad de la adjudicación judicial y de asumir un paradigma acorde con la misma.²

Son convincentes las palabras de François Ost: «Nunca nada será perdonado al «juez – asistencial» de hoy. Conciliar las economías familiares en crisis; dirigir las empresas en dificultades evitando, si es posible, la quiebra; juzgar si corresponde al interés del niño el ser reconocido por su padre natural, si la madre se opone (art. 319.3 del Código civil belga); apreciar si la interrupción voluntaria del embarazo se justifica por el «estado de angustia» de la mujer embarazada (art. 348 y ss. del Código penal belga); intervenir «en caliente» en los conflictos colectivos de trabajo y decidir (en procedimiento de extrema urgencia un 14 de agosto a medianoche) si la huelga de los pilotos de la aerolínea nacional, prevista para el día siguiente a las seis, es o no lícita; juzgar si un aumento de capital decidido con el objeto de oponerse a una oferta pública de compra de un holding, cuya cartera representa un tercio de la economía belga, es conforme a la ley; imponer moratorias a los trabajadores o a las empresas que amenazan el equilibrio ecológico.»³

En estos días la Corte IDH hizo pública su sentencia (caso: *Fornerón e hija vs Argentina*) por la cual declaró, por unanimidad, que el Estado de Argentina es responsable internacionalmente por incumplir su deber de garantizar con debida diligencia el desarrollo de los procedimientos de guarda y régimen de visitas, así como su deber de garantizar el acceso a un recurso efectivo para proteger los derechos de Sr. Fornerón y de su hija. Asimismo, concluyó que el Estado es responsable internacionalmente por incumplir su obligación de proteger a la familia y su deber de adoptar disposiciones de derecho interno para penalizar la venta de niños y niñas, así como por incumplir su deber de protección especial respecto de la menor.⁴

También condenó al Estado argentino a que verifique la conformidad a derecho de la conducta de determinados funcionarios que intervinieron en los distintos procesos internos y, en su caso, establecer las responsabilidades que correspondan e implementar un programa o curso obligatorio respecto de niños y niñas dirigido a operadores judiciales vinculados a la administración de justicia de la Provincia en cuestión, que contemple, entre otros, los estándares internacionales en Derechos Humanos, particularmente, en materia de los derechos de los niños y niñas, su interés superior y el principio de no discriminación.

Escapa al ámbito de este trabajo el análisis de la citada sentencia, sólo queremos ejemplificar la significación que a nuestro parecer tiene el tema.

La afirmación que propone el título del presente trabajo requiere -cuanto menos- un breve desarrollo de cómo construimos los conceptos adjudicación judicial, paradigma, y Estado Constitucional.

1.1. Adjudicación judicial

Se dice que los jueces ejercen la jurisdicción judicial. Diversas voces se utilizan para abarcar su actividad. Entre ellas, juzgar⁵, decidir⁶, resolver⁷. Partimos del supuesto de que los jueces en su actividad dicen y hacen y al decir también hacen.⁸

A partir del diccionario adjudicar (*del lat. adjudicare*) significa: «declarar que una cosa corresponde a una persona, o conferírsele en satisfacción de algún derecho». Desde distintos marcos teóricos jurídicos, la voz adjudicación esta fuertemente vinculada con el quehacer judicial.¹⁰ La voz fue y es utilizada en las disputas teóricas sobre la discrecionalidad judicial. Sin entrar en ellas, sostenía Hart (especialmente en su polémica con Dworkin) que: «Jueces de la talla de O. W. Holmes y Cardozo en los EE.UU. o Lord MacMillan o Lord Radcliffe en Inglaterra, y una multitud de otros juristas, tanto académicos como prácticos, han insistido en que el juez tiene una inexcusable,

aunque «intersticial» tarea de creación de derecho, y que por lo que al Derecho respecta, muchos casos podrían ser decididos de cualquier forma. Una consideración fundamental ayuda a explicar la resistencia a la pretensión de que algunas veces los jueces al mismo tiempo crean y aplican el Derecho, y también aclara los principales rasgos que distinguen la creación jurídica del Derecho de la legislativa.»¹¹

En nuestros días y partiendo de diversos fundamentos, autores como Posner¹² o Duncan Kennedy¹³ utilizan la palabra *adjudicación* para describir el proceso de decisión judicial, reflejando sus bases ideológicas. Hay quienes afirman que en la lucha entre los marcos teóricos «en los últimos años ha ganado terreno el paradigma que enfoca los problemas desde el punto de vista judicial y de la controversia. El impacto de las sentencias de los tribunales constitucionales y supremos en el estudio del Derecho es una novedad importante y hoy no se concibe el estudio del Derecho sin una teoría de la adjudicación.» Se afirma que los jueces adjudican derechos y deberes, responsabilidades y beneficios, que en dicha práctica «parece inadmisibles el empate o la indeterminación», pero para ella se necesita una teoría que «construya una justificación, la mejor, con los materiales que poseemos y con las mejores herramientas que nos convenza»¹⁴. También se precisa que: «El juego de la

adjudicación es distinto del juego literario o del juego descriptivo de normas»¹⁵.

Desde la teoría trialista del mundo jurídico afirmamos que los casos contienen adjudicaciones que pueden ser de dos grandes clases: «distribuciones» de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar y «repartos» originados por la conducta de seres humanos determinables. En los casos judiciales, al provenir la fuerza adjudicataria de hombres determinados (los jueces), deberíamos referir los «repartos judiciales»¹⁶. Somos conscientes de que la voz es extremadamente adecuada para especificar que el juez dice, pero también hace, en palabras de Cossio, conduce, eligiendo entre varias posibilidades, pero también y al decidir, reparte.

La noción de reparto especifica algo más que adjudicar. Desde la vivencia de la decisión se comprende que, frente al caso concreto, el juez no sólo adjudica, sino que además reparte y al repartir (entregar a personas distintas lo que han encargado o deben recibir) unos se benefician y otros se perjudican.¹⁷ No obstante ello, utilizaremos la voz adjudicación, dado el uso que ésta tiene en la comunidad jurídica.

Una aproximación desprevenida al tema -desde lo que denominaremos un paradigma moderno de la adjudicación judicial- podría hacer creer que el proceso

de formación de una adjudicación judicial es una actividad sencilla porque todos sus pasos están predeterminados en las leyes procesales y, además, porque es el propio autor quien los describe en su justificación. Según los presupuestos de referido paradigma, la labor técnica del juez debe limitarse a descubrir la voluntad del legislador expresada en la norma, a fin de aplicarla en el caso concreto, por medio de una labor puramente lógica y de verificación. El esquema clásico más representativo de este método es el de la subsunción de los hechos en la norma abstracta y general para obtener la consecuencia jurídica.

Muchos son los que en nuestros días afirman que ello no es así: los jueces deciden en una operación compleja. El razonamiento judicial es un camino azaroso que continuamente se desdobra y en cada bifurcación hay que ir decidiendo el sendero que se toma para continuar. Desde mediados del siglo XIX se han realizado críticas al modelo, que han puesto en evidencia la imposibilidad de reducir la decisión jurídica y, en particular, la argumentación judicial a una mera operación formal. En nuestros días existe un consenso casi unánime de que la jurisprudencia mecánica resulta difícil de sostener. Bastaría citar -al azar- teóricos de la últimas décadas tales como: Dworkin, Bobbio, Aarnio, Wroblewski, Villey, Finnis, Ferrajoli, Cossio, Goldschmidt, para observar -desde diversos presupuestos- la

misma impugnación. Como caso, Alexy manifiesta que refutar el modelo deductivo es demasiado fácil, ya que bastan referencias a la vaguedad del lenguaje del Derecho, la posibilidad de conflictos y colisiones de normas, por ello dice que este modelo desde hace mucho ya no es sustentado por nadie como modelo completo de aplicación del Derecho.¹⁸

Nos atrevemos a acotar que, si bien acordamos con ello, vemos -desde diversas prácticas- que el modelo sigue de alguna manera «viviendo» en la «matriz disciplinaria» de los operadores jurídicos, y en el presente trabajo queremos destacar los peligros que ello conlleva para una juridicidad «constitucionalizada».

1.2. ¿Cómo construimos la adjudicación? Los paradigmas jurídicos

En muchos ámbitos se cita la frase de Thomas S. Kuhn cuando sostenía que: «*Lo que ve un hombre depende tanto de lo que mira como de lo que su experiencia visual y conceptual previa lo ha preparado para ver.*»¹⁹ Reproduciéndolo en el ámbito de la adjudicación judicial, podríamos decir que lo que ve un juez depende tanto de lo que mira como de lo que su experiencia visual y conceptual previa lo ha preparado para ver.

Para ello la noción de «*paradigmas*» resulta ejemplificativa. Kuhn los define de la siguiente manera: «Considero a éstos como realizaciones científicas universal-

mente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica»²⁰. Los paradigmas son, por tanto, un marco o perspectiva bajo la cual se analizan los problemas y se trata de resolverlos.

Durante muchos años utilizamos una metáfora conocida: el paradigma les ofrece a los operadores jurídicos un par de anteojos a través de los cuales pueden «ver» la realidad. Se podría decir también que es el «sistema operativo» mediante el cual se asumen los problemas a tratar. En el caso de los jueces es la experiencia «visual y conceptual» previa con la cual afrontarán el caso a decidir.

El paradigma es reconocido como fundamento de su práctica, durante cierto tiempo, por alguna comunidad particular, dado que le proporciona una red de compromisos conceptuales, teóricos, instrumentales y metodológicos.²¹ Siguiendo la analogía, podríamos decir que la actividad de los operadores jurídicos está gobernada por determinados paradigmas que tienen como fin refinar, ampliar, y articular el modelo explicativo existente.

Pero el paradigma no permite resolver todos los problemas: hay enigmas que se resisten. Ante reiterados fracasos surge inseguridad en la comunidad profesional, se pierde la confianza en el marco conceptual y entabla la búsqueda de nuevos pa-

trones, de otras «matrices disciplinarias», se habla de que ha empezado un período de crisis de «ciencia no normal».

Si profundizamos la correlación, también advertiremos que con el devenir histórico podemos observar que los paradigmas jurídicos vigentes para una comunidad jurídica comienzan a perder su capacidad como modelo para resolver todos los problemas.²² En ese caso empieza a promoverse el cuestionamiento del paradigma y los juristas comienzan a considerar si supone el marco más conveniente para abordar los problemas o si debe ser abandonado. Se pone en crisis el paradigma y ello genera a su vez la proliferación de nuevos paradigmas (en principio, tentativos y provisionales) con vistas a resolver los nuevos desafíos. En esta etapa, los nuevos paradigmas compiten entre sí y cada uno trata de imponerse como el enfoque más adecuado.

Toda crisis, por lo menos en su primer despliegue, genera desorientación. La ruptura con el paradigma, que es gradual, nos quita el marco teórico desde el cual operamos. Siguiendo la metáfora: los lentes de nuestros anteojos ya no nos sirven, el sistema operativo se presenta inadecuado ante las nuevas necesidades, el paradigma dominante no nos permite ver los nuevos problemas, distorsionamos la observación y, lo más grave, hay algunos de ellos que no los llegamos a ver.

Con palabras de Khun, pero variando su contenido para referirlo al fenómeno jurídico, sostenemos que la actividad en la que la mayoría de los operadores jurídicos consumen casi todo su tiempo profesional, inevitablemente se la realiza suponiendo una matriz disciplinaria sobre el Derecho. Gran parte del funcionamiento del sistema se debe a que la comunidad se encuentra dispuesta a defender lo supuesto, si es necesario a un costo elevado. Pero con el curso histórico ese marco conceptual revela anomalías y a pesar de los esfuerzos repetidos, no responde a las esperanzas profesionales. En esas y en otras formas, el paradigma se extravía repetidamente. Y cuando lo hace -o sea, cuando la profesión no puede pasar por alto ya las anomalías que subvierten la tradición existente de prácticas científicas- se inician las investigaciones extraordinarias que conducen por fin a la profesión a un nuevo conjunto de compromisos, una base nueva para la práctica del Derecho. Los episodios extraordinarios en que tienen lugar esos cambios de compromisos profesionales son los que aquí podríamos denominar revoluciones jurídicas. Esos cambios, junto con las controversias que casi siempre los acompañan, constituyen las características que definen estas revoluciones.²³

El sistema jurídico continental de la «modernidad» va sufriendo intensas transformaciones que se manifiestan en todas

las áreas del Derecho. Desde el rol del Estado en la formación del Derecho, la metamorfosis en nociones de persona, contrato, propiedad, tensiones en el ámbito del delito y la pena, innovaciones en las legitimaciones procesales, nuevos significados de fuentes tales como Constitución, tratados, sentencias, la pérdida de entidad de la ley en la conformación del Derecho y el peso de las decisiones judiciales, son fenómenos que no pocas veces producen perplejidad en los operadores jurídicos del Derecho continental.²⁴

Entre las transformaciones que vive el Derecho continental de nuestros días sobresalen el peso que tienen los principios jurídicos y el rol de las constituciones en la aplicación judicial del Derecho. Desde ya destacamos el protagonismo que tiene la adjudicación judicial para una juridicidad cada día más «*principista*» y con un fuerte proceso de *constitucionalización* de todo el ordenamiento normativo. En función de ello afirmaremos que los operadores jurídicos (especialmente los jueces) necesitan de nuevas matrices disciplinarias para abordar el caso judicial.

1.3. Constitucionalización del sistema normativo

En diversas publicaciones, particularmente en otro número de esta revista, nos hemos referido al denominado fenómeno de constitucionalización del sistema de normas en el Derecho continental.

En las primeras consideraciones, para fundamentar el anteproyecto de Código Civil y comercial de la Nación, la comisión redactora expresó: «En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de Derechos Humanos con el derecho privado.»

Este fenómeno no es nuevo y se viene destacando en todo el Derecho continental. Ilustrativas resultaban las palabras de Perlingieri, para quien el juego de los principios constitucionales obligó a «refundar» el Derecho Civil. Por su parte Jean Foyer en su trabajo «*Le Code civil de 1945 à nos jours*», señala que el último período está dominado por las tenden-

cias crecientes a constitucionalización, internacionalización y europeización del derecho privado, que a su entender introducen numerosas disfunciones.²⁷

Todo el sistema queda saturado mediante los principios constitucionales, ningún conflicto jurídico deja de encontrar en ellos su solución. Un derecho «*constitucionalizado*» se caracteriza por una «*Constitución invasiva*», que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina, y reformula los roles de los actores jurídicos, en especial los del juez.

Habermas hablará de un fenómeno de colonización jurídica que, si bien saludable en un principio, culmina en «el carácter ambivalente de una garantía de libertad y de una privación de libertad (...) esa juridificación de los medios con que se hace frente a los riesgos de la existencia se cobra un notable precio en forma de intervenciones reestructuradas en el mundo de la vida de los beneficiarios».²⁸

En este marco, cabe preguntarnos ¿cuáles son las normas que, en un determinado contexto, fundan o justifican las decisiones judiciales? Respondiendo a esta pregunta, en nuestros días no es raro encontrarnos con decisiones judiciales sobre aspectos centrales de todas las ramas del Derecho que son justificadas directamente desde «principios constitucionales». Se ha afirmado -recordando ejemplos de la jurisprudencia alemana- que «casi podría

decirse que todo conflicto jurídico, desde el horario de las panaderías al etiquetado del chocolate, encuentra alguna respuesta constitucional».²⁹

En el modelo clásico de funcionamiento constitucional la principal forma de establecer si una norma es inconstitucional será constatar su contradicción con la normativa constitucional. Una decisión judicial es constitucional simplemente «respetando» lo delimitado por la Constitución³⁰. Nos resulta ejemplificativa la imagen del *semáforo en rojo*. Podríamos decir que en el modelo clásico para el operador jurídico, por ejemplo para el juez, la constitución *se ilumina en rojo* para determinar qué es lo que «no» puede adjudicar. En el mismo sentido se entiende que en el *Estado constitucional* cada decisión judicial debe «concretar» las exigencias constitucionales. En virtud de ello el control de constitucionalidad ya no se presenta como ausencia de contradicción con las normas constitucionales, sino que la rama debe además ser expresiva de una «razonable» determinación de los derechos que emanan de la Constitución. Desde el punto de vista del operador, desde la óptica de la decisión judicial, en el modelo del *Estado constitucional*, *la Constitución se le presenta al juez como un semáforo en verde*.

Caber resaltar que en no pocas oportunidades se omite la mediación de una norma

(habitualmente formalizada en una ley) que determine las condiciones de aplicación y los alcances del «principio constitucional», tarea que es asumida por los jueces en la solución de cada caso concreto.

2. Reconocimiento de la complejidad de la adjudicación judicial

Tener presente que la generalidad de las normas constitucionales que hacen a las denominadas partes dogmáticas, las que tratan sobre los derechos básicos de una comunidad, en la mayoría de los casos están reguladas mediante normas formuladas como principios, y también como directrices (normas programáticas, políticas).

Si bien es cierto que no es exclusivo de las constituciones el uso de este tipo de normas, que la aceleración histórica que caracteriza la cultura actual afecta también en el resto de las fuentes, especialmente las leyes, cierto es que los problemas metodológicos que origina en el Derecho continental, al funcionamiento de los principios se los ve reiteradamente vinculados con el Estado Constitucional.

No en vano García Amado se pregunta: «¿de qué manera dicen concretamente esas normas constitucionales lo que en su enunciado es indeterminado? Y ¿cómo se conoce y se muestra intersub-

jetivamente, con algún grado mínimo de objetividad, eso que dicen? En otros términos, finalmente, ¿de qué modo está presente un mandato concreto en un enunciado constitucional semánticamente indeterminado?»³¹

No podemos dejar de señalar la trascendencia que ello tiene en la juridicidad argentina, dado que es heredera del Derecho continental y que tiene un control de constitucionalidad difuso, donde cada juez está llamado a resolver los planteos sobre la constitucionalidad de las normas derivadas, para muchos aún declararla de oficio y aplicar directamente la Constitución. La particularidad, referida a la combinación entre Derecho continental y control difuso de constitucionalidad en un marco de *Estado Constitucional*.

Los jueces deben asumir un nuevo paradigma. No basta con invocar artículos de la Constitución o de los tratados sobre Derechos Humanos para justificar una decisión. La simple narración de los problemas que hemos expuesto demuestra que es menester que no se pasen por alto los factores sociales, económicos, culturales, políticos que pueden incidir sobre los juzgadores, para entender al método judicial como un proceso de la toma judicial de decisiones no exclusivamente procesal, ni lógico-deductivo.

La decisión judicial, especialmente en el *Estado Constitucional*, tiene que aceptar su carácter *compositivo*; no se razona

(exclusivamente) deductivamente partiendo de axiomas *a priori*, sino a partir de una suerte de composición entre los datos del problema. Ello demanda la formación de un saber prudencial en el arte de tener presentes las razones que recomiendan y las que desaconsejan dar un determinado paso en cada situación concreta. La decisión judicial no se limita a la interpretación teórica de una realidad jurídica sino que se inserta en esa misma realidad.

En el Derecho continental llegó la hora de tomar como objeto de estudio el elemento sobre el cual los jueces trabajan: el caso. El método judicial es un camino para la acción, para la toma de decisión, que el juez tiene un problema, tiene un caso y ello se hace más relevante desde un marco normativo donde las normas radicalmente indeterminadas ganan terreno.

Si volvemos por un instante sobre la variedad de temas que se presentan en los casos judiciales, (jueces resolviendo temas que hacen a la salud, vivienda, medio ambiente, patrimonio histórico, el interés superior del niño, ancianidad, información, trabajo, relaciones económicas, internacionales, cárceles), si cada uno de ellos, como todo el orden normativo es concebido como un desarrollo positivo de los derechos fundamentales; si estamos frente a «la era de los derechos», por cuanto muchos de ellos -que usualmente se consideraban consagrados en

el derecho natural- hoy forman parte del derecho positivo; si el aumento progresivo de normas suponen el reconocimiento de expectativas positivas; si la normatividad del Derecho continental está preferentemente estructurada sobre reglas indeterminadas, principios y directrices; si las adjudicaciones judiciales deben «concretar» las exigencias constitucionales y de los principios que surgen del resto de las fuentes; si los «derechos» están inseparablemente entretejidos con las normas constitucionales, no como meras proclamaciones sino con todos los recursos jurídicos exigibles para su defensa y, por tanto, puestos bajo la tutela del juez; si los principios (constitucionales y de los otros) son mandatos de optimización, dado que mandan la mejor conducta posible según sus posibilidades fácticas y jurídicas; si antes de aplicar un principio hay que llevar a cabo una deliberación previa; si a ello se le suma la exigencia de una metodología que permita reconocer al razonamiento jurídico como intersubjetivo, dialógico, en el que el juez no decide al margen del contexto social sino que su conciencia se convierte en conciencia pública; si acordamos las nuevas exigencias que ello impone sobre la pluralidad de destinatarios, prestaciones, formas de audiencia, diversidad de razones, límites (naturales, económicos, culturales, políticos, psicológicos) valores en juego, si no se quiere que ello se reduzca a una a un discurso formal totalmente alejado de lo que realmente ocurre, se comprende

por qué, tan frecuentemente, surge la voz complejidad.

La reconocida jurista francesa Mireille Delmas-Marty sostiene que si el objeto de estudio ha cambiado deben también los juristas cambiar dado que, de seguir pensando al Derecho a la manera tradicional, muy pronto deberíamos concluir que ya no habrá Derecho.³² Invita a pensar lo múltiple, a pensar la complejidad de un Derecho que dejó de ser binario, simple y perfecto.³³ Afirma que los jueces europeos están pensando al Derecho de manera diferente, que dejaron atrás las lógicas clásicas (que llevan a concluir «sí, es conforme» o, «no, es conforme») y adoptan lógicas graduales (que les permiten contestar si «esta disposición es compatible sobre tales aspectos con el tratado e incompatible con otros aspectos). Propicia la utilización de lógicas difusas. Piensa que la lógica clásica ya mostró sus límites.³⁴

3. Muestras de la constitucionalización normativa en la adjudicación judicial

La constitucionalización del Derecho modifica no sólo el sistema formal de derechos y garantías de los ciudadanos, sino que induce a reflexionar muy especialmente sobre la posibilidad y el alcance de la función judicial como instrumento para

su realización. Es cierto que «su reconocimiento universal como derechos plenos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada justiciabilidad,³⁵ entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que constituyen el objeto del Derecho».³⁶

La consideración sobre la *justiciabilidad* de los derechos se enriquece cuando se atiende a la distinción de los repartos (son adjudicaciones originadas por la conducción de seres humanos determinables) y las distribuciones (adjudicaciones producidas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar). Aun entendiendo que la decisión judicial se pueda encuadrar como reparto, la idea de influencia humana difusa permite reconocer la significación que tiene en las decisiones sobre los derechos, la intervención de los grandes poderes y tendencias de la economía y de la cultura, que si bien son desenvueltos por el obrar humano, lo hacen más allá de su conducta. Ello permite registrar, sin minimizar ni exagerar, que la decisión judicial sobre los derechos constitucionalizados se inscribe en un enorme entramado de relaciones culturales, políticas y económicas.

Uno de los temas en donde se evidencia el reparto judicial es en los casos vinculados a derechos constitucionalizados, en particular cuando se trata de los denominados derechos sociales. Repartir

implica, entre otras consideraciones, optar entre diversas posibilidades. Ellas se visualizan si se analizan sus elementos (repartidor, beneficiarios, objeto, forma, razones) y especialmente, en el tema a tratar, sus límites.

3.1. El repartidor de la adjudicación

Ciertamente, la «justiciabilidad» de los derechos constitucionalizados significa que importantes posibilidades de decisión se sustraen a proceso político de deliberación y disposición legislativas. Ello hace visible la relación de tensión existente entre los derechos fundamentales y la democracia». ³⁷ Por consiguiente, la objeción principal radica en que aquí se vislumbra con mayor intensidad el carácter no mayoritario de las decisiones judiciales ³⁸.

Desde el punto de vista de los derechos y garantías sociales de los ciudadanos frente a la función judicial, invita a reparar que este inmenso traspaso del poder decisorio a manos de los jueces puede tensar las razones democráticas del Estado de derecho. No en vano una de las objeciones esgrimidas en este tipo de decisiones -inclusive en los países anglosajones y especialmente vinculadas a los citados remedios- es el hecho de ser *antidemocráticas*. ³⁹ Así, Francesca Zannotti advierte que cuando se trata de decisiones que sobrepasan los derechos individuales de los partícipes del proceso, ampliar su ejecutividad, conlleva un

inmenso desplazamiento de facultades de los órganos democráticos a los jueces. Por eso se alega que los jueces ⁴⁰ pueden ordenar prestaciones al Estado derivadas de derechos sociales si el legislador previamente ya las ha determinado.

En torno a esto, Carlos S. Nino expresó que un juez que está completamente al margen del debate público y que no se hace responsable en ese debate ante sus conciudadanos, podría perfectamente torcer las conclusiones a que se haya llegado en el proceso político-democrático, acerca de la política social y económicamente preferible, acerca de la distribución de los recursos y de los mecanismos institucionales para proceder a esa distribución, ordenando que el Gobierno proceda de tal o cual manera. ⁴¹

Este marco de nueva actuación judicial -especialmente en el derecho continental- puede tener consecuencias inesperadas para el mismo poder judicial, en particular respecto de su legitimación, ya que la imagen de tercero imparcial que dice el Derecho se oscurece en pos de su rol redistributivo. ⁴²

El peligro se acrecienta si se piensa que la asunción por parte de los jueces de poderes decisorios tradicionalmente en manos de los otros poderes estimula a los órganos representativos para buscar nuevas «formas de control sobre el aparato judicial que le sustrae competencias». ⁴³

Para Alexy, es cierto que la «judicialización» conduce a un desplazamiento de decisiones de la competencia del legislador a los jueces pero, por otra parte, su no vinculatoriedad conduciría a una violación de las normas internacionales que tienen jerarquía constitucional. Si la objeción es correcta, nos encontraríamos frente al dilema que presenta el profesor de Kiel: o la inconstitucionalidad por desplazamiento de competencia o la inconstitucionalidad por violación de las cláusulas de vinculación. ⁴⁴

Según Nino, el argumento no mayoritario de la judicialización se puede contrarrestar si se tiene en cuenta que los jueces deben ejercer un control del procedimiento democrático de ninguna manera limitado a condiciones formales. El mismo autor expresaba que los jueces deben promover y ampliar el proceso democrático abriendo nuevos canales de participación y fortaleciendo la representación, sobre todo de los grupos con menos posibilidades de injerencia real en ese proceso. El proceso democrático debe desarrollarse en forma deliberativa, y no hay deliberación si las decisiones no están acompañadas de razones. Los otros órganos del Estado deben dar las razones del incumplimiento de modo que puedan ser objeto de la deliberación colectiva. Ello implica que los jueces no deben restringir el proceso democrático, sino corregirlo y profundizarlo, en especial cuando no se dan razones del incumplimiento. ⁴⁵

Sin perjuicio de ello, uno de los argumentos más significativos que opuso el iusfilósofo argentino a la objeción del control judicial de constitucionalidad es la protección de la autonomía individual. Cuando la omisión de los otros órganos pone en juego la subsistencia individual, no existe posibilidad de desarrollar un espacio de autonomía. Se abre una compuerta sumamente relevante para que los jueces tengan un papel activo en defensa de las condiciones imprescindibles en la defensa de la autonomía de los ciudadanos: «Hay derechos cuyo reconocimiento es tan esencial para la práctica constitucional vigente, que su desconocimiento, aun por una decisión democrática, socava claramente la continuidad de la práctica que da operatividad a ese tipo de decisiones»⁴⁶.

El ideal de un Estado constitucional se realiza gradualmente. Urge entender la diversidad de posibilidades. Lo que resulta impensable en países desarrollados (problemas y casos que jamás se vinculan con una decisión judicial) resulta frecuente en países subdesarrollados. En países en los cuales el Estado tiene un alto grado de inexistencia, una de las pocas vías para que determinados enunciados normativos no sean pura ideología es la apertura a un acceso judicial efectivo⁴⁷.

En última instancia, y siguiendo a Alexy, para saber si en un caso concreto el individuo tiene derecho a reclamarle judicialmente la prestación que le otorga un

derecho fundamental, se deberá tener en cuenta el principio de división de poderes y el de la democracia, que incluye la competencia presupuestaria del Parlamento. En todo caso, como lo sostiene el pensador alemán, estas condiciones están satisfechas en los derechos fundamentales sociales mínimos⁴⁸.

Así las cosas, ello indudablemente implica que se vean afectadas, de forma notoria, las premisas teóricas, filosóficas e ideológicas de la adjudicación judicial, en lo que se refiere al papel de la norma, sus posibilidades y límites, y en lo que respecta al papel del juez, su función y sus circunstancias. Dentro de ese contexto cierto es que el juez continental debe asumir más que nunca la complejidad de la cuestión a adjudicar.

3.2. Los beneficiarios de la adjudicación

Un análisis de la adjudicación judicial de derechos constitucionalizados, requeriría que los jueces se pregunten por los destinatarios de sus decisiones, por quienes pueden ser los beneficiarios y los perjudicados de la adjudicación judicial.

Dentro de los límites del presente trabajo queremos resaltar, a modo de ejemplo, uno de los tantos temas que abarcan el interrogante: la cuestión de si las disposiciones constitucionales de los *derechos sociales fundamentales* pueden

interpretarse de modo que sólo al Estado o también a los particulares les sean atribuibles obligaciones positivas.

Muchos afirman que el Estado es el único que está obligado a los derechos sociales cuando los calificamos como fundamentales. Se entiende que si la obligación surge de una fuente legal ello no transforma al Derecho en fundamental. Aun si la norma estuviera influenciada constitucionalmente se mantiene en la esfera del derecho común, tanto en lo material como en lo procesal. Dicho en otros términos, si se asume esta tesis, no cabe obligar a un particular a cumplimentar una asignación fundada en derechos sociales desde una norma fundamental. La aceptación de particulares concretos como obligados de los derechos sociales fundamentales presupone obligaciones especiales que dependen de la relación correspondiente, por ejemplo de la ley, del contrato, del parentesco, de la promesa⁴⁹.

Por el contrario, según la doctrina del efecto horizontal directo, también los particulares pueden ser sujetos obligados, de los derechos fundamentales⁵⁰.

Adherimos a las posturas que afirman que estos derechos obligan en primer término a la comunidad como un todo. Ello todavía no significa tomar posición acerca de si debe admitirse o no como obligado al particular. Si implica desestimar una perspectiva que suponga una repuesta

exclusivamente estatista de la cuestión. El Estado Nacional no es una figura universal ni eterna, es una creación de la cultura moderna. En tiempos en que se diluye su significación no resulta atinente pesar los derechos, especialmente los sociales, desde una posición radicalmente estatista.

Por otra parte, los plateos que muestran al Estado como el gran enemigo de la libertad individual, pierden sentido en nuestros días, si se tiene en cuenta las inmensas concentraciones de poder que existen fuera del marco estatal. Ello no implica desconocer que cuando de particulares obligados se trata, ellos son también titulares de derechos fundamentales.

Con relación a los particulares entendemos las razones pragmáticas y normativas que se señalan para desestimarlos como obligados.

Más allá de los problemas que encierra la justificación de los deberes positivos generales a una acción de asistencia, una de las preguntas a realizarse es cómo se justifica la selección de determinado particular para su cumplimiento. Aun admitiendo que existe un lazo entre el titular del derecho y el titular de la obligación, creemos que el problema radica en admitir que la justificación del mismo puede darse desde un principio constitucional. En este sentido es admisible considerar que el efecto horizontal de los derechos fundamentales significa que las leyes ci-

viles generales deben ser interpretadas de forma que valoraciones iusfundamentales adecuadas puedan ser introducidas.

Uno de los ejes de mayor tensión en cuanto a la vigencia de los derechos y garantías de los ciudadanos frente a la función judicial pasa por los derechos y garantías de aquellos otros ciudadanos que no participan del proceso y no obstante ello, son indirectamente gravados por las decisiones judiciales en él tomadas. Litigios sobre derechos sociales de soluciones, cuyas consecuencias excederán, en la mayoría de las situaciones, el impacto en las partes presentes ante los jueces⁵¹. Casos en los que las decisiones judiciales se proyectan sobre individuos indeterminados, y los jueces deben replantear su estilo de pensamiento tradicional referido a partes individualizadas en los expedientes.

Ello a su vez genera diversas posibilidades de conflicto. Una de ellas, es el trancé entre los derechos de aquellos que plantean su caso en sede judicial y los que no lo hacen pero estarían en la misma situación, lo que implica conjeturar si estaríamos en condiciones de satisfacer el derecho de todos⁵².

Otra cuestión muy frecuente a la hora de la adjudicación judicial de estos derechos, es la vinculada al grado de afectación de los mismos derechos de otros miembros del grupo por la satisfacción del derecho del peticionante. Esto es muy

común en las acciones judiciales donde se solicitan prestaciones de salud. Así se ha dicho que no se puede condenar a la obra social a lo imposible o a conductas que afecten el derecho a la salud de los demás afiliados.⁵³

Vinculado con las cuestiones que hacen al objeto de lo pretendido por el peticionante, también se pueden indirectamente vulnerar otros derechos sociales del resto de los miembros de la comunidad. Y allí se presentan preguntas tales como: ¿qué es más importante: el derecho a la educación o el derecho a la vivienda?, ¿trabajo o salud?, ¿esta prestación de salud o esta otra? Todo ello, a su vez, tendrá que ver con la posibilidad de comparar en el caso distintos derechos.

En relación a las objeciones vinculadas a los destinatarios, provisoriamente, podemos reiterar lo ya expuesto sobre los derechos fundamentales mínimos, en especial en lo relativo a la desigualdad que pueden originar las decisiones judiciales entre quienes accionan y quienes no lo hacen, y respecto de otros derechos de terceros. Por eso sostiene Alexy que: «el individuo tiene un derecho definitivo a la prestación cuando el principio de la libertad fáctica tiene un peso mayor que los principios formales y materiales opuestos tomados en su conjunto». Este es el caso de los derechos mínimos. A este tipo de derechos mínimos definitivos se hace posiblemente referencia cuando

derechos a prestaciones públicas sujetos y justiciables son contrapuestos a un contenido objetivo excesivo.

Aún así, los diversos tópicos que traen aparejado estos casos al tener en cuenta los derechos y garantías de aquellos otros destinatarios que no participan del proceso y no obstante ello son indirectamente gravados por las decisiones judiciales por él tomadas, que en la mayoría de los casos no existen posibilidades de resolver por anticipado y con precisión la tensión, que ello deberá efectuarse sobre los datos que presente el caso concreto, evidencia más la necesidad de reconocer la complejidad de la adjudicación judicial.

3.3. El objeto de la adjudicación

De más está repetir en cuanto al objeto de la adjudicación, que la comprensión del medio ambiente, consumo, patrimonio histórico, cultural, lingüístico, del interés superior del niño, ancianidad, cuestiones de género, pueblos originarios, educación, salud, consumidor..., requerirán esfuerzos especiales del juzgador que no encontrará simplemente en las normas. Abordar el análisis de dichos problemas supone la aceptación decisiva de la influencia de otras disciplinas, en muchos casos interactuando con ellas.

En considerables casos el juez deba integrar su conocimiento -sin diluirlo- en

la interdisciplinariedad. Para los reduccionismos jurídicos ello no es relevante. Cabe recordar que en gran medida la teoría prevaleciente de cultura jurídica de la modernidad fue construida en un momento en donde no se habían desarrollado la antropología, la psicología, la economía, entre otras disciplinas.

Es evidente que la condición de «*justiciabilidad*» requiere identificar las obligaciones mínimas de los obligados. Dice Alexy, ejemplificando con el derecho al trabajo, que la escala de interpretaciones concebibles se entiende desde un derecho utópico a que cada uno reciba el trabajo que desee, hasta un derecho compensatorio para recibir ayuda en caso de desempleo. Aun en el caso del derecho fundamental más simple, el derecho a un mínimo vital, la determinación de su contenido exacto plantea serias dificultades.

La cuestión del objeto de la adjudicación conlleva diversos temas a tratar. En función de nuestro propósito de resaltar los elementos que demuestran la necesidad de asumir su complejidad, recordamos que la mayoría de las veces la pretensión puede cumplirse mediante diversas acciones de los titulares de la obligación. Como lo expresa Arango, esta característica ha llevado a muchos autores a definir los derechos sociales fundamentales como «*derechos de configuración*», «*demandas de dotación*», «*mandatos constitucionales*» o «*finés esenciales del*

Estado». Coincidimos en cuanto a que expresa que aunque en el cumplimiento del objeto de los derechos sociales entre en juego la discrecionalidad del legislador, ello no significa que en el caso de su inactividad no exista un derecho que deba ser protegido.

Los medios para el cumplimiento del objeto pueden ser acciones positivas y negativas. A su vez las primeras pueden consistir tanto en una acción fáctica como en una normativa. Son más comunes las primeras. Con relación a las segundas podemos citar, a título de ejemplo, sentencias exhortativas que con mayor frecuencia se expiden en la jurisprudencia argentina.⁵⁴ En el caso «*Verbitsky*» vinculado a ciertas condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires la Corte Suprema de la Nación exhortó a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales. La Corte Interamericana de DDHH en el reciente caso «*Fornerón e hija vs Argentina*» (sentencia del 27/04/12) en otras condenas dispuso que el Estado argentino debe adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar la venta de niños y niñas.

Lo dicho con relación al objeto en este tipo de casos resalta la tesis sobre el inexcuso

sable deber de aceptar la complejidad de su adjudicación judicial. Véase a título de simple ejemplo las exigencias de motivación que se reclaman en esta sentencia: «no cabe duda —y, a su vez, no es objeto de cuestionamiento— que corresponde a los poderes Legislativo y Ejecutivo la determinación de las políticas de Gobierno que cumplan con la obligación constitucional de asegurar los derechos objeto de tutela en este proceso. A su vez, la decisión en torno a los cursos de acción que resultan idóneos para hacer efectivo este derecho es materia privativa de la ley y la administración y, a tal efecto, disponen de un amplio margen de actuación. Ello no obsta que, tal como se sostuvo en otras oportunidades, frente a una controversia —y en caso de resultar procedente la acción por encontrarse reunidos los diferentes presupuestos procesales de admisibilidad—, corresponda al órgano jurisdiccional corroborar, en primer lugar, si el órgano político cumplió con su deber constitucional de reconocer los derechos y, a tal efecto, diseñó políticas públicas tendientes a asegurar su efectiva vigencia. En segundo término, corresponde al juzgador determinar si la política o el programa a tal efecto creados, son razonables, es decir, si éstos se ajustan a los estándares constitucionales y, asimismo, si resultan adecuados para satisfacer los derechos. Si los mencionados programas cumplen con tales presupuestos, ninguna consideración corresponde hacer a los jueces sobre políticas alternativas. Finalmente y en tercer lugar, es ne-

cesario que el magistrado compruebe si, una vez delineadas las políticas y creados los programas respectivos, éstos efectivamente se cumplen».⁵⁶

Sin perjuicio de lo ya dicho, la complejidad del objeto se evidencia aún más si reparamos en que la determinación concreta de la prestación exige no dejarse llevar a priori por la fuerza retórica que conlleva la invocación del derecho. El derecho a tener acceso a la salud goza de una indudable fuerza de convicción, pero otra cosa es diferenciar si determinada prestación hace a la salud de este paciente.⁵⁷

3.4. La forma de la adjudicación

Las características culturales de la posmodernidad dificultan las posibilidades reales de audiencia y, en consecuencia, la posibilidad misma de proceso. En el ámbito del derecho procesal se pueden señalar posturas más garantistas o activistas que discuten sobre la intensidad de audiencia que debe dársele a las partes en relación con las facultades judiciales.⁵⁸ La tensión aumenta si se advierte que los casos judiciales se presentan a menudo con la forma de procesos urgentes. Las posiciones activistas pretenden solucionar las urgencias sociales en algunos casos aun sin escuchar a los interesados. Las posiciones garantistas en el proceso civil deberán evitar que la *participación* procesal se convierta en *participacionismo* (si cabe) y considerar que la urgencia es un elemento a te-

ner especialmente en cuenta en nuestros días. No todo merece ser escuchado de la misma manera, ni en el mismo momento. Se requiere un delicado equilibrio: que el proceso sea participativo, sin dejar de ser eficiente.

Sin perjuicio de ello, en la indeterminación de las normas constitucionales, importa establecer su contenido o alcance evitando sorpresas. Es inadmisibles que los litigantes sean sorprendidos por una decisión que se apoye fundamentalmente en una visión jurídica desconocida. El tribunal debe, por lo tanto, dar conocimiento previo de cuál dirección o derecho subjetivo corre peligro.⁵⁹

En el fondo, «el diálogo judicial se transforma en una auténtica garantía de democratización del proceso, al impedir que el poder del órgano judicial y la aplicación de la regla *iura novit curia* redunden en instrumento de opresión y autoritarismo, sirviendo a veces a un mal explicado tecnicismo, con obstrucción a la efectiva y correcta aplicación del derecho del caso».⁶⁰

Desde una perspectiva de teoría jurídica y de Derecho Constitucional que se pregunta por los legitimados para la interpretación constitucional, Häberle reclamará la apertura a un número tan abierto como pluralista sea la sociedad⁶¹.

En suma, «el juez constitucional no es el único intérprete en el proceso constitucio-

nal: en el procedimiento hay varios participantes, y las formas de participación se amplían»⁶². Esto es lo que, de alguna manera, están imponiendo las legislaciones procesales alemana⁶³ y francesa⁶⁴. Esto es lo que impone la legislación, la jurisprudencia y la doctrina española para la definición de la cuestión constitucional⁶⁵ e incipientemente, para «circunstancias sobrevivientes de las que no es posible prescindir» según nuestra propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁶⁶

En síntesis y de la misma manera que lo hemos afirmado en otros trabajos, nuestra propuesta es que la justificación de este tipo de decisiones judiciales depende fuertemente de la participación procesal de los litigantes en el debate normativo.⁶⁷ Copiando a Damaška diremos que cuanto más fuerte sea la «voz» de las partes en el proceso, más cerca estaremos de una decisión correcta.

3.5. Las razones de la adjudicación

Desde el punto de vista de las razones de la decisión, estos casos se presentan como ejemplos de determinación judicial, suponiéndolo precisamente como una tendencia a olvidar los límites normativos que tiene el juez, o bien a pensar que dichos límites son sólo ficticios. Un determinista extremo sería así, el juez que pensara que juzgar es solamente una cuestión de voluntad y no de razón.⁶⁹ En este sentido, las *indeterminaciones*

normativas y el uso de *principios* tan frecuentes en estos derechos, conllevan el peligro de la utilización de criterios propios del juez en su determinación con relación al caso. Con razón señalan Atienza y Ruiz Manero que «las reglas están destinadas, pues, a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla.»⁷⁰

Aunque parezca obvio, debe señalarse que estas acciones no son el remedio adecuado para canalizar las disconformidades personales con las políticas legislativas y administrativas desplegadas por los otros Poderes. Es cierto que los jueces son también beneficiarios de las decisiones en juego (como que también son ciudadanos) y que muchas veces no comparten las políticas que surgen de los otros Poderes del Estado. Pero —aunque suene a Perogrullo y como lo expresara el juez Marshall— resultaría evidentemente impropio que el mismo juez antepusiera sus propios criterios, al no estar de acuerdo con las apreciaciones de oportunidad, mérito y conveniencia en general, de la política decidida por el Poder Legislativo. Recuerda Aída Kemelmajer de Carlucci que: «la dimensión social del ser humano es incompatible con una concepción que vea en los derechos fundamentales un instrumento para construir un mundo a nuestra

imagen y semejanza, sin respetar las condicionantes propias del contexto vital en que se desarrolla nuestra existencia junto a los otros».⁷¹

Con relación a la adjudicación judicial, y en consideración a la constitucionalización de derechos, atañe tener presente lo expuesto por Ciuro Caldani en cuanto a la razón judicial en estos tiempos. Alude a que los momentos de mayor despliegue de la razón judicial son los de la búsqueda de equilibrio social como los que reflejó, por ejemplo, la propuesta de Montesquieu. Agrega que «los despliegues extremistas de los grupos y las clases son una de las líneas de gran dificultad de la razón judicial porque se toma «partido» por uno u otro de los estilos culturales respectivos.»⁷² En estos casos se hace evidente la tensión.

3.6. Los límites de la adjudicación

Una de las cuestiones más importantes en la teoría de la adjudicación judicial es la de los límites necesarios que la «naturaleza de las cosas» le impone al reparto judicial. La adjudicación judicial está condicionada siempre por el contexto personal y social del juez. Los casos vinculados a derechos constitucionalizados se desenvuelven en un marco de realidades que pueden servirle de límites necesarios, por ejemplo, por las fuerzas psíquicas, políticas, culturales y económicas. Se hace necesario asumir que muchas veces *aunque queramos no podemos*.

La cultura de nuestro tiempo está especialmente signada por límites económicos. Así por ejemplo con relación a los derechos sociales hemos señalado las críticas que acusan que éstos involucran casos estructurales, donde la afectación del Derecho depende de un complejo entramado institucional y político que difícilmente puede ser superado. En estos casos se hace evidente que la excesiva pretensión respecto de las posibilidades de la adjudicación judicial, sea de parte de los propios jueces o del resto de la comunidad, es uno de los más frecuentes motivos de su fracaso.

Por otra parte, una de las objeciones que en no pocas oportunidades se le dan a estos derechos, está en relación con el contenido económico que tienen las prestaciones peticionadas. Ciertamente, un radicalizado economicismo puede convertir los derechos sociales fundamentales en derechos de segunda categoría; pero paralelamente es imperioso señalar que al tomar decisiones de este tipo se pueden comprometer recursos que tornen ilusoria la realización de otros Derechos Humanos. Ello sólo se puede evitar con una adecuada justificación por parte del órgano jurisdiccional que tendrá la carga de ponderar todos los elementos en juego.

Sin perjuicio de ello, convengamos con Alexy en que «el grado de ejercicio de los derechos fundamentales sociales aumenta en tiempos de crisis económica. Pero, justamente

entonces puede haber poco que distribuir.»⁷⁴ Si bien este autor reconoce la objeción que indica que la existencia de derechos fundamentales definitivos, por más mínimos que sean, puede determinar que una crisis económica derive en una crisis constitucional, señala que circunstancias diferentes pueden conducir a diferentes derechos definitivos y que «parece indispensable una protección iusfundamental de las posiciones sociales, por más mínima que ella sea.»⁷⁵

Para superar los límites, para evitar tropezar innecesariamente con ellos, para vencer sus resistencias, urge en este tipo de casos que los jueces tomen conciencia. En virtud de ello se ha dicho que: «Si bien por su cercanía con los casos los jueces pueden comprender las nuevas situaciones mejor que los repartidores legislativos, suelen ser a su vez limitados por la falta de visión de conjunto y por el juego de los factores de poder, que en ciertas circunstancias están en mejores condiciones para dominarlos. Sobre todo en estilos de pensamiento como el continental, apoyados de manera tradicional en un protagonismo legislativo, los jueces pueden tener escasa conciencia de la estrategia que siempre se necesita en el Derecho, de modo especial ante una nueva Era. Respecto de estos tiempos nuevos es poco lo que se sabe, pero algún enfoque de conjunto resulta siempre necesario.»⁷⁶

En función de lo expuesto con relación al repartidor, destinatarios, objeto, forma,

razones, límites, la adjudicación judicial referente a los derechos constitucionalizados, el juez deberá hacerse cargo de la *complejidad* del tema. Para ello se requiere contar con un marco conceptual, una matriz disciplinaria, un paradigma, que le permita asumirlo.

4. Aportes trialistas para asumir un cambio de paradigma para la adjudicación judicial

En la juridicidad continental por mucho tiempo el paradigma dominante estuvo sólo interesado en problemas normativos. Las normas no constituyen por sí solas el material a tener en cuenta en una adjudicación judicial, en igual medida tampoco lo son los hechos o los valores. Para comprender un problema jurídico, para comprender en su complejidad una decisión judicial, especialmente la *constitucionalizada*, hay que analizar la interrelación que existe entre los hechos, las normas y los valores.

Sostenemos que está justificado que la teoría trialista del mundo jurídico⁷⁷-que pone el acento en considerar los hechos, las normas y los valores en juego en cada fenómeno jurídico- responde satisfactoriamente al gran desafío del pensamiento actual que significa la referencia a la complejidad pura que inevitablemente conlleva este proceso de constitucionalización. A nuestro entender, la teoría trialista del mundo jurídico da una plu-

ralidad metodológica (sociológica, normológica y axiológica) que permite comprender en toda su complejidad un caso y superar los reduccionismos jurídicos.⁷⁸

Uno de los objetivos fundamentales de la teoría trialista es evidenciar en cada momento quiénes se benefician y quiénes se perjudican en la vida jurídica y en qué aspectos de sus vidas se benefician o perjudican».⁷⁹

El operador del Derecho que interviene en su aplicación siempre inquiere el sentido de las normas con vistas a los hechos: «Estos son algo más que el «caso» o el campo de proyección de los preceptos. Aunque pertenecen, ciertamente, al mundo de lo empírico, suministran criterios explicativos, actúan como estímulos sensibilizadores de los conceptos y revelan facetas que en la expresión abstracta de los preceptos pueden pasar desapercibidas.»⁸⁰ Por eso se destaca que la implicación entre derecho y sociedad es recíproca y que la presencia de la sociedad se opone a decisiones arbitrarias.⁸¹

No obstante los diversos desarrollos teóricos que muestran el significado de los hechos en el Derecho, todavía hoy se oyen voces que califican como puro pragmatismo, realismo jurídico decisivo o sociológico, a cualquier decisión judicial que asuma los elementos fácticos del conflicto.⁸²

Asumir la complejidad de un caso constitucionalizado implica necesariamente

asumir el análisis de su dimensión sociológica. Es más, ello no importa una operación complementaria del resto de las dimensiones de lo jurídico, sino que para poder entender con plenitud los aspectos normológicos y axiológicos de una decisión judicial no se puede marginar su dimensión sociológica. Es que, «en la operatividad práctica y especialmente en la aplicación judicial, el sentido de las normas no está desligado por entero de su incidencia en los hechos».⁸³ Lo mismo sucede con los aspectos axiológicos del caso. Si no se quiere caer en posturas a priori, no hay que resistirse a asumir la dimensión sociológica del problema. Toda valoración supone la realización de un deber ser ideal aplicado. Si no hay realidad a valorar, no hay valoración.

Ya hemos subrayado que hoy más que nunca, desde los parámetros del Estado constitucional, para tomarse *los derechos en serio, es imprescindible también tomar los hechos en serio*.⁸⁴

Con elocuencia se ha dicho que: «Desgarrada la cobertura normativista que impuso la ideología de la exégesis, los casos muestran ahora con frecuencia, sobre todo cuando no está en juego el sistema dominante, una politización *light* que los jueces no se encuentran en condiciones de afrontar y las consecuencias llegan a un descrédito muchas veces inmerecido de su desempeño, o al condicionamiento de sus decisiones».⁸⁵

Las investigaciones teórico-jurídicas del siglo XX desarrollaron grandes despliegues de complejidad en referencia a las normas. Sin embargo desde la teoría trialista se puede comprobar que -aun desde el punto de vista normológico- la complejidad de los casos se manifiesta principalmente en la relación de las normas con la realidad social.⁸⁶ Así al tomar decisiones con normas interesa saber en qué medida reflejan esa realidad. Verbigracia, importa determinar el grado de cumplimiento de las normas y cabe advertir que para el logro de ello, el juez es uno de los principales engranajes de ese enlace entre norma y realidad social. Hemos dicho que la constatación de la exactitud de las normas es especialmente significativa en el Estado constitucional y democrático de Derecho, para evitar que el derecho sea una pieza ideológica que sirva para encubrir lo que sucede en la realidad.

Asimismo ya consideramos que debido al avance de las normas generales indeterminadas, gana espacio la idea de la operatividad (decisoria) automática de los principios, reclamándose al encargado del funcionamiento (v.gr., el juez) su determinación, aun en los casos de omisión. Como lo hemos desarrollado en otros trabajos, son los elementos que surgen de la dimensión sociológica del caso los que suministrarán los datos para poder determinar la norma a aplicar. Este marco teórico ofrece categorías que permiten tal tarea.

Creemos que uno de los mejores aportes del trialismo para la adjudicación judicial es la distinción entre las tareas, dado que ella pone en evidencia en qué medida es el juez el real autor de la adjudicación. Así diferencia la interpretación, donde en última instancia se pretende averiguar la auténtica voluntad de los autores de las normas, de la determinación (cuando los jueces superan ese marco) y también de la elaboración (cuando se apartan del marco de posibilidades normativas). A diferencia de otros métodos que permiten e incluso promueven el ocultamiento del desempeño judicial en la manipulación de la interpretación, de la determinación y de la aplicación, mediante la referida diferenciación, permite precisar quién es el que está adjudicando. De esta manera se evita que el juez se «esconda» detrás de la voluntad del legislador, o de la denominada «voluntad de la ley». Ello es más que trascendente cuando se trata del funcionamiento de principios. Para la comprensión del caso judicial y su solución (especialmente en nuestros días en el Derecho continental) hay que tener en cuenta que en él, subyacen consideraciones axiológicas. Y es que los conflictos habitualmente exigirán elecciones o preferencias del aplicador, lo que implica el reconocimiento del elemento valorativo. La preferencia está vinculada con una alternativa elegida como mejor y ello involucra una valoración. A título de ejemplo, en las acciones donde se invoca la protección ambiental casi siempre surge

una tensión clara entre los principios ambientales, el desarrollo y las necesidades sociales insatisfechas; ni qué hablar de los reparos que se muestran en los casos en donde están en juego la libertad de expresión y la intimidad o las controversias que implican decidir sobre las alternativas concretas que suponen en el caso el interés superior del niño. Ciertamente, «...ante el caso, del juez es la garantía última e imprescindible de que los valores, y en lugar destacado la Justicia, sean apreciados en todas sus exigencias, en especial en días de gran variación histórica».⁸⁷

Según la teoría trialista existe un complejo axiológico a tener en cuenta. Sin entrar en la discusión sobre los fundamentos más objetivistas, subjetivistas o intersubjetivistas en materia axiológica, estamos convencidos de que la apertura a la realidad social y la elección entre opciones que habitualmente exigen estos casos, hace que las preferencias se justifiquen en razones valorativas.⁸⁸ La pretensión del cierre de una fábrica que se supone afecta el medio ambiente, o la de no permitir el traslado de un monumento histórico, el reclamo de un grupo étnico para que se le permita aprender su lengua en la escuela pública y/o el de un grupo religioso contra una manifestación que dicen atenta contra las bases de su culto, la demanda de una asociación protectora de una especie silvestre para que no se permita la construcción de una autopista, o la de un consumidor de

un servicio público domiciliario para que no se privatice una empresa, suponen el reconocimiento de los valores que están en juego.⁸⁹

Estamos convencidos que la constitucionalización del Derecho que se viene gestando en el Derecho continental de este tiempo refuerza la noción de que el juez se desenvuelve en tres marcos de posibilidades (normativos, fácticos y axiológicos). Los operadores jurídicos (especialmente los jueces) necesitan de nuevas matrices disciplinarias para abordar el caso judicial. En función de ello afirmamos que la teoría trialista del mundo jurídico tiene proyecciones en diversos sentidos, que permiten elucidar la elaboración y justificación de la adjudicación judicial en un derecho constitucionalizado ■

¹ OST, FRANÇOIS, VAN DER KERCHOVE, MICHEL, *Constructing the complexity of the law: towards a dialectic theory*, <http://www.reds.msh-paris.fr/heberges/dhdi/textes/vdk1.pdf>, 22-02-12.

² *Reflexiones sobre la implementación de la decisión judicial compleja*, en Lexis Nexis, número especial sobre: Razonamiento judicial, (Bs. As. 31.03.04), págs. 38 y sgtes. *El Estado Constitucional y el Derecho Privado*, en *El Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Homenaje al Profesor MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI, (Bs.As., 2005), *La Ley*, págs. 29 y sgtes.

³ OST, FRANÇOIS, JÚPITER, HÉRCULES, HERMES: *Tres modelos de juez*, trad. ISABEL LINFANTE VIDAL, en *Doxa* n° 14, págs. 176, www.cervantesvirtual.com, 12-01-2008).

⁴ *V. reporte relaborado* por SANTIAGO J. VÁZQUEZ CAMACHO, (<http://corteidhblog.blogspot.com.ar/2012/06/sentencia-sobre-caso-de-guarda-de-nina.html>, 03-07-12).

⁵ Entre los significados de la palabra juzgar (del lat. iudic re), se admite que es lo dicho de la persona que tiene autoridad para deliberar acerca de la culpabilidad de alguien, o de la razón que le asiste en un asunto, y sentenciar lo procedente. Diccionario de la lengua española, (06-03-12).

⁶ Del lat. decid re, cortar, resolver, indica «cortar la dificultad, formar juicio definitivo sobre algo dudoso o contestable» (Ibídem).

⁷ A su vez entre los muchos significados que el mismo diccionario da a la palabra resolver (del lat.

resolv re; de re, y solv re, soltar, desatar), nos resulta relevante destacar que la misma expresa «hallar la solución de un problema», «tomar determinación fija y decisiva», pero resulta relevante señalar que también implica desatar (soltar lo que está atado). La jurisdicción es concurrentemente, «juzgar», «decidir» y «resolver».

⁸ CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, *Filosofía de la Jurisdicción* (Rosario, 1998). Edit. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, pág. 7.

⁹ Op. cit. Diccionario de la lengua española, (06-03-12).

¹⁰ Una de las nociones más difundidas en el siglo XX es la expuesta por H. L. A. HART. (*El concepto de derecho*, trad. de DE GENARO R. CARRIÓ, (México, 1980). Editoria Nacional).

¹¹ HART, HERBERT L. A., *El nuevo desafío del positivismo jurídico*. trad. de LIBORIO HIERRO, FRANCISCO LAPORTA Y JUAN RAMÓN PÁRAMO. Sistema (mayo, 1980), n°. 36, pág. 3-18., <http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc/Cerdio/teoria%201/El%20nuevo%20desafio%20del%20positivismo%20juridico.doc> (20-10-09).

¹² PONSER, RICHARD A., *How Judges Think*, (CAMBRIDGE MASSACHUSETTS, 2008), Harvard University Press, pág. 369.

¹³ KENNEDY, DUNCAN, *A Critique Of Adjudication: (Fin De Siècle)*, (Cambridge Massachusetts, 1997), Harvard University Press; *Liber-tad y restricciones en la decisión Judicial*, trad. de DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA Y JUAN MANUEL

POMBO, (Santa Fe de Bogotá, 1999), *Siglo del Hombre* Editores. V. TBÉN. MILJIKER, MARÍA EVA, DUNCAN KENNEDY y la *Crítica a los Derechos*, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. 2006 -47- 92. http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub_a7n1.html 05-03-12, (06-03-12).

¹⁴ CALSAMIGLIA, ALBERT, *Indeterminación y realismo*, en *Análisis e diritto* 1999, págs. 219-227. http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_1999/calsamiglia.rtf (06-03-12).

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Sobre el trialismo nos remitimos a la bibliografía y las consideraciones que efectuaremos en los próximos apartados.

¹⁷ En gran medida, la cultura occidental ha entendido la jurisdicción judicial sosteniendo que el juez debe darle a cada uno lo suyo y que «el sometimiento de una controversia al juez crea por sí mismo una especie de materia común, la lis inter partes, que debe ser repartida entre las partes, de modo que la ganancia de una de las partes es la pérdida de la otra». (CIANCARDIO, JUAN, *La interpretación de las fronteras del sistema jurídico*, en *Interpretación y argumentación. Problemas y perspectivas actuales*, Coord. CARLOS ALARCÓN CABRERA y RODOLFO L. VIGO, (B.As., 2011), *Marcial Pons Arg.*, pág. 174).

¹⁸ ALEXY, ROBERT, *Teoría del discurso y derechos humanos*, trad. de LUIS VILLAR BORDA, (Bogotá, 1995), Universidad Externado, págs 37 y sgtes.

¹⁹ KUHM, THOMAS S., *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. AGUSTÍN CONTÍN, (México, 1971),

Fondo de Cultura Económica, pág. 179. Del mismo autor, *La revolución copernicana*, Trad. VIRGILIO ORTEGA, (Barcelona, 1978), Ariel. Vol. I y II.

²⁰ KUHM, THOMAS S., op. it., *La estructura de las revoluciones científicas*, pág. 13.

²¹ En el plano de los derechos humanos refiere PEREZ LUÑO que: «Las continuidades o rupturas operan siempre respecto a marcos culturales paradigmáticos, que conforman el subsuelo intelectual de las distintas concepciones de los derechos humanos.» (PEREZ LUÑO, ANTONIO E., *Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?*, en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. (Coord. PEREZ LUÑO, (Madrid, 1996), *Marcial Pons*, pág. 21.

²² ISERN, MARIANA, *La estructura de las revoluciones científicas en el derecho*. Una aproximación. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 9, 2005/2006, ISSN 1575-7382, 23-02-12.

²³ La frase fue elaborada imitando la estructura original pero con palabras diferentes (KUHM, THOMAS S., op. it., *La estructura de las revoluciones científicas*, págs. 27 y sgtes.).

²⁴ Escapa al ámbito de este trabajo reflejar que a nuestro entender ello es en gran medida producto de un período de profundos cambios en la estructura cultural que se manifiesta en todos los aspectos de nuestra sociedad.

²⁵ VIGO RODOLFO, LUIS, *Del prometido derecho a través de normas al real derecho a través de principios*, L.L., 21-05-07.

²⁶ PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, (Napoli, 1984), pág. 78. V. también *Por un derecho civil constitucional español*, Anuario de Derecho Civil, 1983, ene-mar, xxxvi, págs. 1/16.

²⁷ En: 1804-2004, *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, (Paris 2004), Univesité Paris II, Dalloz, págs. 275-296.

²⁸ HABERMAS, JÜRGEN, *Teoría de la acción comunicativa*, (Madrid, 1988). Edit. Taurus, t. 2, págs. 511/512.

²⁹ PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Constitucionalismo y garantismo*, en, *Garantismo*. Estudios sobre el pensamiento jurídico de LUIGI FERRAJOLI, (Madrid, 2005), Trotta, pág. 48.

³⁰ AGUILÓ REGLA, JOSEP, *Sobre la Constitución del Estado constitucional*, en «Doxa 24» (Alicante, 2001), N° 24, págs. 29 y sgtes.

³¹ GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Derechos y Pretextos*. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo, página de JUAN A. GARCÍA AMADO <http://www.geocities.com/jagamado/>. (20.10.11).

³² DELMAS-PARTY, MIREILLE, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*. (Paris, 2004), Presses Universitaires de France, Pour un droit commun, (Paris, 1994), Seuil.

³³ Op. cit. *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, págs. 258 y sgtes.

³⁴ «Il faut alors rechercher les techniques qui permettraient d'éviter le risque d'arbitraire qu'implique un tel transfert de pouvoir au juge: préalable nécessaire

à tout contrôle, una motivación plus explicite des décisions doit s'accompagner de l'apprentissage de nouveaux modes de raisonnement, selon une logique non binaire dès lors que la notion de marge, imposée par la diversité des systèmes nationaux, introduit une gradation. Ainsi, jugera-t-on qu'un système national n'est pas conforme à la Convention, non parce qu'il est simplement <différent> (obligation d'identité), mais parce qu'il n'est pas assez proche de la norme de référence (obligation de proximité). Comme il apparaîtra ci-dessous, le raisonnement logique ne relève plus de la logique aristotélicienne binaire mais de la <logique floue > (< fuzzy logic >). Encore faut-il qu'il s'agisse d'un raisonnement affecté d'une certaine prévisibilité, ce qui implique d'établir des critères pour situer les pratiques nationales sur une sorte d'échelle de gradation et fixer le seuil de compatibilité, le risque étant que les juges fassent varier ce seuil de façon subjective. Pour réintroduire un élément d'objectivité, la détermination de l'ampleur de la marge nationale d'appréciation devrait relever notamment de l'existence, ou de l'absence, d'un < dénominateur commun > qui supposerait un bilan comparatif des divergentes et convergentes.» (Op. cit. *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, pág.16.).

³⁵ Somos conscientes que la palabra no se encuentra en el Diccionario de la Academia Española. Si existe la voz judicialización pero ella significa la acción y efecto de llevar por la vía judicial un asunto que podría conducirse por otra vía, generalmente la política. Pretendemos referirnos a la posibilidad de exigir una solución judicial precisamente ante la carencia de otras vías. (se puede ver nuestro trabajo: Exigibilidad Judicial de los derechos sociales y la razón judicial compleja, en *Garantismo y Crisis de la*

Justicia, (Medellín, 2010), Universidad de Medellín, págs. 57 y sgtes.).

³⁶ ABRAMOVICH, VÍCTOR - COURTIS, CRISTIAN, *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*, en GARGARELLA, ROBERTO (COORD.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, t. 2, (Bs. Ars., 2008), *Abeledo-Perrot*.

³⁷ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, (Bogotá, 2005), Edit. Legis., págs. 208 y sgtes.

³⁸ Referente al carácter contramayoritario de los jueces, cabe ver los trabajos de ROBERTO GARGARELLA: *La justicia frente al gobierno* (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial), (Bs. As., 1996), *Del reino de los jueces al reino de los políticos, Jueces para la democracia*, (Madrid, 1997). Nº 28, y *La dificultad de defender el control judicial de la ley, Isonomía*, (México, 1997). Nº 6.v. tbén. THURY CORNEJO, VALENTÍN, *Juez y división de poderes hoy*. (Bs.As. Madrid, 2002), Ciudad Argentina, págs. 251 y sgtes.

³⁹ Pisarello describe esta posición de la siguiente manera: «Una interpretación demasiado extensiva del control judicial de los derechos, entrañaría el riesgo de restringir en exceso el campo de lo democráticamente discutible. Además, supondría la adscripción a una suerte de elitismo epistemológico, en virtud del cual los jueces, sin legitimidad democrática ni responsabilidad directa ante el electorado, tendrían un acceso privilegiado al contenido semántico «objetivo» de los derechos indisponibles para el legislador.» (PISARELLO, GERARDO, *Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático, Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XXXI, (México,

mayo-agosto 1998), Nº 92, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*).

⁴⁰ Op. cit., Las modificaciones del poder judicial en Italia: de un Juez «Boca de la ley» a un Juez de los derechos.

⁴¹ NINO, CARLOS S., *Fundamentos de derecho constitucional*, (Bs. As., 1992). Edit. Astrea, págs. 687 y sgtes.

⁴² ZANNOTTI, FRANCESCA, op. cit., pág. 22.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ ALEXY, ROBERT, Op. cit. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, pág. 496.

⁴⁵ Sobre el valor epistemológico de la democracia en relación a las concepciones de la autoridad puede verse: RÓDENAS CALATAYUD, ÁNGELES, *Sobre justificación de la autoridad*, (Madrid, 1996). Edit. *Centro de Estudios Constitucionales*, págs. 255 y sgtes

⁴⁶ Consideraba que la justificación democrática requiere deliberación. Se afirma, en las bases de un discurso moral que permite acercarse a la verdad desde una moral intersubjetiva, en virtud de una deliberación de los interesados que precede a una decisión imparcial por regla de mayoría. Pero también la deliberación democrática está sujeta a una serie de precondiciones, entre las que se encuentra la participación de un sujeto autónomo y a su vez entiende que autonomía es también libertad positiva, supone un mínimo de capacidades por debajo de cual no hay autonomía. (op. cit., págs. 692 y sgtes.).

⁴⁷ Se ha dicho que «lo cierto es que países de demo-

cratización tardía o de redemocratización reciente necesitan del modelo que fue celebrado y exportado, a pesar de sus idealizaciones. En esos países, como regla, el proceso político mayoritario no logra satisfacer plenamente las demandas por legitimidad democrática, debido a las distorsiones históricas en la distribución del poder y de las riquezas. En ese escenario, mejor que la vocación autoritaria del Ejecutivo o la baja representatividad del Legislativo, es la actuación equilibrada e independiente de los tribunales constitucionales. En la medida en que logren escapar de la captura de la política ordinaria, les cabrá el papel de garantizadores de la estabilidad institucional y de los avances sociales posibles». (BARROSO, LUÍS ROBERTO, *La americanización del derecho constitucional y sus paradojas. Teoría y jurisprudencia constitucional en el mundo contemporáneo*, traducción para el español del artículo intitulado *A Americanização do direito constitucional e seus paradoxos: Teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo*, por CARLOS E. PERALTA, *LexisNexis OnLine*, (Bs. As., 17/11/2010). N° 0003/015197).

⁴⁸ Op. cit., págs. 494/495. Una línea argumental que es normalmente utilizada por los que defienden la justicia de los derechos sociales es que apunta a la distinción entre protección de mínimos y máximos en donde los últimos deben ser garantizados dado que por debajo de ese umbral la ciudadanía se torna una quimera y la deliberación democrática una ficción. (v. MORO, GUILLERMO, op. cit. *Los derechos sociales en la Constitución. Surgimiento, discusión y desafíos de una herramienta para el cambio social*, págs. 771 y sgtes.).

⁴⁹ Arango sostiene que existen razones pragmáticas y normativas para señalar que un particular no

debe entrar en consideración como obligado de derechos sociales fundamentales: «La asignación de obligaciones generales positivas sobre particulares concretos no es moral ni jurídicamente exigible de individuos particulares. ¿Cómo habría de hacerse la asignación de obligaciones generales positivas cuando no hay un título adquisitivo, como si existe en el caso de las obligaciones especiales? ¿Cómo podrían determinarse el círculo de los obligados a un actuar positivo respecto sin más criterios? Que cada cual esté obligado a un actuar positivo respecto a todos es desproporcionado.» (Op. cit. págs. 101 y sgtes).

⁵⁰ Es la sobradamente conocida, según la terminología alemana, *Drittwirkung der Grundrechte* (tesis elaborada por el iuslaboralista NIPPERDEY) o, si se prefiere, eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Sostiene INMACULADA VIVAS TESÓN que: «Es evidente que los derechos fundamentales no operan, por igual, en cualquier relación inter privados, de ahí que la *Drittwirkung* sólo puede encontrar una solución puramente casuística, precisándose, caso a caso y bajo las específicas circunstancias, la ponderación de los conflictos de derechos e intereses que subyacen en la horizontalidad conforme a un juicio de razonabilidad. En los conflictos horizontales, el juez debe respetar, con sumo cuidado, la libertad individual, evitando una invasión desmesurada del principio de autonomía privada, libertad contractual y, en definitiva, del Derecho Privado, de ahí que la doctrina de la *Drittwirkung* deba reservarse, rigurosamente, a supuestos de grave infracción de derechos fundamentales que, agrediendo, razonablemente, valores esenciales y mínimos de la convivencia social, supongan un atentado al orden público». (en: *La horizontalidad de los Derechos Fundamentales*, <http://www.derechocivil.net/esp>). Por su

parte AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI nos recuerda que en Argentina el caso «Kot» (1958) es reconocido como antecedente relativo a los efectos horizontales de los derechos fundamentales. (Constitucionalización del Derecho de las personas, en *Constitucionalización del Derecho Privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Asociación Andrés Bello de juristas franco-latino-americanos*, (Bogotá, 2007), pág. 49).

⁵¹ BERGALLO, PAOLA, Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al litigio de Derecho Público, JA 2006 II 1165.

⁵² La Asesora General de la CABA interpuso una acción para que se declare la invalidez de diversas normas del decreto que modificó el programa de «Atención para Familias en Situación de Calle» aprobado por un decreto anterior. El Superior Tribunal de la ciudad, en función del principio de progresividad de los derechos sociales, hizo lugar parcialmente a lo pretendido. En la mayoría de los votos del fallo se hace notar que para ver si una norma es regresiva con respecto a otra precedente no debe hacerse un análisis particular y centrado en el resultado emergente para un individuo o caso concreto, sino que el análisis debe ser global, teniendo en cuenta todos los titulares de los derechos, y no sólo pensar aisladamente en los derechos contemplados en el programa sino apreciándolos en conjunto.

⁵⁴ SAGÜÉS distingue entre las sentencias atípicas a las manipulativas admisorias, manipulativas desestimatorias, manipulativas aditivas, manipulativas sustitutivas y exhortativas (SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, (Bs.As, 2006), Ed. Ad Hoc, pág. 75.). Del mismo autor, Las sentencias constitucionales exhortativas («apelativas»

o «con aviso») y su recepción en la Argentina, LL 2005 F 1461. V. tbén.: PALACIO DE CAERIO, SILVIA B., *Jurisdicción constitucional, control de constitucionalidad y sentencias exhortativas*, LexisNexis OnLine N° 0003/015107.

⁵⁵ CS. Fallos 328:1146.

⁵⁶ Caso «ACUÑA MARÍA SOLEDAD c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo», Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, L.L. 2010-A, 309 (La negrilla no se encuentra en el original).

⁵⁷ «Por eso se considera que aun cuando pueda aparecer antipático o poco sensible, el órgano jurisdiccional debe, también en materia de amparo de salud, extremar el análisis, ... cuidando no convertirse «... en una boca de expendio más, en una oficina cuasi administrativa donde se despachan órdenes de cobertura bajo clisés preconcebidos.» (QUIROGA, MARCELO, *La salud y su amparo*, en Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe n° 1 (2011), págs. 34 y sgtes.).

⁵⁸ CHAUMET, MARIO E., MEROI, ANDREA, A., *Paradigmas metodológicos del proceso en la Argentina*, en «JA» (Bs, As., 2001), T. IV, págs. 847 y sgtes.

⁵⁹ CHAUMET, MARIO E., MEROI, ANDREA, A., *¿Es el derecho un juego de los jueces?*, L.L. 2008-D, 717.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ HÄBERLE, PETER, *El Estado Constitucional*, (México

D.F., 2003), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pág. 150.

⁶² *Íd. id.*, p. 159.

⁶³ ZPO alemana, reforma 1977, § 278, II: «El juez sólo puede fundar su decisión en un aspecto jurídico considerado insignificante por la parte, o que le haya pasado desapercibido, si le ha dado oportunidad de manifestarse a su respecto, salvo cuando se trata de una cuestión meramente accesorias».

⁶⁴ Art. 16. Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.

⁶⁵ Desde la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, pero especialmente desde la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993, Ruiz Mateos c. España, la doctrina que ha examinado la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad ha discutido la necesidad de que las partes del proceso principal puedan comparecer al proceso constitucional y presentar sus alegaciones sobre la posible inconstitucionalidad de la norma cuestionada, atendiendo a que dicha norma resulta aplicable en el proceso en que se discuten sus propios derechos e intereses. El TC «ha puesto reiteradamente de relieve que no cabe minimizar la importancia de la audiencia prevista en el art. 35.2 LOTC. Esta, en efecto, no sólo garantiza que

las partes sean oídas ante una decisión judicial de tanta entidad como abrir un proceso constitucional, sino que pone a disposición del órgano jurisdiccional un medio que le permite conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar la reflexión sobre la conveniencia o no de instar la apertura de dicho proceso. Para cumplir este doble objetivo las alegaciones han de versar, de un lado, sobre la vinculación entre la norma citada por el órgano judicial como cuestionable y los supuestos de hecho que se dan en el caso sometido y, de otro, sobre el juicio de conformidad entre la norma y la Constitución» (STC, 126/1997, del 03.07.97).

⁶⁶ Cfr. Fallos 308:1489; 312:555; 315:123; 325:28; 327:4540, «BUSTOS» y «RINALDI, FRANCISCO AUGUSTO y otros c. GUZMÁN TOLEDO, RONALD CONSTANTE y otra s. ejecución hipotecaria», del 15.03.07, y «BEZZI, RUBÉN AMLETO y otro c. VALENTÍN, SIXTO CARLOS y otro s. ejecución hipotecaria», del 11.09.07, en las que se dispuso que las partes fueran oídas respecto de la ley 26.167, dictada con posterioridad a los hechos de la causa.

⁶⁷ CHAUMET, MARIO E., MEROI, ANDREA, A., op. cit. ¿Es el derecho un juego de los jueces?.

⁶⁸ Cfr. DAMAŠKA, MIRJAN, *Truth in adjudication*, 49 Hastings Law Journal, 1998, pp. 303/304.

⁶⁹ RÓDENAS CALATAYUD sostiene que la forma del «decisionismo judicial» es «poco afortunada descriptivamente y puede chocar con determinadas exigencias de «legitimidad política», en *Razonamiento judicial y reglas*, (México, 2000), Fontamara, págs. 75/76. Sobre la distinción y los significados metodológicos entre garantismo y activismo procesal puede verse CHAUMET, MARIO E., MEROI, ANDREA, A., *Paradigmas metodológicos del proceso en la Argentina*,

en «JA» (Bs. As., 2001), T. IV, págs. 847 y sgtes.

⁷⁰ Op. cit. pág. 12.

⁷¹ Op. cit., *Constitucionalización del Derecho de las personas*, pág. 53.

⁷² Op. Cit., *La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo*, págs. 602 y sgtes.

⁷³ ABRAMOVICH marca que: «La persistencia de bajos niveles de efectividad de este tipo de remedios estructurales puede conducir a un replanteo de todo el SIDH, y traer costos en término de legitimidad de la Corte. Lo cierto es que el SIDH ingresó en una etapa de desarrollo de un modelo de litigio estructural de protección de grupos o colectivos, sin haber afinado y discutido con profundidad los límites o potencialidades de sus reglas procesales, su sistema de remedios, y sus mecanismos de seguimiento y supervisión de decisiones.» (en: De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos, Sur- Revista Internacional sobre Derechos Humanos n° 11, <http://www.surjournal.org>. (10.05.10).

⁷⁴ Op. cit. pág. 496.

⁷⁵ *Ibidem*. V. tbén. UGOLINI, DANIELA, *Los derechos sociales y la emergencia*, L.L., 2004-C, pág. 1519-1527.

⁷⁶ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *El juez en el cambio histórico*, L.L. 2001-D, 1150.

⁷⁷ En relación al tema pueden especialmente v. GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ta. edic, 5ª. Reimp., (Bs. As., 1987). Edit. Depalma; CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Derecho*

y Política, (Bs. As., 1976), Depalma; *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, (Rosario, 1982/4), E.I.J.; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, (Rosario, 2000), E.I.J.; *La teoría trialista del mundo jurídico, superación de la insuficiencia de los paradigmas jurídicos de nuestro tiempo*, en Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, N° 18, pág. 19 y sgtes.; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Filosofía del Derecho Constitucional*, Bs. As. 1969, Ediar.

⁷⁸ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo*, JA, 1998-III, pág. 602 y sgtes.; *Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales*, Doxa 21-II (Alicante, 1998), págs. 79 y sgtes.; op. cit. El juez en el cambio histórico; *Perspectivas trialistas para la construcción de los casos* (La complejidad de los casos), L.L.2004-D, pág.118 y sgtes.; *Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces*, Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, (Rosario, 2003), N° 27, págs. 30 y sgtes.; v. tbén. MENICOCCI, ALEJANDRO A. *Complejidad y simplicidad en la conceptualización del Derecho*, en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social» (Rosario, 1988) N° 10, págs. 43 y sgtes.

⁷⁹ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, op. cit. *Perspectivas trialistas para la construcción de los casos* (La complejidad de los casos), Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, (Rosario, 2003), N° 27 pág.118 y sgtes.).

⁸⁰ HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2ª ed., (Madrid, 1971), Espasa-Calpe, vol. II, págs. 116 y sgtes.

⁸¹ CHAUMET, MARIO E., *Los hechos y la complejidad de*

la decisión judicial, en L.L. 2007-B, págs. 1246 y sgtes.

⁸² Ibidem.

⁸³ RUIZ PÉREZ, JOAQUÍN S., *Juez y sociedad*, (Bogotá, 1987), Temis, pág. 136.

⁸⁴ También dijimos que seguramente alguien impugnará este juego conceptual de utilizar el paradigmático título de DWORKIN, expresando que precisamente él lo propiciaba contra posturas realistas que a su entender no asumían que existen derechos que ningún gobierno ni una mayoría pueden negar sobre la base de beneficios o perjuicios generales. No hay contradicción. Precisamente dijimos que pretendemos destacar que para reconocer los alcances de tales derechos, es necesario comprender su dimensión sociológica, reconocer quiénes son sus repartidores (conductores), sus beneficiarios (destinatarios), cuál es el objeto de la adjudicación, por qué camino o forma se arribó, y cuáles son las razones que se tuvieron en cuenta, distinguiéndose, en su caso, los móviles de los conductores de las razones que alegaron y de las razones sociales (op. cit. *Exigibilidad Judicial de los derechos sociales y la razón judicial compleja*, en *Garantismo y Crisis de la Justicia*, págs. 57 y sgtes.).

⁸⁵ «Las fronteras antes a menudo excesivas entre el juez, el administrador y el legislador hoy tienden a borrarse. La 'edad de la pureza' del papel del juez, signada por el pensamiento de Montesquieu, está en honda modificación, pero avanzando en el terreno valorativo cabe señalar que el camino no es el retorno a una 'complejidad impura' sino el desarrollo de una 'complejidad pura', que lo 'integre' en el resto del mundo del Derecho, de la política y de la cultura.» CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo*, 1A, 1998-III, pág. 602 y sgtes.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, op. cit. *El juez en el cambio histórico*, págs. 1150 y sgtes.

⁸⁸ En el planteo de GOLDSCHMIDT se parte de la idea de considerar a valores objetivos y naturales. (Op. cit. *Introducción filosófica al Derecho*; v. tbén. *La ciencia de la justicia*, 2ª edic., (Bs. As. 1986), Depalma.). El posterior desarrollo de la teoría trialista muestra también una posición «constructiva» en materia axiológica. No se niega ni se afirma la objetividad de los valores (CIURO CALDANI considera que cualquier de las alternativas es indemostrable) pero también sostiene que es posible elaborar un debate científico respecto de los valores partiendo de principios compartidos. (La conjetura del funcionamiento de la norma jurídica. *Metodología jurídica*, (Rosario, 2000). Edit. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, págs. 40 y sgtes.).

⁸⁹ Sobre dikelogía trialista ver además: CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, *Metodología Dikelógica*, (Rosario, 2007), FIJ; DABOVE, MARÍA ISOLINA, *Cincuenta Años después... ¿Por qué es importante la Dikelogía en el Derecho?*, «Investigación y Docencia» (Rosario, 2010), N° 43, págs. 87 y sgtes. Acerca de la axiología jurídica; ARIZA, ARIEL, *El Derecho Civil y la «Ciencia de la Justicia (Dikelogía)»*. Vigencia de una obra clave en el Derecho Civil postmoderno; LAPENTA, EDUARDO VÍCTOR, *La Dikelogía de Werner Goldschmidt en el Derecho Penal*; STÄHLI, JORGE, GOLDSCHMIDT, *Justicia y Derecho Internacional Privado*: NOVELLI, MARIANO H. *La justicia en el Derecho Ambiental*; en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, (Rosario, 2009), n° 32. <http://www.centrodefilosofia.org.ar>. (27-02-12).

Importancia de la consolidación del concepto de la Tutela Judicial efectiva en el ámbito del juicio civil y análisis de su contenido



DR. JORGE W. PEYRANO.
Juez de la Cámara de
Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala IV
Rosario

«La tutela judicial efectiva, según la opinión mayoritaria, es a la par, un derecho fundamental y un principio».

1. ¿Qué es la tutela judicial efectiva?

La tutela judicial efectiva –más allá de ser una expresión tautológica¹, pero aceptada- es, según se mire, un derecho fundamental que beneficia a los justiciables², un deber funcional para el órgano jurisdiccional³ llamado a hacerlo realidad y también un principio en el sentido de ser un portador de valores⁴.

En verdad, se la ha calificado justamente como el más importante de los derechos⁵ porque constituye el derecho a hacer valer los otros derechos; siendo para algunos un derecho humano vecino al derecho natural⁶.

Puede decirse que prevalece el criterio de considerarlo, a la par, un derecho y también un principio⁷.

Lo singular es que en muchas oportunidades y de manera inadvertida, cuando se habla del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, se piensa de inmediato y en mayor medida en el justiciable que promueve actuaciones judiciales, con algo de olvido acerca de que aquél ampara también al destinatario de quien ejercita una pretensión en juicio⁸. Vaya como ejemplo el régimen de las medidas cautelares que no puede soslayar tener en cuenta que la pretensión precautoria no puede prosperar, en principio, cuando dicho progreso conduzca a «difíciles fórmulas reintegrativas» o

a «situaciones irreversibles»⁹. Podrían seguir las muestras reveladoras de que la tutela judicial efectiva también debe dar resguardo a los intereses de la demandada; excediendo dicho amparo en mucho lo concedido a ésta por el tradicional concepto de «debido proceso» que no iba más allá de asegurar una defensa en condiciones de paridad y con posibilidades de valerse de prueba admisible y pertinente¹⁰. Es que el contenido originario del concepto «debido proceso» se ha enriquecido notoriamente en los últimos tiempos¹¹, quedando hoy reservado a concederle eficacia formal al proceso civil¹², mientras que la tutela judicial efectiva (efectivo es lo contrario a quimérico o dudoso) tiene una connotación más relacionada con la eficiencia¹³, sin perjuicio de preocuparse por la eficacia.

Creemos que en la época actual, la tutela judicial anticipada es una noción más amplia que la de «debido proceso», a la que engloba y comprende. Como fuere, lo cierto es que primero tímida y luego francamente¹⁴ los estrados judiciales comenzaron a utilizar la locución «tutela judicial efectiva» en reemplazo del tradicional «debido proceso»; tendencia hoy completamente afianzada.

Volvamos ahora la mirada a la tutela judicial efectiva visualizada como principio, que también lo es. Se trata, como sucede con todos los principios, de un «mandato de optimización», ya que manda hacer lo mejor según fueren las posibilidades ju-

rídicas y fácticas existentes en el caso¹⁵. En función de ello es que los principios admiten y reconocen cumplimientos parciales¹⁶. De todos modos, el órgano jurisdiccional puede y debe realizar todo lo que fuere menester en demanda de que la tutela judicial efectiva se materialice en el mayor grado que resultara posible; procurando así concretar aquella postulación chiovendiana: «el proceso debe dar en cuanto es posible prácticamente a quien tiene un derecho, todo aquello y precisamente aquello que él tiene derecho a conseguir»¹⁷.

2. ¿Cuál es su origen?

La locución, preñada de significados, «tutela judicial efectiva» no nació con la promulgación del siempre citado artículo 24 de la Constitución española de 1978¹⁸ ni con la sanción del artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino con la redacción del artículo 24 de la Constitución de Italia de 1947 y con la confección de los artículos 19.4 y 103.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

3. ¿Cuál es su rango jurídico?

La tutela judicial efectiva no posee recepción expresa en el texto constitucional nacional argentino, aunque se piensa que el tenor del artículo 43 C.N. permite

considerarlo entre los derechos y garantías no enumeradas. Sin embargo, hay cierta coincidencia al sostener que dicho derecho fundamental disfruta de rango constitucional por imperio del artículo 75, inc. 22, CN que entre los tratados con jerarquía constitucional enumera a la Convención Americana de Derechos Humanos (vide artículos 8 y 25) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (vide artículos 12 y 14), cuyos textos, si bien no usan la locución denominada «tutela judicial efectiva», utilizan términos que inequívocamente conducen a pensar que la intención es incorporarla a su ideario¹⁹.

Es indudable, entonces, el rango constitucional que corresponde reconocerle a la tutela judicial efectiva en el orden jurídico nacional. Más aún: dicho derecho fundamental en lo que atañe a todos los países signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos (lo que los torna miembros del sistema interamericano de protección de derechos humanos) puede llegar a tener eventualmente hasta jerarquía supraconstitucional porque, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado que cualesquiere fueren los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ellos tienen fuerza vinculante para nuestro país²⁰; debiendo recordarse que las normas de los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional gozan en nuestro ordenamiento

de operatividad directa no siendo necesario su reconocimiento legal y resultando así directamente aplicables por todos los poderes del Estado.

4. ¿Es mencionada expresamente por normas constitucionales argentinas vigentes?

Ya manifestamos que ello no sucede en la Constitución Nacional; en cambio el Derecho Público provincial proporciona algunos ejemplos de incorporaciones explícitas. Por orden cronológico podemos citar el artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (1995) que habla de la tutela judicial efectiva y continua, el artículo 48 de la Constitución de Santiago del Estero (2005) y el artículo 58 de la Constitución de la Provincia de Neuquén (2006).

5. Pertenencia de la tutela judicial efectiva

Una primera aproximación a la materia podría mover a sostener que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva pertenece al hoy en boga Derecho Procesal Constitucional, área jurídica que aun para sus mentores resulta de difícil delimitación²¹. Creemos que dicho sector jurídico –de trascendencia creciente– incluye el análisis de los procesos especialmente destinados a tutelar procesos

constitucionales. Tal es el caso de la acción de inconstitucionalidad, del recurso extraordinario, del amparo, etc.²².

En la especie, en cambio, estamos ante un supuesto que más bien debería insertarse dentro del Derecho Constitucional Procesal que trata de algunas instituciones procesales reputadas, fundamentales por el constituyente, tales como las garantías para los jueces, el debido proceso, el acceso a la jurisdicción, etc.²³.

6. Alcances

Son muchas las exigencias que hoy deben satisfacerse si se quiere disfrutar de una tutela judicial efectiva. Hasta se ha llegado a considerar parte de esta tutela a la optimización de recursos humanos tribunalicios y a la capacitación de magistrados y funcionarios judiciales²⁴. Aquí sólo nos referiremos a algunas de tales exigencias, sin ánimo exhaustivo alguno. Como fuere, lo cierto es que siempre campea que en el ámbito procesal civil se debe hacer todo lo necesario para la realización de los derechos materiales prometidos por los códigos de fondo; y ello reclama que el legislador procesal no pierda de vista, en ningún momento, que su norte debe ser la efectiva protección del derecho material en juego²⁵. A diferencia de ayer, que se promovía un derecho procesal civil aséptico y ciego a las necesidades de realización del

derecho de fondo, hoy se sostiene lo contrario²⁶. Bien explica MoN°y Gálvez lo siguiente: «la necesidad de separar al proceso de los derechos materiales – en donde fue cobijado tradicionalmente como una expresión más de cada derecho determinó que se construyera una disciplina (la procesal) totalmente autónoma en el sentido de desarrollarse de manera independiente respecto de los derechos materiales a los que iba a servir de instrumento. Es decir, la urgencia de autonomía ha sido llevada al extremo, a punto tal que se ha construido un sistema procesal que se perfecciona a sí mismo sin que fuera trascendente establecer una relación entre sus rasgos y la naturaleza y fines de los derechos materiales respecto de los cuales sólo es un instrumento para lograr su eficacia».

Seguidamente, procederemos a enumerar algunas de las referidas exigencias.

a) Acceso irrestricto de los justiciables al Servicio de Justicia

Berizonce destaca tal recaudo²⁷, subrayando Marinoni²⁸ que debe haber igualdad de oportunidades para dicho acceso. Además, la pluma de Cappelletti ha puesto de relieve muchas y novedosas vías para concretar tan deseado acceso²⁹.

b) Configuración de tribunales independientes, imparciales e imparciales

Media coincidencia³⁰ en que también este ingrediente debe hacer acto de presencia para que pueda predicarse que se trata de una tutela judicial efectiva. La imparcialidad es el carácter de no parte que debe revestir el verdadero juez, y éste debe actuar independientemente (vale decir, no reconociendo subordinaciones de ningún tipo) e imparcialmente (que significa procurar abstraerse de todo prejuicio o influjo que pudiera torcer su recto juicio).

c) Instrumentación de técnicas adecuadas para el supuesto de actuaciones judiciales atípicas

Tal es el supuesto de los llamados procesos colectivos³¹, cuya adecuada regulación igualmente reclama una tutela judicial efectiva.

d) Aseguramiento de un debido contradictorio, con igualdad de armas

Aquí se está, principalmente, en el tradicional ámbito del «debido proceso»³² aunque aun desde dicha perspectiva se ha avanzado admitiéndose en la actualidad que no sólo existe «un derecho a probar» sino asimismo un derecho a una debida y explicitada valoración de la prueba producida³³. Vaya como digresión válida recordar que: la prueba es el alma del proceso y por ello no puede extrañar que se haya acuñado una nueva definición de proceso civil desde la mirada de

la prueba, considerándolo como una espacio democrático de reconstrucción de lo pretérito³⁴.

e) Montaje de tutelas especiales que contemplen y regulen la incidencia de ciertos factores (la necesidad de prevenir, la urgencia y la evidencia)

Ya hemos tenido ocasión de señalar que la tutela judicial efectiva exige no sólo un juez activo sino uno dotado de facultades que le posibiliten una actividad profiláctica más interesada en prevenir entuertos que por desfacellos³⁵, en concordancia con importante doctrina autoral³⁶. Máxima expresión de dicha tutela especial es la acción preventiva consagrada, por ejemplo, en los artículos 52 y 55 de la ley 24.240 que reconoce la posibilidad de accionar ante la mera amenaza de daño a un consumidor o usuario.

Las técnicas anticipatorias de decisiones de mérito encuentran legitimación también en la tutela judicial efectiva³⁷. Existe tutela anticipada cuando la matriz del proceso -en cuyo seno se reclama su despacho- prevé que normalmente la sentencia de mérito se deberá emitir en un tiempo bastante distante y, sin embargo, concurren factores aceleradores de los tiempos del procedimiento que posibilitan una decisión provisoria con mucha antelación a lo que sería pronosticable³⁸.

Afortunadamente, hoy no faltan precedentes, especialmente cuando se trata de tutelas anticipadas postuladas por parapléjicos, quienes se encontrarían con riesgo de muerte si no se les anticipa una porción de la indemnización reclamada, de despachos de tutelas anticipadas de urgencia³⁹. En cuanto al factor evidencia (entendida como una fortísima verosimilitud de que le asistiría razón a la actora en sus planteos), también puede funcionar como acelerador de tiempos procesales, tal y como se propone en Brasil⁴⁰. Un ejemplo legal y local de tutela de evidencia lo constituye el tenor del artículo 517 del C.P.C. santafesino⁴¹.

f) Diseño de herramientas y técnicas procedimentales que mejoren el rendimiento del Servicio de Justicia, aun a despecho de omisiones legislativas

Sin perjuicio de volver más adelante sobre el asunto, destacamos ahora que se considera que forma parte de la tutela judicial efectiva el deber funcional de los jueces de proveer, en su caso, las herramientas y técnicas procesales adecuadas para realizar el derecho material en juego frente a la hipótesis de la imprevisión legislativa⁴². Acertadamente se ha dicho lo que sigue: «si la técnica procesal es imprescindible para la efectiva tutela de los derechos, no se puede suponer que ante una omisión del legislador, el juez nada puede hacer. Esto por una ra-

zón simple: el derecho fundamental a la efectividad de la tutela jurisdiccional no se vuelve sólo contra el legislador, sino también se dirige contra el Estado-juez.

Por ello, es absurdo pensar que el juez deja de tener el deber de tutelar de forma efectiva los derechos solamente porque el legislador dejó de establecer una norma procesal más explícita.

Como consecuencia de ello, es que entendemos que el ciudadano no tiene simplemente el derecho a la técnica procesal evidenciada en la ley, sino un derecho a un determinado comportamiento judicial que sea capaz de conformar una regla procesal acorde con las necesidades del derecho material y con los casos concretos.

Como es obvio, no se pretende decir que el juez debe pensar al Derecho según sus propios criterios. Lo que se desea evidenciar es que el juez tiene el deber de interpretar la legislación procesal conforme son los valores de la Constitución⁴³.

Existe, entonces y llegado el caso, una facultad-deber jurisdiccional de configurar un procedimiento adecuado en orden a la realización de los derechos materiales debatidos. Algo de ello consagra el artículo 53 de la ley 24.240⁴⁴.

g) Estructuración de un proceso civil que asegure que la postulaciones

judiciales se materialicen dentro de un plazo razonable

Este aspecto encuentra respaldo constitucional en el artículo 81 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁵ e incluye, claro está, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas y cuya violación puede dar lugar al reclamo del resarcimiento de los daños morales sufridos exclusivamente por la mera demora⁴⁶.

h) Debida y pronta ejecución de las órdenes y resoluciones judiciales

Indudablemente, la efectiva y oportuna materialización de las órdenes y decisiones judiciales integra el ramillete de recaudos requeridos para que un ordenamiento jurídico se pueda preciar de brindar una tutela judicial efectiva. Mucho se ha escrito sobre la materia, por lo que creemos será bastante con destacar en la líneas que siguen algunas novedades pergeñadas para favorecer la pronta y cabal ejecución de decisiones del órgano jurisdiccional. Mencionamos, en primer lugar, la medida conminatoria que sería una suerte de «astreinte» no pecuniario y a la que hemos descripto así: «es cualquier orden –de contenido no pecuniario y con alcances extraprocesales– emanada de un tribunal de justicia, que tiende a obtener el debido cumplimiento in natura de un mandato judicial primigeniamente desobedecido, a través

del concurso de la voluntad del destinatario del mismo, y que involucra para la desobediente la amenaza de un desmedro que prima facie podría llegar a ser de mayor entidad que el resultante de persistir en dicha actitud contumaz»⁴⁷. Su aplicación presupone la desobediencia a una orden judicial y la imposición por parte del tribunal de una conducta con consecuencias aptas para persuadir al desobediente acerca de la conveniencia de que deponga su rebeldía.

Asimismo, y entre tantas otras novedades, podemos mencionar a las llamadas «sentencias mandamentales» del derecho brasileño, categoría creada por Kuttner en 1914⁴⁸, mediante las cuales «no se condena» sino que «se ordena»⁴⁹, su cumplimiento es manu militari, de manera inmediata⁵⁰ y bajo prevenciones penales y la aplicación de sanciones graves. La tutela mandamental actúa sobre la voluntad del destinatario y no sobre su patrimonio. La aceptación de dicha nueva categoría posibilita una mejor defensa de los llamados «nuevos derechos»⁵¹ que no admiten su sustitución por condenas indemnizatorias, ya que exigen su realización «en especie». Una muestra de decisión mandamental podría estar constituida por la sentencia que corona un proceso de restitución internacional de menor sustraído y sujeto a las reglas del correspondiente Convenio Internacional de La Haya.

i) Activismo judicial

La obtención de una tutela judicial efectiva reclama la injerencia del llamado «activismo judicial»; corriente de pensamiento que otorga a los jueces un papel más protagónico durante el devenir del proceso civil⁵².

7. ¿Cuáles son las ventajas que proporciona la incorporación de la «tutela judicial efectiva»?

a) Se ha observado -con razón- que muchos de los nuevos institutos procesales cuando no encuentran sustento legal en normas procedimentales, hallan suficiente apoyatura en el principio de la tutela judicial efectiva⁵³. Ejemplos de lo que venimos diciendo pueden rastrearse en la fundamentación, ya recordada, de las tutelas anticipadas y también en el de la medida autosatisfactiva⁵⁴.

b) Brinda apoyatura para que el magistrado pueda desarrollar comportamientos judiciales tendientes a encontrar la técnica procedimental aplicable en el caso para tutelar el derecho material en juego⁵⁵.

c) Facilita la obtención de un proceso civil signado por la buena fe procesal. Se ha dicho y repetido que la mala fe procesal puede poner en peligro a la tutela judicial efectiva⁵⁶. El reconocimiento de esto y más aún su entronización constitucional contribuyen a desterrar la malicia del ámbito procesal civil⁵⁷. Por añadidura, dicho reco-

nocimiento posibilita viabilizar creaciones pretorianas, como la del recurso ad infinitum⁵⁸, enderezadas a combatir ciertas formas de abuso procesal.

8. Trascendencia de la incorporación explícita de la tutela judicial efectiva en textos constitucionales provinciales

Ya hemos consignado que la tutela judicial efectiva cuenta con el respaldo de normas con jerarquía constitucional nacional, aunque no estaría de más su mención expresa en la CN; máxime cuando se piensa: a) que la incorporación de un principio procesal a un texto constitucional encierra una metanorma que orienta⁵⁹ y legitima la producción de otras normas por mano del legislador⁶⁰; b) que igualmente cabe acotar que -«ante la fuerza normativa de la Constitución y su carácter exorbitante y abarcador, la ley y los códigos -entre ellos los ordenamientos procesales- han dejado de ocupar en su textualidad el centro y el corazón del sistema jurídico, quedando ahora subordinados a los valores y principios que emanan de aquélla. Las reglas procesales estampadas en el código no pueden ser leídas en clave de su sola y dogmática textualidad, sino antes bien, en función de todos los valores y principios que se resumen y compendian en los contenidos -antes referidos- de la

tutela judicial efectiva»; c) que favorece la consolidación de un Estado de Derecho Constitucional⁶¹; d) que dicha incorporación expresa ha creado «verdaderas revoluciones jurídicas» positivas⁶².

Ahora bien: su inclusión expresa en cartas magnas provinciales que no la mencionan explícitamente -como sucede en Santa Fe- ¿es beneficioso?.

Sabido es que muchos derechos y garantías enumerados por la Constitución Nacional son repetidos en textos constitucionales provinciales. Dicha reiteración no es inoficiosa puesto que enfatiza la necesidad de acentuar lo mandado por la CN; pudiendo entonces y por ejemplo, los magistrados provinciales, practicar interpretaciones legislativas evolutivas más de avanzada. Adviértase que si el constituyente provincial, pese a conocer que se trata de un derecho fundamental reconocido por la CN, igualmente lo incorpora a su obra, es porque posee un particular interés en su aplicación plena y contundente.

9. Conclusiones

A) El derecho fundamental (y a la vez principio) a una tutela judicial efectiva posee jerarquía constitucional nacional en Argentina, aunque también es reconocido expresamente por algunas cartas magnas provinciales.

B) Originada a mediados del siglo pasado, constituye un avance y mejora respecto del tradicional concepto de «debidamente proceso»; formando parte del llamado Derecho Constitucional Procesal.

C) Es beneficioso que pese a su rango constitucional nacional, la tutela judicial efectiva sea incorporada expresamente por textos constitucionales provinciales (así, el santafesino) que todavía no la enumeran de modo explícito.

D) Se registran varias ventajas derivadas del reconocimiento y consolidación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

E) Su contenido es muy amplio y variado, interesándose especialmente por el logro de un proceso civil eficiente ■

¹ ORRANTÍA, RODRIGO, «*Tutela judicial efectiva en el ámbito del proceso administrativo*», en «Tutela judicial efectiva», obra colectiva del CEP, Coordinada por SILVIA ESPERANZA, Buenos Aires 2011, Ed. Mave, p. 61.

² BERIZONCE, ROBERTO, «*Tutelas procesales diferenciadas*», Santa Fe 2009, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 20.

³ Así, el artículo 21 del Proyecto de Reformas del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe que obtuviera, en 2007, sanción legislativa de la Cámara de Senadores de la Provincia, dispone en su parte final que «los jueces tienen el deber funcional de prestar una tutela judicial efectiva».

⁴ ALEXY, ROBERT, «*Teoría de los derechos fundamentales*», traducción de E. GARZÓN, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, *passim*.

⁵ MARINONI, LUIZ, «*Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*», Lima 2007, Ed. Palestra, p. 227.

⁶ AYARZA, SOLEDAD Y MARCOS PEYRANO, «*Dimensiones del principio de tutela judicial efectiva y su proyección como acción preventiva*», en «Principios procesales», obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 2011, Ed. Rubinzal Culzoni, t. II, p. 260.

⁷ FERRARI, MARTÍN, «*Principio de tutela judicial efectiva y el factor tiempo en el proceso civil de conocimiento*», en *Jurisprudencia Santafesina* N° 100, p. 72.

⁸ MARINONI, LUIZ, Ob. cit., p. 309.

⁹ ORTELLS, MANUEL, «*Derecho Procesal Civil*», 7ma. Edición, Pamplona 2007, Ed. Thompson Aranzadi, p. 44.

¹⁰ BARBERIO, SERGIO Y JUAN COSTANTINO, *Ponencia «Principios del Proceso Civil»*, del Libro de Ponencias del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe 2011, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 30.

¹¹ BERIZONCE, ROBERTO, ob. cit., *passim*.

¹² PEYRANO, JORGE W., «*Eficiencia del sistema de justicia*», en «Nuevas Tácticas Procesales», Buenos Aires 2011, Ed. Nova Tesis, p. 12: «La eficacia del proceso se verifica cuando los mecanismos procesales existentes funcionan en la práctica aproximadamente igual a la manera como fueron concebidos. Vale decir que no debe haber una brecha demasiado amplia entre lo que dice la ley procesal (vgr. que la sentencia se debe dictar transcurrido cierto lapso) y su realización en lo cotidiano».

¹³ *Ibidem*, p. 12: «La eficiencia es algo distinto y más amplio. Para una cabal comprensión de dicho paradigma, es preciso tener en cuenta la significación asignada a la palabra «efectivo» por el diccionario de la Real Academia Española. Éste le reconoce valor opuesto a lo que es quimérico o dudoso».

¹⁴ Conf. Fallos 324, 975; Fallos 331, 1859; Fallos 352, 910.

¹⁵ MARINONI, LUIZ, Ob. cit., p. 285: «El derecho fundamental a una tutela judicial efectiva es un principio –siguiendo a Alexy– y por ello es un mandato de optimización que debe ser realizado, en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes».

¹⁶ Conf. libro citado en nota 4, *passim*.

¹⁷ GUIMARAES RIBEIRO, DARCI, «La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva», Barcelona 2004, Ed. Bosch, p. 186.

¹⁸ Artículo 24.1 de la Constitución Española de 1978: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

¹⁹ AYARZA, SOLEDAD Y MARCOS PEYRANO, Ob. cit., p. 268.

²⁰ J.A. 1995 - III, p. 571.

²¹ SAGÜES, NÉSTOR, «*Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*», Bs. As. 2006, Ed. Ad Hoc, p. 23.

²² *Ibidem*, *passim*.

²³ TORICELLI, MAXIMILIANO, «Sistema de control constitucional argentino», Bs. As. 2002, Ed. LexisNexis Depalma, p. 25.

²⁴ MIDÓN, GLADIS ESTIGARRIBIA DE Y JUAN CARLOS VALLEJOS, «*Protección efectiva de los derechos*», Bs. As. 2011, Ed. Mave, p. 445 y ss.

²⁵ MARINONI, LUIZ, Ob. cit., p. 233: «Por tanto, se desea proponer que el derecho a la tutela jurisdiccional, aún sin perder su característica de derecho a la igualdad de oportunidades de acceso a la justicia, pase a ser visto como el derecho a la efectiva protección del derecho material, del cual son deudores el legislador y el juez, que entonces pasan a tener un verdadero deber de comportarse de acuerdo con el derecho fundamental a la efectividad de la tutela jurisdiccional».

²⁶ MONOY GÁLVEZ, JUAN Y JUAN MONOY PALACIOS, «*Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada*», en «La formación del proceso civil peruano», Lima 2004, Ed. Palestra, p. 807.

²⁷ BERIZONCE, ROBERTO, Ob. cit., p. 22.

²⁸ MARINONI, LUIZ, Ob. cit., p. 233.

²⁹ CAPPELLETTI, MAURO Y BYRANT GARTH, «*El acceso a la justicia*», traducción de SAMUEL AMARAL, Edición del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, Bs. As. 1983, *passim*.

³⁰ BELSITO, CECILIA Y ANDRÉS CAPORALE, «*Tutela judicial efectiva*», Bs. As. 2006, Ed. Nova Tesis, p. 32.

³¹ Conf. «*Procesos Colectivos*», obra colectiva coordinada por EDUARDO OTEIZA, publicación de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Santa Fe 2006, Ed. Rubinzal Culzoni, *passim*.

³² BERIZONCE, ROBERTO, Ob. cit., p. 22.

³³ PEYRANO, JORGE W., «*La prueba entre la oralidad y la escritura*», en el Libro de Ponencias del Coloquio de la

Asociación Internacional de Derecho Procesal llevado a cabo en Gandía en 2008, edición de la Universidad de Valencia, T. 1, p. 150.

³⁴ Ibidem, p. 150.

³⁵ PEYRANO, JORGE W., «*La acción preventiva*», Bs. As. 2004, Ed. Lexis Nexis- Abeledo Perrot, p. 40.

³⁶ MARINONI, LUIS, Ob. cit, p. 220.

³⁷ DE LOS SANTOS, MABEL, «*Las medidas anticipativas en el derecho de daños*», Jurisprudencia Santafesina N° 100, p. 52.

³⁸ PEYRANO, JORGE W., «*El dictado de decisiones judiciales anticipadas. El factor evidencia*», en La Ley 2011-B, p. 773 y ss.

³⁹ Ibidem, passim.

⁴⁰ PEYRANO, JORGE W., «*La tutela anticipada de evidencia*», en La Ley 2011-C, p. 679 y ss.

⁴¹ Artículo 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe: «El juicio de desalojo procede contra el locatario, sublocatario, tenedor precario, intruso o cualquier otro ocupante o tenedor cuya obligación de restituir o entregar sea exigible. En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intruso (s), en cualquier estado del juicio luego de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer de la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuere verosímil y previa fianza por los eventuales daños y perjuicios que se puedan ocasionar».

⁴² MARINONI, LUIZ, Ob. cit., p. 231: «Si el juez no tiene sólo al función de resolver el litigio, sino también la de velar por la idoneidad de la prestación jurisdiccional sin poder resignarse a aplicar la técnica procesal que puede conducir a una tutela jurisdiccional no efectiva, es cierto decir que su deber no se reduce a una mera respuesta jurisdiccional, sino exi-

ge la prestación de una tutela jurisdiccional efectiva. Es decir, el deber del juez así como del legislador, de instituir la técnica procesal adecuada está vinculada al derecho fundamental a la efectividad de la tutela jurisdiccional».

⁴³ Ibidem, p. 281.

⁴⁴ Artículo 53 de la ley 24.240 modificada por la ley 26.361: «Normas del proceso. En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado».

⁴⁵ ALBANESE, SUSANA, «*Los criterios consagrados para evaluar el plazo razonable*», en J.A. Boletín del 18 de febrero de 2009.

⁴⁶ PEYRANO, JORGE W., «*Del resarcimiento del daño moral derivado de la violación del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas*», en J.A. 2009-II, p. 260 y ss.

⁴⁷ PEYRANO, JORGE W., «*Medidas conminatorias*», en «Procedimiento Civil y Comercial-Conflictos procesales», Rosario 2002, Ed. Juris, T. 1, p. 28.

⁴⁸ GUIMARAES RIBEIRO, DARCI, Ob. cit, p. 186 y ss.

⁴⁹ Ibidem, p. 194.

⁵⁰ Ibidem, p. 195.

⁵¹ MoN°y GÁLVEZ, JUAN Y JUAN MoN°y PALACIOS, Ob. cit, p. 807 y 808.

⁵² PEYRANO, JORGE W., «*Sobre el activismo judicial*», en «Activismo y garantismo procesal», publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2009, p. 11 y ss.

⁵³ BARBERIO, SERGIO Y MARCELA GARCIA SOLÁ, «*Lineamientos del principio de la tutela judicial efectiva*», en «Principios procesales», obra colectiva del Ateneo

de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 2011, Ed. Rubinzal Culzoni, T. II, p. 257 y ss.

⁵⁴ PEYRANO, JORGE W., «*La medida autosatisfactiva: causas principales de su génesis y difusión*», en Doctrina Judicial Procesal N° 6, p. 78: «La autosatisfactiva, que hoy encuentra fundamentación convencional en los conceptos de la tutela judicial efectiva y en la garantía de que la prestación judicial correspondiente se acordará dentro de un plazo razonable, no es otra cosa que una herramienta procesal neutra nacida para cubrir carencias».

⁵⁵ MARINONI, LUIZ, Ob. cit, p. 81.

⁵⁶ PICÓ I JUNOY, JOAN, «*El principio de la buena fe procesal*», Barcelona 2003, Ed. Bosch, p. 84: «La mala fe procesal puede poner en peligro el otorgamiento de una efectiva tutela judicial, por lo que debe en todo momento proscribirse».

⁵⁷ Ibidem, p. 86: «Y así GIMENO SENDRA destaca que las actuaciones contrarias a la buena fe procesal en la medida en que pueden conculcar los derechos fundamentales a un proceso sin dilaciones indebidas y a que la tutela jurisdiccional sea efectiva».

⁵⁸ PEYRANO, JORGE W., «*El abuso procesal recursivo o situación de recurso ad infinitum*», en «Problemas y soluciones procesales», Rosario 2008, Ed. Juris, p. 53 y ss.

⁵⁹ BARBERIO, SERGIO Y JUAN COSTANTINO, Ob. cit, p. 33/4.

⁶⁰ GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, «*Neoconstitucionalismo formalista y neoconstitucionalismo ético*», en La Ley 2007-B, p. 880 y ss.

⁶¹ VIGO, RODOLFO, «*Fuentes del derecho en el Estado de Derecho y el Neoconstitucionalismo*», en La Ley, Boletín del 24 de febrero de 2012, p. 1

⁶² AYARZA, SOLEDAD Y MARCOS PEYRANO, Ob. cit., p. 266.

Consejo de la Magistratura de la Provincia de Santa Fe. Evolución de su funcionamiento y trayectoria.



DRA. MARÍA DEL CARMEN ÁLVAREZ
Jueza de la Cámara de
Apelación en lo Civil y Comercial, Sala III,
Rosario

«Si algo debiera preocupar a la comunidad y a quienes la dirigen, como sus gobernantes y sus políticos, es la selección de los jueces, más que la selección de las normas...»

Julio César Cueto Rúa

La creación de un órgano de selección de magistrados, independiente del poder político, fue un anhelo fuertemente arraigado en las sucesivas comisiones directivas de nuestro Colegio de Magistrados y Funcionarios. Anhelo éste, compartido en algunos tramos, por el Colegio de Abogados.

El rol del Juez es observar al Derecho, la Justicia, el bien común y el reconocimiento del Estado democrático en cada uno de sus pronunciamientos, manteniendo su independencia del poder político. Es por ello que entendemos que el modo de designación es la clave para saber cuál es el Poder Judicial que tenemos.

Se buscaba un instituto nuevo, pero con antecedentes en el Derecho comparado y en el Derecho público provincial. Así surgió, en 1990, el Consejo de la Magistratura.

Fue durante la presidencia del Dr. Adolfo A.N. Rouillón y vicepresidencia del Dr. Rafael F. Gutiérrez que en 1990, mediante el decreto N° 2952/90, que el Gobernador creó el Consejo de la Magistratura, órgano asesor no vinculante, en el que se reivindicaban, en principio, las facultades constitucionales, pero que reconocía la necesidad de que las nuevas designaciones tuvieran en cuenta la «*idoneidad técnica profesional*».

El Consejo asesor estaba integrado por
1. La Corte representada en la persona

de su presidente; 2. un representante del Colegio de Magistrados y Funcionarios del P.J. de la Pcia.; 3. un representante del Colegio de Abogados; 4. el delegado del Poder Ejecutivo, y 5. el subsecretario de Justicia.

Celebramos la creación de este órgano, pero con algunas reservas, ya que entendemos que el mecanismo de selección, si bien debe tener en cuenta los antecedentes de los postulantes, es preciso que fundamentalmente contemple una prueba de oposición que pueda determinar su capacidad técnica.

Durante mi participación en la Junta ejecutiva de la Federación Argentina de la Magistratura observé que no existe aún el sistema perfecto de conformación del órgano que selecciona jueces, constantemente las provincias van introduciendo modificaciones, generalmente con intenciones de dotar al sistema con mayor transparencia y, en algunos casos, de buscar modificaciones que sean funcionales a los intereses políticos del Gobierno de turno.

En esa búsqueda, fue que en el año 2002 se modificó el Consejo de la Magistratura vigente hasta ese momento, no en su composición, pero sí en su reglamento y su funcionamiento.

Recuerdo, con nostalgia, las reuniones a las que el Secretario de Justicia de en-

tonces Dr. Carlos Carranza convocaba; las discusiones de cada uno de los representantes de nuestro Colegio en el del Colegio de Abogados Dr. Ricardo Prono, con el único objeto de lograr el mejor reglamento para designar a los mejores jueces.

Cada uno aportaba, desde su óptica, el perfil del juez que la sociedad requería, con clara conciencia de ser y parecer independiente, con una fuerte capacidad auditiva para medir el nivel de exigencia social, fuertemente dinámico, activo, inquieto, con una personalidad flexible, de apertura mental.

Las propuestas de cada uno de los sectores eran escuchadas y debatidas con fervor aunque con respeto.

Ahora bien, ¿cuál fue el mecanismo adoptado para la designación de jueces en ese tiempo?

En primer lugar, se calificaban los antecedentes de los postulantes, académicos, publicaciones, antigüedad en el título de abogado y en la función judicial, títulos obtenidos, de acuerdo con puntajes establecidos.

Recuerdo las horas que me llevaba leer hoja por hoja cada uno de los currículum vitae presentados. Existía un puntaje para cada uno de los ítems. Como el consejero era de la misma circunscripción de la vacante, tenía un conocimiento

cierto de su desempeño laboral, ya sea dentro del Poder Judicial o del ejercicio de la abogacía.

Cuando se realizaba la reunión entre los consejeros para la puntuación de antecedentes de los postulantes, cada uno emitía su nota, que era recogida por el Secretario del Consejo y allí mismo se realizaba el promedio y quedaba fijada la nota definitiva.

Asimismo, se incorporó una prueba de oposición que permitía establecer la idoneidad para el cargo.

Ella consistía en la elaboración de una sentencia de primera o segunda instancia en un expediente judicial. Esto fue motivo de arduas discusiones en el seno de la comisión que elaboró el reglamento. El Dr. Chaumet señalaba acertada y apasionadamente que al postulante se lo evaluaba para Juez y la labor del Juez mismo, sea del fuero que fuere, era el dictado de la respectiva sentencia. Como medida que tendía a garantizar la seguridad y transparencia de los concursos, se estableció un sistema de triple clave que impedía conocer la identidad del postulante.

Luego de la calificación, los seis mejores calificados participaban de una entrevista, donde generalmente las preguntas versaban sobre gestión de la oficina judicial.

A fines de año 2003 se introdujo otra mo-

dificación teniendo en miras transparentar la acción de gobierno de los futuros jueces. El art. 4to que sostenía: «*Los habitantes de la provincia en general, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones profesionales, las entidades académicas y de derechos humanos con sede en la provincia podrán en el plazo indicado en este artículo presentar al Consejo de la Magistratura por escrito y de modo fundado y documentado, las posturas, observaciones y circunstancias que consideran de interés expresar respecto de los inscriptos, con declaración jurada de su propia objetividad respecto de los propuestos*».

Rescato el funcionamiento del Consejo como un órgano estable, donde se resolvían rápidamente cuestiones de gestión, se adoptaban criterios coherentes y uniformes de evaluación y, sobre todo, *la libertad para ejercer la tarea evaluadora. Quiero destacar que jamás hubo un llamado telefónico, ni gestión de ningún tipo que llevara la intencionalidad de favorecer a un postulante en desmedro de otro por parte de los restantes integrantes del Consejo.*

Hoy puedo decir con orgullo que, quienes fueron elegidos por este sistema en esta circunscripción, honran el cargo que desempeñan como jueces de 1ª y 2da instancia, cumpliendo con solvencia el servicio de justicia que la sociedad requiere. Por eso cuestiono duramente al funcionario de turno que, para defender las

bondades de un nuevo sistema parecer a entender que los jueces designados por el sistema relatado carecen de legitimidad. Nada más falso.

Alguna vez los santafesinos y -por qué no los argentinos- en política, deberemos aprender que no todo lo realizado por un Gobierno anterior debe borrarse y que **la transparencia** no nace, precisamente, con su accionar. Esa actitud mezquina socava la confianza -ya vulnerada- en su sistema de justicia, última instancia a la que cada habitante de este país recurre, en aras del reconocimiento de sus derechos.

Con el advenimiento del nuevo Gobierno Constitucional, un nuevo reglamento modificó la selección de jueces. Ello se plasmó en el decreto N° 167/07.

No hubo consulta previa con los operadores del sistema, no fuimos escuchados, el diálogo fue escaso, no pretendíamos ni pretendemos convertirnos en legisladores o suplir al poder administrador, pero lamentablemente el derecho a ser escuchado fue dolorosamente obviado.

Hicimos numerosas observaciones, que fueron notificadas al P.E.:

1. Se modifique el sistema de designación de jurados para cada concurso previéndose un sistema más estable que evite las demoras ya registradas para el llamado a concurso y para el funcionamiento de los

Cuerpos de Evaluación Técnica.

2. Se revise la modalidad dispuesta para llevar a cabo el examen de oposición tomando en cuenta que: a) el tiempo previsto para la duración del examen resulta insuficiente; b) el criterio de que se resuelvan dos casos en dicho lapso y que además se contesten preguntas teóricas resulta inconveniente atento a que la cantidad de cuestiones a volcar en el examen no favorece una elaboración reflexiva; c) el impedimento de consultar doctrina y jurisprudencia otorga a la evaluación un carácter azaroso que nada tiene que ver con lo que los postulantes tendrán que hacer en la realidad en caso de acceder a la función; d) es necesario brindar pautas claras sobre la elaboración de los casos de modo tal que se permita una adecuada valoración de las condiciones del postulante para la valoración probatoria y el juicio fáctico evitando que la oposición se limite a un perfil meramente teórico de la evaluación; e) para preservar al máximo la confidencialidad de los casos es deseable que los integrantes del Cuerpo Colegiado Evaluador no conozcan el caso que propondrán los demás integrantes.

3. Se tome en cuenta la alternativa de que, según la materia, la oposición pueda efectuarse sobre casos reales, asignando un expediente, lo que puede permitir una mayor aproximación entre las condiciones del postulante y el perfil del Juez que se pretende

4. *Se introduzcan modificaciones en la reglamentación de los puntajes correspondientes por antecedentes, valorándose adecuadamente el ejercicio de la magistratura y la función judicial, evitando que otras labores como la docencia universitaria tengan un reconocimiento tan relevante que puedan llevar a considerar a los integrantes del Poder Judicial que dichas actividades son imprescindibles o preferentes por encima del correcto y exclusivo ejercicio de sus tareas cotidianas y dedicación a la función, para el acceso a un cargo de jerarquía funcional.*

5. *Se tome en cuenta que el sistema no contempla margen alguno para la valoración de aptitudes y condiciones subjetivas de postulantes que pueden tener importancia o incidencia en las condiciones que pueda exhibir como magistrado (vgr. Organización de la unidades jurisdiccionales, estadísticas de años anteriores, intervención en actividades de gestión judicial, características del ejercicio profesional que le correspondió como abogado, etc.)*

6. *Se disponga la intervención de representantes propuestos por este Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Santa Fe en todas las instancias del proceso de selección, dejándose sin efecto la imposibilidad de integración del Cuerpo Colegiado Entrevistador.*

7. *Se excluya la intervención directa en el trámite del concurso del Poder Ejecutivo*

provincial, previéndose que las impugnaciones sean resueltas por un órgano consultivo integrado por representantes de los distintos sectores que componen los Cuerpos de Evaluación Técnica y Entrevistadores.

No fuimos escuchados, sólo se modificó la participación de los Colegios en el Cuerpo Entrevistador.

Aun con estas objeciones el Colegio participó en diferentes concursos, hasta que una sorpresiva modificación de puntajes -que perjudicaba sustancialmente a los secretarios- provocó que una reunión de la Junta Directiva Provincial decidiera el retiro de nuestros representantes.

Hoy, una nueva modificación inconsulta perjudica a los concursantes jueces, al poner en igualdad de condiciones a quienes ejercen la función judicial con los abogados litigantes.

A modo de conclusión

He participado en la creación del Consejo de la Magistratura de la Pcia, y en sus modificaciones, he intervenido durante cuatro años como delegada del Colegio en la conformación del órgano mencionado.

Hasta hoy, ningún régimen de selección de jueces puede ser calificado como perfecto, creo que nada es inmodificable; pero observo en el actual sistema falen-

cias graves que, más allá de las expuestas precedentemente, puedo resumir en las siguientes:

— No existe un Consejo de la Magistratura como órgano, ya que los jurados se designan para el concurso de cada cargo, lo que acarrea perjuicios en la calificación a los postulantes: para un mismo cargo en distinta jurisdicción se evalúan los antecedentes con disparidades inexplicables.

— De la experiencia recogida por los postulantes, se observa una deficiente elaboración de los casos, que impide calificar adecuadamente las condiciones de los postulantes.

— La carencia de solvencia y experiencia en algunos jurados que actúan en diferentes concursos.

— Las vacantes se suceden y la cobertura de las mismas se alarga, lo que supone para el nuevo Juez tener que revertir la mora heredada con las causas nuevas, produciéndose un cuello de botella insalubre tanto para los magistrados y funcionarios, como para los ciudadanos.

— Los rumores de filtraciones en los temas que serán materia del concurso.

Es decir, la tan mentada transparencia quedó en anuncios; en la práctica, existen sobradas dudas sobre su existencia.

Este Colegio no cejará en la lucha por lograr que se mejore el sistema vigente con todos los medios a su alcance, en

defensa de los derechos de sus integrantes, pero sin que ello signifique una actitud meramente corporativa.

Siempre estuvimos dispuestos al diálogo y lo estamos, en el convencimiento de que el trabajo de alianzas, aunque desde espacios diferentes, beneficia en definitiva al ciudadano que recurre a un Juez buscando reparación al derecho, que entiende vulnerado.

Debemos elegir al mejor Juez y no cesaremos en la lucha para lograrlo.

En conclusión, creo que entre todos debemos mejorar el diálogo, comprometernos a elevarnos sobre la confusión y las mezquindades del «sálvese quien pueda» en esta tarea fundamental, de cara al pueblo.

No se puede detener al viento... pero sí construir molinos ■

La selección de los jueces en Iberoamérica con especial referencia a las regulaciones argentinas



DR. OSCAR RAÚL PUCCINELLI
Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y
Comercial, Sala II, Rosario

1. El nombramiento y remoción de los jueces como problema central del mundo jurídico-político

La cuestión de la designación, promoción y remoción de los jueces¹ se ha convertido en un problema central de la ciencia política (y de la jurídica), en especial a partir del momento en que los monarcas comenzaron a delegar en diversos funcionarios la potestad de juzgar, y sigue aún prevaleciendo en discusiones sobre la composición y duración de los cargos ejecutivos y legislativos, ello pese a que actualmente nos circunda un clímax desde el cual se reclama mayor participación y control popular en la marcha de las instituciones republicanas, los debates por tene en los últimos tiempos la relevancia que se le asigna a la designación, promoción y remoción de los jueces.

En tren de clasificar de manera simple los métodos empleados para reclutar a los cuadros judiciales, Sagüés divisa en ellos dos órdenes principales: los políticos y los profesionalizados, e indica al respecto: «Los llamados «políticos» se caracterizan porque los órganos de reclutamiento son los «poderes políticos» del Estado (léase: Ejecutivo y Legislativo, en la terminología tradicional); o directamente por el pueblo, mediante comicios.

«Naturalmente, los procedimientos «políticos» pueden instrumentarse de distintos modos: la fórmula clásica (que es la estadounidense y data de hace dos siglos) hace participar al Presidente y al Senado (éste, de acuerdo con aquél). En otros casos, ha nombrado sólo al titular del Poder Ejecutivo (Inglaterra, Irlanda) o sólo al Parlamento (Unión Soviética, para el Tribunal Supremo). En ciertas hipótesis, como la anterior Constitución de la Provincia de Córdoba, era el Senado quien nombraba, a proposición, en terna, del Gobernador (art. 116, inc. 8); o el Poder Ejecutivo con acuerdo de las dos Cámaras del Parlamento, reunidas en Asamblea Legislativa (Constitución de la Provincia de Santa Fe, art. 86); o el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara de Diputados (Holanda, Constitución de 1956, art. 177); o el Poder Ejecutivo con conformidad del pueblo al que se lo sometía la a designación del juez (Japón, Constitución, art. 79).

«Las designaciones mediante procedimientos «políticos» tienden a ser discrecionales, esto es, rehúyen a los concursos y pruebas objetivas de evaluación de los aspirantes. Estos, a su vez, carecen de todo derecho jurídico para exigir su nominación, puesto que los órganos políticos de nombramiento son, por lo común, absolutamente libres para proponer y nombrar a quienes quieran, y a excluir también a quienes no les plazca. En tal

quehacer, no rinden cuentas a Tribunal alguno, y no existen sistemas de revisión judicial de lo resuelto por ellos.

«Los argumentos a favor de los sistemas «políticos» parten de la legitimidad democrática. En concreto, se sostiene que es un Estado democrático bueno aquel en el que todas las autoridades tienen origen popular, ya directo (elección comicial de los jueces, por el propio electorado), ya indirecto (a través de órganos elegidos por el pueblo). Completando lo anterior, se dice también que es deseable que haya entre los poderes del Gobierno una cierta correspondencia política, de tal modo que la designación del Poder Judicial por el Ejecutivo y el Legislativo darían las bases de una suerte de 'entente cordiale' entre todos ellos: una garantía de armonía y de acción conjunta.

«La «profesionalización» de un dispositivo de reclutamiento de jueces debe entenderse en dos niveles: a) si se instrumentan métodos reglados y fundamentalmente técnicos de selección; b) si se crean órganos no «políticos» de evaluación de los candidatos.

«Han surgido alternativas que tratan de compensar virtudes y defectos, para lo cual, sin perjuicio de intentar alcanzar una judicatura idónea, imparcial y operativa, no rehúyen a la intervención directa o indirecta de ciertos entes políticos (legisladores, representantes de los parti-

dos, funcionarios del Poder Ejecutivo) en el proceso de nominación de jueces, pero nunca de manera excluyente o monopólica, sino parcial.

«En definitiva, los procedimientos intermedios anhelan una judicatura profesionalizada, pero no amurallada en sí misma, ni de corte oligárquico. Intentan compatibilizar, así, democracia con eficiencia; el legitimismo republicano con el legitimismo del mérito y de la imparcialidad.

«La receta para conseguirlo consiste en sumar a los mecanismos de profesionalización de la judicatura (escuelas judiciales, concursos) y a la participación de los colegios de abogados y del Poder Judicial en los entes de selección, el aporte del Poder Legislativo y Ejecutivo (y a través de ellos, de los partidos). Vale decir, a los ingredientes políticos propios del otro sistema»².

La crisis del Poder Judicial –acentuada en especial en Latinoamérica y actualmente de manera singular en la Argentina³– ha llevado a la mayoría de las doctrinas a evaluar los motivos de éstas y las alternativas para superarlas.

En su mayoría se coincide con que el actual trance es producto del fracaso de los tradicionales métodos «políticos» de designación, ascenso y remoción de los magistrados judiciales –en los que, por ejemplo, el Poder Ejecutivo postula a quien quiere como juez, y el Senado con-

firma a quien desea, todo ello de modo absolutamente discrecional–; y en que es necesario reprogramar una judicatura idónea, independiente de los partidos y lobby, responsable y operativa.

Los métodos políticos –explica Sagüés, citando a Zaffaroni– resultan a menudo inficionados de favoritismo partidista y en un contexto donde las lealtades personales o de grupo prevalecen sobre las lealtades institucionales, con la injusta posposición, además, de buenos candidatos para acceder a los cuadros judiciales. En otras latitudes, ese defecto ha corrido parejo con la burocratización de la Justicia y con las ocasionales «oligarquías de la toga», no tan habituales pero tampoco inexistentes⁴.

Así las cosas, y aunque tal vez huelgue decirlo, en el campo del Derecho la conformación del Poder Judicial (especialmente en lo atinente a su estructura, métodos de designación, promoción y remoción de sus integrantes) interesa a todo el mundo jurídico⁵; en primer lugar, y desde una perspectiva jurídica general, por el obvio interés en la buena marcha de las instituciones y por el valor jurídico que tiene el principal producto judicial (la jurisprudencia) como fuente del Derecho, y en segundo término, y ya desde una perspectiva más particular, lo relativo a su conformación, independencia, dotación de recursos tecnológicos, humanos y económicos, que hace a la calidad del servicio en sí mismo.

2. Los sistemas de designación de jueces más difundidos en Occidente

Nos ocuparemos en este punto de evaluar los distintos sistemas de designación de jueces de mayor predicamento en las sociedades occidentales de este último siglo, en especial en los sistemas vigentes en los Estados Unidos de Norteamérica y en la Europa continental de la posguerra, para luego evaluar las proyecciones en los diversos países latinoamericanos, recalando finalmente en la realidad argentina.

2.1. El sistema norteamericano y sus variantes

El sistema de designación norteamericano (usualmente denominado «clásico» o «hamiltoniano») es aquel que hace depender del Poder Ejecutivo la propuesta del candidato al Senado para su designación.

Se encuentra regulado en el art. 2, segunda sección, numeral 2 de la Constitución de los Estados Unidos, que establece que el Poder Ejecutivo tendrá facultad, con el consejo y el consentimiento del Senado, para –entre otras cosas– nombrar a los magistrados de la Suprema Corte⁶. Luego, la norma adjudica al Congreso la facultad de nombrar a los funcionarios inferiores que considere convenientes por medio de una ley,

al Presidente solo, a los tribunales judiciales o a los jefes de los departamentos.

Pese a que el sistema clásico es el más difundido por toda la Unión, este sistema no ha sido calcado en todas las constituciones de los estados federados norteamericanos, y se presentan variantes sumamente interesantes que incluso fueron a contramano de lo expresamente desechado a nivel federal (v.gr., algunos Estados establecen la selección popular por medio del sufragio, pese a que el propio Hamilton, en *El Federalista*, lo rechazaba atento a lo complejo que significaría realizar comicios cada vez que hubiese que designar a un juez)⁷.

Fuera del plano normativo, y ya en el terreno de la praxis política norteamericana, es realmente notable cómo funciona el sistema clásico, pues –a diferencia de muchos países que recogieron tal sistema, en especial los latinoamericanos–, los acuerdos otorgados por el Senado son seguidos atentamente por los ciudadanos, quienes pueden hacer llegar sus objeciones para el tratamiento en el Alto Cuerpo, donde se investiga en profundidad la aptitud técnica y la calidad personal del postulante, llegando incluso a ventilar muchos aspectos de sus vidas privadas que suelen ser determinantes en la selección.

Este esquema –muy difundido en las constituciones latinoamericanas deci-

monónicas– es el vigente actualmente en la Argentina para la designación de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero no para los de los tribunales inferiores, para los cuales se requiere de la intervención del Consejo de la Magistratura⁸.

Realizando un análisis retrospectivo y comparativo del funcionamiento de este sistema entre los Estados Unidos y la Argentina, comenta Spota que la estructura reglada a nivel federal en Norteamérica hasta alrededor de 1920 era prácticamente la misma que la de la Argentina, previa a la reforma constitucional de 1994, y los problemas también semejantes, aunque las soluciones adoptadas para superarlas hayan sido diferentes.

Las duras circunstancias que llevaron a que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos incumpliera con sus deberes a raíz de que se encontrara sobrepasada en su capacidad decisoria, hicieron que para aquellos tiempos se pensara en superar de alguna manera esa situación de agobio, con medidas eficaces y novedosas (máxime recordando que el retraso de justicia llegaba en la Suprema Corte a un promedio de cuatro años de demora en el conocimiento de las causas).

Por tal motivo, oficialmente se le encargó al entonces presidente de la Corte de los Estados Unidos, William H. Taft, que

proyectara normativas jurídicas que sirvieran para superar los problemas generados y que apareciera en el Congreso de los Estados Unidos en 1922, lo que se conoce bajo el nombre de «Judicial Conference of Senior Circuit Judges» y que se encontraba encabezado por el presidente de la Corte en condición de tal, e integrado por los presidentes de cada una de las Cámaras Federales (allí denominados Tribunales de Circuito), además del presidente del Tribunal de Comercio Internacional y de la representación de un juez de primera instancia por cada uno de aquellos distritos federales y renovables por tercio cada año.

Ese organismo estuvo encargado de reordenar las políticas del Poder Judicial Federal y tuvo un aceptable éxito en su accionar. Cierta parte de las funciones de este organismo y otros que se implementaron para tomar a su cargo la organización de políticas judiciales, tuvieron parcialmente su origen en la diferente distribución de competencias entre los Estados Federados.

Actualmente, la «Judicial Conference of Senior Circuit Judges» subsiste bajo la denominación «Judicial Conference of the United States», y su función fue y es fundamentalmente administrativa. Además es el órgano de relación con el Poder Legislativo Federal, función que tiene mucha trascendencia, pues presenta al Congreso propuestas y recomendacio-

nes para el mejoramiento de los procedimientos judiciales; ingresa también en la homogeneización de las normativas, muchas de ellas en sus orígenes locales, por motivo de la distribución de competencias legislativas ya aludidas.

Por otra parte, goza de facultades disciplinarias que ejerce a través de una subcomisión propia denominada comité permanente y actúa en plenario en los casos que expresamente así estén previstos en la normativa que lo creó.

Esa capacidad de ordenamientos administrativos de los tribunales y sus modificaciones se ubica siempre bajo la preeminencia de la Suprema Corte de Justicia. Es, en síntesis, estructura política, administra y cuida de la disciplina. Por su propia integración, es órgano que pertenece al Poder Judicial, todos sus integrantes son jueces y como tales, únicos partícipes de esa estructura. No existe integración de otros genes.

En 1939 y como consecuencia de fuertes tensiones políticas, el Congreso de los Estados Unidos creó además de dicha comisión, la «Administrative Office of the United States», órgano independiente encargado de los aspectos administrativos, y que integra el Poder Judicial, también supeditado a la Corte.

En 1967 se creó el «Federal Judicial Center», un tercer organismo para la administración de la Justicia Federal, cuya

esencial función es preparar programas y entrenar personas para desempeñarse como miembros del Poder Judicial e investigadores en materia judicial.

Dentro de la estructura norteamericana, el Congreso –en la búsqueda de uniformidad para garantizar la seguridad jurídica–, otorgó y capacitó a la Suprema Corte para dictar normas de procedimientos y pautas obligatorias para el quehacer judicial, y sobre todo para la redacción de sentencias.

Para ello, en 1984 y con relación al ámbito penal, el Congreso de los Estados Unidos habilitó la existencia de la «United States Sentencing Commission», la cual creó las normativas de base para la redacción de sentencias en el ámbito penal federal, con capacidad para modificarlas.

Los tres organismos mencionados integran el Poder Judicial y sus miembros forman parte de la judicatura. Y la Corte está ubicada jurisdiccionalmente con competencia sobre esos cuerpos. Así se mantiene la independencia del Poder Judicial en los hechos.

Los distritos judiciales federales tienen a su vez capacidad por superintendencia, para normar en su ámbito. El organismo de cada distrito judicial se denomina «Circuit Council», y tiene capacidad disciplinaria sobre los miembros del respectivo Poder Judicial.

En síntesis, el sistema de apoyo para el mejoramiento de las estructuras procesales, administrativas y disciplinarias dentro del sistema judicial norteamericano, respeta esencialmente la división de poderes, y de ninguna manera se ha admitido ingresar a organismos ajenos al Poder Judicial, que signifique recorte directo o indirecto de potestades. Y sobre todo, la competencia de la Corte es indubitable y permanente.

Por lo expuesto -concluye el autor- es indudable que en el sistema norteamericano no existen ordenamientos que se puedan semejar a las estructuras europeas bajo la forma de Consejo de la Magistratura⁹.

2.2. El sistema continental europeo

Tras ciertos antecedentes registrados en la Europa del siglo XIX¹⁰, la ley italiana de Orlando de 1907¹¹ marcaría la primera escisión seria de facultades regias en materia de justicia, que luego de una lenta pero no pausada evolución, se proyectaría en institutos similares que se consagrarían ante el fin de las dictaduras europeas de este siglo.

De tal suerte, se produjeron profundas modificaciones en los sistemas de administración de justicia, por un lado, en los procedimientos de selección y remoción de magistrados (con un preponderante papel de las distintas versiones de Con-

sejos de la Magistratura) y, por el otro, con la creación de las magistraturas constitucionales especializadas (tribunales y cortes constitucionales), consolidándose cambios ciertamente saludables en la Justicia europea que llevaron a un altísimo grado de prestigio de aquellos tribunales, con la consecuente proyección en la posterior labor de los tribunales comunitarios.

Conforme lo relata Spota, refiriéndose concretamente a los Consejos: *«la estructura de ejecutivo de origen parlamentario, republicano en Francia; monárquico en Italia y en España, y en otras zonas de Europa, como inclusive en el propio Primer Reich alemán, aun cuando mucho más limitado, son la atmósfera política general, en la que aparecerán y se desarrollarán estos Consejos de la Magistratura, en los primeros años de este siglo XX.*

«Luego, muchos años después y con dos guerras mundiales terribles de por medio, vendrá el constitucionalismo posterior a 1945, en el que estos Consejos encontrarán ubicación constitucional en la Europa occidental, que comenzará a ser comunitaria [...]. Estos Consejos de la Magistratura no son la consecuencia de aquellos ejecutivos de origen parlamentario, donde el Parlamento, como representante de la voluntad general, es el gran personaje público que produce el desarrollo hacia la democratización, sino

que esos Consejos de la Magistratura, han nacido del poder monárquico absoluto, que ha ido declinando, en los hechos, en el ejercicio de su capacidad decisoria y esta impronta originaria continuará en la esencia de la institución, aunque ahora sea de asiento constitucional.

«De la misma forma y de la misma manera que los parlamentos fueron ganando posiciones frente a las monarquías [...] el panorama general de los Estados-Naciones de fin del siglo XIX y comienzos del siglo XX, y hasta la segunda post-guerra de 1945 muestran en Europa continental Consejos de la Magistratura, vigentes por decisiones legislativas. Es en los tiempos en los que el poder de la monarquía, entonces ya muy limitado, comenzó a reconocer que el rey reina y no gobierna. En esas circunstancias temporales y fácticas es que aparecen los Consejos de la Magistratura, que van recibiendo de la corona cupos de seguridad jurídica para los miembros de los estrados judiciales, que como va dicho, actúan como parte de la administración estatal, la que realmente en tal condición integran»¹².

Como bien lo explica Sagüés, los fines que impulsaron históricamente el nacimiento de los Consejos de la Magistratura apuntaron a: a) «despartidar» a los elencos judiciales; b) fomentar el ingreso y la promoción en el escalafón según los méritos de cada candidato; c) el acceso a las plazas judiciales «por derecho propio» del aspi-

rante, y no como presente u obsequio de quien nombra; d) reclutar a los mejores, sin pautas discriminatorias ni de exclusión ilegítimas, respetando las directrices constitucionales de igualdad y selección por la idoneidad; e) como consecuencia de lo anterior, robustecer la autonomía de la judicatura en cuanto a los restantes poderes del Estado o los grupos y factores de poder allí involucrados, y perfeccionar su eficacia. Así, el Consejo de la Magistratura, junto con la escuela judicial y los concursos, importa un dispositivo destinado a resolver la crisis contemporánea de legitimidad del Poder Judicial, que es triple: de calidad, de imparcialidad y de eficacia. Sin embargo, tal dispositivo no necesariamente está destinado al éxito, salvo que se neutralicen ciertas «patologías institucionales», pues el lanzamiento del Consejo de la Magistratura en un país «no debe hacer olvidar los males, algunas veces profundos, que puede padecer.

«Está, en primer término, el virus de la partidización, que en su versión más benigna (pero peligrosa también), se llama «parlamentarización». Consiste en la apropiación del Consejo por los partidos, en el mejor de los casos repitiendo en él los espacios de poder que poseen en el Congreso. Naturalmente, con ello se disipa la esperanza de diseñar un Poder Judicial independiente, y se pervierte la idea misma que generó al Consejo de la Magistratura, como fue lograr esa autonomía.

«El virus de la **lotización** hace que los vocales del Consejo se repartan las vacancias que aquél debe cubrir, o sus competencias. De aceptarse tal corruptela, un consejero, por ejemplo, designa de hecho, tras la fachada de los concursos, a un aspirante, y así sucesivamente cada uno de los demás miembros del Cuerpo.

«También, por supuesto, el Consejo puede caer en las redes del favoritismo o de la persecución, si sus vocales privilegian a algunos candidatos en las promociones y concursos, o excluyen arbitrariamente a otros, ya por razones políticas, o de otra índole (vinculaciones sociales, familiares, etc.). En tal sentido, sería absurdo pretender un Consejo de la Magistratura integrado por seres perfectos, pero de todos modos es forzoso advertir que una cuota mínima de virtud republicana es, más que un adorno, un requisito indispensable para que el organismo funcione, sea respetado y perdure.

«A lo expuesto cabe añadir, claro está, los defectos propios de cualquier organización, como la mora, la irresponsabilidad con que pueden actuar sus vocales o su parcialidad.

«En resumen, la sociedad debe asumir que el Consejo no es un remedio providencial ni absoluto para los males que aquejan al Poder Judicial. También debe preguntarse si realmente la clase política quiso resolver esos problemas

mediante el Consejo de la Judicatura, o sólo programó una salida simulada, en el fondo gatopardista».

La observación básica es la siguiente – continúa el autor–: el Consejo de la Magistratura parte, como se dijo, de un cambio profundo en los sistemas de designación de los magistrados: de un régimen «político», discrecional, basado en vinculaciones partidistas, a otro más «técnico» y profesional, reglado, basado en la idoneidad intrínseca de los candidatos, que compiten para demostrar sus cualidades. No siempre los miembros de un Consejo de la Magistratura asumen ese cambio; y por el contrario, a menudo actúan con pautas y criterios «políticos» y discrecionales propios del *ancien régime*, haciendo prevalecer en sus veredictos favoritismos y discriminaciones que obviamente perjudican la legitimidad del Consejo.

A eso se suma que merced a distintos mecanismos y poleas de transmisión, los partidos pueden gravitar fundamentalmente en la composición de los Consejos, en particular a través de los miembros «no togados» (representantes del Poder Ejecutivo y del Legislativo; pero algunas veces, igualmente, por medio de representantes de abogados o de tribunales, generalmente superiores). En tales supuestos, el Consejo se pervierte y desnaturaliza, convirtiéndose, paradójicamente, en un instrumento legitimador de aquellos favoritismos y discriminacio-

nes que precisamente querían (al menos en teoría) extinguirse con su creación. La pregunta que cabe formularse es si tal gatopardismo institucional es casual, producto empírico de la experiencia concreta, o si no ha sido planificado dolosamente por los propios redactores de algunos de estos Consejos.

El Consejo –concluye el autor– puede operar como una pieza eficaz de saneamiento del sistema judicial siempre que esté honesta e inteligentemente diseñado en su composición, y que después sus protagonistas actúen leal e idóneamente, de lo contrario pasa a desempeñar un triste e innoble papel¹³.

2.2.1. Consejos de la Magistratura: proyección global

Desde la experiencia europea, la figura del Consejo de la Magistratura es recogida paulatinamente por diversos países y con diferentes matices [v.gr., Turquía (1961), con sus reformas, art. 142; Venezuela (1961), art. 217; Grecia (1975), art. 90, entre muchos otros], inclusive en algunos en el ámbito de sus estados federados [v.gr., en el caso argentino, donde fue receptado inicialmente en las constituciones del Chaco (1957) y Río Negro (1958)].

Se crearon así –con diversas denominaciones que se entremezclaron también en Latinoamérica¹⁴– Consejos destinados a estos fines, con diferentes alcan-

ces en cuanto a sus potestades, pero siempre ostentando como denominador común la intervención en la preselección de candidatos a jueces.

Nos referiremos a continuación muy esquemáticamente a aquellas versiones europeas reguladas en el plano constitucional, para luego ocuparnos de las vigentes en Iberoamérica, y, más detenidamente, en las regulaciones argentinas.

2.2.1.1. Italia: el Consejo Superior de la Magistratura

Luego de una profusa serie de proyectos y de normas que permitieron lograr el consenso necesario para elevar a la institución a nivel constitucional, la Constitución italiana de 1948 incorpora, con la misión específica de tutelar la independencia de la judicatura, al Consejo Superior de la Magistratura.

Esta versión del Instituto está integrada de la siguiente manera: es presidido por el presidente de la República, y lo conforman: el primer presidente, el fiscal general de la Corte de Casación, y otros miembros electivos (renovados cada cuatro años) que son nombrados así: dos tercios elegidos por los magistrados ordinarios entre los jueces de las diversas categorías, y el tercio restante por el Parlamento en sesión conjunta entre catedráticos titulares en materias jurídicas y abogados con quince años de ejercicio (art. 104).

Si bien predominan en su composición los miembros provenientes del Poder Judicial –los dos tercios son electos por los propios magistrados–, por cierto se le da participación, tanto al Poder Ejecutivo como al Legislativo (éste selecciona al tercio de profesores de Derecho o abogados), con el objetivo de vincular al organismo con los demás poderes del Estado y así facilitar su funcionamiento. Entre las funciones atribuidas al Consejo, por la Constitución –en especial las competencias de índole administrativa adjudicadas para el logro de la mentada independencia– se destacan las relativas a las admisiones y destinos de los magistrados, así como sus traslados, ascensos y medidas disciplinarias. También el mandato respecto de que los nombramientos deben hacerse por oposición (arts. 105 y 106).

Conforme lo explican Bielsa y Graña: «A pesar de que esta reforma fue anunciada como destinada a poner en su adecuado punto las denominadas corrientes del asociacionismo, fue introducida una cláusula que dejaba sin participación a quien no hubiese alcanzado el 9% de los votos, que parece en cambio destinada a favorecer precisamente a las agrupaciones mayores y a impedir el acceso a los disidentes.

«En cuanto a las articulaciones internas del Consejo de la Magistratura italiano, vale aclarar que –en tanto la presidencia por parte del Jefe del Estado puede resul-

tar efectiva en casos relativamente excepcionales- adquiere especial relieve el rol del vicepresidente, elegido por escrutinio secreto por el Consejo entre los componentes no provenientes del sector judicial.

«Al Comité de Presidencia del Consejo (presidido por el vicepresidente y compuesto por el primer presidente de la Corte de Casación, y por el Procurador General), le ha sido confiado el promover la actividad y las deliberaciones del órgano, además de gestionar los fondos que le han sido asignados por el presupuesto del Estado para su financiación. Del comité de Presidencia dependen la Secretaría del Consejo y la Oficina de Estudio y Documentación; la Secretaría está compuesta por un magistrado con funciones de legitimidad -que la dirige-, por un magistrado con funciones de mérito -que coadyuva-, y por catorce funcionarios nombrados por concurso, además de personal auxiliar.

«La Oficina de Estudio y Documentación integrada por doce funcionarios directivos, seis funcionarios, ocho dactilógrafos y ocho ayudantes, también nombrados por concurso.

«Las comisiones, permanentes o especiales, del Consejo ejercitan actividades instructorias y relacionadas con la actividad del órgano principal.

«Se renuevan anualmente, y las forma el presidente sobre la base de una pro-

puesta del Comité de la Presidencia. Se componen con dos tercios de miembros de extracción judicial y un tercio que no lo es; tienen un presidente y un vicepresidente, uno de los cuales es elegido entre los magistrados, y el otro entre los restantes componentes.

«La Sección Disciplinaria -que decide en forma jurisdiccional sobre la responsabilidad de los magistrados- se forma con nueve miembros efectivos y seis suplentes. Efectivos son: el vicepresidente del Consejo (cuando el presidente no deba o no quiera presidir), dos componentes elegidos por el Parlamento (uno de los cuales es el suplente del vicepresidente, como presidente de la sección), un magistrado de casación con ejercicio efectivo de funciones de legitimidad, y cinco magistrados con funciones de mérito. Los suplentes son: un magistrado de casación con ejercicio efectivo de funciones de legitimidad, tres magistrados con funciones de mérito, y dos componentes elegidos por el Parlamento.

«Con excepción del vicepresidente, todos los demás son elegidos por el Consejo entre sus propios integrantes por escrutinio secreto y por mayoría de dos tercios. Las funciones de Ministerio Público las ejercita el Procurador General ante la Corte de Casación»¹⁵.

2.2.1.2. España: el Consejo General del Poder Judicial

Según el art. 122 de la Constitución Española de 1978, el Consejo General del Poder Judicial es el órgano de Gobierno de este ala del Gobierno, y la ley orgánica respectiva debe establecer su estatuto, el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario de los jueces.

Al Consejo lo integran: el presidente del Tribunal Supremo (que lo preside) y otros veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años, distribuidos de la siguiente manera: doce entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados seleccionados entre abogados y otros juristas de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio de la profesión. En ambos casos, la selección se hace por mayoría de las tres quintas partes de sus miembros.

Según lo indica Spota, el Consejo «se ubica en un artículo dentro del capítulo que se refiere al Gobierno de lo allí llamado «poder judicial», y no lo es, desde que la judicatura normal española carece de capacidad de control de constitucionalidad. Esa potestad sólo la posee el Tribunal Constitucional, que es el único que puede decretar inconstitucionalidades. Además, ese Tribunal Constitucional -no integrarlo reitero, la magistratura ordinaria, que es administración de justicia solamente.

«Está presidido ese Consejo por el Presidente del Tribunal Supremo. Con él son veintiuno sus miembros. Duran cinco años en su cargo, los veinte integrantes aludidos.

«El vicepresidente previsto por la norma es elegido por el plenario de miembros integrantes, debiendo obtener 3/5 de los votos del cuerpo.

«El órgano funciona en asamblea plenaria para dictar su reglamento interno. Tiene comisiones que en verdad, son verdaderos órganos de ejecución.

«El Consejo posee además una comisión permanente que organiza todo lo referente a las asambleas del mismo y lo relacionado con los temas de calificación de los magistrados y lo que hace a los aspectos disciplinarios de aquéllos.

«La asamblea plenaria tiene capacidad para crear o modificar sus propias comisiones. Esto es, goza de un determinado grado de autogobierno legislativo, en lo que le es propio por Constitución.

«Esta es una característica de enorme importancia que no aparece en el art. 114 y que no debe ser confundida con las reglamentaciones del inc. 6°.

«El constituyente español delegó la reglamentación del art. 122 en el legislador ordinario. En el sentido indicado se

sancionó la ley del 10 de diciembre de 1980, dentro de los esquemas de un cierto grado de autogobierno.

«Esa ley fue luego modificada por la denominada Ley Orgánica del Poder Judicial, en el año de 1985»¹⁶.

2.2.1.3. Portugal: el Consejo Superior de la Magistratura

La Constitución portuguesa regula escuetamente al que denomina «Consejo Superior de la Magistratura» en el art. 223, donde –como lo indica Linares Quintana– se establece que «La ley determina las reglas sobre la composición del Consejo Superior de la Magistratura, el cual deberá incluir a elegidos por los jueces. Compete a este Consejo la designación, traslado y promoción de los jueces, así como el ejercicio de la potestad disciplinaria»¹⁷.

2.2.1.4. Francia: el Consejo Superior de la Magistratura

En Francia, el Consejo Superior de la Magistratura fue instituido originariamente por la Constitución de la IV República, pero la experiencia –indica Fix Zamudio– ciertamente no fue satisfactoria, por efecto de la preeminencia de los representantes parlamentarios y del Gobierno, respecto de los miembros de la judicatura, lo que se tradujo con frecuencia en grandes avances de dichos secto-

res en detrimento de la independencia del Poder Judicial¹⁸.

Conforme indican Bielsa y Graña, de la Constitución de la IV República «pasó a la de la V República, que el general De Gaulle inspirara en 1958 (art. 65), siendo reglamentado por la Ordenanza del 22 de diciembre del mismo año, que contenía la Ley Orgánica del Consejo.

«Esta disposición constitucional fue reformada en 1993 (Ley Constitucional 23-952), sancionándose también una nueva Ley Orgánica a comienzos de 1994 (Ley 94-100, del 8 de febrero de 1994).

«Su misión principal es la nominación de magistrados judiciales y de funcionarios del Ministerio Público, a la vez que el ejercicio de funciones disciplinarias sobre éstos.

«Lo preside el Presidente de la República, y su vicepresidente es el Ministro de Justicia. Se integra, además, con dos salas, que tienen como cabeza a los órganos políticos antes mencionados, y que representan a la magistratura y al Ministerio Público, respectivamente.

«La primera –es decir, la vinculada con los magistrados judiciales– se compone de cinco jueces, de un miembro del Ministerio Público, de un miembro del Consejo de Estado, y de tres personas elegidas por el Presidente de la República, el

Presidente de la Asamblea Nacional, y el Presidente del Senado.

«La segunda –relacionada con el Ministerio Público– se integra con cinco funcionarios de este órgano, un magistrado, un miembro del Consejo de Estado, y con tres personas más, elegidas por los mismos órganos políticos antes mencionados.

«La sala de magistrados propone al Presidente de la República la designación de los jueces de la Corte de Casación, del Primer Presidente de la Corte de Apelación, y de los Presidentes de los llamados tribunales de grandes instancias. Respecto de los restantes magistrados presta conformidad a las designaciones realizadas por el Ministro de Justicia.

«La sala del Ministerio Público presta conformidad a las propuestas del Ministro de Justicia»¹⁹.

3. Sistemas utilizados en Iberoamérica y en la Argentina

3.1. Las versiones latinoamericanas

Los resultados arrojados en la experiencia europea llevaron, en especial luego de reinstaladas recientemente las democracias en Latinoamérica, a que numerosos países incluyeran Consejos de la Magistratura en sus Cartas Fundamentales, e incluso otros [Bolivia, Ecua-

dor] acudieran a otras fórmulas de elección popular que permitieran variar el sistema tradicional (o político) de designación de los magistrados, por ejemplo, con opciones provenientes del Derecho estadounidense.

De las nuevas fórmulas aparecen como las más exitosas las variantes del Consejo de la Magistratura (aunque ello no signifique que todas realmente produjeran un real cambio de eje en el sistema de designación, ya que muchas sólo fueron variaciones formales típicamente gatopardistas). La fórmula eleccionaria adoptada por Bolivia y Ecuador ha resultado hasta el momento en claros fracasos en cuanto a la sustentación de la legitimidad del magistrado electo, desde que, v.gr., en la elección de los miembros del Tribunal Constitucional boliviano, por ejemplo, escasamente se ha logrado un 7% de los votos para acceder al cargo. A continuación, nos referiremos brevemente a los principales sistemas vigentes en Latinoamérica.

3.1.1. Chile

En 1990, se crea en Chile la Corporación Administrativa del Poder Judicial, a partir de la fusión de la Oficina de Presupuesto y la Junta de Servicios Judiciales –dependientes de la Corte Suprema–, cuya jefatura está a cargo de un Consejo Superior, y se compone de una dirección, una subdirección, y los departamentos

de finanzas y presupuestos, adquisición y mantenimiento, informática y computación, y contraloría interna.

El Consejo Superior se integra con el Presidente de la Corte Suprema (que lo preside), y por cuatro ministros también de la Corte elegidos por éste en votaciones sucesivas y secretas (que también elige dos consejeros suplentes) que duran dos años en sus cargos y pueden ser reelectos.

Entre sus funciones más importantes se encuentran: la elaboración y el control en la ejecución del presupuesto del Poder Judicial (los fondos para el funcionamiento de la Corporación son adjudicados anualmente en la ley de presupuesto nacional); el asesoramiento a los tribunales en lo que hace a la informatización; la capacitación del personal judicial; y la adquisición, administración y mantenimiento de los bienes muebles e inmuebles del Poder Judicial.

3.1.2. Colombia

La Constitución de Colombia de 1991, regula al Consejo Superior de la Judicatura entre en los arts. 254 y 257.

Establece que le corresponde, entre otras atribuciones: administrar la carrera judicial; elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad

que deba hacerla; examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la Rama Judicial, así como las de los abogados en el ejercicio de la profesión; elaborar el presupuesto judicial, etc. (art. 256).

Estipula, asimismo, que todos los magistrados superiores serán elegidos por la respectiva corporación sobre listas propuestas por el Consejo Superior de la Judicatura, y que durarán ocho años en sus funciones, no pudiendo ser reelectos.

Al crear el Consejo Superior de la Judicatura (art. 254), indica que sus cargos son ocupados también por un período de ocho años, y que se dividen en dos salas: una administrativa, compuesta por seis magistrados, los cuales provienen: dos de la Corte Suprema de Justicia, uno de la Corte Constitucional y tres del Consejo de Estado; la otra, jurisdiccional disciplinaria, se compone de siete magistrados seleccionados por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el gobierno, con función disciplinaria de sus funcionarios y los abogados. Como particularidad se destaca que pueden crearse consejos seccionales de la judicatura integrados como lo señale la ley.

3.1.3. Paraguay

La Constitución paraguaya de 1992 diseña, entre los arts. 262 y 264 al Consejo de la Magistratura, estipulando que son

sus deberes y atribuciones proponer las ternas de candidatos para integrar la Corte Suprema de Justicia y elevarlas a la Cámara de Senadores para que los designe, con acuerdo del Poder Ejecutivo; proponer en ternas a la Corte Suprema de Justicia los candidatos para los cargos de miembros de los tribunales inferiores, los de los jueces y los de los agentes fiscales; elaborar su propio reglamento, y los demás deberes y atribuciones que le fijen la Constitución y las leyes (art. 264).

Se compone de un miembro de la Corte Suprema de Justicia, un representante del Poder Ejecutivo, y seis elegidos por sus pares: un Senador, un Diputado, dos abogados de la matrícula, un profesor de las facultades de Derecho de la Universidad Nacional y un profesor de las Facultades de las Universidades Privadas con al menos veinte años de funcionamiento, durando todos tres años en sus cargos. (arts. 262 y 263).

3.1.4. Perú

La Constitución peruana de 1993 regula principalmente, entre los arts. 150 y 157, al Consejo Nacional de la Magistratura y a la Academia de la Magistratura, estableciendo para el primero –entre otras– las siguientes atribuciones: nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles por los dos tercios del número legal de sus miem-

bro; ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años, aplicar la sanción de destitución a los vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias (art. 154).

El Consejo Nacional de la Magistratura se compone de siete miembros que duran cinco años en sus funciones y son designados: uno por la Corte Suprema, uno por la Junta de Fiscales Supremos, uno por los miembros de Colegios de Abogados, dos por los demás Colegios Profesionales, uno por los rectores de las universidades nacionales y uno por los de universidades particulares, todos en votación secreta. Pueden ser ampliados a nueve por el propio Consejo con listas propuestas por las instituciones laborales y empresariales. Finalmente, combina este sistema con el electivo, prescribiendo la elección popular de los jueces de Paz.

3.1.5. El Salvador

La Constitución salvadoreña crea el Consejo Nacional de la Judicatura, como órgano encargado de proponer candidatos, dejando la reglamentación a la ley (art. 187). Delega asimismo la designación de los jueces a la Asamblea legislativa, estableciendo la carrera judicial (art. 186).

3.1.6. Bolivia

La Constitución boliviana de 1994 diseñaba, entre los arts 122 y 123, al Consejo de la Judicatura, estableciendo que son sus atribuciones: proponer los postulantes a cubrir los cargos en la Corte Suprema al Congreso Nacional; y a la Corte Suprema candidatos para los vocales de las Cortes Superiores de Distrito; presentar nóminas a las Cortes Superiores de Distrito, para la designación de jueces, notarios y registradores de derechos reales; administrar el escalafón judicial y ejercer el poder disciplinario sobre los vocales, jueces y funcionarios judiciales; elaborar el presupuesto anual y ampliar las aludidas nóminas de candidatos, a instancia del órgano elector correspondiente [art. 123]²⁰.

En su actual versión constitucional establece: a) respecto de las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, que serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal; la Asamblea Legislativa Plurinacional efectuará por dos tercios de sus miembros presentes la preselección de las postulantes y los postulantes por cada departamento y remitirá al órgano elector la nómina de los precalificados para que éste proceda a la organización, única y exclusiva, del proceso electoral; no pueden realizarse campañas electorales a favor de candidaturas, bajo sanción de inhabilitación, siendo el Órgano Electoral el único res-

ponsable de difundir los méritos de las candidatas y los candidatos; serán elegidas y elegidos las candidatas y los candidatos que obtengan mayoría simple de votos [art. 182]; se prohíbe además la reelección y se fija el mandato en seis años [art. 183]; b) respecto de los integrantes del Tribunal Agroambiental, que serán electos mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismos y formalidades para los miembros del Tribunal Supremo de Justicia [art. 188]; c) que el Consejo de la Magistratura –cuya composición se delega a la ley es la instancia responsable del régimen disciplinario de la jurisdicción ordinaria, agroambiental y de las jurisdicciones especializadas [art. 193], siendo electos sus miembros –por un período único de seis años- mediante sufragio universal de entre las candidatas y los candidatos propuestos por la Asamblea Legislativa Plurinacional, estando la organización y ejecución del proceso electoral a cargo del Órgano Electoral Plurinacional [art. 194], y d) el Tribunal Constitucional Plurinacional –cuya composición, organización y funcionamiento se delega a la reglamentación legal- estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino [art. 197] y serán elegidos mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia [art.

198], pudiendo ser propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos [art. 199], siendo el tiempo de ejercicio, permanencia y cesación en el cargo los establecidos para las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia [art. 200].

3.1.7. Ecuador

La versión anterior de la Constitución ecuatoriana no creaba específicamente el Consejo de la Magistratura, aunque tenía una regulación singular que lo acercaba a la figura. Así, al regular al Tribunal de Garantías Constitucionales, establecía que el Congreso Nacional elegiría a los miembros de este organismo (que eran once y duraban dos años en sus funciones), de la siguiente manera: tres por el Congreso de postulantes por fuera de su seno, y ocho de ternas enviadas: dos por el Presidente de la República; dos por la ciudadanía, designadas por sendos por colegios electorales; uno integrado por los alcaldes cantonales; uno por los prefectos provinciales, uno por las centrales nacionales de trabajadores legalmente inscritas y uno por las cámaras de la producción reconocidas por la ley [art. 140]. Por su parte, a la designación de los magistrados de los tribunales superiores (Corte Suprema, Tribunal de Garantías Constitucionales, Tribunal Fiscal y Tribunal de lo Contencioso Administrativo) también la realizaba el Congreso Nacional, siendo la

designación por un período de cuatro años, con posibilidad de reelección (art. 101).

En su regulación actual, la norma establece: a) Para el ingreso a la Función Judicial se observarán los criterios de igualdad, equidad, probidad, oposición, méritos, publicidad, impugnación y participación ciudadana. Se reconoce y garantiza la carrera judicial en la justicia ordinaria. Se garantizará la profesionalización mediante la formación continua y la evaluación periódica de las servidoras y servidores judiciales, como condiciones indispensables para la promoción y permanencia en la carrera judicial (art. 170); b) El Consejo de la Judicatura se integrará por nueve vocales con sus respectivos suplentes, que durarán en el ejercicio de sus funciones seis años y no podrán ser reelegidos; para su conformación se propenderá a la paridad entre hombres y mujeres. El Consejo designará, de entre sus integrantes, a una presidenta o presidente y una vicepresidenta o vicepresidente, para un período de tres años. El Consejo de la Judicatura rendirá su informe anual ante la Asamblea Nacional, que podrá fiscalizar y juzgar a sus miembros (art. 179); c) Serán funciones del Consejo de la Judicatura, además de las que determine la ley:

1. Definir y ejecutar las políticas para el mejoramiento y modernización del sistema judicial.

2. Conocer y aprobar la pro forma presupuestarla de la Función Judicial, con excepción de los órganos autónomos.

3. Dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como su evaluación, ascensos y sanción. Todos los procesos serán públicos y las decisiones motivadas. 4. Administrar la carrera y la profesionalización judicial, y organizar y gestionar escuelas de formación y capacitación judicial. 5. Velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial. Las decisiones del Consejo de la Judicatura se tomarán con el voto conforme de cinco de sus vocales, salvo las suspensiones y destituciones que requerirán el voto favorable de siete de sus integrantes (art. 181); d) Las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia serán elegidos por el Consejo de la Judicatura conforme a un procedimiento con concurso de oposición y méritos, impugnación y control social. Se propenderá a la paridad entre mujer y hombre (art. 183).

3.1.8. Venezuela

La anterior versión de la Constitución venezolana se refería al Consejo de la Judicatura en su art. 217, cuando disponía: «La ley orgánica respectiva creará el Consejo de la Judicatura, cuya organización y atribuciones fijará con el objeto de asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los tribunales y de

garantizar a los jueces los beneficios de la carrera judicial. En él deberá darse adecuada representación a las otras ramas del Poder Público».

En su redacción de actual versión, dispone: a) El ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces o juezas se hará por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los o las participantes y serán seleccionados o seleccionadas por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la ley. El nombramiento y juramento de los jueces o juezas corresponde al Tribunal Supremo de Justicia. La ley garantizará la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces o juezas. Los jueces o juezas sólo podrán ser removidos, removidas, suspendidos o suspendidas de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley. La ley propenderá a la profesionalización de los jueces o juezas, y las universidades colaborarán en este propósito, organizando en los estudios universitarios de Derecho la especialización judicial correspondiente. Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificados, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones (art. 255); b) Los magistrados

o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos o elegidas por un único período de doce años. La ley determinará el procedimiento de elección. En todo caso, podrán postularse candidatos o candidatas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas con la actividad jurídica. El Comité, escuchada la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano, el cual efectuará una segunda que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual hará la selección definitiva. Los ciudadanos y ciudadanas podrán ejercer fundadamente objeciones a cualquiera de los postulados o postuladas ante el Comité de Postulaciones Judiciales o ante la Asamblea Nacional (art. 264); c) Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia podrán ser removidos o removidas por la Asamblea Nacional mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado o interesada, en caso de faltas graves ya calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que la ley establezca (art. 265); d) El Comité de Postulaciones Judiciales es un órgano asesor del Poder Judicial para la selección de los candidatos o candidatas a magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia. Igualmente, asesorará a los colegios electorales judiciales para la elección de los jueces o juezas de la jurisdicción disciplinaria. El Comité de

Postulaciones Judiciales estará integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la ley (art. 270).

3.1.9. El caso argentino

Analizaremos en este punto los diversos sistemas de nombramiento y remoción de jueces del Poder Judicial de la Nación, en especial a partir de la incorporación de la figura del Consejo de la Magistratura en la reforma constitucional federal de 1994, y los diversos sistemas vigentes en los Estados federados (provincias) y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (que reviste, según Sagües, naturaleza de «semi» o «cuasi» provincial).

3.1.9.1. Diversos sistemas utilizados en el país hasta la reforma constitucional de 1994

En el campo de la designación de los magistrados judiciales, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 se verificaban innumerables alternativas:

a) El nombramiento por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado (art. 86 de la Constitución Nacional antes de la reforma de 1994 para todos los magistrados federales, ahora sólo mantenida para los de la Corte Federal; Córdoba, art. 144 inc. 9; Buenos Aires, art. 165, Mendoza, art. 150, Salta, art. 150 y Tucumán, art. 119 entre otras);

b) La designación por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura (Chubut, art. 169 para los magistrados superiores; Santa Cruz, art. 118 inc.6, etc.);

c) El nombramiento por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Asamblea Legislativa (Santa Fe, art. 86);

d) La designación por el Tribunal Superior de Justicia a propuesta del Consejo de la Magistratura (Chaco, art. 164 a excepción de los miembros del Superior Tribunal);

e) El nombramiento por el Superior Tribunal de Justicia con acuerdo de la Legislatura (Neuquén, art. 151 salvo para los miembros del Superior Tribunal);

f) La designación por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Asamblea Legislativa, pero con intervención del Consejo de la Magistratura como organismo asesor del Poder Ejecutivo con carácter no vinculante, para evitar eventuales problemas de incompatibilidad con la carta fundamental local (Santa Fe, decreto n° 2952/90 y sus reformas).

Luego de la reforma constitucional, tanto en el ámbito nacional como en los locales, se realizaron, como veremos, modificaciones constitucionales que importaron la incorporación de Consejos de la Magistratura.

En rigor de verdad, como ha ocurrido con tantas otras instituciones, las regulaciones provinciales sobre Consejo de la Magistratura precedieron largamente a la nacional. Según lo han comentado Bielsa y Graña, «*la expresión Consejo de la Magistratura no es nueva en el Derecho Constitucional argentino, en particular en el Derecho Público provincial. Diversos Estados contemplan el instituto: algunos a nivel constitucional (Buenos Aires, Chaco, Chubut, La Pampa, Río Negro, San Juan, San Luis, Santiago del Estero, Tierra del Fuego); otros, a nivel infraconstitucional (Córdoba, Mendoza, Santa Fe, Catamarca)*»²¹.

3.1.9.2. El Consejo de la Magistratura y la reforma constitucional federal de 1994

3.1.9.2.1. Disposiciones constitucionales

En el plano federal, pese a los precedentes comparados y locales, recién en 1991 se creó, en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación, una Comisión Asesora de la Magistratura, con la función de aconsejar al Presidente sobre las designaciones y promociones de los miembros del Poder Judicial, cuyo nombramiento requiere acuerdo del Senado, con excepción de los que integran la Corte Suprema de Justicia²².

Establecido tal precedente, en oportunidad de declarar la necesidad y oportuni-

dad de la reforma constitucional, la ley 24.309 habilitó la inclusión de la figura, y en cuanto a su formulación potencial fue muy detallista en varios aspectos, especialmente en aquellos sobre los que había suficiente consenso social y político. También previó retoques en la designación de los magistrados de la Corte Suprema, aunque mantuvo casi intacto el sistema hamiltoniano.

La crisis del Poder Judicial y la necesidad de su reforma se vio también reflejada al debatirse, ya en el seno de la Convención Nacional Constituyente de 1994, la creación del Consejo de la Magistratura, pues, como lo recuerda Sagüés, el miembro informante del despacho mayoritario, Enrique Paixão, destacó que la judicatura argentina padecía una triple crisis: técnica, institucional y política (esta última originada por la pérdida de la confianza pública en quienes ejercían las magistraturas más relevantes). Ante ello, el Consejo era el órgano central de la reforma en el Poder Judicial, asignándosele funciones que se detraían de la Corte Suprema. Explicó que el rol específico del sistema judicial era el de dictar sentencias, y que el gobierno del Poder Judicial se confería al Consejo²³.

Se coincidía, así, fundamentalmente en cuanto a la necesidad de incorporar este instituto ante el estado de descreimiento reinante respecto del Poder Judicial, pero no tanto en lo relativo a la cesión

de sectores de poder, lo que provocaría luego la delegación de la definición acerca de su integración en una ley posterior (con el efecto pernicioso de permitir en adelante que, a partir de modificaciones legislativas oportunistas, este instituto pudiera convertirse en un verdadero botón de guerra para las mayorías de turno).

Bien se ha indicado que, finalmente, «*las respuestas de la Constitución respecto del Poder judicial, en el marco del constitucionalismo de la realidad, son las siguientes:*

«a) *Conformar la estructura del Poder Judicial en base a tres órganos con (unciones específicas: la jurisdicción, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia (art. 108); la administración del poder (personal, hacienda, superintendencia y reglamentación), en cabeza del Consejo de la Magistratura (art. 114), y la actuación de la justicia, en cabeza del Ministerio Público (art. 120) con inmunidades e intangibilidades iguales a las de los jueces.*

«b) *Confiar a un órgano específico el Consejo de la Magistratura, la selección por concurso público de los postulantes, y la propuesta en ternas vinculantes para el Poder Ejecutivo, respecto del nombramiento de los magistrados inferiores (art. 114, incs. 1 y 2).*

«c) *Imponer que el acuerdo senatorial sea prestado en sesión pública (art. 99, inc. 4).*

«d) Fijar un límite de edad (75 años), que puede ser eximido por un nuevo nombramiento con acuerdo (art. 99, inc. 4 in fine).

«e) Crear el jurado de enjuiciamiento para los jueces de los tribunales inferiores (arts. 53; 115).

Y en tal sentido: «se ha dotado al Poder Judicial de una nueva estructura con funciones de jurisdicción (Corte Suprema), administración (Consejo de la Magistratura) y actuación (Ministerio Público).

«La Constitución reformada introdujo modificaciones en el procedimiento de designación de los magistrados de la Corte Suprema (art. 99, inc. 4). Corresponde nombrarlos al presidente de la Nación, quien deberá contar con el acuerdo del Senado con una mayoría especial: dos tercios de sus miembros presentes, y en sesión pública convocada al efecto.

«De este modo, los miembros de la Corte Suprema de Justicia, última depositaria del control de constitucionalidad, serán designados con total transparencia. En sesión pública los ciudadanos podrán conocer los antecedentes de los aspirantes aun antes de ser designados, lo cual –al margen del control legislativo– determinará un mayor control social por el peso de la opinión pública.

«Además, este mecanismo presupone que las fuerzas políticas, representantes

de los intereses provinciales por obra de la mayoría especial exigida, deban consensuar la designación, la que permitirá que las propuestas estén rodeadas de la ecuanimidad y prudencia que las circunstancias exijan.

«Por lo demás, la Corte Suprema conserva y se concentra en la función jurisdiccional (art. 108).

«La Corte Suprema como cabeza del Poder Judicial (art. 108) conserva intactas sus atribuciones jurisdiccionales para el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos de la Constitución Nacional.

«Se ha visto acentuada la exclusividad de su tarea judicial al eliminársele la carga burocrática que significaba atender temas de administración de personal, patrimoniales y presupuestarios. Se ha visto favorecida, además, por la ampliación del control de constitucionalidad con su admisión de oficio (art. 43), razón que jerarquiza el cometido final de la Corte como guardián y custodio de la Constitución. La Corte Suprema es el último tribunal de todas las justicias, y es también tribunal constitucional en la medida en que el gobierno de la Constitución está confiado a la interpretación final que haga de toda la normativa jurídica.

«En otras palabras, la aplicación directa de los derechos constitucionales por el

juez pone en sus manos un amplio margen de actividad «reguladora», lo que equivale a decir que correría a cargo de la jurisdicción el «desarrollo normativo» del ejercicio de tales derechos. Los derechos constitucionales ya no serían derechos meramente legales, pero en cambio sí serían, en gran medida «derechos jurisdiccionales». El Estado Constitucional de Derecho, huyendo del estado legal de Derecho, podría convertirse en un puro Estado jurisdiccional de Derecho (Aragón Reyes, Manuel, Constitución y derechos fundamentales, pp. 17 y 18).

«Es decir, que el control de constitucionalidad es la columna vertebral del derecho constitucional (Bianchi, Alberto, Control de constitucionalidad, pp. 23 y 32).

«La Corte Suprema también es tribunal en la resolución de los conflictos de competencia y en los derivados de las relaciones institucionales: Nación–provincia y provincia–provincia (López Guerra, Luis, El tribunal constitucional y la resolución de conflictos competenciales, p. 23 y ss.).

«En suma, independencia de los jueces y control de constitucionalidad se implican recíprocamente, porque la guarda de la Constitución es dato de esencia y existencia del Poder judicial (Fayt, Carlos, Supremacía constitucional y la independencia de los jueces, p. 123 y ss.). El control de constitucionalidad «lejos de retraerse... debe desarrollarse hasta donde conver-

gen sus competencias y los valores de la sociedad argentina confiados a su custodia...» (C.S.J.N., 1977, Fallos, 298:444)»²⁴.

La Corte preserva la potestad de dictar su reglamento interior y nombrar a sus empleados, se ha suprimido la palabra «económico», que adjetivaba al reglamento, en consonancia con las atribuciones que la Constitución le atribuye al Consejo de la Magistratura. Tampoco tendrá la Corte la potestad de preparar el presupuesto de gastos y recursos del Poder Judicial. Será así necesario, entonces, que exista entre la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura una compatibilidad, una relación de coordinación, ya que los empleados tendrán que ser nombrados dentro de las posibilidades presupuestarias. El presupuesto es sólo uno y el que gobierna ese presupuesto es el Consejo de la Magistratura.

En síntesis, como recordara el convencional Héctor Masnatta en Santa Fe: «... uno de los autores de *El Federalista* dijo que no aceptaba ser miembro de la Corte Suprema porque ésta carecía de la bolsa y de la espada. Esa frase se ajusta a esta circunstancia. La Corte Suprema, que es la cabeza del Poder Judicial, no va a contar ni con la bolsa ni con la espada»²⁵.

El Consejo de la Magistratura, regulado fundamentalmente en el art. 114²⁶ y en menor grado en los arts. 99²⁷ y 115²⁸, constituye la mayor innovación en lo

que hace al funcionamiento del Poder Judicial, y a él se le han confiado en lo esencial, funciones específicas en la selección de los magistrados y en la administración del Poder Judicial.

A la manera española, la Constitución ha delegado la regulación en una ley especial, aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, la cual debió ser dictada dentro del año de entrada en vigencia de la Constitución, no pudiendo ser designados nuevos jueces después de esa fecha, sino por el procedimiento previsto en la Carta Fundamental, sin perjuicio de las facultades del Poder Ejecutivo para hacerlo en comisión.

Así ocurrió, y fue recién en realidad más de tres años después que se dictó finalmente la primera ley organizativa del Consejo, n° 24.937, con las modificaciones realizadas inmediatamente después por la n° 24.939, y varios años más tarde, en 2006, por la ley 26.080.

En cuanto a las funciones del Consejo, bien han explicado Menem y Dromi, que «Al Consejo de la Magistratura le caben tareas administrativas, vinculadas con la designación de los jueces, el aspecto disciplinario y las facultades reglamentarias de la organización judicial.

«Las reformas que en este sentido establece la Constitución, obedecen a la necesidad de acentuar la independencia ex-

terna del Poder Judicial; es decir, aquella relacionada con el principio fundamental de la división de poderes, la plena autonomía de la función jurisdiccional [...].

«Hemos señalado que al Consejo de la Magistratura le caben las funciones de administración, que comprende la de personal, la financiera y la reglamentaria.

«En cuanto a las funciones administrativas de personal, ellas se refieren a la selección de los magistrados a través del mecanismo de selección de los jueces por concurso público (art. 114, inc. 1), la emisión de propuestas en ternas para el nombramiento de los magistrados de los tribunales federales inferiores (art. 114, inc. 2), el ejercicio de la superintendencia, facultándolo a aplicar sanciones disciplinarias (art. 114, inc. 4). A su vez, hace de Cámara de Diputados, de Cámara acusadora en el juri de enjuiciamiento (arts. 114, inc. 5; 115).

«Con respecto a las funciones administrativo-financieras, el Consejo tiene a su cargo la administración de los recursos y la ejecución del presupuesto que la ley le asigne para la administración financiera de la Justicia (art. 114, inc. 3).

«Por último, ejerce facultades administrativas de reglamentación, dictando normas organizativas de la justicia y todas aquellas necesarias para una prestación eficiente de la misma (art. 114, inc. 6)»²⁹.

Puede entonces dictar reglamentos administrativos y de funcionamiento para el Gobierno y administración del Poder Judicial, que hasta ahora estaba en manos de la Corte Suprema. Ya en lo relativo a la composición del Consejo ésta debe integrarse al número y forma determinados por la ley reglamentaria pero siempre en forma periódica y equilibrada, con representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular (Legislativo y Ejecutivo); de los jueces de todas las instancias; de los abogados de la matrícula federal y del ámbito académico y científico.

Para la selección de los postulantes a las magistraturas judiciales de los tribunales federales inferiores, la Constitución exige concurso público, lo cual elimina desigualdades –al menos en teoría, ya que en la práctica del instituto se abrigan razonables dudas sobre la regularidad de algunos concursos–, pero la norma no excluye la posibilidad de que se integre a este sistema de selección una escuela judicial que debería atender a cometidos especiales³⁰.

La Escuela judicial, que en otros países ha adquirido jerarquía constitucional (v.gr., Perú, que la denomina «Academia Nacional de la Magistratura»), tiene una función de alta relevancia, pues como se ha explicado: «en primer término, y en el plano teórico, completa la instrucción jurídica universitaria, reforzando los cono-

cimientos ya adquiridos, y suministrando los nuevos que sean necesarios para la actuación judicial. En el campo práctico, prepara y adiestra al postulante para el ejercicio de las funciones específicas [...]. Paralelamente, la escuela procura profundizar la conciencia ética del futuro juez, teniendo en cuenta las responsabilidades jurídicas, sociales y morales anexas al cargo que desempeñará. Y, por último, el centro opera también como agente de selección, ya a través de las pruebas y exámenes del caso, ya mediante la continua evaluación de las aptitudes del candidato a lo largo de la evolución de los cursos»³¹.

En este sentido, y conforme lo ha explicado recientemente Daniel Lecrubier –uno de los directores de la Escuela Nacional de la Magistratura de Francia, surgida durante la Quinta República, a fines de la década del cincuenta–, la cuestión de la designación de jueces es no sólo académica (sólo el diez por ciento de los postulantes franceses pasa el examen de formación inicial de la Escuela de la Magistratura) sino que debe considerar otras facetas, como el equilibrio psíquico, la aptitud para comprender y resolver conflictos sociales. Para ello, una vez ingresado a la Escuela deben completar un ciclo eminentemente práctico de dos años, transcurrido el cual se les asigna un juzgado, pero deben continuar en formación continua³².

Seleccionados los postulantes a las magistraturas inferiores, el Consejo emite propuestas en ternas vinculantes para el nombramiento de los magistrados.

La administración de los recursos y la ejecución del presupuesto del Poder Judicial se adjudica al Consejo. Ello ha provocado discusiones ríspidas respecto de si integra entonces o no el Poder Judicial, produciéndose posiciones de lo más encontradas³³.

Le cabe también al Consejo el ejercicio de facultades disciplinarias sobre los magistrados (poder de superintendencia), y el decidir sobre la apertura del procedimiento de remoción de magistrados (lo cual incluye la suspensión y la formulación de la acusación correspondiente), cuya resolución queda reservada al jury de enjuiciamiento.

Las causales de remoción de los jueces se encuentran establecidas en el art. 53 de la Constitución vigente³⁴, que reproduce en lo que a ellas refiere, el art. 45 de la Constitución histórica, y el procedimiento para los miembros de la Corte Suprema (Juicio político) se encuentra regulado por los arts. 59³⁵ y 60³⁶, mientras que para los jueces de los tribunales inferiores de la Nación, se encuentra previsto en el art. 115³⁷, que prevé la figura del Jurado de Enjuiciamiento, el cual se complementa con la disposición transitoria decimocuarta, a tenor de la cual

las causas en trámite ante la Cámara de Diputados al momento de instalarse el Consejo de la Magistratura les serían remitidas a efectos del inciso 5 del artículo 114, y las ingresadas en el Senado continuarían allí hasta su terminación.

El nuevo diseño constitucional mereció la aprobación mayoritaria de la comunidad jurídica –excepto por la existencia de distintas interpretaciones respecto del mandato del Constituyente en lo relativo a la composición del Consejo y en cuanto a las facultades de administración del Poder Judicial–, mereciendo destacarse, entre los detractores del sistema, la opinión de Spota, quien sostuvo oportunamente: *«El Consejo de la Magistratura incorporado a nuestra norma de base con la reforma de 1994, es una institución anómala dentro de nuestra estructura constitucional. No corresponde ni al diseño básico de nuestro sistema político, ni a la dinámica constitucional propia de aquellas formas de gobierno democráticas en las que se ha otorgado a los jueces comunes la capacidad política para declarar la inconstitucionalidad de las normas. Es el Consejo de la Magistratura un instituto propio de una organización político- jurídica donde la Justicia forma parte exclusivamente de la administración del Estado. Esto es donde la justicia no es Poder Judicial, sino simplemente administración o distribución razonada de equilibrio social, en función de la normativa ordinaria*

vigente. Esto es el esquema típico del constitucionalismo de la Europa continental de la segunda mitad del siglo XIX y de lo que va de este siglo XX, sobre todo en países como Italia, Francia y España, donde los ejecutivos de origen parlamentario y la supremacía del mentado Parlamento eran y son los datos típicos de aquellos sistemas. Y es característica de esos sistemas políticos que la Justicia sea administración del estado, y no poder como en el sistema norteamericano y en el nuestro.

«El injerto que significa el art. 114 de nuestra Constitución importa la inclusión anacrónica y de consecuencias no buenas, como se verá, en el sistema de distribución de poderes con capacidad para controlar la constitucionalidad que se le otorga al juzgador, en condición de poder político y jurídico, traerá como va dicho, ineludiblemente, grandes dificultades y notables confusiones. Y además será permanente motivo y lugar de colisión de intereses»³⁸.

Más allá de las discusiones a que puede dar lugar este instituto desde el ángulo de la conveniencia de su instalación o desde el de su compatibilidad con la constitución histórica –lo cual es ajeno al objeto de este trabajo–, lo cierto es que es una institución creada por la Constitución y que debía y debe ser reglamentada según su espíritu. Sin embargo, los primeros proyectos presentados luego

de producida la reforma constitucional, fueron objeto de acendradas críticas, en especial lo aprobado en el Senado en el mes de marzo de 1996, a instancias de un proyecto del Poder Ejecutivo, respecto al cual se levantaron voces críticas que reafirmaron la necesidad de la independencia del órgano entre las que se encuentran la de Haro³⁹ y la de Spota, quien realizó una exhaustiva y encomiable crítica⁴⁰. La reglamentación, finalmente, llegaría al año siguiente, y la modificación a este sistema se produciría casi una década más tarde, como veremos inmediatamente.

3.1.9.2.2. La ley reglamentaria del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados federales

Como bien lo indica Palazzo, la efectiva incorporación del Consejo de la Magistratura a la realidad argentina es *«el único mandato de la Convención Reformadora de 1994 al legislador ordinario que fijó una sanción por incumplimiento del plazo, ya que vencidos los trescientos sesenta días de la vigencia de esa enmienda no pudieron designarse nuevos magistrados inferiores (cfr. cláusula transitoria 13 de la Constitución Nacional), acumulándose vacantes»⁴¹.*

Sin embargo, no sólo el plazo indicado no se cumplió sino que se excedió largamente, de modo tal que la doctrina lle-

gó a sostener, a tres años de la entrada en vigencia de la Constitución, que «*la mora en que se ha incurrido al no dictar en dicho plazo la ley reglamentaria y al no entrar en funcionamiento el Consejo, ha tipificado inconstitucionalidad por omisión*» (Bidart Campos)⁴².

La ley llegaría a ser sancionada el 10 de diciembre 1997, bajo el n° 24.937, rotulada «Ley del Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados», la cual fue inmediatamente modificada –apenas ocho días después–, por la ley 24.939, denominada «Ley correctiva del Consejo de la Magistratura», por la cual se sustituyeron los arts. 2° primer párrafo y 2° inc. 6; art. 7°, incs. 5 y 7 primer párrafo; art. 9°; art. 13 primer y segundo párrafo; art. 14, primer párrafo; art. 16; art. 22, inc. 3 y art. 33 de la norma originaria.

Tras varios años de funcionamiento, la norma fue nuevamente reformada en 2006, mediante ley 26.080, que produciría fundamentalmente cambios en la conformación del pleno del Consejo y en la integración de las comisiones.

En el texto vigente, la ley consta de treinta y cuatro artículos, se divide en dos títulos principales: «Consejo de la Magistratura» y «Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados», y un tercero destinado a las disposiciones transitorias y complementarias, integrándose de la siguiente manera:

El título I («Consejo de la Magistratura») consta de cuatro capítulos:

El primero, integrado por cinco artículos, se ocupa de indicar que el Consejo de la Magistratura es un órgano permanente del Poder Judicial de la Nación (art. 1), que estará integrado por trece miembros (la versión original prescribía diecinueve, y la inmediata reforma a ésta lo elevó a veinte) (art. 2⁴³), los cuales durarán cuatro años en sus funciones, pudiendo ser reelectos con intervalos de un período (la primera versión permitía la reelección por una vez en forma consecutiva (art. 3⁴⁴); que para ser miembro del Consejo se requerirán las condiciones exigidas para ser juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 4), y que éstos estarán sujetos a las incompatibilidades e inmunidades que rigen para sus calidades funcionales (art. 5).

El segundo, referido al funcionamiento del Consejo, está integrado por cuatro artículos, y trata sobre las sesiones plenarias, los trabajos en comisiones, la Secretaría, la oficina de administración financiera y los organismos auxiliares, cuya creación disponga el propio Consejo (art. 6); a las atribuciones del plenario (art. 7⁴⁵); a las sesiones plenarias ordinarias (art. 8⁴⁶); al quórum para sesionar y las mayorías necesarias para adoptar decisiones (art. 9⁴⁷).

El tercero se refiere a las autoridades del Consejo y se compone de dos artículos,

regulando lo relativo a la Presidencia (art. 10⁴⁸) y a la Vicepresidencia (art. 11⁴⁹). El cuarto, integrado por nueve artículos, alude concretamente a las Comisiones en que se divide el Consejo y a la Secretaría general. En este sentido, establece que las cuatro comisiones (art. 12⁵⁰), que serán las de: a) Selección de Magistrados y Escuela Judicial (regulada por el art. 13⁵¹); b) Disciplina y acusación (anteriormente separadas) (art. 14⁵²); d) Reglamentación (agregada por la ley 26.080) (art. 15⁵³), y c) Administración y Financiera (arts. 16 a 19⁵⁴).

El art. 20 regula lo relativo a la Secretaría General del Consejo, estableciendo que su titular no podrá ser miembro del Consejo y que, sin perjuicio de las demás funciones que establezcan los reglamentos internos, prestará asistencia directa al presidente, al vicepresidente y al plenario del Consejo, dispondrá las citaciones a las sesiones del plenario, coordinará las comisiones del Consejo, preparará el orden del día a tratar y llevará las actas.

El título II («Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados»), se compone de dos capítulos, donde regula, respectivamente, a la organización del Jurado y al procedimiento.

El Capítulo I se integra con cuatro artículos, referidos a la competencia del Jurado para el juzgamiento de los jueces in-

feriores de la Nación, según lo prescripto por el art. 115 de la Constitución Nacional (art. 21⁵⁵); a la integración del Jurado por seis miembros (la versión anterior estaba integrado por nueve) (art. 22⁵⁶); a la duración del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (art. 23⁵⁷); a la forma y causales de remoción de sus miembros (art. 24⁵⁸).

El capítulo II está compuesto por tres artículos que se refieren al procedimiento, concretamente se refiere a que será oral y público y deberá asegurar el derecho de defensa del acusado, debiendo emitirse con mayoría de dos tercios de los miembros el fallo que decida la destitución, en función de las causales que la propia norma establece (art. 25⁵⁹); a la forma de sustanciación del procedimiento para la acusación y para el juicio (art. 26⁶⁰) y al único recurso previsto contra el fallo (aclaratoria), que debe interponerse dentro de los tres días de la notificación del mismo (art. 27).

Finalmente, el Título III «Disposiciones transitorias y complementarias», alude a las incompatibilidades para ser miembro del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento y al régimen de licencias (art. 28⁶¹); del carácter -honorario o rentado, según el caso- de los servicios (art. 29⁶²); de la vigencia de las disposiciones reglamentarias existentes vinculadas con el Poder Judicial, mientras no sean modificadas por el Consejo

de la Magistratura dentro del ámbito de su competencia y de la retención de las facultades de superintendencia general sobre los distintos órganos judiciales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las Cámaras nacionales de apelaciones (art. 30); de la atención de los gastos que demandan el funcionamiento del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, que deberá ser incluidos en el presupuesto del Poder Judicial de la Nación (art. 31); de la transferencia al Consejo de los empleados y funcionarios que se desempeñen en las oficinas y demás dependencias administrativas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con excepción de los que la Corte preserve para su propia administración (art. 32), y de la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la Asociación de Magistrados y de la Federación Argentina de Colegios de Abogados en la primera elección, a realizarse dentro del plazo de ciento ochenta días de publicada la ley (art. 33⁶³).

La reforma, operada por la ley 26.080, agregó disposiciones relativas al plazo establecido para su reglamentación y tres disposiciones transitorias relacionadas con los efectos propios de los cambios de composición del Consejo y de sus comisiones⁶⁴.

3.1.9.2.3. Nombramiento y remoción de jueces en los Estados federados (provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires)

Ya adelantamos que en la Argentina la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y varias provincias (Buenos Aires, Chaco, Chubut, Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, La Pampa, Mendoza, Neuquén, Río Negro, San Juan, San Luis, Santiago del Estero, Tierra del Fuego y Tucumán) contemplan al Consejo de la Magistratura a nivel constitucional, mientras que otras provincias lo hacen mediante normas subconstitucionales (Santa Fe y Catamarca).

No todas estas regulaciones son uniformes ni coetáneas, pero a la fecha son mayoritarias respecto de los sistemas tradicionales de designación, llegando a cubrir dos tercios de los Estados federados.

De todas las regulaciones efectuadas, mientras unas lo han hecho en sus constituciones, otras lo hicieron por vía de leyes o decretos; y si bien algunas precedieron a la norma federal, y otras son posteriores, la incorporación del instituto en la reforma constitucional federal no trae más consecuencias para las provincias que la de un mero -aunque importante- precedente, a tener en cuenta como expresión consensuada a nivel federal, pero no condiciona en lo más mínimo los eventuales diseños que quisiera dársele en los planos locales (arg. art. 5 de la Constitución Nacional), como ocurre con otras instituciones, como las garantías jurisdiccionales (v.gr., amparo, hábeas corpus, hábeas data, etcétera)⁶⁵.

Con relación a los sistemas usualmente implementados para la remoción de magistrados, el procedimiento más común ha sido el de juicio político para las más altas magistraturas, y para las restantes, las del jurado de enjuiciamiento (especialmente para los jueces que no integran las Cortes Supremas y ocasionalmente con intervención del Consejo de la Magistratura).

A continuación haremos un relevamiento de tales disposiciones, clasificándolas conforme se encuentren reguladas a nivel constitucional o subconstitucional, pero previo a ello consideramos pertinente volcar los resultados de un estudio

realizado por la Federación Argentina de la Magistratura⁶⁶ al respecto, donde expresa: «Las provincias, en su gran mayoría, poseen dos órganos diferentes encargados de la concreción de Selección y Destitución de Magistrados y Funcionarios Judiciales.

«La Selección de ordinario se encuentra a cargo de los Consejos de la Magistratura y en tanto la remoción esté a cargo de los Jurados de Enjuiciamiento.

«En un porcentaje menor de provincias es el Consejo de la Magistratura únicamente el que realiza ambas actividades. Ahí puede verse reflejado un alto grado

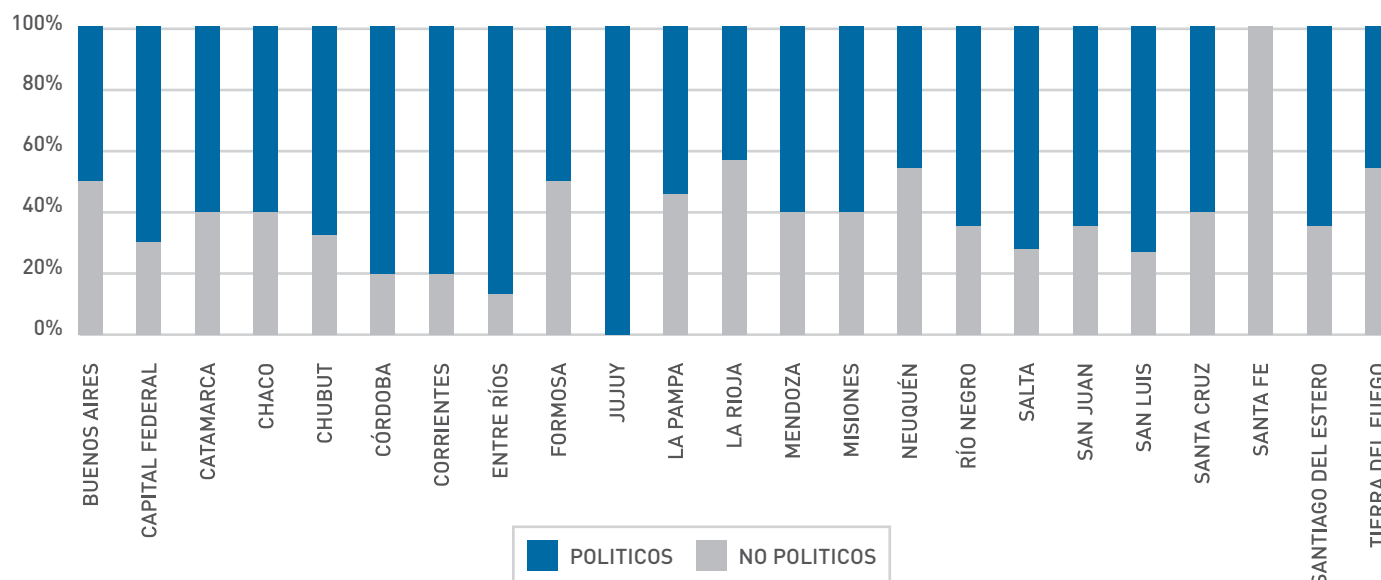
de concentración de poder en un mismo órgano.

3.1.9.2.3.1. Constituciones estatales que receptaron en alguna medida el sistema continental europeo

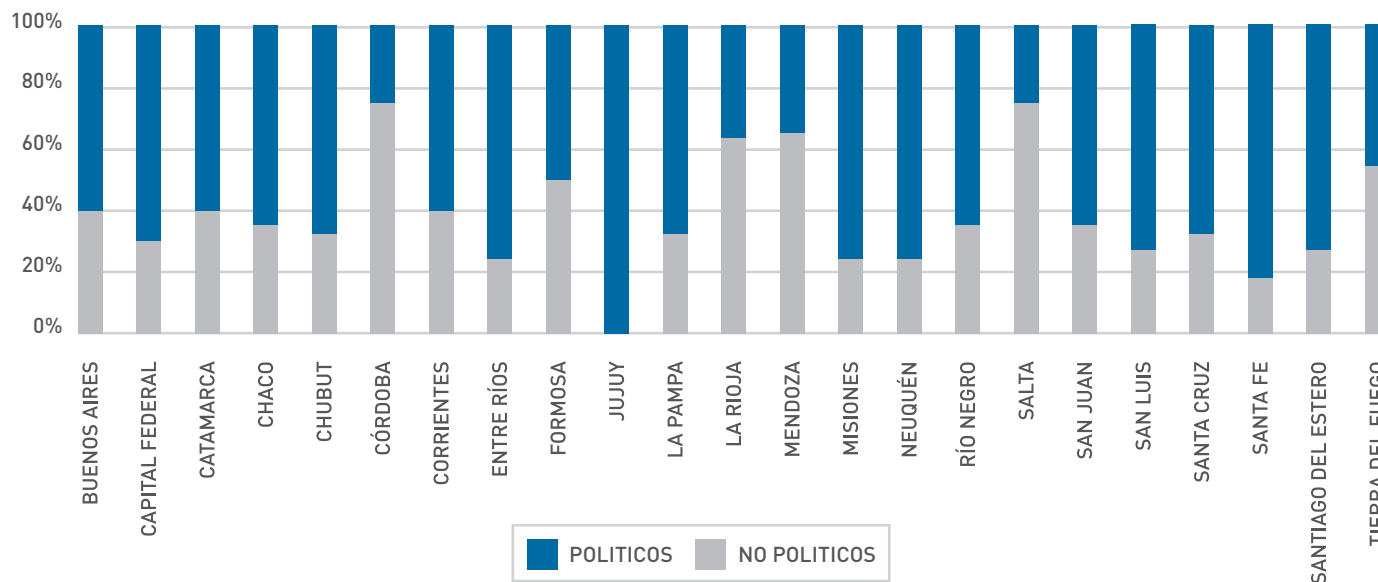
3.1.9.2.3.1.1. Estatuto-Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Según el art. 115 del Estatuto Organizativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Consejo de la Magistratura se integra con nueve miembros elegidos de la siguiente forma: 1. Tres representantes elegidos por la Legislatura con el voto de

COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN



COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DE DESTITUCIÓN



las dos terceras partes del total de sus miembros. 2. Tres jueces del Poder Judicial de la Ciudad excluidos los del Tribunal Superior, elegidos por el voto directo de sus pares. En caso de que se presentare más de una lista de candidatos, dos son de la lista de la mayoría y uno de la minoría. 3. Tres abogados o abogadas, elegidos por sus pares, dos en representación de la lista que obtuviera la mayor cantidad de votos y los restantes de la lista que le siguieren en el número de votos, todos con domicilio electoral y matriculados en la Ciudad.

Establece también el artículo citado que sus miembros duran en sus funciones cuatro años y no pueden ser elegidos sin

un intervalo de, por lo menos, un período completo. Designan a su presidente y tienen las mismas incompatibilidades e inmunidades que los jueces.

En cuanto a su remoción, ésta se produce por juicio político.

El art. 116, al ocuparse de las competencias del Consejo, establece que, salvo las reservadas al Tribunal Superior, sus funciones son las siguientes: 1. Seleccionar mediante concurso público de antecedentes y oposición a los candidatos a la Magistratura y al Ministerio Público que no tengan otra forma de designación prevista por esta Constitución. 2. Proponer a la Legislatura los candidatos a jue-

ces y al Ministerio Público. 3. Dictar los reglamentos internos del Poder Judicial. 4. Ejercer facultades disciplinarias respecto de los magistrados. 5. Reglamentar el nombramiento, la remoción y el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados, previendo un sistema de concursos con intervención de los jueces, en todos los casos. 6. Proyectar el presupuesto y administrar los recursos que la ley le asigne al Poder Judicial. 7. Recibir las denuncias contra los jueces y los integrantes del Ministerio Público. 8. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, formulando la acusación correspondiente ante el Jurado de Enjuiciamiento.

Finalmente, el art. 117 estipula que una ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la legislatura organiza el Consejo de la Magistratura y la integración de los jurados de los concursos. Estos se integran por sorteo en base a listas de expertos confeccionadas por el Tribunal Superior, la Legislatura, los jueces, el órgano que ejerce el control de la matrícula de abogados y las Facultades de Derecho con asiento en la ciudad.

El sistema de remoción de los jueces se regula entre los arts. 121 y 123.

El art. 121 establece que los jueces son removidos por un Jurado de Enjuiciamiento integrado por nueve miembros, de los cuales tres son legisladores, tres abogados y tres jueces, siendo uno de ellos miembro del Tribunal Superior y presidente del Jurado. Son seleccionados por sorteo de una lista de veinticuatro miembros: 1. Seis jueces, elegidos por sus pares, mediante el sistema de representación proporcional. 2. Dos miembros del Tribunal Superior, designados por el mismo. 3. Ocho abogados, elegidos por sus pares, con domicilio electoral y matrícula en la ciudad, mediante el sistema de representación proporcional. 4. Ocho legisladores, elegidos por la Legislatura, con el voto de los dos tercios del total de sus miembros. Duran en sus cargos cuatro años, a excepción de los legisladores que permanecen hasta la finalización de sus mandatos.

El art. 122 se ocupa de regular las causas de destitución: comisión de delitos dolosos, mal desempeño, negligencia grave, morosidad en el ejercicio de sus funciones, desconocimiento inexcusable del Derecho e inhabilidad física o psíquica.

Por último, el art. 123, al ocuparse del procedimiento de remoción, establece que el procedimiento garantiza debidamente el derecho de defensa del acusado y es instado por el Consejo de la Magistratura, que formula la acusación en el término de sesenta días contados a partir de la recepción de la denuncia. Sólo el jurado tiene facultades para suspender preventivamente al acusado en sus funciones, debiendo dictarse el fallo en el plazo de noventa días a partir de la acusación. Si no se cumpliere con los plazos previstos, se ordenará archivar el expediente, sin que sea posible iniciar un nuevo procedimiento por las mismas causales.

Si durante la sustanciación del procedimiento venciere el término del mandato de los miembros del Jurado, éstos continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta la conclusión definitiva del mismo. Los jueces sólo podrán ser removidos si la decisión contare con el voto de, al menos, cinco de los integrantes del Jurado. El fallo será irrecurrible, salvo los casos de manifiesta arbitrariedad y sólo tendrá por efecto destituir al magistrado, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiere corresponderle.

Al comentar las alternativas del proceso constituyente, Sagüés señala que pese a la polémica desatada respecto de la fisonomía del Consejo de la Magistratura regulado por la Constitución nacional «*la Constitución-Estatuto porteño erige el Consejo de la Magistratura con parecidas funciones. Le sigue dando asimismo tareas legiferantes, como las de dictar los reglamentos internos del Poder Judicial, e igualmente, recibir denuncias contra los jueces y miembros del Ministerio Público y decidir la apertura del procedimiento de remoción de ellos. Naturalmente, preselecciona mediante concursos públicos de antecedentes y oposición a los candidatos a jueces y funcionarios del Ministerio Público (art. 116). Los jurados de esos concursos deben integrarse por expertos, y de acuerdo con la ley organizativa del Consejo de la Magistratura, aprobarse por la mayoría absoluta del total de los legisladores (art. 117).*

«*La integración del Consejo de la Magistratura, un tema candente y ultradiscutido en la esfera nacional, ha sido asumida por el estatuyente porteño de esta manera: formado el Consejo por nueve vocales, tres son jueces elegidos por sus pares (se intenta así alcanzar mayor independencia política en la gestión del Consejo, y con magistrados generalmente más jóvenes); tres representantes elegidos por la Legislatura, con el voto conforme de dos tercios del total de sus miembros; y tres abogados elegidos por sus pares, dos de la lista mayoritaria y el tercero de la que le siga (art. 115).*

«Tal vez con el objeto de concluir la disputa sobre la naturaleza institucional del Consejo de la Magistratura, en el sentido de que si es o no un órgano extra poder, el Estatuto-Constitución lo declara inserto en el Poder Judicial, y lo categoriza, declarando que sus miembros, que en principio duran cuatro años en la función, gozan de las incompatibilidades e inmunidades de los jueces. Únicamente pueden ser removidos por el juicio político (art. 115)»⁶⁷.

3.1.9.2.3.1.2. Constitución de la provincia de Buenos Aires

La reforma constitucional nacional de 1994 se empalmó –y en ciertos tramos, coexistió– con la reforma de la Constitución bonaerense.

Reproduciendo lo establecido por el art. 114 de la Constitución Nacional, estipula, en su art. 175, que los jueces de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador y el Subprocurador General serán designados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, otorgado en sesión pública por mayoría absoluta de sus miembros.

En lo que hace al Consejo de la Magistratura, indica que los jueces inferiores y los integrantes del Ministerio Público serán designados por el Poder Ejecutivo, de una terna vinculante propuesta por el Consejo, con acuerdo del Senado, otorgado en sesión pública.

El Consejo se compondrá «equilibrada-

mente», con al menos quince miembros, entre los cuales debe contar con representantes de los poderes Ejecutivo y Legislativo, jueces de todas las instancias y de la asociación que regule la matrícula de los abogados, y tendrá la función indelegable de seleccionar a los postulantes mediante procedimientos que garanticen la adecuada publicidad y criterios objetivos predeterminados de evaluación.

Finalmente, la Carta crea los denominados «Consejos Consultivos Departamentales», los cuales realizan recomendaciones al Consejo de la Magistratura respecto de los cargos a cubrir en tales departamentos. Están integrados por jueces, abogados y académicos.

Como se habrá observado, este Consejo centra su tarea en el nombramiento de magistrados, aunque además la Carta bonaerense habilita al legislador para que por vía reglamentaria atribuya otras potestades al Consejo.

Como bien lo indican Bielsa y Graña, «En este sentido, se ha especulado que podrían consistir, por ejemplo, en la recepción de denuncias y la investigación acerca del comportamiento de magistrados y funcionarios, o en su intervención en el diseño del mapa judicial; pero se ha señalado también que este tipo de funciones ya se encuentra perfectamente delineado y su cumplimiento asignado a organismos determinados.

«Por dichas razones, se ha aconsejado centrar la discusión de la futura ley en los mecanismos de identificación y los métodos de nombramiento de aquellos que quedarán a cargo de la función juzgadora y requirente [...]».

«Respecto de la conformación del Consejo, la norma dice que estará compuesta por representantes de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, de los jueces y de los abogados, equilibradamente.

«Tal como sucede con la institución en el orden nacional, se sostiene que equilibrio no es sinónimo de igualdad numérica.

«Está pendiente, entonces, la dilucidación de los criterios que se utilizarán para fijar el estándar de equilibrio, así como para determinar los modos de elección de los miembros provenientes de cada uno de los estamentos cuya representación se prevé.

«Otras constituciones provinciales que contempla el organismo (Chaco, Chubut, Río Negro, San Juan, San Luis, Santiago del Estero, Tierra del Fuego), establecen en su mismo texto la composición de sus respectivos Consejos, el número de los integrantes y la forma de elección o selección de éstos.

«Se trata de un criterio previsor y prudente, que desoyeron las Constituciones Nacional y de la Provincia de Buenos Ai-

res, prefiriendo las tempestades futuras a los vientos de hoy.

«Con muy sencillas disposiciones podrían haberse evitado las diferencias que inevitablemente de desatarán»⁶⁸.

Ya pasando al sistema de remoción de los jueces, el art. 73 establece que es de competencia exclusiva de la Cámara de Diputados acusar ante el Senado a los miembros de la Corte Suprema de Justicia, previa sanción por dos tercios de votos de los miembros presentes que declare que hay lugar a formación de causa. Finaliza mencionando que cualquier habitante de la provincia tiene acción para denunciar ante la Cámara de Diputados el delito o falta, a los efectos de que se promueva la acusación, y que la ley determinará el procedimiento de estos juicios.

Por su parte, el art. 182 establece que los jueces de las Cámaras de Apelación y de Primera Instancia y los miembros del Ministerio Público pueden ser denunciados o acusados por cualquier habitante del pueblo, por delitos o faltas cometidas en el desempeño de sus funciones, ante un jurado de once miembros que podrá funcionar con número no inferior a seis, integrado por el presidente de la Corte Suprema de Justicia que lo presidirá, cinco abogados inscriptos en la matrícula que reúnan las condiciones para ser miembros de dicho tribunal, y hasta

cinco legisladores abogados. Luego establece que los legisladores y abogados que deban integrar el jurado se designarán por sorteo, en acto público, en cada caso; los legisladores, por el presidente del Senado, y los abogados, por la Suprema Corte de Justicia, a cuyo cargo estará la confección de la lista de todos los abogados que reúnan las condiciones para ser conjueces.

3.1.9.3.1.3. Constitución de la provincia del Chaco

En la Constitución de 1957 se incorporó el Consejo de la Magistratura a la constitución, con funciones acotadas a la selección de magistrados. Reformada en 1994, su art. 166 define que la integración del Consejo de la Magistratura es la siguiente: dos jueces (designados, respectivamente, por sorteo entre los miembros del Superior Tribunal de Justicia y los magistrados de tribunales letrados), dos abogados (matriculados y residentes en la provincia, uno por la capital y otro por el interior), dos miembros de la Legislatura (elegidos por su Cámara) y el Ministro de Gobierno y Justicia.

Analizando esta disposición, se ha evaluado: «A pesar de algunos cambios respecto de su antecedente, no se ha apartado de la juiciosa actitud de no delegar en una ley posterior la composición del Consejo ni –salvo en el caso de los legisladores– los mecanismos generales de nom-

bramiento de cada miembro, según su procedencia. En cuanto a sus funciones, consisten en proponer el nombramiento y traslado de jueces y representantes del Ministerio Público: nombramientos que deberán estar precedidos por concursos públicos de antecedentes y oposición, como método de selección. También actúa como jurado de enjuiciamiento de magistrados y funcionarios judiciales»⁶⁹.

3.1.9.3.1.4. Constitución de la provincia del Chubut

Comenta Sagüés que en la Constitución del Chubut, a partir del art. 187 «el Consejo de la Magistratura se integra con catorce miembros: el Presidente del Superior Tribunal de Justicia, tres magistrados, cuatro abogados de la matrícula, un empleado no abogado del Poder Judicial (?) y cinco ciudadanos no abogados (?) electos éstos por el pueblo (art. 191). Realiza el Consejo concursos para la provisión de los cargos judiciales de funcionarios y magistrados y los designa, con acuerdo de la Legislatura. En materia de remoción, abre el proceso instructorio y somete el asunto a decisión del Tribunal de Enjuiciamiento (art. 192)»⁷⁰.

En efecto, el art. 187 dispone que el Consejo de la Magistratura se integra con el Presidente del Superior Tribunal de Justicia, tres magistrados con rango no inferior a camarista o equivalente, cuatro abogados de la matrícula con una

antigüedad en el título no inferior a diez años, un empleado no abogado del Poder Judicial con por lo menos diez años de antigüedad en el mismo, y cinco ciudadanos no abogados y no empleados judiciales, que reúnan los requisitos exigidos para ser elegidos diputados, en todos los supuestos con no menos de cuatro años de residencia efectiva en la Provincia.

El art. 188 regla que los miembros del Consejo de la Magistratura, a excepción del Presidente del Superior Tribunal de Justicia que se renueva anualmente, duran cuatro años en sus funciones y no pueden ser reelectos en forma consecutiva. El Cuerpo se renueva por mitades cada bienio. Los reemplazantes deben tener idéntica representación que los integrantes a los que suceden.

El art. 191 regula el procedimiento de elección de sus miembros y el 192 le otorga las siguientes funciones: 1. Provee lo necesario para la realización de los concursos de antecedentes y oposición deslindados a la designación de magistrados y funcionarios judiciales, los que deben ser abiertos y públicos. Puede requerir la colaboración de Juristas reconocidos en el país. 2. Juzga en instancia única y sin recurso en el concurso para nombramientos de magistrados y funcionarios judiciales, elabora un orden de mérito y los designa conforme las previsiones de esta Constitución. 3. Somete el pliego del candidato seleccio-

nado a la Legislatura a los efectos del acuerdo que prevé el artículo 166. 4. Recibe denuncias sobre delitos, faltas en el ejercicio de sus funciones, incapacidad sobreviniente o mal desempeño, formuladas contra magistrados y funcionarios judiciales sometidos al Tribunal de Enjuiciamiento. Instruye el sumario correspondiente a través del miembro representante de los empleados judiciales debiendo intervenir la Secretaría Permanente y con garantía del derecho de defensa, elevando las conclusiones del sumario al Superior Tribunal de Justicia o al Tribunal de Enjuiciamiento según corresponda. 5. Evalúa el desempeño y aptitudes personales de los magistrados y funcionarios ingresantes al Poder Judicial al cabo de sus primeros tres años de función. En caso de resultar insatisfactorio eleva sus conclusiones al Superior Tribunal de Justicia o al Tribunal de Enjuiciamiento, a sus efectos. 6. Designa a los Jueces de Refuerzo y los Conjueces del Superior Tribunal de Justicia. 7. Dicta su propio reglamento de funcionamiento administrativo. 8. Las demás que les atribuya la ley.

En cuanto al procedimiento de remoción, establece el art. 198 que el Gobernador, el Vicegobernador y sus Ministros, pueden ser denunciados ante la Legislatura por incapacidad sobreviniente, por delitos en el desempeño de sus funciones, por falta de cumplimiento a los deberes de su cargo o por delitos comunes, y

que los Ministros del Superior Tribunal de Justicia, el Procurador General y el Defensor General están sujetos a juicio político en las causales del artículo 165.

Por su parte, el art. 209 dispone que los Jueces de Cámara y demás jueces letrados quedan sometidos al procedimiento de destitución regulado por las causales previstas en el artículo 165, y los Fiscales, Defensores, Jueces de Paz, los miembros del Tribunal de Cuentas, el Fiscal de Estado, el Contador General y los demás funcionarios que la ley determine, pueden ser acusados ante el Tribunal de Enjuiciamiento por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

El art. 211 dispone que el Tribunal de Enjuiciamiento se forma con un Ministro del Superior Tribunal de Justicia, dos diputados y dos abogados de la matrícula que reúnan las condiciones para ser miembros del Superior Tribunal de Justicia, elegidos por sorteo que realiza anualmente el mismo Tribunal, en la forma que se determine.

3.1.9.3.1.5. Constitución de la provincia de Córdoba

Según el art. 104 de la Carta cordobesa corresponde a la legislatura: «...42. Dar acuerdo en sesión pública para el nombramiento de Magistrados y Funcionarios a que se refiere esta Constitución».

El art. 112 establece que el Gobernador, el Vicegobernador, los miembros del Tribunal Superior de Justicia y del Tribunal de Cuentas, los Ministros del Poder Ejecutivo, el Fiscal de Estado, el Fiscal General y el Defensor del Pueblo pueden ser sometidos a juicio político por las causales de mal desempeño, delito en el ejercicio de sus funciones, delitos dolosos comunes, incapacidad física o síquica sobreviniente, o indignidad.

Por su parte, el art. 144, inc. 9, atribuye al Gobernador designar, previo acuerdo de la Legislatura, a los miembros del Tribunal Superior de Justicia y demás tribunales inferiores, y a los miembros del Ministerio Público. Agrega que en caso de receso de la Legislatura, designa a jueces o agentes del Ministerio Público interinos, que cesan en sus funciones a los treinta días de la apertura de la Legislatura. El Gobernador, el Vicegobernador y los ministros, no pueden ser propuestos para integrar el Poder Judicial hasta seis meses después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones.

Por último, el art. 157 dispone que «Los jueces y funcionarios son nombrados y removidos del modo establecido en esta Constitución», y el art. 159 que «Los magistrados y funcionarios del Poder Judicial a que hace referencia el Artículo 144, inciso 9, no sujetos a juicio político, pueden ser denunciados por cualquier ciudadano ante un Jurado de Enjuiciamiento,

al solo efecto de su destitución, fundado en las causas que lo autorizan, con actuación del Fiscal General. El Jurado de Enjuiciamiento está integrado por un Vocal del Tribunal Superior de Justicia, cuatro legisladores, letrados si los hubiere, dos por la mayoría y dos por la minoría. El acusado continúa en sus funciones si el Jurado no dispone lo contrario. El fallo debe dictarse, bajo pena de caducidad, dentro de los sesenta días a contar desde la acusación, la que debe realizarse en el término de treinta días de formulada la denuncia, bajo la responsabilidad personal del Fiscal General».

3.1.9.2.3.1.6. Constitución de la provincia de Corrientes

Respecto del sistema de designación de magistrados, el art. 182 de la Constitución correntina atribuye al Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, la potestad de nombrar a los miembros del Superior Tribunal de Justicia, el Fiscal General, el Defensor General y el Asesor General, y para el caso de los demás jueces y funcionarios del Ministerio Público, le otorga la facultad de seleccionarlos, también con acuerdo senatorial, a partir de la propuestas en terna vinculante por el Consejo de la Magistratura, aclarando que en todos los casos, el Senado escuchará en audiencia pública las impugnaciones de los ciudadanos sobre la persona del propuesto, otorgando a éste la oportunidad de responderlas.

El art. 183, por su parte, expresa que en el caso de vacantes o licencias prolongadas, el Superior Tribunal de Justicia puede designar temporalmente, previo sorteo público, a jueces y funcionarios del Ministerio Público sustitutos, debiendo realizarse el sorteo, en orden preferente, entre quienes hayan concursado y aprobado los exámenes para el fuero y circunscripción de que se trate, luego entre los jueces y funcionarios judiciales jubilados y, por último, entre abogados con más de quince (15) años en el ejercicio de la profesión (la nómina de jueces y funcionarios del Ministerio Público sustitutos, en el orden señalado, es confeccionada anualmente por el Superior Tribunal de Justicia y remitida al Senado para su aprobación). Mediante el art. 194 se incorpora la figura del Consejo de la Magistratura, regulado por ley especial, al cual le atribuye la función de selección de postulantes para ocupar los cargos de magistrados y funcionarios del Ministerio Público, de acuerdo a lo previsto en el artículo 182. Agrega que la selección debe realizarse mediante procedimientos que garanticen la adecuada publicidad y criterios objetivos predeterminados de evaluación, privilegiando la idoneidad, el respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos. Además dispone que se integra de forma bianual con los siguientes consejeros, cuyos cargos son honorarios e irrenunciables: 1) El Presidente del Superior Tribunal de Justicia, que lo preside. 2) El Fiscal de Estado.

3) Un (1) magistrado o integrante del Ministerio Público, elegido por votación directa de sus pares. 4) Un (1) abogado que posea las mismas condiciones requeridas para ser miembro del Superior Tribunal de Justicia, elegido por votación directa de sus pares, a través de sus entidades representativas. En este caso, cada circunscripción judicial elige a su representante, que actuará como integrante de ese estamento ante el Consejo cuando el órgano cumpla funciones que interesen a dicho ámbito. 5) Un (1) profesor titular por concurso de la Facultad de Derecho de una universidad pública estatal, elegido por votación directa de sus pares. Cada integrante tiene su suplente, electo de la misma manera que el titular y con los mismos requisitos. El suplente del Presidente del Superior Tribunal de Justicia es un miembro del cuerpo designado al efecto, y del Fiscal de Estado, el Procurador del Tesoro.

El art. 195 establece como funciones del Consejo: 1) Dictar su reglamento interno. 2) Reglamentar el procedimiento de los concursos públicos, en el marco de la ley respectiva. 3) Convocar a concurso público de postulantes para cubrir las vacantes. 4) Seleccionar, mediante concurso público, los postulantes a las magistraturas inferiores del Poder Judicial y funcionarios del Ministerio Público.

5) Proponer al Poder Ejecutivo las ternas vinculantes para el nombramiento de los magistrados y funcionarios a los

que refiere el inciso anterior. 6) Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados y funcionarios inferiores y, previa vista al denunciado, formular la acusación correspondiente a través del Fiscal General, o rechazarla in límine. Para formular la acusación, se requiere de una mayoría de tres (3) de sus miembros como mínimo, quedando el acusado automáticamente suspendido en el ejercicio de la función. En caso de rechazo, puede imponer al denunciante las sanciones que establezca la ley si considera que la denuncia es temeraria.

Por último, el art. 196 dispone que dentro de los cinco (5) días de verificarse una vacante judicial, el Presidente del Superior Tribunal debe convocar al Consejo para que en el término de noventa (90) días cumpla con su labor constitucional, y que, recibida la terna propuesta por el Consejo de la Magistratura, el Poder Ejecutivo debe enviar al Senado el pliego de uno de ellos en los quince (15) días subsiguientes; si no lo hiciere, se considerará remitido el pliego de quien ocupe el primer lugar en la terna. El Senado lo tratará dentro de los cuarenta y cinco (45) días posteriores, aun fuera del período ordinario de sesiones, considerándose aprobado si no hubiere pronunciamiento en dicho término.

En lo relativo a la remoción de magistrados, el art. 197 dispone que un Jurado de Enjuiciamiento, regulado por ley espe-

cial, tiene a su cargo el juicio político a todos los jueces e integrantes del Ministerio Público, con excepción de los miembros del Superior Tribunal de Justicia, del Fiscal General, del Defensor General y del Asesor General, cuando se les impute la comisión de delito o mal desempeño en el ejercicio de sus funciones; el art. 198 establece su integración bianual con: 1) Un (1) miembro del Superior Tribunal de Justicia elegido por el cuerpo, que lo preside. 2) Un (1) juez, elegido por votación directa de sus pares. 3) Un (1) abogado que posea las mismas condiciones requeridas para ser miembro del Superior Tribunal de Justicia, elegido por votación directa de sus pares a través de sus entidades representativas. En este caso, cada circunscripción judicial elige a su representante, que actuará como integrante de ese estamento en el Jurado cuando el acusado pertenezca a la misma. 4) Un (1) profesor titular por concurso de la Facultad de Derecho de una universidad pública estatal, elegido por votación directa de sus pares. 5) Dos (2) Diputados de distintos partidos políticos o alianzas y un (1) Senador, elegidos por la Cámara respectiva por mayoría absoluta de sus miembros. Cada integrante tiene su suplente, electo de la misma manera que el titular y con los mismos requisitos.

Agrega que el cargo de miembro del Jurado de Enjuiciamiento es honorario, irrenunciable e incompatible con el de

miembro del Consejo de la Magistratura, y el art. 199 dispone que la acción es pública y puede ser instada ante el Consejo de la Magistratura, por la denuncia de cualquier persona, siendo el órgano de acusación el Fiscal General de la Provincia o quien lo supla, correspondiendo a la ley establecer el procedimiento del juicio, que debe ser oral y público y garantizar el derecho de defensa del acusado.

El art. 200 establece que el fallo del Jurado de Enjuiciamiento que decida la destitución debe emitirse con mayoría de cuatro (4) miembros del Cuerpo como mínimo, y tiene como efecto la remoción del enjuiciado y ponerlo a disposición de la justicia ordinaria si la causal fuera la comisión de algún delito, y agrega que puede inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública que corresponde archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al suspendido si transcurrieran ciento veinte (120) días hábiles, contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción sin que haya sido dictado el fallo. Y por último, el art. 201 dispone que los miembros del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento no pueden concursar para ser designados o promovidos como jueces o integrantes del Ministerio Público, mientras dure su mandato y hasta después de transcurrido un (1) año de la finalización del período para el que fueron electos.

Les está expresamente prohibido con-

curсар para cubrir vacantes producidas durante el tiempo de su pertenencia a los mismos.

3.1.9.2.3.1.6. Constitución de la provincia de Entre Ríos

El art. 135, inc. 16 de la Carta entrerriana adjudica al Poder Ejecutivo la atribución y el deber de a) nombrar «con acuerdo del Senado los miembros del Superior Tribunal de Justicia, los titulares del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, fiscal de Estado, contador general, tesoroero general, miembros del Tribunal de Cuentas, director general de escuelas, vocales del Consejo General de Educación y los demás funcionarios para los cuales la ley establezca esta forma de nombramiento», y b) «Someter al acuerdo del Senado la propuesta para la designación de los restantes magistrados y funcionarios de los Ministerios Públicos, escogidos de una terna vinculante que, previo concurso público, le remitirá el Consejo de la Magistratura. Obtenido el mismo, proceder al nombramiento respectivo». Por último, mediante el art. 135, inc. 18, se le atribuye el nombramiento de «los jueces de paz, a propuesta en terna de los municipios o comunas del lugar de asiento del mismo».

Por su parte, el art. 103 atribuye exclusivamente al Senado: «1º. Juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados. 2º. Prestar o negar acuerdo al

Poder Ejecutivo en audiencia pública, previa difusión del propuesto y de sus referencias personales, para el nombramiento de los miembros del Superior Tribunal de Justicia; los titulares de los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa; restantes magistrados y funcionarios del Poder Judicial; fiscal de Estado; contador, tesoroero; miembros del Tribunal de Cuentas; director general de escuelas; vocales del Consejo General de Educación y demás funcionarios para los cuales la ley establezca esta forma de nombramiento».

En cuanto a la remoción de magistrados, el art. 89 dispone que es de competencia exclusiva de la Cámara de Diputados acusar ante el Senado a los funcionarios sujetos a juicio político, y el art. 138 que están sujetos al juicio político, el gobernador, vicegobernador, los ministros del Poder Ejecutivo, los miembros del Superior Tribunal de Justicia, de sus salas y el Defensor del Pueblo, siendo las causas, según el art. 140 el mal desempeño o la incapacidad física o mental sobreviniente que evidencie falta de idoneidad para el cargo. Mediante el art. 175, inc. 4º se atribuye al gobernador indultar o conmutar las penas impuestas, dentro de la jurisdicción provincial, previo informe favorable del Superior Tribunal, excepto en los casos de delitos electorales y con respecto a los funcionarios sometidos al procedimiento del juicio político o del jurado de enjuiciamiento.

Mediante el art. 180 se crea al Consejo de la Magistratura como órgano asesor permanente del Poder Ejecutivo con competencia exclusiva para proponerle, previa realización de concursos públicos y mediante ternas vinculantes, la designación en los cargos que correspondan de los magistrados y los funcionarios de los Ministerios Públicos del Poder Judicial.

El art. 181 establece que el Consejo se integra con la representación de: el Poder Ejecutivo, los abogados matriculados en la Provincia, los magistrados y funcionarios judiciales, los empleados del Poder Judicial, miembros de reconocida trayectoria del ámbito académico o científico y representantes de organizaciones sociales comprometidas con la defensa del sistema democrático y los derechos humanos. Será presidido por un representante del Poder Ejecutivo. Agrega la norma que la composición asegurará el equilibrio entre los sectores que lo integran, los mismos durarán dos años en sus funciones, pudiendo ser reelectos una sola vez, y su desempeño será considerado una carga pública honoraria.

En cuanto a las funciones del Consejo, el art. 182 dispone que son las de: a) Seleccionar, mediante concurso público de antecedentes, oposición y entrevista personal, siguiendo criterios objetivos predeterminados de evaluación, a los postulantes para cubrir los cargos inferiores de magistrados judiciales y funcionarios

de los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa. b) Intervenir en la selección de jueces de paz, a propuesta de los municipios o comunas que lo soliciten. c) Emitir propuestas en ternas vinculantes y elevarlas al Poder Ejecutivo. d) Dictar su propia reglamentación administrativa. El art. 208 agrega que un Fiscal del Ministerio Público, con competencia en el territorio de la Provincia, tendrá a su cargo la investigación y acusación de los hechos de corrupción y otros delitos contra la administración pública, y que su titular y demás integrantes serán fiscales designados con intervención del Consejo de la Magistratura. La Procuración General asegurará los medios, el apoyo tecnológico, la continuidad y estabilidad, para el cumplimiento de su cometido.

3.1.9.3.1.5. Constitución de la provincia de Formosa

Representando uno de los casos de mayor parquedad constitucional, el art. 166 de la Carta formoseña dispone que los jueces inferiores al Superior Tribunal serán nombrados por la Cámara de Representantes a propuesta de aquél, «mientras no exista Consejo de la Magistratura creado por ley».

Por su lado, el art. 153 declara sujetos a juicio político a los ministros del Superior Tribunal de Justicia –entre otros funcionarios–, y el art. 172 determina que los demás jueces y funcionarios del Poder

Judicial serán juzgados por vía de Jurado de Enjuiciamiento («Los jueces y demás funcionarios del Poder Judicial, cuya forma de remoción no esté expresamente determinada por esta Constitución, podrán ser acusados por presuntos delitos dolosos o por mal desempeño del cargo ante un jurado de enjuiciamiento, compuesto por el Presidente del Superior Tribunal de Justicia, el Fiscal de Estado, tres legisladores provinciales, preferentemente letrados, dos por la mayoría y uno por la primera minoría y dos abogados de la matrícula. Estos últimos deberán reunir las mismas cualidades exigidas para integrar el Superior Tribunal de Justicia, que los designa en sorteo público. Una ley especial determinará el procedimiento y demás condiciones para el funcionamiento de este jurado. El alcance de sus fallos será el mismo que el previsto en el Artículo 158»).

3.1.9.3.1.6. Constitución de la provincia de La Pampa

Como en los casos anteriores, el art. 92 de la Constitución pampeana establece un Consejo de la Magistratura cuya función principal es la de participar en la selección de los jueces, conforme las normas que lo reglamenten, debiendo elevar una terna al Gobernador para cada vacante de jueces y titulares del Ministerio Público, quien elegirá uno y lo designará con acuerdo de la Cámara de Diputados.

En lo que hace a su composición, lo integran cuatro miembros: un representante del Superior Tribunal de Justicia, uno del Poder Ejecutivo, uno del Legislativo y uno de los abogados. Excepcionalmente, se integra además con un representante de los contadores, cuando se tiene por finalidad seleccionar candidatos de su especialidad para integrar el Tribunal de Cuentas de la Provincia. Otra rareza de esta regulación radica en que el Consejo interviene en la designación de los cargos de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas.

3.1.9.3.1.7. Constitución de la provincia de La Rioja

En relación con la designación de magistrados, el art. 176 de la Constitución riojana establece que el Tribunal Superior estará integrado por cinco miembros y podrán dividirse en salas, siendo designados sus miembros por la Cámara de Diputados a propuesta del Gobernador en sesión pública, y removidos por las causales establecidas en la Constitución y procedimiento del juicio político.

En lo atinente a los restantes integrantes de la Función Judicial, establece que para acceder a los cargos de jueces o miembros de los Ministerios Públicos, los interesados serán seleccionados mediante un examen de idoneidad en concurso público por ante el Consejo de la Magistratura y para la remoción de los jueces y miembros de los Ministerios Pú-

blicos se considerarán las causales del juicio político, las demás que establece esta Constitución, y se realizará mediante el procedimiento ante el Jurado de Enjuiciamiento, siendo incompatible el ejercicio del cargo de miembro del Consejo de la Magistratura con el de miembro del Jurado de Enjuiciamiento.

La integración del Consejo de la Magistratura es definida en el art. 153, que dispone que será regulado por una ley especial sancionada por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Cámara de Diputados, y que además expresa que el organismo funcionará en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia, que ejercerá su presidencia y se integrará cada dos años, sin reelección inmediata, con tres diputados, uno por la minoría, y dos representantes de la Función Ejecutiva; un representante de los jueces inferiores elegido a tal efecto por sus pares, y uno de los abogados de la matrícula, elegido por el voto directo de todos los letrados matriculados de la provincia; pudiendo asimismo estar integrado por personas del ámbito académico en la forma y número que indique la ley, debiendo considerarse preferentemente a docentes de las carreras de derecho. Aclara que cuando el concurso sea para cubrir cargos del Ministerio Público Fiscal o del Ministerio Público de la Defensa, a la presidencia del Cuerpo la ejercerá el Fiscal General o el Defensor General, según correspondiere, y el

representante de los jueces inferiores será reemplazado por el representante del Ministerio Público que concierniere al cargo que se concursara.

En cuanto a las atribuciones y deberes del órgano, el art. 154 dispone que el Consejo:

1. Efectúa la selección de todos los jueces y miembros del Ministerio Público para cubrir los cargos vacantes de la función Judicial.
2. Cubre las vacantes que se produzcan de manera transitoria, no pudiendo exceder esas designaciones el plazo de seis meses.
3. Puede cubrir los cargos que requieran suplencias temporales, no pudiendo exceder en este caso el plazo de la ausencia.
4. Recibe las denuncias en contra de jueces o miembros del Ministerio Público y decide la apertura del jurado de enjuiciamiento, o la remisión de las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia para que ejerza la superintendencia e imponga, en el caso de ser posible, las sanciones administrativas que la ley prevea.
5. Somete a jurado de enjuiciamiento al juez que pierda la competencia más de tres veces al año. El Consejo de la Magistratura examinará las idoneidades psicofísicas, científico-técnica, gerencial y ética de los aspirantes en concurso público y abierto, y sus resoluciones serán fundadas. No puede presentarse al concurso del cargo vacante, el juez designado transitoriamente para cubrir ese cargo. Ningún concurso, desde su convocatoria hasta la designación, podrá demorar más de ciento veinte días corridos.

Respecto del procedimiento para la designación, el art. 155 expresa que el Consejo de la Magistratura elevará una nómina de tres postulantes en condiciones de cubrir el cargo a la Cámara de Diputados quien elegirá a uno respetando el orden de mérito, pudiendo alterarlo fundadamente, y le otorgará acuerdo en sesión pública. Agotada la lista sin que la Cámara haya designado a ninguno de sus integrantes, el Consejo deberá convocar a nuevo concurso.

Ya en lo relativo al Jurado de Enjuiciamiento, el art. 156 dispone que será regulado por una ley especial sancionada por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Cámara de Diputados y que tendrá a su cargo la remoción de los jueces y miembros del Ministerio Público de la Función Judicial. Agrega que se compone por un presidente que será miembro del Tribunal Superior de Justicia, tres diputados, uno por la minoría, un representante del Poder Ejecutivo; y un abogado de la matrícula elegido por el voto directo de todos los letrados matriculados de la provincia, y se integrará cada dos años, sin reelección inmediata; funcionará en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia. El trámite y procedimiento está regulado en el art. 157.

3.1.9.3.1.8. Constitución de la provincia de Mendoza

Establece el art. 150 de la Carta men-

docina que los miembros de la Suprema Corte de Justicia y su Procurador General son nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, y que los Jueces de los Tribunales inferiores y los representantes del Ministerio Público serán propuestos por el Consejo de la Magistratura al Poder Ejecutivo, y designados por éste con acuerdo del Senado. Agrega que el Consejo se integra con un miembro de la Suprema Corte de Justicia, quien lo presidirá; un representante del Poder Ejecutivo; un representante de los magistrados en ejercicio; dos abogados de la matrícula de diferente Circunscripción Judicial y dos Diputados Provinciales de distintos partidos políticos.

Establece su forma de selección y dispone que durarán dos años en sus funciones pudiendo ser reelectos con intervalo de un período, y que su cargo es honorario.

Estipula además que son sus atribuciones: 1) Proponer al Poder Ejecutivo en ternas vinculantes, el nombramiento de Jueces y representantes del Ministerio Público, con excepción de los miembros de la Suprema Corte de Justicia y su Procurador General. 2) Seleccionar mediante concursos públicos, postulantes a los cargos referidos en el apartado anterior. En cuanto al sistema de remoción, el art. 163 dispone que los miembros de la Suprema Corte y el procurador de ella son enjuiciables por Juicio Político, y el art. 164 establece que los jueces de las

Cámaras de apelaciones, los de primera instancia, los fiscales, asesores y defensores, pueden ser acusados ante un Jury de Enjuiciamiento compuesto por miembros de la Suprema Corte y un número igual de senadores y de diputados que serán nombrados anualmente por votación nominal en la primera sesión que celebraran las respectivas Cámaras.

3.1.9.3.1.9. Constitución de la provincia del Neuquén

El art. 189 de la Constitución neuquina otorga a la Cámara de Diputados la atribución de prestar o denegar acuerdo al Poder Ejecutivo en todos los casos y designaciones en que tal medida sea requerida, entendiéndose prestado el acuerdo para el nombramiento si dentro de los treinta (30) días de recibida la comunicación del Poder Ejecutivo, la Legislatura no se hubiere expedido.

Por su parte, el art. 214 limita las facultades del Gobernador para nombrar, con acuerdo de la Legislatura, a todos aquellos funcionarios que por mandato de esta Constitución o la ley requieran la anuencia legislativa, y proveer, en el receso de la Cámara, las vacantes que demanden acuerdo, por medio de nombramientos en comisión, con inmediata comunicación a la Legislatura para que los considere en sus sesiones ordinarias. El art. 229 dispone que los magistrados judiciales y los funcionarios de los minis-

terios públicos a que se refiere el artículo 239 serán inamovibles mientras dure su buena conducta y no podrán ser trasladados ni ascendidos sin su consentimiento, y que sólo podrán ser removidos previo enjuiciamiento en la forma establecida en esta Constitución, por mal desempeño o comisión de delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 251, inciso 3).

El art. 239, al referirse a la integración y designación del Tribunal Superior de Justicia dice que lo forman cinco (5) vocales, un fiscal y defensor de Menores, Pobres, Incapaces y Ausentes, siendo designados: a) los miembros del Tribunal Superior de Justicia, su fiscal y defensor, así como los conjuces subrogantes de dicho tribunal, por la Legislatura, con el voto de los dos tercios (2/3) de los miembros presentes, en sesión pública, a propuesta del Poder Ejecutivo; b) los demás jueces, fiscales y defensores por el Consejo de la Magistratura con acuerdo de la Legislatura. El art. 244 dispone que los jueces de Paz serán nombrados por el Tribunal Superior de Justicia, de una terna propuesta por las Municipalidades, comisiones municipales o vecinales respectivas y, a falta de ésta, por el Poder Ejecutivo.

Al regular al Consejo de la Magistratura, el art. 249 lo define como un órgano extra poder integrado –conforme el mecanismo de elección de que disponga la ley de la siguiente forma: Un (1) miembro del Tribunal Superior de Justicia, quien

lo presidirá. Cuatro (4) representantes de la Legislatura que no sean diputados, designados a propuesta de los Bloques, según la proporcionalidad de la representación en dicho Cuerpo. Dos (2) abogados de la matrícula elegidos entre sus pares por voto directo, secreto y obligatorio, mediante el sistema de representación proporcional.

En cuanto a sus funciones, el art. 251 establece que el Consejo de la Magistratura tiene las siguientes funciones conforme lo reglamente la ley: a) seleccionar mediante la realización de concursos públicos y abiertos de antecedentes y oposición, según el orden de mérito que elabora, a los candidatos a jueces y funcionarios del ministerio público, debiendo requerir la colaboración de juristas reconocidos en el país; b) acuerdo legislativo para las designaciones correspondientes; c) periódicamente evaluar la idoneidad y el desempeño de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial, conforme lo establezca la ley, y en caso de resultar insatisfactorio, con el voto de cinco (5) de sus miembros, elevar sus conclusiones al Tribunal Superior de Justicia o al Tribunal de Enjuiciamiento a sus efectos, d) aceptar las renunciaciones de los magistrados y miembros del ministerio público; e) dictar su Reglamento Interno, y f) las demás que le atribuya la ley.

El art. 266 dispone que podrán ser sometidos a juicio político el gobernador,

miembros del Tribunal Superior de Justicia, magistrados y funcionarios que expresamente se determinan en esta Constitución y las leyes, de acuerdo a las bases que el mismo establece, y el art. 267 regla que los miembros del Poder Judicial no sujetos a juicio político podrán ser removidos por mal desempeño o comisión de delito, pudiendo ser acusados por cualquier habitante de la Provincia ante el Jurado de Enjuiciamiento.

En cuanto al Jurado de Enjuiciamiento, establece que está integrado, de conformidad con el art. 268 por: a) el presidente del Tribunal Superior de Justicia, que presidirá el Jurado; b) dos (2) ministros del mismo, elegidos todos los años en el mes de diciembre. En caso de impedimento legal del presidente, será sustituido por su reemplazante y los ministros por los otros miembros del Tribunal Superior; c) dos (2) diputados que la Legislatura elegirá todos los años en el primer mes de su período de sesiones ordinarias, juntamente con otros dos (2) diputados en calidad de suplentes; d) dos (2) abogados en ejercicio con las mismas cualidades que para ser miembro del Tribunal Superior de Justicia, residentes en la Provincia, designados por sorteo anualmente por la Legislatura, los que serán reemplazados por dos (2) abogados suplentes elegidos en la misma forma y tiempo que los titulares.

3.1.9.3.1.10. Constitución de la provincia de Río Negro

En un claro ejemplo de lo innovadoras que han sido las instituciones consagradas por la Carta rionegrina, se crean –a falta de uno, como tenía la anterior Constitución– dos Consejos, ambos destinados a intervenir en la designación de magistrados.

El primero de ellos –que no posee denominación adicional y se encuentra regulado por el art. 204– se encarga de designar, por simple mayoría, a los miembros del Superior Tribunal de Justicia y evaluar las renunciaciones de éstos –la destitución sólo puede hacerse por medio del juicio político–. Está integrado por el Gobernador (que lo preside y tiene doble voto en caso de empate), tres representantes de los abogados; y tres legisladores (respetando la representación minoritaria).

Los candidatos son propuestos por el gobernador o por un 25% de los miembros del Consejo. Allí, el gobernador y presidente del consejo tiene doble voto en caso de empate.

Se difiere a la ley la organización y funcionamiento del Consejo.

El otro Consejo, denominado precisamente Consejo de la Magistratura, es regulado por los arts. 220 y 222, tiene las atribuciones de nombrar y de destituir a los jueces de grado inferior, designados y destituidos por el Consejo de la Magistratura.

Está integrado por el presidente del Superior Tribunal de Justicia (que preside al cuerpo y tiene doble voto en caso de empate), el Procurador General (reemplazable por un Presidente de Cámara o Tribunal del fuero o de la circunscripción judicial del asunto a evaluar), tres legisladores (electos según lo establezca la propia Legislatura), y tres abogados. Las decisiones se adoptan por mayoría simple de votos.

Sus funciones son las siguientes: designar a los magistrados y funcionarios judiciales a través de concursos, respetando la igualdad de oportunidades y la idoneidad de los postulantes; atender a las denuncias contra éstos (siempre que no estén sujetos a la remoción por juicio político); instruir sumarios; suspender preventivamente, aplicar sanciones definitivas, declarando incluso la destitución del acusado (luego de realizado el correspondiente juicio oral y público); y la inhabilitación para el ejercicio de cargos estatales.

3.1.9.3.1.11. Constitución de la provincia de Salta

El art. 156 de la Constitución salteña estipula que los jueces de la Corte de Justicia son nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, prestado en sesión pública, y duran seis años en sus funciones pudiendo ser nombrados nuevamente. Agrega que los demás Jueces son designados de la misma manera, previa selección de postulantes por el

Consejo de la Magistratura, y son inamovibles en sus cargos mientras dure su buena conducta y desempeño.

El art. 157 dispone que el Consejo de la Magistratura, reglamentado por ley, tiene a su cargo la selección de los Magistrados Inferiores del Poder Judicial, Jueces de Paz Letrados y funcionarios del Ministerio Público con excepción del Procurador General, el Defensor General y el Asesor General de Incapaces, mediante concurso público, y está integrado por: un Juez de la Corte de Justicia elegido por sus pares, que lo preside; un representante de los Jueces inferiores, elegido entre ellos, por voto directo, secreto y obligatorio; un representante del Ministerio Público, elegido entre los funcionarios del mismo, por voto directo, secreto y obligatorio; tres abogados de la matrícula elegidos entre sus pares por voto directo, secreto y obligatorio, respetando las minorías; tres representantes de la Cámara de Diputados, miembros o no de ella, correspondiendo dos a la mayoría y uno a la primera minoría, a propuesta de los respectivos bloques.

Por su parte, el art. 158 establece que los miembros del Consejo de la Magistratura duran cuatro años en sus funciones, no pudiendo ser reelectos en forma inmediata y que cesan si se alterara la condición funcional por la que fueron elegidos, por la pérdida de algunos de los requisitos exigidos o por mal desem-

peño de sus funciones; en este último caso la separación la decidirá el Consejo con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros.

En cuanto a sus atribuciones, el art. 159 expresa que posee las siguientes: a) selecciona mediante concurso público a los postulantes a las magistraturas inferiores del Poder Judicial, Jueces de Paz Letrados y funcionarios del Ministerio Público; b) remite al Poder Ejecutivo ternas vinculantes para el nombramiento de los magistrados y funcionarios referidos en el inciso anterior; c) dicta su Reglamento Interno, y e) convoca a elecciones para la designación de los representantes de los Jueces Inferiores, de los funcionarios del Ministerio Público y de los abogados.

El art. 160 se refiere a la remoción, y dispone: Los jueces de la Corte de Justicia están sujetos a juicio político, con idéntico procedimiento que el previsto para la remoción del Gobernador, por las causas de delito común, mala conducta, retardo de justicia, mal desempeño o falta de cumplimiento de los deberes a su cargo. La formación de causa requiere del voto de los dos tercios de los miembros presentes de la Cámara de Diputados, mayoría aplicable en todos los casos previstos en esta Constitución para la promoción de juicio político.

Agrega que los demás jueces pueden ser acusados por cualquier ciudadano o

por el Ministerio Público por las mismas causales previstas para los jueces de la Corte de Justicia por ante un jurado de enjuiciamiento, integrado por el Presidente de la Corte que lo preside, un Juez de Corte elegido por sus pares dos diputados y dos senadores, abogados si los hubiera, uno por la mayoría y otro por la primera minoría a propuesta de los respectivos bloques de cada Cámara; el Fiscal de Estado, un abogado de matrícula designado por la Cámara de Diputados y un abogado de matrícula designado por la Cámara de Senadores. Los abogados designados por ambas cámaras deberán reunir las condiciones exigidas para ser Juez de la Corte.

Establece además la norma que los miembros del jurado serán elegidos cada dos años pudiendo ser reelectos y que el jurado juzgará en juicio público que debe concluir dentro de los cuatro meses, contados a partir del momento de la acusación, bajo sanción de caducidad. Expresa que el fallo no tiene más efecto que el destituir al acusado y aun declararlo inhábil para ocupar cargos en la provincia remitiéndose, en su caso, los antecedentes a la Justicia ordinaria y agrega que al declararse la admisibilidad formal y la existencia prima facie de motivos de destitución, previo a la sustanciación de juicio, el enjuiciado quedará suspendido en sus funciones. Agrega, por último, que el no juzgamiento en término de los responsables,

por causas imputables a miembros del tribunal, es causal de destitución e inhabilitación para ocupar cargos públicos; que también es atribución del Jurado de Enjuiciamiento allanar la inmunidad de los magistrados y funcionarios del Ministerio Público cuando se formule contra ellos acusación por delitos comunes, y que una ley regula todo lo atinente al funcionamiento de este tribunal, respetando, bajo sanción de nulidad, las reglas precedentemente establecidas.

3.1.9.3.1.12. Constitución de la provincia de San Juan

El art. 206 de la Carta sanjuanina establece que los miembros de la Corte de Justicia, el Fiscal General de la Corte, todos los magistrados judiciales y titulares del Ministerio Público, son nombrados por la Cámara de Diputados, a propuesta de una terna elevada por el Consejo de la Magistratura. Las vacantes de funcionarios judiciales deben ser cubiertas dentro de los noventa días de producidas. Agrega que si así no lo fuere la Corte de Justicia las cubrirá con carácter provisorio hasta tanto el Consejo de la Magistratura formule la propuesta a la Cámara de Diputados y ésta haga la designación. Por su parte, el art. 214 norma que el Consejo de la Magistratura está integrado por: dos abogados en ejercicio de la profesión, inscriptos en la Magistratura de la provincia, domiciliados en la misma y que reúnan las condiciones requeridas

por esta Constitución para ser miembros de la Corte de Justicia; un legislador provincial; un miembro de la Corte de Justicia y un ministro del Poder Ejecutivo.

El art. 216 regula las funciones del Consejo de la Magistratura, estableciendo que le corresponde: 1º) Proponer por terna remitida de la Cámara de Diputados, el nombramiento de magistrados judiciales, titulares del Ministerio Público y Fiscal de Estado; 2º) Proponer a la Cámara de Diputados el traslado de los magistrados y miembros del Ministerio Público; 3º) Organizar y resolver los concursos abiertos de antecedentes y oposición para las vacantes e integración de las ternas de nombramiento; 4º) Dictar su reglamento de organización y funcionamiento.

Respecto de la forma de remoción, el art. 219 dispone que el Gobernador, Vicegobernador y sus reemplazantes legales cuando ejerzan el Poder Ejecutivo, los miembros de la Corte de Justicia, Fiscal General de la Corte y el Fiscal de Estado sólo pueden ser denunciados ante la Cámara de Diputados por incapacidad física o mental sobreviniente, por delitos en el desempeño de sus funciones, falta de cumplimiento de los deberes a su cargo y por delitos comunes. Agrega el art. 229 que los jueces de Cámara, jueces de primera instancia, jueces de paz, defensores públicos, agentes fiscales, miembros del Tribunal de Cuentas,

el Contador y Tesorero de la Provincia, pueden ser acusados ante el Jurado de Enjuiciamiento por incapacidad física o mental sobreviniente, por delitos en el desempeño de sus funciones, falta de cumplimiento de los deberes a su cargo y por delitos comunes.

Con respecto a la integración del Jurado de Enjuiciamiento, el art. 230 dispone que lo componen: un miembro de la Corte de Justicia designado un sorteo por ella; dos diputados elegidos por la Cámara y dos abogados de matrícula, elegidos de la misma manera en que se eligen los que integran el Concejo de la Magistratura y que reúnan las condiciones para ser miembros de la Corte, con la antelación suficiente para que esté en condiciones de constituirse a partir del primer día de Enero de cada año.

3.1.9.3.1.13. Constitución de la provincia de San Luis

El art. 180 de la Carta puntana dispone que el gobernador, vicegobernador, ministros del Poder Ejecutivo y demás funcionarios que determina esta Constitución pueden ser denunciados por cualquier ciudadano ante la Legislatura, por incapacidad física o mental sobreviniente, por delitos dolosos cometidos fuera de sus funciones o por delitos en el desempeño de ellas o mal desempeño del cargo.

El art. 197 crea un Consejo de la Magis-

tratura que se integra con un número variable de vocales: un miembro del Superior Tribunal de Justicia, un magistrado o miembro del ministerio público por cada una de las circunscripciones judiciales; dos legisladores provinciales; un abogado por cada circunscripción; un ministro del Poder Ejecutivo.

El miembro del Superior Tribunal es electo por sorteo; el magistrado o miembro del ministerio público por cada una de las circunscripciones judiciales se escoge por elección directa y secreta entre ellos, los dos legisladores provinciales por designación de la Cámara de Diputados, y el abogado en ejercicio por cada circunscripción, por elección directa, secreta y obligatoria de matriculados.

En el art. 199 se prevé sus funciones y reserva al Ejecutivo (con acuerdo del Senado) la designación de los miembros del Superior Tribunal de Justicia y el Procurador General.

El art. 224 establece que los magistrados judiciales y los integrantes del Ministerio Público pueden ser acusados por medio del Jurado de Enjuiciamiento, según el procedimiento que regla entre este artículo y el art. 234.

3.1.9.3.1.14. Constitución de la provincia de Santiago del Estero

A tenor del art. 157, inc. 18 de la Cons-

titución, se atribuye al Gobernador la facultad de designar, con acuerdo de la Legislatura, a los miembros del Superior Tribunal de Justicia y demás funcionarios para quienes esta Constitución o la ley requiera de dicho acuerdo, y autoriza, en los casos en que se requiera, acuerdo de la Legislatura, para nombrar en comisión, en receso de ésta, con cargo de dar cuenta en el primer mes de sesiones ordinarias, los que de no mediar acuerdo expirarán al finalizar aquéllas.

El art. 187 estipula que los magistrados y funcionarios de los tribunales inferiores y los miembros del Ministerio Público serán designados por el Poder Ejecutivo de una terna propuesta por el Consejo de la Magistratura, y que toda vacante en la magistratura deberá ser informada por el Superior Tribunal de Justicia al Consejo de la Magistratura en el término de cuarenta y ocho horas, debiendo procederse a la designación respectiva dentro de un plazo de treinta días, y transcurrido el plazo referido, el Superior Tribunal de Justicia procederá a cubrir las mismas con carácter provisorio, preferentemente con funcionarios retirados que hubiesen contado con acuerdo para el desempeño del cargo vacante.

El art. 196 regula el procedimiento de remoción de los miembros del Poder Judicial excluidos los del Superior Tribunal de Justicia, respecto de los cuales establece que podrán ser acusados ante el Jurado

de Enjuiciamiento por las causales de separación previstas en la Constitución. Por su parte, el art. 197 establece que el Jurado será presidido por el Presidente del Superior Tribunal de Justicia y estará integrado por nueve miembros, según la siguiente composición: «1. Tres legisladores con formación jurídica si los hubiere, tres abogados de la matrícula que reúnan los requisitos para ser miembros del Superior Tribunal de Justicia y tres magistrados judiciales incluido el Presidente. Actuará como acusador ante el mismo el Fiscal del Superior Tribunal de Justicia. 2. Los Diputados que integran el jurado son elegidos, dos por la mayoría y uno por la minoría, mediante sorteo en acto público que llevará adelante el Presidente de la Cámara de Diputados. Los magistrados por sorteo de entre los restantes integrantes del Superior Tribunal de Justicia y de las Cámaras y los abogados de una lista de veinte que anualmente sorteará el Superior Tribunal de Justicia entre los letrados que reúnan los requisitos para ser miembros de dicho Tribunal, serán sorteados en oportunidad de integrarse cada jurado».

Con respecto al Consejo de la Magistratura, el art. 201 estipula que «estará integrado por el Presidente del Superior Tribunal de Justicia -que lo presidirá- un Fiscal de Cámara designado por sorteo, un Juez de Cámara designado por sorteo; tres legisladores abogados si los hubiere, dos por la mayoría y uno por la primera minoría; dos abogados en ejercicio de la profesión

inscritos en la matrícula de la Provincia, domiciliados en ella, que reúnan las condiciones requeridas para ser miembros del Superior Tribunal de Justicia». También establece la forma de elección de cada uno de sus miembros y establece que éstos durarán dos años en el ejercicio de sus funciones y podrán ser reelectos por una vez en forma consecutiva.

3.1.9.3.1.15. Constitución de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur

El art. 142 de esta Constitución austral dispone que los miembros del Superior Tribunal de Justicia serán designados por el Poder Ejecutivo a propuesta del Consejo de la Magistratura, mientras que los demás son designados por el Superior Tribunal de Justicia, también a propuesta del Consejo.

El art. 160 establece que el Consejo de la Magistratura se integra con siete vocales: un miembro del Superior Tribunal de Justicia, un ministro del Poder Ejecutivo, el Fiscal de Estado, dos legisladores y dos abogados de matrícula.

Al diseñar sus funciones, el art. 161 establece que le corresponde al Consejo proponer al Poder Ejecutivo el vocal abogado del Tribunal de Cuentas, y los miembros del Superior Tribunal de Justicia. Propone asimismo al Superior Tribunal la designación de los demás magistrados, y presta acuerdo a la designación de los miem-

bros de los ministerios públicos, que designa el Superior Tribunal. Opera igualmente como Jurado de Enjuiciamiento de los magistrados y funcionarios.

El art. 162 estipula que todos los magistrados del Poder Judicial –entre otros funcionarios– podrán ser removidos, previo enjuiciamiento ante el Consejo de la Magistratura, por las causales que allí establece (mala conducta, morosidad o negligencia reiterada en el cumplimiento de sus funciones, desconocimiento notorio del Derecho, delitos comunes, inhabilidad física o moral sobreviniente y por las enumeradas en el artículo 204º) y por el procedimiento que difiere a la ley.

3.1.9.3.3.16. Constitución de la provincia del Tucumán

Respecto de la designación de magistrados, el art. 101 de la Constitución tucumana atribuye al Gobernador, en su inc. 5, la facultad de «Nombrar, con acuerdo de la Legislatura, a los jueces de la Corte Suprema, de las Cámaras, de Primera Instancia, el Ministro Fiscal, los fiscales, los defensores y asesores en la administración de Justicia, y demás funcionarios para cuyo nombramiento se exija este requisito. Para nombrar los jueces de primera instancia, de las Cámaras, defensores y fiscales, el Poder Ejecutivo organizará un Consejo Asesor de la Magistratura, cuyo dictamen será vinculante y que tendrá como criterios rectores en la

selección de candidatos, los siguientes: concursos de antecedentes y oposición, entrevistas y opiniones vertidas por la ciudadanía acerca de los candidatos propuestos, para lo cual deberá habilitarse un período de impugnación.»

En cuanto a la remoción, el art. 47 de la Carta tucumana atribuye a la Legislatura el enjuiciamiento político del Gobernador y del Vicegobernador, de los ministros del Poder Ejecutivo, de los miembros de la Corte Suprema, del Ministro Fiscal, de los miembros del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, por delitos comunes o falta de cumplimiento de los deberes a su cargo. Cualquier ciudadano de la Provincia tiene acción para denunciar el delito o falta a efecto de promover la acusación. Agrega que la ley determinará el procedimiento a seguir y la responsabilidad del denunciante en estos juicios y que durante la tramitación del juicio político los acusados no podrán ser suspendidos en sus funciones. Por su parte, el art. 124 dispone que el enjuiciamiento político del Gobernador y del Vicegobernador, de los ministros del Poder Ejecutivo, de los miembros de la Corte Suprema, del Ministro Fiscal, de los miembros del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, se sujetará a las reglas de las que luego dispone, y que en lo atinente a los miembros del Poder Judicial no sometidos a juicio político, éstos serán re-

movidos por el Jurado de Enjuiciamiento, por las mismas causas de remoción previstas en el Artículo 47 y las que establezca la ley.

Por último, el art. 126 dispone que el Jurado de Enjuiciamiento estará integrado por cinco representantes de la Legislatura, un representante del Poder Ejecutivo, un miembro de la Corte Suprema y un representante de los abogados en ejercicio de la profesión, quien deberá encontrarse inscripto en la matrícula de la Provincia, estar domiciliado en ella y reunir las condiciones requeridas para ser miembro de la Corte Suprema. Aclara que no podrán integrarlo el Gobernador, el Vicegobernador, el Ministro Fiscal, los miembros del Consejo de la Magistratura y quienes formen parte de los órganos de las entidades profesionales en las que se hubiese delegado el control de la matrícula de los abogados, en su caso.

3.1.9.3.2. Disposiciones subconstitucionales

Antes de su incorporación constitucional, mediante los decretos n° 5299/87 y 579/94 de la Provincia de Mendoza se creó el Consejo de la Magistratura, cuya principal función era la de preselección de candidatos a jueces –con excepción de los miembros de la Suprema Corte y los jueces de Paz legos–, contribuyendo con su opinión no vinculante a la posterior designación por el Poder Ejecutivo con

acuerdo del Senado (el Consejo se integra con el Subsecretario de Justicia, un representante de la Cámara de Diputados, uno de la Suprema Corte de Justicia, uno de la Federación provincial de Colegios de Abogados y otro de la Asociación de Magistrados), y b) tres Comisiones Asesoras en distintos fueros, cuya intervención se prevé como anterior a la del Consejo, y su función es la de auxiliar en la formación y evaluación de los jueces, y crear la Escuela de la Magistratura (éstas se conforman con miembros designados a propuesta de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador ante tal Corte, los Rectorados de las Universidades Nacionales de Cuyo y de Mendoza, el Ministro de Gobierno, la Federación de Colegios de Abogados y la Asociación de Magistrados).

En la provincia de Santa Fe, mediante decreto 2952/90 del primer gobierno del gobernador Reutemann se creó el Consejo de la Magistratura⁷¹, como forma de autolimitación del Poder Ejecutivo, que por disposición constitucional es quien tiene la facultad de designar los jueces provinciales, con acuerdo de la Legislatura provincial. Así, este Consejo surgió como organismo asesor en la designación y promoción de magistrados, con excepción de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia y del Procurador General. La incorporación fue elogiada por la doctrina especializada⁷², y fue objeto de sucesivas y sustanciales modificaciones en los gobiernos de Obeid, Binner y Bonfatti.

Cabe agregar a estas experiencias, entre otras, las emergentes de: a) los decretos de: Corrientes (n° 42/93), que regula el «Consejo de la Magistratura»; Misiones (n° 619/94), que crea el «Consejo Asesor de la Magistratura», hasta que mediante ley 3652 de 2000 se creó el Consejo de la Magistratura; Catamarca (n° 473/96), que regula la «Comisión Asesora de la Magistratura»; Tucumán (n°82/93), y b) la ley 11.868/96 en la provincia de Buenos Aires, que crea el Consejo de la Magistratura regulado en su Constitución reformada en 1994.

3.1.9.3.3. Constituciones estatales que receptaron el sistema clásico

3.1.9.3.3.1. Constitución de la provincia de Catamarca

En lo que hace al nombramiento de los magistrados, el art. 149, inc. 18 de la Constitución catamarqueña le atribuye al Poder Ejecutivo la facultad de nombrar, con acuerdo del Senado, a los que precisan de tal requisito.

Con relación a la remoción de magistrados, el art. 77 estipula que compete exclusivamente a la Cámara de Diputados acusar ante el Senado a los funcionarios sujetos a juicio político; el art. 85 establece que es atribución exclusiva del Senado juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, y el art. 220 establece que los miembros de la Corte

de Justicia serán removibles por el procedimiento de juicio político, y los demás jueces y miembros del Ministerio Público por medio del Jurado de Enjuiciamiento, compuesto por el Presidente de la Corte de Justicia, un senador, dos diputados y dos abogados de matrícula, conforme el procedimiento de elección que menciona, debiendo dictarse una ley especial que regle el procedimiento dentro de los seis meses de sancionada la Constitución.

3.1.9.3.3.2. Constitución de la provincia de Jujuy

En lo relativo a la designación de magistrados, el art. 155, inc. 4 de la Constitución jujeña establece que los jueces del Superior Tribunal de Justicia y el Fiscal General serán designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura, prestado en sesión pública; el art. 158 estipula que los miembros de los tribunales, juzgados inferiores y ministerio público serán designados a propuesta, en terna del Superior Tribunal de Justicia, por el Poder Ejecutivo, con acuerdo de la Legislatura, en sesión pública, y el art. 159 menciona que los jueces de Paz serán designados por el Superior Tribunal de Justicia de una terna que propongan las autoridades municipales.

Con respecto al sistema de remoción, el art. 172 menciona que los jueces del Superior Tribunal de Justicia pueden ser removidos mediante juicio político y los de los tribunales y jueces inferiores por

el jurado de enjuiciamiento, cuya composición se estipula en el art. 175.

3.1.9.3.3.3. Constitución de la provincia de Misiones

Para la designación de magistrados, el art. 116, inc. 10, de la Constitución misionera atribuye al Poder Ejecutivo la potestad de nombrar -con acuerdo de la Cámara de Representantes- a los magistrados del Superior Tribunal de Justicia, jueces de primera instancia y otros funcionarios, y el art. 101, inc. 25 establece que compete a la Cámara de Representantes el prestar o no acuerdo para el nombramiento de magistrados y funcionarios.

Con relación al sistema de remoción, el art. 151 establece que los magistrados del Superior Tribunal de Justicia pueden ser denunciados por cualquier habitante de la provincia ante la Cámara de Representantes por las causales que establece, y el art. 152 establece que la Legislatura, en su primera sesión ordinaria se dividirá en dos salas, a los efectos del juicio político.

Por su parte, el art. 158 menciona que los miembros del Poder Judicial y los funcionarios no sujetos a juicio político y que requieren acuerdo de la Legislatura para su nombramiento, podrán ser acusados por cualquier habitante, ante un jurado de enjuiciamiento, que será integrado por el Presidente del Superior Tribunal, dos ministros de éste, dos legisladores y

dos abogados de matrícula, y el art. 159 remite a una ley que reglamentará el procedimiento para nombrar a los componentes del jurado y el del juzgamiento.

Como vimos, mediante decreto n° 619/94 se creó el «Consejo Asesor de la Magistratura», hasta que mediante ley 3652 de 2000 se creara el Consejo de la Magistratura.

3.1.9.3.3.4. Constitución de la provincia de Santa Cruz

Con respecto a la designación de magistrados, el art. 119, inc. 6 de la Carta santacruceña establece que corresponde al Poder Ejecutivo nombrar, con acuerdo de la Cámara, a todos los magistrados y funcionarios para quienes esta Constitución y las leyes determinen para tal fin. En el receso de la Cámara podrá designarlos en comisión, pero cesarán si no se les presta acuerdo dentro de los treinta días de iniciadas sus sesiones ordinarias.

En cuanto a la forma de remoción, el art. 129 menciona que los magistrados de los tribunales inferiores y funcionarios de los ministerios públicos podrán ser acusados por cualquier habitante ante un Tribunal de Enjuiciamiento formado por un miembro del Tribunal Superior, un Diputado letrado, si lo hubiere, y un letrado del Foro provincial elegido por sorteo, efectuado por el Tribunal Superior. Por su parte, el art. 137 estipula que los magistrados del Tribunal Superior de Justicia están sujetos

a juicio político por las causas expresadas en el art. 138 y de acuerdo al procedimiento establecido en el art. 139.

3.1.9.3.3.5. Constitución de la provincia de Santa Fe

El art. 86 de la Constitución santafesina establece que los miembros de la Corte Suprema de Justicia, los vocales de la Cámara de Apelación y los jueces de primera instancia son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Asamblea Legislativa, y que la ley determinará la forma de designación de los jueces creados por ella.

En concordancia con la norma precedente, el art. 54 inc. 5° atribuye a la Asamblea Legislativa prestar el acuerdo requerido por la Constitución o las leyes para la designación de magistrados o funcionarios, el que se entenderá prestado si no se expidiese dentro del término de un mes de convocada al efecto la Asamblea, convocatoria que debe realizarse dentro del quinto día hábil de recibido el pedido de acuerdo, o en caso de nombramientos en el receso legislativo, abierto el período ordinario de sesiones⁷³.

El art. 72, inc. 6 faculta al Poder Ejecutivo a nombrar y remover a los ministros, funcionarios y empleados de la Provincia, cuya designación no correspondiere a otro poder, y el inc. 7 le adjudica la facultad de proveer, en el receso de las

Cámaras, las vacantes de cargos que requieren acuerdo legislativo, que solicitará en el mismo acto a la Legislatura.

Finalmente, el art. 92 inc. 5º, referido a las competencias de la Corte Suprema de Justicia, le adjudica a ésta la facultad de proponer al Poder Ejecutivo, previo concurso, la designación de los funcionarios y empleados de la administración de justicia.

Con relación a la potestad de remoción, el art. 91 establece que los miembros de la Corte Suprema de Justicia están sujetos al juicio político, y que los demás jueces, nombrados con acuerdo legislativo, son enjuiciables en la forma en que establezca una ley especial, ante la Corte Suprema de Justicia, integrada a ese solo efecto por un senador, un diputado y dos abogados de matrícula.

Finalmente, el art. 98, al comenzar la regulación del procedimiento del juicio político estipula que pueden ser sometidos a él –entre otros– los miembros de la Corte Suprema de Justicia. Las causales se encuentran establecidas en el art. 99.

Por norma subconstitucional, como vimos, en 1990 se reguló, mediante decreto del Gobernador Reutemann, el Consejo de la Magistratura, institución que fue sucesivamente reformada hasta el presente.

4. Conclusiones

A la luz de los antecedentes expuestos, cabe concluir que existen múltiples variantes de consejos de la Magistratura, y que todas ellas poseen virtudes y defectos que, analizados a la luz de sus experiencias de origen, deben ser considerados al momento de definir sus perfiles y adaptarlos a la realidad local.

En algunos casos, será necesario un Consejo fuerte, con múltiples competencias, pero en otros las particularidades sociales –en especial por las cuotas de poder que cada sector contenga– marcará la necesidad de adoptar un perfil de Consejo más limitado.

Sin embargo, nos parece imprescindible que el Consejo que diseñe cada país esté establecido en su Constitución, por cuanto las experiencias de regulaciones subconstitucionales (por leyes o decretos) indican que existe un grado de dependencia que –aunque a veces es mínimo y otras no tanto–, lo desdibuja, haciéndole perder peso y credibilidad⁷⁴.

En este sentido, y refiriéndose al caso argentino, bien ha indicado Sagüés que «en el ámbito federal, el resultado de la «Comisión Asesora de la Magistratura», creada por decreto presidencial 1179/91, resultó una suerte de diluido Consejo de la Magistratura que no fue positivo, toda vez que tenía un excesivo predominio de representantes del Poder Ejecutivo, y

sus veredictos no eran obligatorios para éste. Inclusive, en algunos casos, la Presidencia nominó como jueces a personas no incluidas en las listas elaboradas por la Comisión [...].

«El balance sobre el éxito o el fracaso del Consejo de la Magistratura no es igual, con relación a cada provincia. Hay consejos con una muy buena dosis de consenso y legitimidad, y otros hartos cuestionados. Es sugestivo también constatar que dos provincias como Río Negro y Chaco, tienen Consejo desde hace casi cuarenta años, y lo han ratificado en sus recientes reformas constitucionales. La tendencia general es la de propiciarlo aun para las provincias que no lo poseen; pero ello no impide que se formulen cuestionamientos, algunas veces profundos, sobre el comportamiento de ciertos consejos» (Néstor P. Sagüés, El Consejo de la Magistratura en las últimas reformas constitucionales de Latinoamérica, con especial referencia al caso argentino, disertación pronunciada en el «Seminario Internacional sobre Garantías Constitucionales», Caracas, 27 de abril de 1995).

«De todos modos, es alentador que el Derecho constitucional primero y el subconstitucional después hayan programado una mejora sensible y progresiva, cuyo desarrollo constituye todavía un desafío»⁷⁵.

En este sentido, a partir del diseño adoptado por la reforma constitucional de 1994,

el Consejo de la Magistratura argentino se presenta tal vez como el ejemplo más claro de institución fuerte, dotada de importantes competencias y autonomía (esto último al menos, en teoría, pero en la práctica la misma ha sido sólo normativa, ya que especialmente a través de la última modificación al instituto, operada por ley 26.080, el Consejo claramente se ha partidizado).

Entre sus funciones, la más debatida es la de administración del Poder Judicial (el art. 114, inc. 3 de la Constitución argentina establece que al Consejo de la Magistratura le corresponde administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de Justicia), atribución que sigue la línea trazada en aquel momento por las Constituciones de Bolivia y Colombia.

Esta sustracción de competencias a la Corte Suprema ha llevado en su momento a una condena prácticamente unánime⁷⁶, y en particular, «se reprocha haber mutilado a la Corte Suprema de atribuciones vitales para operar como cabeza de un Poder del Estado, y conferido el manejo de los fondos judiciales a un organismo (el Consejo) de composición incierta, tal vez demasiado dependiente de los otros poderes del Estado.

«En favor de la iniciativa ha podido decirse que el cuidado de las partidas presupuestarias judiciales, la elaboración del

proyecto de recursos y gastos, las gestiones para obtener fondos, la aprobación de licitaciones para construir edificios, repararlos o transferirlos, etcétera, importa una gestión complicada y trabajosa, no propia de una Corte Suprema, cuyo prestigio depende más de la calidad de sus sentencias (en lo que debería concentrar su labor) que de otra cosa.

«Teóricamente, el desvío de la Corte hacia el Consejo de las competencias administrativas, financieras y económicas, concernientes al Poder Judicial, puede encontrar muchos justificativos, y adquirir así legitimidad técnica. De hecho, sin embargo, cabe reconocer que en Latinoamérica, cuando un ente pierde poder patrimonial, frecuentemente pierde también poder político. Otro dato importante a tener en cuenta es quién recibe ese poder económico y financiero, tema profundamente conectado con el de la integración del Consejo de la Magistratura. Si éste es indirectamente manejado por el Poder Ejecutivo y el Legislativo, entonces saldrá perdiendo no solamente la Corte Suprema, sino también el Poder Judicial como poder del Estado.

«Contrariamente, en la asunción de competencias administrativas por el Consejo, en particular en lo referente a la gestión de medios materiales y a la ejecución del presupuesto, se ha dicho que todo ello involucra al fin de cuentas atribuciones políticas, que no pueden recaer en un or-

ganismo como al aludido Consejo, que en ciertos países (v. gr. España), sería políticamente irresponsable [...].

«No es de extrañar, en síntesis, que puedan suscitarse conflictos entre el Consejo de la Magistratura y la Corte Suprema. Lo útil es procurar disminuirlos, y en su caso disponer quién debe resolverlos. En el caso boliviano, la constitución indica explícitamente que la ley determina la organización y demás atribuciones administrativas y disciplinarias del Consejo de la Judicatura (art. 123), razón por la que mediante tal ley es factible prevenir y encauzar esas eventuales contiendas. De todos modos, compete al Tribunal Constitucional dirimir los conflictos de competencias y controversias entre los poderes públicos (art. 120 de la constitución) razón por la que, en última instancia, esta norma permite detectar quién juzgaría a una hipotética confrontación entre la Corte y el Consejo, de no programar la ley otra alternativa.

«En el caso argentino, en el ámbito nacional o federal, el tema es más complejo, ya que la constitución guarda silencio en cuanto a tales contiendas. Sin embargo, hace rato que la Corte Suprema se define como intérprete final de la Constitución, y ella ha elaborado también la doctrina de los conflictos de poderes, donde se reputa competente. Aparentemente, pues, sería la propia Corte quien conocería el problema y daría su veredicto [...].

«Esto plantea la duda de confiar el gobierno del Poder Judicial a un ente diferente a la Corte Suprema, y en su caso, ajeno al Poder Judicial [...]»⁷⁷.

Sin embargo, los eventuales problemas que pudieran acontecer no se agotan en la administración de los fondos del Poder Judicial, pues los conflictos pueden acaecer con los otros dos poderes. Con el Congreso, por ejemplo, cuando se le adosan ciertas funciones de tipo legislativo como la de emitir dictamen favorable para la modificación del ámbito jurisdiccional de los tribunales (v.gr., art. 144, de la Constitución de Turquía), o el derecho de iniciativa en proyectos de ley relativos a la administración de justicia o a los códigos sustantivos o de procedimiento (v.gr., art. 257, inc. 4, de la Constitución de Colombia). También cuando se le sustrae al Congreso la competencia de juzgar políticamente a los magistrados, incluidos los de la Corte Suprema. Y con el Poder Ejecutivo, si en el proceso de selección de magistrados se produce una «persecución» de los magistrados adeptos al régimen (v.gr., no colocándoselos dentro de las ternas sometidas a consideración de aquél, o iniciándoseles procesos de remoción sobre aquellos que han convalidado determinadas decisiones de gobierno). También, entre otras, por cuestiones relativas al presupuesto del Poder Judicial.

Tales problemas llevan entonces a la

necesidad de determinar cuál debe ser la ubicación institucional ideal del Consejo de la Magistratura, esto es, si debe encontrarse inserto en la estructura del Poder Judicial o, por el contrario convertirse en un órgano extra-poder.

En este sentido, bien se ha dicho que «En Argentina, en la esfera federal, el Consejo de la Magistratura tiene una ubicación incierta. Está injertado constitucionalmente en la sección relativa al Poder Judicial, pero más tiende a ser un órgano extra poder: por ejemplo, no depende –según el art. 114 de la Constitución– de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sin embargo, existen iniciativas para estructurarlo por vía de ley reglamentaria como un órgano auxiliar u oficina de la Corte Suprema, con la posibilidad, incluso, de que las decisiones del Consejo sean fácilmente recurribles ante la Corte, o ante un órgano judicial inferior (una Cámara de Apelaciones, v. gr.), y de allí, mediante otro recurso, ante la Corte. Esto significaría, nos parece, una desnaturalización de las razones alegadas por el constituyente de 1994 para crear al Consejo de la Magistratura, que estribaban, sustancialmente, en conferirle al Consejo papeles de gobierno del Poder Judicial, sustrayéndole tales competencias a la Corte. Un régimen recursivo generoso de las decisiones del Consejo hacia el Poder Judicial produciría, en resumen, ya otra eventual «satelización» del Consejo, aparte de la

indicada en el párrafo 9 (en este caso, respecto de la Corte Suprema), ya una «neutralización» de sus competencias propias (en el sentido de que la mayor parte de las decisiones del Consejo podrían invalidarse por la Corte Suprema, cuando el animus del constituyente fue, precisamente, restarle tales competencias a la Corte).

«En Bolivia la Constitución dice que el Consejo de la Judicatura «forma parte del Poder Judicial» (art. 116), pero cabe preguntarse qué quiere significar tal pertenencia, puesto que el Consejo es independiente de la Corte Suprema. ¿Habrá que entender al Poder Judicial boliviano como un sistema planetario complejo, con dos soles, o más bien tres, si se suma a la Corte Suprema y al Consejo de la Judicatura el Tribunal Constitucional, asimismo libre de la Corte? Antes bien, y fuera de la definición teórica del citado art. 116, parece que en este esquema, tanto el Tribunal Constitucional como el Consejo de la Judicatura, se conforman realmente como órganos extra poder.

«Lo cierto es que en Argentina (orden federal) y Bolivia puede producirse una situación similar a la española, de hecho, con un Poder Judicial no autoadministrado ni autogobernado; o como hipótesis negativa de máxima, con un Poder Judicial administrado y gobernado oblicuamente, Consejo de la Judicatura mediante, por el Congreso o por los partidos. Si se quiere, hones-

tamente, evitar tal anómala consecuencia, habrá que adoptar muy serias previsiones, mediante la ley reglamentaria. Ésa será la hora de la verdad, el momento en que la clase política definirá su real intención en cuanto a si aspira o no a un Poder Judicial genuinamente autónomo, si erige un Consejo de la Magistratura institucionalmente robusto y legítimamente compuesto, u otro satelizado y neutralizado»⁷⁸.

Pasando ya a la cuestión de su estructura interna como bien ya fuera advertido, «la integración del Consejo de la Magistratura es el secreto de su éxito o fracaso, la clave de su autonomía o de su dependencia. Saber cuáles son las cuotas reales de poder que cada sector de la clase política tiene en él, importa también conocer quién manda en su seno. Y tal es el meollo del citado Consejo.

«En el derecho comparado existen dos versiones disímiles, desde el punto de vista cualitativo:

a) los Consejos de tipo «judicialista» hacen predominar manifiestamente a los vocales «togados», provenientes del Poder Judicial. Es el caso, v. gr., de las constituciones de Grecia [art. 90], o de Turquía [art. 143].

b) los Consejos «mixtos» tienen una composición plural, con prevalencia (o no) de los vocales «togados» (jueces), quienes comparten con los vocales «lai-

cos» (no jueces) la dirección de los mismos. Un ejemplo clásico es el Consejo Superior de la Magistratura italiano, presidido por el Presidente de la República, y formado por el primer presidente y el fiscal general de la Corte de Casación, y además por consejeros provenientes en sus dos terceras partes de los jueces, y el tercio restante nombrado por el Parlamento entre catedráticos titulares en materias jurídicas y abogados con quince años de ejercicio en la profesión (Constitución, art. 104).

«Si se quiere citar un Consejo de la Magistratura mixto, pero con ínfima participación judicial, puede mencionarse al paraguay, que se compone con un juez de la Corte Suprema de Justicia, un representante del Poder Ejecutivo, un senador y un diputado, dos abogados de matrícula, y dos profesores de Facultades de Derecho [art. 262 de la constitución].;Sobre ocho consejeros, sólo uno es juez!.

«La discusión sobre la integración del Consejo de la Magistratura es ardua. Si sus funciones son importantes, llegando algunas veces a ser «órgano de gobierno» del Poder Judicial, como se verá más tarde, no parece muy sensato que tenga mayoría «laica» (no judicialista), ya que si así ocurriera, el Poder Judicial estaría gobernado por un ente no judicial. Pocos pensarían, por cierto, gobernar al Poder Ejecutivo con jueces y profesores,

o al Poder Legislativo con abogados y ministros del Presidente.

«Lo dicho, no importa desconocer la importancia que en un Consejo de la Magistratura pueda tener una adecuada representación de los abogados, profesores universitarios y de consejeros electos por el Parlamento o enviados por el Poder Ejecutivo, siempre que ellos no aplasten la representación «togada». Nunca cabe olvidar que se trata de gobernar en todo o en parte al Poder Judicial, y que una cosa es impedir las «oligarquías de la toga», mediante la activa participación de consejeros provenientes de áreas ajenas al Poder Judicial, y otra domesticar a la judicatura a través de un Consejo donde los jueces sean una discreta minoría [...]»⁷⁹.

Ciertamente, es un problema grave la falta de precisión constitucional respecto de la integración del Consejo, en cuanto al número, lo que facilita la tentación de cualquier gobierno de turno en establecerlo por vía legal, de manera de asegurar el control sobre este instituto, que debiera ser independiente. Es que, como ha sido explicado correctamente: «Al no ponerse de acuerdo los partidos mayoritarios en el seno de la convención constituyente sobre el número y la repartición de cargos en el referido Consejo, el asunto quedó librado al porvenir... La palabra «equilibrio» que emplea la Constitución puede interpretarse de maneras muy distintas, aunque en principio parece in-

dicar que un solo grupo (v. gr., el de los jueces, o el de los abogados, o los nombrados por el Congreso o el Presidente), no podrá ser predominante. Esto puede ser positivo, pero de ahí en más no hay garantías que aseguren una composición legítimamente estructurada. Lo grave del problema es que de esa integración depende –realmente– la actuación posterior del Consejo y las confianzas en él depositadas para obtener de una vez por todas la independencia del Poder Judicial. En definitiva, la cuestión puede desembocar en un auténtico cambio o en una salida puramente gatopardista, de simulacro de cambio (por ejemplo, si a través de la ley de configuración del Consejo, los partidos continúan manejando al Consejo, y por intermedio de éste, a los métodos de reclutamiento de jueces).

«Cabe subrayar, entonces, el serio riesgo de la «satelización» del Consejo de la Magistratura de Argentina; esto es, su posible dependencia (debido al método de integración de sus miembros) del Congreso o del Poder Ejecutivo o, en definitiva del partido o partidos predominantes.

En nuestro criterio, se debe seguir los lineamientos de los Consejos de la magistratura existentes en el derecho público provincial argentino, los cuales poseen, con frecuencia, pocos miembros (excepcionalmente numerosos, como en los casos de las provincias de Buenos Aires y Chubut), y con un predominio «no togado».

Sin embargo, el número de miembros no debe ser extremadamente reducido, para que sus funciones sean mejor ejercidas y ostenten mayor representatividad. En este sentido, se ha señalado que desde una perspectiva cuantitativa, «hay Consejos de la Magistratura grandes, por ejemplo con más de veinte miembros, como en España o Italia, y pequeños, v. gr. con cinco personas (constituciones de las provincias de San Juan, arts. 214 y 216, o de San Luis, art. 197, en Argentina). Un número muy reducido de consejeros puede no ser conveniente, al restar representatividad y al otorgar demasiado poder a los pocos que lo integran»⁸⁰.

Se justifica entonces la composición con menor representatividad de la esfera política, por cuanto no se le adjudica al Consejo la facultad de intervenir en el juicio político que se lleve a cabo respecto de los magistrados de la Corte Suprema.

Pero además de la composición, también resulta relevante el método de elección de los miembros del Consejo. Como explicara Sagüés, «El asunto motivó primero un interesante debate en Italia, respecto, por ejemplo, a si los consejeros «togados» debían ser designados por las cúpulas judiciales (Corte Suprema, Cámaras superiores), o por los jueces en su conjunto, mediante comicios sin distinción de categorías judiciales. Es obvio que la segunda alternativa, a la postre allá triunfante, matizaría al Consejo de voca-

les menos conservadores y posiblemente más representativos de la mayoría de los integrantes de los cuadros judiciales.

«En España la polémica giró sobre la interpretación del art. 122 de la Constitución. El mismo prevé un Consejo con mayoría «togada», con doce jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, «en los términos que establezca la ley orgánica». Al principio se entendió (y así reguló) que tales jueces debían ser electos por los propios jueces, pero la segunda ley orgánica del Poder Judicial (1985), a través de la «enmienda Bandrés» dispuso, curiosamente, que esos jueces tenían que ser designados por el Poder Legislativo. Ello produce el serio riesgo de la dependencia del Consejo, respecto de los partidos imperantes en el Parlamento, e «implica un retroceso claro respecto del sentido histórico de la función del Consejo, como órgano de democratización del gobierno judicial» [...].

«En Perú, el Consejo Nacional de la Magistratura es relativamente reducido, con siete miembros. Uno resulta elegido por la Corte Suprema, otro por la Junta de Fiscales Supremos, un tercero por los miembros de los Colegios de Abogados del país, dos más por los miembros de los demás colegios profesionales, uno por los rectores de las universidades nacionales, y otro más por los rectores de las universidades privadas. Pero el Consejo podrá autoampliarse a nueve personas, con dos miembros adicionales elegidos en votación secreta por él mismo, «entre sendas

listas propuestas por las instituciones representativas del sector laboral y del empresarial» (art. 155 de la constitución). Duran todos cinco años en sus funciones.

«El Consejo peruano tiene así una conformación mixta, con predominio no togado, y un curioso perfil cuasi corporativista, factores que en su conjunto no lo hacen por cierto recomendable. Felizmente, tal ente no gobierna al Poder Judicial, aunque sí nombra, ratifica y remueve a los magistrados.

«En Bolivia, el art. 122 de la Constitución señala que el Consejo de la Judicatura es presidido por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, y se forma con cuatro Consejeros más, titulados de abogado en provisión nacional y diez años de ejercicio idóneo de la profesión o la cátedra universitaria. Son designados por el Congreso Nacional por el voto de los dos tercios de sus miembros presentes, duran diez años y no son reelegibles salvo pasado un tiempo igual al que hubiesen ejercido su mandato.

«Impresiona, en primer término, la cantidad reducida de consejeros (solamente cinco), cosa preocupante si se atiende a que el Consejo es órgano de administración y disciplinario del Poder Judicial (art. 116 de la Constitución), y el hecho de que únicamente su Presidente provenga, necesariamente, del Poder Judicial. El resto dependerá de la voluntad de los partidos actuantes en el Congreso, apareciendo como aislada garantía la exigencia de una

mayoría calificada en la designación. En ese contexto, nos resultan excesivamente optimistas las apreciaciones de Samuel Abad, en el sentido de que la introducción del Consejo de la Judicatura en Bolivia «constituye un aspecto importante que contribuirá a garantizar la independencia de los magistrados y a mejorar la administración de justicia», aunque Dios quiera que tan feliz propósito ocurra.

«Como en la Argentina, en Bolivia también la ley reglamentaria puede mejorar el panorama, haciendo en este último caso que los cuatro consejeros a nombrar por el Congreso tengan una relevante conformación judicial, por vía directa o indirecta (v. gr., extrayéndolos de los cuadros judiciales, o permitiendo a éstos intervenir en el proceso de nominación de los consejeros). Pero también aquella ley puede empeorarlo, si convierte al Consejo en un apéndice de los partidos. En tal pernicioso supuesto, serán esos partidos quienes administrarán al Poder Judicial»⁸¹.

Otro tema relevante resulta el relativo al método de remoción de los miembros del Consejo de la Magistratura, pues, como bien se ha indicado resulta un dato indispensable para auscultar su real grado de independencia frente a los otros poderes, pues si ellos son fácilmente destituibles por el Poder Ejecutivo y el Legislativo, resultarán obviamente muy vulnerables a las influencias

de los mismos. Este punto, sin embargo, no ha sido definido en la reforma constitucional federal argentina, pero sí en la peruana, que demanda el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros del Congreso (art. 157)⁸².

Respecto de sus roles, como de alguna manera ya fue adelantado, en el campo del Derecho comparado, las atribuciones principalmente otorgadas por los más diversos ordenamientos a los Consejos de la Magistratura han sido normalmente las de nombramiento (por sí mismo o por proposición de unos postulantes al órgano encargado del nombramiento, para que éste opte por uno entre ellos), régimen disciplinario, ascenso y remoción de los jueces⁸³.

Con menor asiduidad se les ha concedido facultades de superintendencia, y excepcionalmente otras, como las de ser órgano consultivo en materia de indultos (v.gr., Francia, art. 65 y Dahomey, art. 62) o para la supresión o modificación del ámbito jurisdiccional de cualquier tribunal (Turquía, art. 144).

En el derecho público provincial argentino, cabe recordar que sus roles consisten, por lo común, en actuar como órganos de preselección y de promoción de jueces y fiscales, con propuestas, vinculantes o no vinculantes, según los casos, que presentan a los órganos constitucionales de nombramiento. Ocasionalmen-

te, son órganos directos de designación (Río Negro) y también de remoción (Chaco, Río Negro, Tierra del Fuego, etc).

El reclutamiento de postulantes es una labor que se considera la más importante, pues si bien luego se le adjudicarán facultades de remoción, obvio es que si se mejoran las designaciones en cuanto a calidad técnica y cualidades personales de los postulantes, luego deberá ejercerse mucho más excepcionalmente la facultad de enjuiciamiento.

Por tal motivo, tal vez no resulte tan crucial si se le adjudica al Consejo de la Magistratura la facultad de preseleccionar ternas para su posterior evaluación por el Poder Ejecutivo o por el Congreso –siempre que sean vinculantes– o la de nombrar directamente a los magistrados inferiores, a condición de que realice una intervención eminentemente técnica.

Tanto en el caso de la preselección de ternas como en el de nombramiento directo, en cuanto a los procesos que deben cumplirse para arribar a la postulación o designación, el régimen más justo resulta el de los concursos, y con la intervención, en este fundamental aspecto, de la Escuela Judicial, que también debe estar consagrada constitucionalmente, como ocurre en el Perú con la Academia Nacional de la Magistratura, cuyos roles son tanto o más importantes que los del Consejo.

Una buena razón ha sido recientemente expuesta por Zolezzi Ibárcena, al expresar –refiriéndose a la realidad peruana, que no se aleja demasiado a la de otros países latinoamericanos– que «*siendo el Poder Judicial una institución anticuada, y existiendo tanto interés por parte de los gobiernos de controlarlo, debería esperarse que no hubiera muchos candidatos a ocupar puestos judiciales. Sin embargo ha ocurrido lo contrario, impulsado por la proliferación de facultades de Derecho, proceso que empezó precisamente en la década del sesenta. En el Perú existen veintiséis facultades de Derecho, de las cuales sólo en Lima funcionan siete con 16.400 estudiantes. En 1994, de 88 especialidades conducentes a la obtención de un título profesional y un total de 446 son estudiantes universitarios, 40.861 eran estudiantes de Derecho, la segunda especialidad más numerosa después de contabilidad [...]. Tenemos, entonces, que hay una buena cantidad de candidatos a ocupar las plazas judiciales, muchos de ellos sin una adecuada formación. Mientras la carrera judicial no sea realmente atractiva, el mejor sistema de selección fracasará, porque la institución encargada de los concursos tendrá que elegir entre un universo limitado. En este contexto, la Academia de la Magistratura resulta, por una parte, indispensable, y por la otra, una empresa casi imposible, porque a la vez que capacitar en el razonamiento judicial y en el manejo de las herramientas de los jueces (las pruebas), tendrá que*

suplir las deficiencias de las facultades de Derecho.»⁸⁴.

En cuanto al sistema de concursos, si bien éste fue objeto de diversas críticas y motivó diversos proyectos de ley y de decretos⁸⁵, «*de todos modos, y salvo ocasionales instantes en que los concursos descendieran peligrosamente en la escala de aprobación social, pocos reclaman su supresión y el retorno a un sistema dedocrático de nombramiento de funcionarios judiciales. En cambio, sí son frecuentes las voces que postulan su subsistencia, perfeccionamiento y gestión estrictamente ecuánime*»⁸⁶.

Así las cosas, este régimen debiera entonces resultar de aplicación, tanto para las primeras designaciones como para las promociones. Las ratificaciones contempladas luego de cierto tiempo en algunos ordenamientos (v.gr., por el Perú cada siete años, art. 154 de la Constitución), no parecen adecuadas por atender contra la real independencia de los jueces, y si se prefiere hacer un control técnico periódico para que los niveles de conocimiento jurídico no desciendan estrepitosamente, pueden ser suplantadas por un proceso de remoción ágil por las causales tradicionales, en especial por la de desconocimiento palmario del Derecho.

En otro orden de ideas, y sin quitarle autoridad al Consejo en materia de pre-

selección de magistrados, el sistema de designación político para los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, es decir, por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Congreso –Asamblea Legislativa o Cámara de Senadores de los sistemas bicameralistas, o de la Cámara respectiva, en los sistemas unicameralistas–, no parece inadecuado o de necesaria modificación, a condición de que el debate se realice en audiencia pública, y con una amplia participación e investigación del magistrado respecto del cual se solicita el acuerdo, para lo cual deben establecerse sanciones a los integrantes de la Cámara o al menos a los de la Comisión de acuerdos (o cualquiera que tenga tal atribución), que no hubiere investigado adecuadamente los antecedentes del postulante. Resultan útiles también –a condición de que sean bien utilizados– los procedimientos previos de consulta que realiza el Poder Ejecutivo, como se estableció en el caso de la Argentina, mediante decreto 222/03, donde previo a enviarse el pliego al Senado, se establece un mecanismo de adhesiones y oposiciones al candidato preseleccionado por el Poder Ejecutivo⁸⁷.

Respecto de la eventual adjudicación al Consejo de otros roles, nos parece imprescindible la inclusión de las tareas de inspección, pues ellas empalmarían con la atribución del papel de juzgador de las causales de destitución de magistrados. Así ha sido previsto en algunos siste-

mas (v.gr., Colombia, art. 256, inc. 4 de la Constitución).

En cuanto a si otorgarle o no funciones de índole legislativa, la posibilidad aparece atractiva. De todas formas, en algunos casos más que atractivas serán necesarias, como ocurre cuando se le adjudica el rol de administración del Poder Judicial, donde resulta fundamental que conserve las facultades de dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia (v.gr., art. 114, inc. 6 de la Constitución argentina).

Ya en lo relativo a las facultades referidas al aspecto disciplinario de los jueces, la intervención del Consejo de la Magistratura en el proceso de remoción de jueces inferiores puede aportar bastante, sea como órgano de enjuiciamiento o como órgano instructor y eventualmente acusador ante un Jurado de Enjuiciamiento, pues el sistema de Juicio Político para todas las instancias nunca ha dado buenos resultados en la práctica, favoreciendo tanto la dejadez como la corruptela judicial.

Así, en la Argentina, dado que el sistema de Juicio Político históricamente no ha funcionado sino ocasionalmente para la remoción de los jueces federales –y no por virtud de la inexistencia de jueces que debieran ser enjuiciados–, se incorporó con la reforma constitucional

de 1994 la figura del Jurado de Enjuiciamiento para los magistrados inferiores, en la búsqueda de resultados más alentadores, a juzgar por las experiencias provinciales⁸⁸.

Aparece entonces como una posibilidad interesante que el Congreso conserve la potestad de remoción de los jueces de la Corte Suprema, estableciéndose un doble sistema de remoción: los magistrados inferiores por vía de jurado de enjuiciamiento y los miembros de la Corte Suprema por vía de juicio político, aunque en ambos casos con la posible intervención del Consejo, que, para la remoción de jueces de la Corte Suprema, podría formular peticiones de formación del juicio político a la Cámara respectiva (inclusive facultándose a la realización previa de la instrucción indistinta, conjunta o paralelamente con el Congreso), y para el caso de los jueces inferiores, podría removerlos directamente, o bien se lo podría facultar para la formulación de la instrucción y acusación ante un Jurado de Enjuiciamiento⁸⁹, según se prefiera, de acuerdo a los requerimientos sociales.

En síntesis, el Consejo de la Magistratura puede ser una institución sumamente útil, si se la instrumenta con *patriotismo* y no con *partidismo* –mucho menos con *patoterismo*–, lejos deben quedar instrumentaciones *gatopardistas*, donde se consagren cambios meramente formales de sistema que, en los hechos, no

cambian el eje del poder de designación y de remoción.

La opción por la elección popular de los jueces hasta el momento no ha mostrado en Latinoamérica una sola versión con resultados mínimamente aceptables y además resulta muy difícil de digerir conceptualmente que el cuerpo electoral esté en condiciones de evaluar cuáles son las condiciones técnicas y personales que tienen los postulantes para esos cargos electivos y mucho menos distinguir cuál de los postulantes sea el mejor para el puesto. En todo caso, la participación popular –necesaria a nuestro entender en todos los poderes del Estado a través de las que se conocen generalizadamente como mecanismos de democracia semidirecta-, debiera ser canalizada por otras vías, como por ejemplo, en la selección de representantes populares ante el Consejo de la Magistratura y, desde luego, también debe manifestarse en la integración de jurados populares, tan comunes en el Derecho anglosajón ■

¹ Puede marcarse como excepciones a las reiteradas disputas respecto de la reelegibilidad del ejecutivo y a la cuestión de la duración de los mandatos (tanto de éste como del legislativo), temas reiterados hasta el hartazgo en nuestras sociedades latinoamericanas.

² NÉSTOR P. SAGÜÉS, *El reclutamiento de jueces y funcionarios judiciales. Variables en el Derecho Público de la provincia de Santa Fe*, en «Consideraciones sobre la justicia provincial», Santa Fe, 1992, p. 47 y ss.

³ Al analizar las motivaciones que dieron origen a la incorporación del Consejo de la Magistratura en el plano constitucional federal argentino en 1994, explica Beiderman: «Transcurridos casi cuatro siglos desde la aparición del juez Sancho Panza en la obra de Cervantes, celebróse en la Argentina un maridaje entre dos impetuosas vocaciones: la una, de permanencia en el poder: la otra, en pos de la resurrección de un protagonismo. Este connubio engendró la reforma constitucional de 1994, uno de cuyos designios fue la instauración de un mecanismo que asegurará la cuidadosa selección de los jueces, en procura de los mejores candidatos. Se esperaba así conjurar los riesgos de que se reclutara para la función judicial gente inidónea y no recaer en peregrinas designaciones, tales como las tan notorias de quien, declarándose públicamente ignara en materia penal, fuese no obstante destinada a desempeñarse en la más alta instancia judicial para desempeñarse en la más alta instancia judicial dentro del fuero penal; o la de quien, a despecho de su virginal inexperiencia, pretendió y

obtuvo el cargo de juez civil, del cual al poco tiempo hubo de desertar al descubrirse su empeño en contratar abogados para encomendarles la redacción de las sentencias; o el caso del estudiante de abogacía, designado fiscal, tal vez gracias al fácil acceso de su madre —experta en tarot, según mentas— en las elevadas esferas áulicas» (BERNARDO BEIDERMAN, *El Consejo de la Magistratura. Sancho Panza y la Celestina*, «L.L.» 1996–D–1084).

⁴ Ver *Eugenio Raul Zaffaroni, Estructuras judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 224 y ss. (NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *El Consejo de la Magistratura y su inserción*. En el régimen de reclutamiento de jueces, «J.A.» 1989–IV–89L).

⁵ En tal sentido, resulta de especial interés para la ciencia política, la sociología y filosofía jurídicas, los derechos político, constitucional, procesal constitucional, administrativo e internacional de los derechos humanos.

⁶ La norma, traducida, dice así «1. El Presidente [...] 2. Tendrá facultad, con el consejo y consentimiento del Senado, para celebrar tratados, con tal de que den su anuencia dos tercios de los senadores presentes, y propondrá y, con el consejo y sentimiento del Senado, nombrará a los embajadores, los demás ministros públicos y los cónsules, los magistrados del Tribunal Supremo y a todos los demás funcionarios de los Estados Unidos a cuya designación no provea este documento en otra forma y que hayan sido establecidos

por ley. Pero el Congreso podrá atribuir el nombramiento de los funcionarios inferiores que considere convenientes, por medio de una ley, al Presidente sólo, a los tribunales judiciales o a los jefes de los departamentos. 3. El Presidente tendrá el derecho de cubrir todas las vacantes que ocurran durante el receso del Senado, extendiendo nombramientos provisionales que terminarán al final del siguiente período de sesiones».

⁷ Descartó Hamilton asimismo el nombramiento por la sola voluntad de un hombre, porque eso fomentaría nombramientos inconvenientes, producto del favoritismo presidencial. Una elección más juiciosa, concluye, es la designación por el Presidente pero con acuerdo y control del Senado, ya que consideraba (quizás con demasiado optimismo) que «le daría ver-güenza (al Jefe de estado) proponer para los cargos más importantes o provechosos a personas sin otro mérito que el de ser oriundas del estado de que procede, el de estar relacionadas con él de una manera o de otra, o el de poseer la insignificancia y la ductilidad necesarias para convenirse en serviles instrumentos de su voluntad» (HAMILTON, JAY, MADISON, *El federalista, o la nueva constitución*, trad. Por G.B. VELASCO, México, 1943, Fondo de Cultura Económica, p. 329 y ss., citado por NÉSTOR P. SAGÜÉS, *El reclutamiento de jueces y funcionarios judiciales. Variables en el Derecho Público de la provincia de Santa Fe*, en «Consideraciones sobre la justicia provincial», Santa Fe, 1992, p.47 y ss.).

⁸ En el plano constitucional, son de aplicación

los arts. 99 incs. 4 y 19, 114 y la *Disposición transitoria decimotercera* (referida al art. 114) de la Constitución argentina.

⁹ Spota explica que el proceso de transferencia del poder monárquico a organismos especializados en materia de la magistratura, se fue produciendo gradualmente desde el art. 68 del Estatuto Albertino de 1848 en Italia, que fue la simiente del decreto real italiano de 1865 que crearía una comisión consultiva de la justicia, y por el cual el monarca concedió al gobierno el derecho a trasladar a los jueces, desprendiéndose así de esa capacidad, que luego pasará al Consejo de la Magistratura (ALBERTO A. SPOTA, *El Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional*, «L.L.», 1995–D–1360).

¹⁰ Según apuntan Ferri y Zaffaroni, el Consejo de la Magistratura nace en Italia por la ley Orlando (1907), y luego es recogido por Portugal en 1912, Francia (1946 y 1958) e Italia (Constitución de 1947, art. 104). (CFR. ENRICO FERRI, en «*Consiglio Superiore della Magistratura*», *Il ruolo e l'attività del Consiglio Superiore della Magistratura*, Roma, 1985, p. 326, y EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Estructuras judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 227). Luego es incorporado en la Constitución Española de 1978, que regula el Consejo General del Poder Judicial.

¹¹ Según explican Bielsa y Graña: «El art. 34 de la ley de 1907 dispuso que, con sede en el Ministerio de Gracia y Justicia, se instituía un Consejo Superior de la

Magistratura, compuesto por el primer presidente de la Corte de Casación de Roma, que tenía la presidencia; por el procurador general ante la misma Corte: por seis consejeros o por tres procuradores generales sustitutas de Curte de Casación, designados por las cinco Cortes de Casación di Reina y nominados por el ministro. según las normas dei reglamenta: por nueve miembros nominados por decreto real sobre propuesta del ministro Guardasellos deliberada por el Consejo de ministros y elegidos entre los magistrados juzgadores y requirentes de grado no inferior a primer presidente de Corte de Apelación, así como entre los magistrados en situación de retiro. que hayan revestido un grado efectivo comparable al de primer presidente de Corte de Apelación. Serían además designados por las Cortes de Casación, tres consejeros y un procurador general sustituto de la Corte de Casación de Roma, con la calidad de miembros suplentes. Los miembros del Consejo, exceptuados los jefes de la Corte de Casación de Roma, se renovaban por mitades cada bienio, y no podían ser nuevamente designados sin que mediara el transcurso de otro bienio desde la finalización de su mandato. Un Consejero de la Corte de Apelación de Roma, nominado por el Ministro de Justicia, ejercería las funciones de secretario. La nominación era hecha por bienio, y no podía ser renovada sino luego del transcurso de un año desde la finalización» (RAFAEL A. BIELSA y EDUARDO R. GRAÑA, *El Consejo de la Magistratura en el derecho comparado*, «L.L.» 1996-D-1745).

¹² ALBERTO A. SPOTA, *El Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional*, «L.L.», 1995-D-1360.

¹³ NÉSTOR P. SAGÜÉS, *El Consejo de la Magistratura en las últimas reformas constitucionales de Latinoamérica, con especial referencia al caso argentino*, disertación pronunciada en el «Seminario Internacional sobre Garantías Constitucionales», Caracas, 27 de abril de 1995.

¹⁴ El instituto recibe diferentes denominaciones (v.gr., «Consejo General del Poder Judicial» en España; «Consejo de la Judicatura» en Venezuela; «Consejo Superior de la Judicatura» en Colombia; «Consejo Nacional de la Magistratura» en Perú «Consejo Superior de la Magistratura» en Italia y Portugal), pero en la Argentina se ha generalizado la de «Consejo de la Magistratura» (aunque con alguna excepción, como la de Río Negro, que lo rotula «Junta Calificadora»).

¹⁵ RAFAEL A. BIELSA y EDUARDO R. GRAÑA, *El Consejo de la Magistratura en el derecho comparado*, «L.L.» 1996-D-1745.

¹⁶ ALBERTO A. SPOTA, *El Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional*, «L.L.», 1995-D-1360.

¹⁷ SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Las nuevas constituciones del mundo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1979, p. 61.

¹⁸ HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *Órganos de dirección y administración del Poder Judicial*, en «Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe», cit. por RAFAEL A.

BIELSA y EDUARDO R. GRAÑA, *El Consejo de la Magistratura en el derecho comparado*, «L.L.» 1996-D-1745.

¹⁹ RAFAEL A. BIELSA y EDUARDO R. GRAÑA, *El Consejo de la Magistratura en el derecho comparado*, «L.L.» 1996-D-1745, con cita de BIANCHI, ALBERTO B., *El Consejo de la Magistratura. Primeras Impresiones*, «L.L.», 1994-E, 1274.

²⁰ Como advirtiera alguna vez Sagüés al analizar este artículo, con esta disposición final se disminuyen sensiblemente las competencias del Consejo, ya que de no gustarle a quien designa los propuestos por el Consejo, éste deberá continuar con su trabajo preselectivo hasta hallar el candidato que agrade al Congreso, o a la Corte respectiva.

²¹ Cfr. RAFAEL BIELSA y EDUARDO GRAÑA, *El Consejo de la Magistratura en el Derecho Público provincial*, «Zeus», Boletines del 11 al 13 de noviembre de 1996. Cabe agregar al listado proporcionado por los autores la regulación del instituto hecha por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

²² Como lo indican. RAFAEL BIELSA y EDUARDO GRAÑA, dicha Comisión se compuso por representantes honorarios de aquel Ministerio, de las Secretarías General, Legal y Técnica de la Presidencia, de la Corte Suprema de Justicia, de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, y de la

Federación Argentina de Colegios de Abogados. Esta comisión llevaba un registro de aspirantes y eleva semestralmente un informe actualizado, que incluye un orden de mérito en función de sus antecedentes profesionales, científicos y docentes (*El Consejo de la Magistratura en el derecho comparado*, «L.L.» 1996-D-1745).

²³ *Convención Nacional Constituyente*, Diario de Sesiones, sesión del 27 de julio de 1994, pág. 2219 y ss.

²⁴ ROBERTO DROMI y EDUARDO MENEM, *La Constitución reformada. Comentada, interpretada y concordada*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, ps. 369/71.

²⁵ *Convención Nacional Constituyente*, «Diario de Sesiones», p. 2619, cit. por ROBERTO DROMI y EDUARDO MENEM, *La Constitución reformada. Comentada, interpretada y concordada*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, ps. 369/71.

²⁶ Art. 114. «El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras

personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley. Serán sus atribuciones: 1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores. 2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores. 3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia. 4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados. 5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente. 6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia».

Disposición transitoria decimotercera. «A partir de los trescientos sesenta días de la vigencia de esta reforma, los magistrados inferiores solamente podrán ser designados por el procedimiento previsto en la presente Constitución. Hasta tanto se aplicará el sistema vigente con anterioridad». (Corresponde al artículo 114).

²⁷ Art. 99.— «El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: «4. Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto. Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que

se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos. Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite»... 19) Puede llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima legislatura.

²⁸ Art. 115.— «Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el artículo 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal. Su fallo, que será irrecurrible, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios. Corresponderá archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo. En la ley especial a que se refiere el art. 114, se determinará la integración y procedimiento de este jurado».

Disposición transitoria decimocuarta: «Las causas en trámite ante la Cámara de Diputados al momento de instalarse el Consejo de la Magistratura, les serán remitidas a efectos del inciso 5 del artículo 114. Las

ingresadas en el Senado continuarán allí hasta su terminación» (corresponde al artículo 115).

²⁹ ROBERTO DROMI y EDUARDO MENEM, *La Constitución reformada. Comentada, interpretada y concordada*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, ps. 373/5.

³⁰ ROBERTO DROMI y EDUARDO MENEM, *La Constitución reformada. Comentada, interpretada y concordada*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 376.

³¹ NÉSTOR P. SAGÜÉS, *Reforma judicial. Los sistemas de designación de magistrados y la escuela judicial en el derecho argentino comparado*, Buenos Aires, Astrea, 1978, p. 115.

³² Diario «La Nación», 16/2/97, Sección 7, p. 3.

³³ Mientras Spota afirma enérgicamente que el Consejo de la Magistratura no integra el Poder Judicial, Menem y Dromi entienden que «sin duda, mucho se discutió sobre si se trataba de un órgano extrapoder, es decir, un Poder del Estado que iba a ser administrado por otro órgano distinto de los tres poderes de la República.

«La Constitución reformada ha entendido que la administración financiera del Poder Judicial está en manos del Consejo de la Magistratura, y él no puede existir fuera de la órbita del Poder Judicial.

«No es un órgano extra-judicial, sino «un órgano más del Poder judicial..., sin que ello quiera decir un órgano más de la justicia, así como el Tribunal Constitucional español es un órgano más de la justicia, aunque no otro órgano del Poder judicial» (CAVAGNA MARTÍNEZ, MARIANO, CONV. Nac. Const., Diario de Sesiones, inserción s/nº, p. 3)» (ROBERTO DROMI y EDUARDO MENEM, *La Constitución reformada. Comentada, interpretada y concordada*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 378).

³⁴ «Sólo ella (la Cámara de Diputados) ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes.»

³⁵ Art. 59.— «Al Senado le corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto. Cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes.»

³⁶ Art. 60.— «Su fallo no tendrá más efecto que des-

tituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.»

³⁷ Art. 115.— «Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el artículo 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal.

«Su fallo, que será irrecurrible, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.

«Corresponderá archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo.

«En la ley especial a que se refiere el artículo 114, se determinará la integración y procedimiento de este jurado.»

³⁸ ALBERTO ANTONIO SPOTA, *Colisión de intereses jurídicos en el Consejo de la Magistratura y por su actuación*. Análisis crítico del proyecto aprobado en el Senado en marzo de 1996, «L.L.» 1996-D-1441.

³⁹ RICARDO HARO, *El proyecto legislativo sobre el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento*, «L.L.», 1996-D-1614.

⁴⁰ ALBERTO ANTONIO SPOTA, *Colisión de intereses jurídicos en el Consejo de la Magistratura y por su actuación*. Análisis crítico del proyecto aprobado en el Senado en marzo de 1996, «L.L.» 1996-D-1441.

⁴¹ EUGENIO LUIS PALAZZO, Algunas reflexiones sobre la regulación legal del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento de magistrados.

⁴² GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1997, Tomo III, p. 378.

⁴³ Art. 2.- El Consejo estará integrado por trece miembros, de acuerdo con la siguiente composición:

1. Tres jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el sistema D'Hont, debiéndose garantizar la representación igualitaria de los jueces de cámara y de primera instancia y la presencia de magistrados, con competencia federal del interior de la República.

2. Seis legisladores. A tal efecto los presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán tres legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos a la mayoría y uno a la primera minoría.

3. Dos representantes de los abogados de la matrícula federal, designados por el voto directo de los profesionales que posean esa matrícula. Uno de los representantes deberá tener domicilio real en cualquier punto del interior del país.

4. Un representante del Poder Ejecutivo.

5. Un representante del ámbito académico y científico que deberá ser profesor regular de cátedra universitaria de facultades de derecho nacionales y contar con una reconocida trayectoria y prestigio, el cual será elegido por el Consejo Interuniversitario Nacional con mayoría absoluta de sus integrantes.

Los miembros del Consejo prestarán juramento en el acto de su incorporación de desempeñar debidamente el cargo por ante el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por cada miembro titular se elegirá un suplente, mediante igual procedimiento, para reemplazarlo en caso de renuncia, remoción o fallecimiento.»

⁴⁴ Art. 3.- Duración. Los miembros del Consejo de la Magistratura durarán cuatro años en sus cargos, pudiendo ser reelectos con intervalo de un período. Los miembros del Consejo elegidos por su calidad institucional de jueces en actividad o legisladores, cesarán en sus cargos si se alterasen las calidades en función de las cuales fueron seleccionados, debiendo ser reemplazados por sus suplentes o por los nuevos representantes que designen los cuerpos que los eligieron para completar el mandato respectivo. A tal fin, este reemplazo no se contará como período a los efectos de la elección.

⁴⁵ Art. 7.- Atribuciones del Plenario. El Consejo de la Magistratura reunido en sesión plenaria, tendrá las siguientes atribuciones:

1. Dictar su reglamento general.
2. Dictar los reglamentos que sean necesarios para

ejercer las facultades que le atribuye la Constitución Nacional y esta ley a fin de garantizar una eficaz prestación de la administración de justicia.

3. Tomar conocimiento del anteproyecto de presupuesto anual del Poder Judicial que le remita el presidente y realizar las observaciones que estime pertinentes para su consideración por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

4. Designar entre sus miembros a su presidente y a su vicepresidente.

5. Designar los integrantes de cada comisión por mayoría absoluta de los miembros presentes.

6. Designar al administrador general del Poder Judicial de la Nación, al secretario general del Consejo y al secretario del cuerpo de Auditores del Poder Judicial, a propuesta de su presidente, así como a los titulares de los organismos auxiliares que se crearen, y disponer su remoción por mayoría absoluta de sus miembros.

7. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados—previo dictamen de la Comisión de Disciplina y Acusación—, formular la acusación correspondiente ante el Jurado de Enjuiciamiento, y ordenar después, en su caso, la suspensión del magistrado, siempre que la misma se ejerza en forma posterior a la acusación del imputado. A tales fines se requerirá una mayoría de dos tercios de miembros presentes.

Esta decisión no será susceptible de acción o recurso judicial o administrativo alguno.

La decisión de abrir un procedimiento de remoción no podrá extenderse por un plazo mayor de tres años contados a partir del momento en que se presente

la denuncia contra el magistrado. Cumplido el plazo indicado sin haberse tratado el expediente por la comisión, éste pasará al plenario para su inmediata consideración.

8. Dictar las reglas de funcionamiento de la Secretaría General, de la Oficina de Administración y Financiera, del Cuerpo de Auditores del Poder Judicial y de los demás organismos auxiliares cuya creación disponga el Consejo.

9. Reglamentar el procedimiento de los concursos públicos de antecedentes y oposición en los términos de la presente ley.

10. Aprobar los concursos y remitir al Poder Ejecutivo las ternas vinculantes de candidatos a magistrados.

11. Organizar el funcionamiento de la Escuela Judicial, dictar su reglamento, aprobar sus programas de estudio y establecer el valor de los cursos realizados, como antecedentes para los concursos previstos en el inciso anterior. Planificar los cursos de capacitación para magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial para la eficaz prestación de los servicios de justicia. Todo ello en coordinación con la Comisión de Selección y Escuela Judicial.

12. Aplicar las sanciones a los magistrados a propuesta de la Comisión de Disciplina y Acusación. Las decisiones deberán adoptarse con el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes. La Corte Suprema y los tribunales inferiores mantienen la potestad disciplinaria sobre los funcionarios y empleados del Poder Judicial de la Nación, de acuerdo a las leyes y reglamentos vigentes.

La decisión de abrir un proceso disciplinario no podrá

extenderse por un plazo mayor de tres años contados a partir del momento en que se presente la denuncia contra el magistrado. Cumplido el plazo indicado sin haberse tratado el expediente por la comisión, éste pasará al plenario para su inmediata consideración.

13. Reponer en sus cargos a los magistrados suspendidos que, sometidos al Jurado de Enjuiciamiento, no hubieran resultado removidos por decisión del Tribunal o por falta de resolución dentro del plazo constitucional. Dicha reposición deberá tener lugar dentro de los cinco días siguientes de la fecha de finalización del enjuiciamiento, o del término del plazo previsto en el artículo 115, tercer párrafo de la Constitución Nacional.

14. Remover a los miembros representantes de los jueces, abogados de la matrícula federal y del ámbito académico y científico de sus cargos, por el voto de las tres cuartas partes de los miembros totales del cuerpo, mediante un procedimiento que asegure el derecho de defensa del acusado, cuando incurrieran en mal desempeño o en la comisión de un delito, durante el ejercicio de sus funciones. Los representantes del Congreso y del Poder Ejecutivo, sólo podrán ser removidos por cada una de las Cámaras o por el Presidente de la Nación, según corresponda, a propuesta del pleno del Consejo de la Magistratura, previa recomendación tomada por las tres cuartas partes de los miembros totales del cuerpo. En ninguno de estos procedimientos, el acusado podrá votar.»

⁴⁶ Art. 8.- Reuniones del plenario. Publicidad de los expedientes. El Consejo de la Magistratura se reuni-

rará en sesiones plenarias ordinarias y públicas, con la regularidad que establezca su reglamento interno o cuando decida convocarlo su presidente, el vicepresidente en ausencia del presidente o a petición de ocho de sus miembros.

Los expedientes que tramiten en el Consejo de la Magistratura serán públicos, especialmente los que se refieran a denuncias efectuadas contra magistrados.

⁴⁷ Art. 9.- Quórum y decisiones. El quórum para sesionar será de siete miembros y adoptará sus decisiones por mayoría absoluta de miembros presentes, salvo cuando por esta ley se requieran mayorías especiales.

⁴⁸ Art. 10.- Presidencia. El presidente del Consejo de la Magistratura será designado por mayoría absoluta del total de sus miembros y ejercerá las atribuciones que dispone esta ley y las demás que establezcan los reglamentos que dicte el Consejo. Durará un año en sus funciones y podrá ser reelegido con intervalo de un período. El presidente tiene los mismos derechos y responsabilidades que los restantes miembros del Consejo y cuenta con voto simple, salvo en caso de empate, en el que tendrá doble voto.

⁴⁹ Art. 11.- Vicepresidencia. El vicepresidente será designado por mayoría absoluta del total de sus miembros y ejercerá las funciones ejecutivas que establezcan los reglamentos internos y sustituirá al presidente en caso de ausencia, renuncia, impedimento o muerte. Durará un año en sus funciones y podrá ser reelegido con intervalo de un período.

⁵⁰ Art. 12.- Comisiones. Autoridades. Reuniones. El Consejo de la Magistratura se dividirá en cuatro comisiones, integradas de la siguiente manera:

1. De Selección de Magistrados y Escuela Judicial: tres jueces, tres diputados, el representante del Poder Ejecutivo y el representante del ámbito académico y científico.

2. De Disciplina y Acusación: un representante de los abogados de la matrícula federal, dos senadores, dos diputados, dos jueces, el representante del ámbito académico y científico y el representante del Poder Ejecutivo.

3. De Administración y Financiera: dos diputados, un senador, dos jueces, un representante de los abogados de la matrícula federal y el representante del Poder Ejecutivo.

4. De Reglamentación: dos jueces, un diputado, un senador, un abogado y el representante del ámbito académico y científico.

Las reuniones de comisión serán públicas. Cada comisión fijará sus días de labor y elegirá entre sus miembros un presidente que durará un año en sus funciones el que podrá ser reelegido en una oportunidad.

⁵¹ Art. 13.- Comisión de Selección y Escuela Judicial. Es de su competencia llamar a concurso público de oposición y antecedentes para cubrir las vacantes de magistrados judiciales, sustanciar los concursos, designar jurados, evaluar antecedentes de aspirantes, confeccionar las propuestas de ternas elevándolas al plenario del Consejo y ejercer las demás funciones que le establecen esta ley y el reglamento que se dicte

en consecuencia.

Asimismo, será la encargada de dirigir la Escuela Judicial a fin de atender a la formación y el perfeccionamiento de los funcionarios y los aspirantes a la magistratura. La concurrencia y aprobación de los cursos de la Escuela Judicial será considerada como antecedente especialmente relevante en los concursos para la designación de magistrados y en la promoción de quienes forman parte de la carrera judicial.

A) Concurso. La selección se hará de acuerdo con la reglamentación que apruebe el plenario del Consejo por mayoría de sus miembros, de conformidad con las siguientes pautas:

1. Los postulantes serán seleccionados mediante concurso público de oposición y antecedentes. Cuando se produzca una vacante la Comisión convocará a concurso dando a publicidad las fechas de los exámenes y la integración del jurado que evaluará y calificará las pruebas de oposición de los aspirantes, poniendo en conocimiento de los interesados que dicho concurso estará destinado a cubrir todas las vacancias que se produzcan durante la sustanciación del concurso y hasta la decisión del plenario, siempre y cuando se trate de la misma competencia territorial, de materia y grado;

2. Previamente se determinarán los criterios y mecanismos de calificación de los exámenes y de evaluación de los antecedentes;

3. Las bases de la prueba de oposición serán las mismas para todos los postulantes. La prueba de oposición escrita deberá versar sobre temas directamente vinculados a la función que se pretenda cubrir y eva-

luará tanto la formación teórica como la práctica.

B) Requisitos. Para ser postulante se requerirá ser argentino nativo o naturalizado, poseer título de abogado, con treinta años de edad y con ocho años de ejercicio de la profesión como mínimo, si se aspira a ser juez de cámara, o veintiocho años de edad y seis años en el ejercicio de la profesión como mínimo, si se aspira a ser juez de primera instancia. La nómina de aspirantes deberá darse a publicidad para permitir las impugnaciones que correspondieran respecto a la idoneidad de los candidatos.

C) Procedimiento. El Consejo —a propuesta de la Comisión— elaborará periódicamente listas de jurados para cada especialidad. Dichas listas deberán estar integradas por jueces y profesores titulares, asociados y adjuntos regulares, eméritos y consultos de derecho de las universidades nacionales, públicas o privadas y que cumplieren además, con los requisitos exigidos para ser miembro del Consejo.

La Comisión sorteará cuatro miembros de las listas, a efectos de que cada jurado quede integrado por dos jueces y dos profesores de derecho. Los miembros, funcionarios y empleados del Consejo no podrán ser jurados.

El jurado tomará el examen y calificará las pruebas de oposición de los postulantes, elevando las notas a la Comisión, la que calificará los antecedentes obrantes en la sede del Consejo. De todo ello, se correrá vista a los postulantes, quienes podrán formular impugnaciones dentro de los cinco días, debiendo la Comisión expedirse en un plazo de treinta días hábiles.

En base a los elementos reunidos y a la entrevista con los postulantes, la Comisión determinará la terna y el orden de prelación que será elevado al plenario junto con la nómina de los postulantes que participarán de la entrevista personal.

La entrevista con el plenario será pública y tendrá por objeto evaluar su idoneidad, aptitud funcional y vocación democrática.

El plenario podrá revisar de oficio las calificaciones de los exámenes escritos, de los antecedentes, impugnaciones y dictámenes.

Toda modificación a las decisiones de la Comisión deberá ser suficientemente fundada.

El plenario deberá adoptar su decisión por mayoría de dos tercios de miembros presentes y la misma será irrecurrible.

La duración total del procedimiento no podrá exceder de noventa días hábiles contados a partir de la prueba de oposición. El plazo sólo podrá prorrogarse por treinta días hábiles más, mediante resolución fundada del plenario, en el caso de que existieren impugnaciones.

El rechazo por el Senado del pliego del candidato propuesto por el Poder Ejecutivo importará la convocatoria automática a un nuevo concurso para cubrir la vacante de que se trate.

D) Publicidad. Este requisito se entenderá cumplido con la publicación por tres días en el Boletín Oficial y en un diario de circulación nacional donde se referenciarán sucintamente los datos que se pretenden informar individualizando los sitios en donde pueda consultarse la información in extenso, sin perjuicio de las comunicaciones a los colegios de abogados y

a las asociaciones de magistrados. El Consejo deberá mantener actualizada la información referente a las convocatorias, y permitir el acceso a formularios para la inscripción de los postulantes en la página web que deberá tener a tal fin, de modo de posibilitar a todos los aspirantes de la República conocer y acceder a la información con antelación suficiente.

⁵² Art. 14.- Comisión de Disciplina y Acusación. Es de su competencia proponer al plenario del Consejo sanciones disciplinarias a los magistrados como así también proponer la acusación de éstos a los efectos de su remoción.

A) Sanciones disciplinarias. Las faltas disciplinarias de los magistrados, por cuestiones vinculadas a la eficaz prestación del servicio de justicia, podrán ser sancionadas con advertencia, apercibimiento y multa de hasta un treinta por ciento de sus haberes. Constituyen faltas disciplinarias:

1. La infracción a las normas legales y reglamentarias vigentes en materia de incompatibilidades y prohibiciones, establecidas para la magistratura judicial;
2. Las faltas a la consideración y el respeto debidos a otros magistrados;
3. El trato incorrecto a abogados, peritos, auxiliares de la justicia o litigantes;
4. Los actos ofensivos al decoro de la función judicial o que comprometan la dignidad del cargo;
5. El incumplimiento reiterado de las normas procesales y reglamentarias;
6. La inasistencia reiterada a la sede del tribunal o el incumplimiento reiterado en su juzgado del horario de atención al público;
7. La falta o negligencia en el cumplimiento de sus de-

beres, así como de las obligaciones establecidas en el Reglamento para la Justicia Nacional.

B) Ejercicio de la potestad disciplinaria. El Consejo podrá proceder de oficio o ante denuncia que le efectúen otros órganos del Poder Judicial, magistrados, funcionarios o particulares que acrediten un interés legítimo. Queda asegurada la garantía de independencia de los jueces en materia del contenido de las sentencias.

C) Recursos. Las sanciones disciplinarias que aplique el Consejo de la Magistratura serán apelables en sede judicial por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El recurso se interpondrá y fundará por escrito ante el Consejo, dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de la resolución, debiéndose ofrecer la prueba y acompañar la documental de que intentare valerse el recurrente. El Consejo, tomando en cuenta los argumentos del recurrente, fundará la elevación dentro del plazo de cinco días, contados a partir de la fecha de presentación, y lo elevará, dentro de los cinco días siguientes, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien deberá resolver en el plazo de ciento veinte días.

D) Acusación. Cuando sean los tribunales superiores los que advirtieran la presunta comisión de ilícitos o la existencia manifiesta de desconocimiento del derecho aplicable por parte de jueces inferiores, remitirán en forma inmediata la denuncia o una información sumaria al Consejo de la Magistratura, a los fines contemplados en el artículo 114, inciso 5 de la Constitución Nacional.

El Consejo de la Magistratura deberá comunicar en forma inmediata al Poder Ejecutivo la decisión de

abrir un proceso de remoción contra un magistrado.

⁵³ Art. 15.- Comisión de Reglamentación.

Es de su competencia:

- a) Analizar y emitir dictamen sobre los proyectos de reglamentos que le sean remitidos por la presidencia del Consejo, el plenario, las otras comisiones o cualquier integrante del Consejo;
- b) Elaborar los proyectos de reglamentos que le sean encomendados por los órganos enunciados por el inciso precedente;
- c) Propiciar ante el plenario, mediante dictamen y a través de la presidencia, las modificaciones que requieran las normas reglamentarias vigentes, para su perfeccionamiento, actualización, refundición y reordenación;
- d) Emitir dictámenes a requerimiento de la presidencia, del plenario, de las otras comisiones o de cualquiera de sus miembros, en los casos en que se planteen conflictos de interpretación derivados de la aplicación de reglamentos.»

⁵⁴ Art. 16.- Comisión de Administración y Financiera. Es de su competencia fiscalizar la Oficina de Administración y Financiera del Poder Judicial, realizar auditorías, efectuar el control de legalidad e informar periódicamente sobre ello al plenario del Consejo (el artículo, previo a su redacción actual establecía que estaría integrada preferentemente por la representación de los jueces, y en su versión anterior a la reforma introducida por la ley 24.939 establecía que la Oficina estaría conformada por mayoría de jueces y abogados).

Establece la ley además que a la Oficina de Adminis-

tración y Financiera, que estará a cargo del administrador general del Poder Judicial quien designará a los funcionarios y empleados de dicha oficina (art. 17).

Le adjudica asimismo las siguientes funciones: a) Elaborar el anteproyecto de presupuesto anual del Poder Judicial de conformidad con lo dispuesto en la ley de autarquía judicial y la ley de administración financiera y elevarlo a la consideración de su presidente; b) Ejecutar el presupuesto anual del Poder Judicial; c) Dirigir la oficina de habilitación y efectuar la liquidación y pago de haberes; d) Dirigir la oficina de arquitectura judicial; e) Dirigir la imprenta del Poder Judicial; f) Llevar el registro de estadística e informática judicial; g) Proponer al plenario lo referente a la adquisición, construcción y venta de bienes inmuebles y disponer lo necesario respecto de bienes muebles, aplicando normas de procedimiento que aseguren la libre e igualitaria concurrencia de los oferentes; h) Llevar el inventario de bienes muebles e inmuebles y el registro de destino de los mismos; i) Realizar contrataciones para la administración del Poder Judicial coordinando con los diversos tribunales los requerimientos de insumos y necesidades de todo tipo aplicando normas de procedimiento que aseguren la libre e igualitaria concurrencia de los oferentes; j) Proponer los reglamentos internos necesarios para su funcionamiento, los reglamentos para la administración financiera del Poder Judicial y los demás que sean convenientes para lograr la eficaz administración de los servicios de justicia, incluyendo la supresión, modificación o unificación de los oficinas arriba enumeradas, y k) Ejercer las demás funciones que establezcan los reglamentos internos (art. 18).

Crea, finalmente, un sistema de recursos respecto de las decisiones del administrador general del Poder Judicial, estipulando el de revisión y el jerárquico ante el plenario del Consejo, previo conocimiento e informe de la Comisión de Administración y Financiera (art. 19).

⁵⁵ Art. 21.- Competencia. El juzgamiento de los jueces de los tribunales inferiores de la Nación estará a cargo del Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados según lo prescripto por el artículo 115 de la Constitución Nacional.

⁵⁶ Art. 22.- Integración. Incompatibilidades e inmunidades. El Jurado de Enjuiciamiento estará integrado por siete miembros de acuerdo a la siguiente composición:

- 1.- Dos jueces que serán: de cámara, debiendo uno pertenecer al fuero federal del interior de la República y otro a la Capital Federal. A tal efecto, se confeccionarán dos listas, una con todos los camaristas federales del interior del país y otra con los de la Capital Federal.
- 2.- Cuatro legisladores, dos por la Cámara de Senadores y dos por la Cámara de Diputados de la Nación, debiendo efectuarse dos listas por Cámara, una con los representantes de la mayoría y la otra con los de la primera minoría.
- 3.- Un abogado de la matrícula federal, debiendo confeccionarse una lista con todos los abogados matriculados en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y en las Cámaras Federales del interior del

país que reúnan los requisitos para ser elegidos jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Todos los miembros serán elegidos por sorteo semestral público a realizarse en los meses de diciembre y julio de cada año, entre las listas de representantes de cada estamento. Por cada miembro titular se elegirá un suplente, por igual procedimiento, para reemplazarlo en caso de renuncia, impedimento, ausencia, remoción o fallecimiento.

Los miembros del Jurado de Enjuiciamiento estarán sujetos a las incompatibilidades e inmunidades que rigen para sus calidades funcionales. El miembro elegido en representación de los abogados estará sujeto a las mismas inmunidades e incompatibilidades que rigen para los jueces.

⁵⁷ Art. 23.- Constitución y carácter del desempeño. Duración. Elección de autoridades. El Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados entrará en funciones ante la convocatoria del plenario del Consejo de la Magistratura y designará entre sus miembros a su presidente. La calidad de miembro del jurado no será incompatible con el ejercicio del cargo o profesión en virtud del cual fue nombrado.

Durarán en sus cargos mientras se encuentren en trámite los juzgamientos de los magistrados que les hayan sido encomendados y sólo con relación a éstos. Los miembros elegidos por su calidad institucional de jueces, legisladores o por su condición de abogados inscriptos en la matrícula federal, cesarán en sus cargos si se alterasen las calidades en función de las cuales fueron seleccionados, debiendo ser reemplazados por

sus suplentes o por los nuevos representantes que designen los cuerpos que los eligieron para completar el mandato respectivo.

El desempeño de las funciones será considerado una carga pública. Ninguna persona podrá integrar el Jurado de Enjuiciamiento de los magistrados en más de una oportunidad. Los jueces de cámara y los legisladores no podrán ser nuevamente miembros de este cuerpo, hasta tanto lo hayan integrado el resto de sus pares, en los términos previstos en el artículo 22 de esta ley.

⁵⁸ Art. 24.- Remoción. Los miembros del Jurado de Enjuiciamiento, representantes de los jueces y de los abogados de la matrícula federal podrán ser removidos de sus cargos por el voto de las tres cuartas partes de los miembros totales del cuerpo, mediante un procedimiento que asegure el derecho de defensa del acusado, cuando incurrieran en mal desempeño o en la comisión de un delito, durante el ejercicio de sus funciones.

Los representantes del Congreso, sólo podrán ser removidos por cada una de las Cámaras, según corresponda, a propuesta del Jurado, previa recomendación tomada por las tres cuartas partes de los miembros totales del cuerpo. En ninguno de estos procedimientos, el acusado podrá votar.

⁵⁹ Causales de remoción. Se considerarán causales de remoción de los jueces de los tribunales inferiores de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Nacional, el mal desempeño, la comisión de delito en el ejercicio de sus

funciones y los crímenes comunes. Entre otras, se considerarán causales de mal desempeño las siguientes: 1. El desconocimiento inexcusable del derecho. 2. El incumplimiento reiterado de la Constitución Nacional, normas legales o reglamentarias. 3. La negligencia grave en el ejercicio del cargo. 4. La realización de actos de manifiesta arbitrariedad en el ejercicio de sus funciones. 5. Los graves desórdenes de conducta personales. 6. El abandono de sus funciones. 7. La aplicación reiterada de sanciones disciplinarias. 8. La incapacidad física o psíquica sobreviniente para ejercer el cargo. En este caso, no se producirá la pérdida de beneficios previsionales establecida en el artículo 29 de la Ley 24.018.

⁶⁰ Art. 26.- Sustanciación. El procedimiento para la acusación y para el juicio será regulado por las siguientes disposiciones: 1. Los miembros del Jurado de Enjuiciamiento deberán excusarse y podrán ser recusados por las causales previstas en el Código Procesal Penal de la Nación. La recusación será resuelta por el Jurado de Enjuiciamiento, por el voto de la mayoría de sus miembros y será irrecurrible. 2. El procedimiento se iniciará con la presentación de la acusación formulada por el plenario del Consejo de la Magistratura, previo dictamen de la Comisión de Disciplina y Acusación, de la que se le correrá traslado al magistrado acusado por el término de diez días. 3. Contestado el traslado se abrirá la causa a prueba por el término de treinta días, plazo que podrá ser prorrogado por un plazo no superior a quince días, por disposición de la mayoría del jurado, ante petición expresa y fundada. 4. Ambas partes podrán ofrecer todos los medios

de prueba que contempla el Código Procesal Penal de la Nación, bajo las condiciones y límites allí establecidos, pudiendo ser desestimadas —por resoluciones fundadas— aquellas que se consideren inconducen-tes o meramente dilatorias. 5. Todas las audiencias serán orales y públicas y sólo podrán ser interrumpidas o suspendidas cuando circunstancias extraordinarias o imprevisibles lo hicieran necesario. 6. Concluida la producción de la prueba o vencido el plazo respectivo, el representante del Consejo de la Magistratura y el magistrado acusado o su representante, producirán en forma oral el informe final en el plazo que al efecto se les fije, el que no podrá exceder de treinta días. En primer lugar lo hará el representante del Consejo de la Magistratura e inmediatamente después lo hará el acusado o su representante. 7. Producidos ambos informes finales, el Jurado de Enjuiciamiento se reunirá para deliberar debiendo resolver en un plazo no superior a veinte días. 8. Se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código Procesal Penal de la Nación, en tanto no contradigan las disposiciones de la presente o los reglamentos que se dicten.

⁶¹ Art. 28.- Incompatibilidades. Licencias. La calidad de miembro del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento no será incompatible con el ejercicio del cargo en virtud del cual fueron electos los magistrados. Los abogados deberán suspender su matrícula federal por el tiempo que dure el desempeño efectivo de sus cargos. No podrán ejercerse simultáneamente los cargos de los miembros del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento. Los jueces podrán solicitar licencia en sus cargos durante

el período en el cual deban desempeñar funciones en el Consejo de la Magistratura o en el Jurado de Enjuiciamiento, cuando existan motivos fundados que les impidieren ejercer ambas tareas simultáneamente.

⁶² Art. 29.- Carácter de los servicios. El desempeño de los miembros magistrados y legisladores del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento será honorario, debiendo percibir las remuneraciones que les correspondan por sus respectivos cargos. Los demás miembros, cualesquiera sea su representación, percibirán una compensación equivalente a la remuneración de un juez de la Cámara Nacional de Casación Penal. En el caso del Jurado de Enjuiciamiento, la percibirán desde la plena y efectiva constitución del jurado. Se entiende por plena y efectiva constitución del jurado su puesta en funcionamiento para el juzgamiento de un caso en concreto hasta el dictado de la sentencia o, en su caso, de la aclaratoria.

⁶³ Art. 33.- Elecciones. Para la primera elección y hasta tanto se constituya el Consejo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, confeccionará el padrón correspondiente a los jueces y abogados de la matrícula federal, y organizará las primeras elecciones de los jueces, con la supervisión y fiscalización de la Asociación de Magistrados.

La Federación Argentina de Colegios de Abogados organizará la elección de los abogados de la matrícula federal, bajo la supervisión y fiscalización de la Corte Suprema».

Ambas elecciones deberán efectivizarse dentro del plazo de ciento ochenta días de publicada la presente

(la versión de este artículo anterior a la reforma realizada por la ley 24.939 no preveía la supervisión y fiscalización de la Asociación de Magistrados, ni la supervisión y fiscalización de la Corte Suprema respecto de la elección de los abogados de la matrícula federal).

⁶⁴ Art. 21.- Reglamentación: El Consejo de la Magistratura deberá reglamentar las disposiciones previstas en esta ley en un plazo de sesenta días desde su promulgación.

Art. 22.- Disposición transitoria primera:

La nueva forma de integración del Consejo de la Magistratura prevista en el artículo 1º regirá para las designaciones que se realicen a partir del 16 de noviembre del año 2006.

Art. 23.- Disposición transitoria segunda: La nueva forma de integración del Jurado de Enjuiciamiento prevista en el artículo 14 regirá para las designaciones que se realicen a partir del 1º de marzo del año 2007. Los miembros que a dicha fecha se encuentren abocados al juzgamiento de un magistrado, continuarán en funciones exclusivamente para la conclusión del procedimiento de que se trate, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 14 de esta ley.

Art. 24.- Disposición transitoria tercera: El plazo de tres años para el tratamiento de los pedidos de sanciones disciplinarias y remociones de magistrados, se aplicará a las denuncias presentadas a partir de la entrada en vigencia de esta ley.

⁶⁵ Valga a este respecto recordar lo resuelto recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso «Reutemann», en el cual se tachaba

de inconstitucional la norma de la Constitución de Santa Fe que prohíbe la reelección del gobernador, argumentándose para ello que a nivel federal se había admitido la reelección presidencial. En tal oportunidad, la Corte estableció que las provincias no están obligadas a reproducir las instituciones federales, a condición que se respete el régimen representativo, republicano y federal, y la democracia como forma de gobierno.

⁶⁶ *Federación Argentina de la Magistratura*, «Selección y destitución de jueces en las provincias argentinas», http://www.fam.org.ar/media/img/paginas/Presentacion_Final_1.

⁶⁷ NÉSTOR P. SAGÜÉS, *Introducción y comentario a Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Astrea, Buenos Aires, 1996, ps. 65 y 66.

⁶⁸ RAFAEL BIELSA y EDUARDO GRAÑA, *El Consejo de la Magistratura en el derecho comparado*, «L.L.» 1996-D-1745.

⁶⁹ RAFAEL BIELSA y EDUARDO GRAÑA, *El Consejo de la Magistratura en el derecho comparado*, «L.L.» 1996-D-1745.

⁷⁰ NÉSTOR P. SAGÜÉS, *El Consejo de la Magistratura en las últimas reformas constitucionales de Latinoamérica, con especial referencia al caso argentino*, disertación pronunciada en el «Seminario Internacional sobre Garantías Constitucionales», Caracas, 27 de abril de 1995.

⁷¹ Su diseño inicial, fue básicamente el siguiente: el art. 1° lo declara «organismo asesor no vinculante del Poder Ejecutivo», y le atribuye la facultad de proponer candidatos para atender las vacantes de magistrados judiciales, con excepción de los de la Corte, y su Procurador.

Según el art. 2°, al Consejo lo integraban: el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, el Subsecretario de Justicia y Culto, un representante del Gobernador con título de abogado, un representante del Colegio de Magistrados, uno por la Cámara de Diputados, otro por el Senado, y un representante del Colegio de abogados de la circunscripción judicial de la vacante. El art. 4° establecía el régimen de concursos, de antecedentes y también de oposición si se estimara necesario. Para ellos existía un período de inscripción de los postulantes, y el dictamen debía elaborarse por consenso, aunque si no fuera posible, se debían confeccionar tantos dictámenes como oposiciones emitidas.

⁷² Comentando la norma, Bielsa y Graña indicaron que «la limitación de su accionar es doble: en primer lugar, su recomendación no es vinculante y, en segundo lugar, como lógica consecuencia, interviene en el proceso pero no designa. A pesar de que los Consejos investidos de atribuciones selectoras suelen ser asociados como complementario de una Escuela Judicial y de la carrera judicial, en este caso nada se dice al respecto.

«La composición del órgano consta del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, el Subsecretario de

Justicia y Culto, un representante del Gobernador con título de abogado, un representante del Colegio de Magistrados, y un representante del Colegio de Abogados de la Circunscripción Judicial donde se debe cubrir la vacante. Está presidido por el Subsecretario de Justicia y Culto, quien será reemplazado en caso de ausencia por el Subsecretario de Asuntos Legislativos.

«La Presidencia del órgano y la existencia de un representante del Gobernador son índice elocuente de que la autorrestricción del Poder Ejecutivo ha sido –por lo menos– prudente. Esto se ha explicado, anunciándose que el dado es el primer paso, y que la experiencia dirá si es o no conveniente la cristalización legal o constitucional posterior. A su tiempo, también deberá decidirse si la propuesta se convertirá en vinculante.

«La presencia del Presidente de la Corte Suprema de Justicia provincial, deja –eventualmente– al miembro del Colegio de Magistrados cualquier tipo de exteriorización de algún criterio de representatividad democrática del estamento judicial en el órgano.

«Se trata, en suma, de un órgano estructuralmente débil, desde el punto de vista de garantizar el acceso a la justicia de los mejores y más independientes, poniendo la carga de la responsabilidad en el acatamiento que el Poder Ejecutivo haga de la tema acompañada con su correspondiente dictamen.

«Nada dice la normativa acerca del modo según el cual cada estamento –excluidos los dos miembros ex officio– deberá elegir a sus representantes.

«Tampoco se expide acerca de la pertenencia orgánica de la institución, pero por el rango de la norma de creación, sus atribuciones y el alcance de éstas, y su composición, corresponde descartar de que se trate de un órgano que pertenezca orgánicamente al Poder Judicial.

«En cambio, sí se establece que, conocida la existencia de una vacancia, previa verificación de la necesidad de cubrir la misma, según los datos estadísticos de los últimos cinco años del funcionamiento del área respectiva y análisis de compatibilidad con los planes de Racionalización y de Reforma del Estado, el Presidente del Consejo convocará a la inscripción de los postulantes. El periodo de inscripción será de diez días corridos, y se considerará suficiente publicidad la notificación previa a los colegios de Magistrados y de Abogados de la Provincia. La convocatoria deberá indicar claramente su fecha y cese, y el lugar de inscripción. Los aspirante; serán inscriptos en un registro que el Consejo llevará al efecto, donde consignarán los antecedentes y el o los cargos para los que se postula» (RAFAEL BIELSA y EDUARDO GRAÑA, *El Consejo de la Magistratura en el derecho comparado*, «L.L.» 1996-D-1745).

⁷³ Como se habrá advertido, este sistema difiere del nacional en que en el ámbito provincial: a) el acuerdo deben prestarlo las dos cámaras de la Legislatura, reunidas en Asamblea; y b) puede producirse la aprobación tácita.

⁷⁴ Bien ha indicado al respecto Crippa García, refiriéndose a lo acontecido en la provincia de Santa Fe (Argentina), que «Si bien nuestra provincia estableció como órgano asesor no vinculante, para la designación de Jueces, el Consejo de la Magistratura, mediante el Decreto N° 2952/90, siguiendo las más modernas corrientes europeas en el orden externo, y las nuevas Constituciones provinciales en el orden interno, ava-

lado ello en la creación que en el ámbito nacional hizo la reforma constitucional de 1994, su funcionamiento e implementación todavía no han rendido los frutos que se esperaban.

«No quita ello reconocer el adelanto que significó en Santa Fe, esa creación, pues posibilitó y brindó una apertura a las postulaciones a los cargos de Magistrados en el Poder Judicial, que anteriormente dependían de la amistad, relación o conexión política de los candidatos con factores del poder político, legislativo o judicial, ya que no había otra forma de que un aspirante hiciera conocer sus deseos de cubrir esos cargos, más allá de algunas posibilidades mayores que tenían los que ya se encontraban ejerciendo la carrera judicial.

«Sin embargo, ya conocida la experiencia funcional de más de cinco años desde su creación, se advierte la necesidad de implementar pautas, condiciones y datos objetivos que sirvan para establecer conceptos, reglas y patrones de índole predeterminado a observar en la consideración y posterior valoración de los postulantes, que impidan la desnaturalización o el aprovechamiento de este Instituto, para otros fines, pues en tal caso, la bondad del sistema pierde credibilidad, y se retorna a la cada vez mayor pérdida de confianza de la comunidad en sus instituciones, y en la Justicia en especial» (OTTO CRIPPA GARCÍA, *Consejo de la Magistratura provincial: su reforma*, «Zeus» 71 D-131).

⁷⁵ NÉSTOR P. SAGÜÉS, *El reclutamiento de jueces y funcionarios judiciales. Variables en el Derecho Público de la provincia de Santa Fe*, en «Consideraciones sobre la justicia provincial», Santa Fe, 1992, p. 47 y ss.

⁷⁶ Así se expidieron, por ejemplo, la Federación Argentina de la Magistratura y la Asociación de Magistrados y funcionarios de la Justicia Nacional. V. igualmente Bayo Oscar A., «Consejo de la Magistratura: Administración de fondos del Poder Judicial de la Nación», en *La Ley*, 23/3/95. Nos hemos referido al problema en nuestro estudio «El Poder Judicial en la reforma constitucional», en Dromi Roberto y otros, «Reforma constitucional» (Buenos Aires 1994), ed. Ciudad Argentina, pág. 47 y ss. Por el contrario, entendiendo que el detrimento de funciones administrativas a la Corte, transfiriéndoselas al Consejo de la Magistratura, puede ser provechosa para el cumplimiento mejor de las funciones institucionales de la Corte, v. Bianchi, Alberto B., «*El Consejo de la Magistratura. Primeras impresiones*», en *La Ley*, 6/12/94. (NÉSTOR P. SAGÜÉS, *El Consejo de la Magistratura en las últimas reformas constitucionales de Latinoamérica, con especial referencia al caso argentino*, disertación pronunciada en el «Seminario Internacional sobre Garantías Constitucionales», Caracas, 27 de abril de 1995).

⁷⁷ Explica además el autor que «De haber oposición entre «un reglamento» dictado por el Consejo, en base a la apoyatura constitucional citada, y una «ley» sancionada por el Poder Legislativo, los dos autores de normas podrían alegar ejercer competencias emergentes de la propia constitución. El conflicto, en Argentina, debería dilucidarse, según vimos, por la Corte Suprema» (NÉSTOR P. SAGÜÉS, *El Consejo de la Magistratura en las últimas reformas constitucionales de Latinoamérica, con especial referencia al caso argentino*, disertación pronunciada en el «Seminario Inter-

nacional sobre Garantías Constitucionales», Caracas, 27 de abril de 1995).

⁷⁸ NÉSTOR P. SAGÜÉS, *El Consejo de la Magistratura en las últimas reformas constitucionales de Latinoamérica, con especial referencia al caso argentino*, disertación pronunciada en el «Seminario Internacional sobre Garantías Constitucionales», Caracas, 27 de abril de 1995.

⁷⁹ NÉSTOR P. SAGÜÉS, *El Consejo de la Magistratura en las últimas reformas constitucionales de Latinoamérica, con especial referencia al caso argentino*, disertación pronunciada en el «Seminario Internacional sobre Garantías Constitucionales», Caracas, 27 de abril de 1995.

⁸⁰ NÉSTOR P. SAGÜÉS, *El Consejo de la Magistratura en las últimas reformas constitucionales de Latinoamérica, con especial referencia al caso argentino*, disertación pronunciada en el «Seminario Internacional sobre Garantías Constitucionales», Caracas, 27 de abril de 1995.

⁸¹ NÉSTOR P. SAGÜÉS, *El Consejo de la Magistratura en las últimas reformas constitucionales de Latinoamérica, con especial referencia al caso argentino*, disertación pronunciada en el «Seminario Internacional sobre Garantías Constitucionales», Caracas, 27 de abril de 1995.

⁸² NÉSTOR P. SAGÜÉS, *El Consejo de la Magistratura en las últimas reformas constitucionales de Latinoamérica, con especial referencia al caso argentino*, disertación pronunciada en el «Seminario Internacional sobre Garantías Constitucionales», Caracas, 27 de abril de 1995.

⁸³ Cabe citar como antecedentes, entre otras:

La Constitución de Italia (art. 105 y 106); que atribuye al Consejo Superior de la Magistratura, conforme a lo dispuesto en el ordenamiento judicial, las admisiones, destinos y traslados, ascensos y medidas disciplinarias en relación a los magistrados, ordenando que los nombramientos deben hacerse por oposición.

La Constitución de España (art. 122), que establece que el Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo.

La Constitución del Perú, que entre las funciones le encarga la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular, ratificar a los mismos cada siete años, y destituir a los jueces y vocales de la Corte. las de proponer ternas para integrar la Corte y los tribunales inferiores, elaborar su reglamento y las demás atribuciones que fije la ley.

La Constitución de Colombia (arts. 256 y 257), que le atribuye administrar la carrera judicial, elaborar listas de candidatos, sancionar faltas, llevar control de rendimiento de despachos, elaborar proyecto de presupuesto del Poder (Rama) Judicial para remitirse al Gobierno y ejecutarlo luego, dirimir los conflictos de competencia de jurisdicciones y las demás que señale la ley; fijar división territorial juzgados, crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos, dictar reglamentos para eficaz funcionamiento de la administración de justicia, proponer proyectos de ley relativos a la administración de justicia y a los códigos sustantivos y procedimentales.

La Constitución del Paraguay, que le adjudica proponer ternas para integrar la Corte y los tribunales inferiores, elaborar su reglamento y las demás atribuciones que fije la ley.

La Constitución de Tierra del Fuego, que estipula

que las funciones son: proponer al Ejecutivo el vocal abogado del Tribunal de Cuentas, los miembros del Superior Tribunal de Justicia, al Superior Tribunal de Justicia la designación de magistrados, prestar acuerdo a los miembros de los ministerios públicos y demás funcionarios judiciales y constituirse en jurado de enjuiciamiento (art. 161)

La Constitución de San Luis, que le encarga proponer el nombramiento y traslado de magistrados y titulares del Ministerio Público, organizar y resolver los concursos de antecedentes y dictar su reglamento de organización y funcionamiento.

La Constitución de Santiago del Estero, que establece que debe proponer en terna a los jueces de tribunales inferiores y funcionarios del Ministerio Público para su designación por el Poder Ejecutivo.

Finalmente, el decreto 2952/90 de la provincia de Santa Fe, que le adjudica únicamente la facultad de propuesta al Ejecutivo de las personas que, cumplimiento los requisitos mínimos que establece la Constitución y la ley, se hubiesen seleccionado para cubrir vacantes de los jueces y demás miembros del Poder Judicial que requieran acuerdo de la Asamblea Legislativa, a excepción de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia y el Procurador General.

⁸⁴ Indica además el autor que al intentar suplirse el rol de las facultades, la Academia «puede acabar convirtiéndose en otra facultad de derecho, quién sabe con qué nivel de calidad. Quizá la gran conclusión de un tema como el tratado es que una auténtica reforma del sistema judicial pasa por una auténtica reforma de las facultades de derecho» (LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA, *El Consejo Nacional de la Magistratura*, en «Derecho PUC», revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, diciembre de 1995, n° 49, ps. 136/7).

⁸⁵ Tal vez el mejor proyecto ha sido el que elaborara a fines de la década pasada el Dr. Otto Crippa, que no logró convertirse en ley pese a lo destacable de su factura.

⁸⁶ NÉSTOR P. SAGÜÉS, *El Consejo de la Magistratura en las últimas reformas constitucionales de Latinoamérica, con especial referencia al caso argentino*, disertación pronunciada en el «Seminario Internacional sobre Garantías Constitucionales», Caracas, 27 de abril de 1995.

⁸⁷ El decreto 222/03 establece un nuevo sistema de designación de jueces de la Corte. En líneas generales, la norma fija ciertos parámetros que el presidente debe respetar («en la medida de lo posible») al momento de seleccionar candidatos. De acuerdo con la norma, las designaciones deben intentar reflejar las diversidades de género, especialidad y procedencia regional de los magistrados que vayan a integrar el máximo tribunal, y recaer en personas que cumplan con mínimos estándares de idoneidad.

Además, este decreto instaura un mecanismo de consulta a la ciudadanía y a diferentes sectores de la sociedad civil organizada, en línea con la propuesta antes apuntada. La norma fue seguida del dictado de otro decreto (588/2003), haciendo en general aplicable este proceso a la designación de jueces inferiores del Poder Judicial de la Nación, así como a la del defensor general y el procurador general.

Con el mismo objetivo de transparentar el trámite de designación de jueces de la Corte, el Senado implementó, si bien parcialmente, las propuestas antes mencionadas. En julio de 2003, este órgano modificó su Reglamento Interno, de modo de establecer la obligación de realizar una audiencia pública en la que el

candidato sea interrogado por los senadores. También se exigió votación nominal, es decir, que se registrara la posición individual de los senadores, en la sesión en que se decide si se otorga el acuerdo solicitado por el Poder Ejecutivo.

⁸⁸ Por sólo poner un ejemplo, en la provincia de Santa Fe, sólo se han presentado pedidos de formación de juicio político, pero todos ellos se desestimaron, por lo que nunca se enjuició a ningún Ministro de la Corte Suprema por ese procedimiento.

Respecto de lo que ha ocurrido con el Jurado de Enjuiciamiento, y con la vigencia de la ley 7050 y modificatorias –reinstalada luego de la vuelta a la democracia, cuando se derogó la ley de enjuiciamiento realizada durante la dictadura militar, por lo cual, dicho sea de paso, no se enjuició a ningún magistrado por no ser necesario dado que estaban todos en comisión–, se verificaron 25 casos, de los cuales 14 terminaron en la destitución del enjuiciado, dentro de los cuales sólo uno era Vocal de Cámara.

⁸⁹ En todos los casos de magistrados inferiores, la integración del Consejo debe mantenerse hasta la finalización del caso, para evitar conciliábulos o internas tendientes a diluir responsabilidades de magistrados sometidos a proceso.

Dimensión Constitucional del Consejo de la Magistratura



DR. NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS
Profesor investigador,
Universidad Católica Argentina.
Profesor emérito, Universidad de Buenos Aires.
Ex Magistrado Judicial.

El Consejo de la Magistratura es visualizado generalmente como una pieza importante para lograr un método legítimo de reclutamiento de jueces y, en algunas latitudes, también para el gobierno del Poder Judicial.

Es correcto que una Constitución defina sus funciones específicas y determine su integración. En cuanto a esto último, deben evitarse actitudes gatopardistas que desnaturalicen al Consejo y lo conviertan en un instrumento de los otros Poderes del Estado o de las fuerzas políticas del momento.

Existe un espacio subconstitucional para el Consejo, muy relevante para concretar concursos que realmente sean eficaces, rápidos y honestos, aptos para seleccionar, sin discriminaciones ni estereotipos, a los más idóneos.

1. Introducción

El Consejo de la Magistratura, de extendida divulgación en el derecho comparado (R. Bielsa y E. Graña, 1996:231), tiene ya más de cinco décadas de instrumentación en la Argentina, comenzando con normas provinciales, como las constitucionales de Río Negro y Chaco, seguidas más tarde por muchas otras locales, de *jure* y de *facto*, para culminar con la Reforma Constitucional Nacional de 1994.

Ha transitado por experiencias de todo tipo, atractivas unas, cuestionables (con distinta graduación) las demás. Tiene diversas formas de nivel normativo (constitucional o subconstitucional), de composición y de objetivos. Estas vivencias constituyen una rica fuente para tenerla muy en cuenta. Prescindir de ellas, por lo demás, sería un grave error.

En este trabajo se expondrán algunos lineamientos generales para un análisis reflexivo sobre el instituto.

2. ¿Para qué un Consejo de la Magistratura?

Históricamente, el Consejo de la Magistratura fue pensado para fortalecer al Poder Judicial, tanto a sí mismo como a los otros Poderes del Estado. Para ello, la primera y principal cuestión es definir las funciones que debe cumplir un Con-

sejo de la Magistratura: de eso depende toda su estructura e instrumentación posterior. El Consejo debe existir en función de las tareas que se le asignen, y no a la inversa.

Tenemos en el derecho comparado, e incluso en el nacional, dos grandes alternativas.

a) Una, *amplia*, es la del Consejo como *órgano de gobierno del Poder Judicial* (H. Fix Zamudio y H. Fix Fierro, 1997:13). Tal modelo puede despertar suspicacias en el lector argentino, pero en buena medida es el esquema propiciado por el art. 114 de la Constitución Nacional: un Consejo que se ocupa de administrar los recursos y de ejecutar el presupuesto correspondiente a la judicatura, que ejerce facultades disciplinarias sobre los magistrados, y que decide la apertura del procedimiento de su remoción, estando habilitado incluso para suspenderlos. Además, cuenta con facultades legislativas: puede dictar reglamentos relacionados con la organización judicial y los necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia. Todo ello, a más de actuar como ente de preselección -concursos mediante- de los candidatos a cubrir los cuadros judiciales.

La idea que presidió tal Consejo (o súper Consejo, si se lo prefiere llamar así), siguiendo ciertos modelos europeos y los

de las reformas constitucionales de Colombia (1994) y Bolivia (1994), fue la de circunscribir las competencias de los órganos judiciales propiamente dichos, incluida la Corte Suprema, al cumplimiento de tareas específicamente jurisdiccionales (tramitar procesos y dictar las resoluciones pertinentes), reservando las administrativas y de gobierno al Consejo. En el caso argentino, en el orden federal, ello quedó diáfano explicado en el seno de la convención constituyente por el miembro informante del despacho mayoritario, convencional Enrique Paixao: ante la fuerte crisis política y funcional del Poder Judicial nacional en aquel momento (1994), era necesario reciclarlo profundamente, lo que implicaba, en verdad, una tarea de saneamiento y de regeneración, además de un encuadre de funciones. En particular, que los jueces se dedicaran a sus oficios naturales, y no a otros trabajos que podrían perturbar (y hasta axiológicamente, perjudicar) a los primeros (N. Sagüés, 2012:347).

Con tal propósito, era evidente que el Consejo de la Magistratura pergeñado por el texto constitucional sancionado en la convención retaceaba competencias del Poder Ejecutivo, que ya no podría discrecionalmente escoger a los aspirantes para cubrir las plazas judiciales federales (salvo los de la Corte Suprema), para someterlos a la aprobación del Senado como hasta entonces lo hacía, en virtud

del esquema constitucional de 1853/60. En el fondo, la idea era la de modificar procedimientos exclusivamente discrecionales y «políticos» de escogimiento de jueces, por otros, reglados y «profesionalizados», mediante concursos públicos que respetasen los principios republicanos de selección basados en la idoneidad e igualdad de oportunidades.

Pero también recortaba facultades decisivas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como cúspide de un poder del Estado, especialmente sobre el manejo de los fondos federales para la judicatura, las atribuciones de superintendencia y de sanción sobre los jueces, y el dictado de reglamentos para la administración de justicia. Incluso, una lectura rápida del nuevo art. 114, en su inciso 4º podría llevar a la conclusión de que el Consejo estaría habilitado para ejercer competencias disciplinarias sobre los propios jueces de la Corte, dada la amplia redacción de tal precepto, que despertó conflictos entre ambos entes (S. Corcuera y N. Rascioni, 2005:78). Con tal organigrama de poder, en definitiva, el Poder Judicial no sería administrado por su cabeza (la Corte Suprema) sino por el Consejo de la Magistratura que, algunos, incluso, visualizaban doctrinariamente como un posible órgano de extrapoder. Junto con el Poder Ejecutivo, la Corte era la gran perdidosa -políticamente hablando- de la reforma constitucional aludida. Aclaremos que este modelo de super Consejo de la Magistratura despertó críticas

en muchos ámbitos de la vida forense, como la Federación Argentina de la Magistratura y la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional (N. Sagüés, 1995:99, O. Bayo, 1995:1), y algunas adhesiones (A. Bianchi, 1994:1).

b) la otra versión *-reducida-* del Consejo, le asigna tareas de selección de los candidatos para ocupar las plazas judiciales, o incluso (como acaece en la Constitución de la provincia de Río Negro) de designarlos, y hasta de removerlos. En el orden federal, esta segunda función de exclusión quedó reservada al Jurado de Enjuiciamiento, un ente creado *-según se explicó en la convención constituyente-* por el éxito que habría alcanzado en las esferas provinciales.

Fácil es de constatar que en este otro escenario, el Consejo de la Magistratura es, desde luego, importante, ya que la atribución de nombrar, y en su caso, hacer cesar a un magistrado judicial, tiene una relevancia obvia y se conecta incuestionablemente con su independencia e imparcialidad. Pero no asume la magnitud que perfila la primera alternativa, de órgano de gobierno del Poder Judicial.

3. Las opciones del «para qué»

Elegir entre un Consejo de la Magistratura «órgano de gobierno» o solamente «órgano de selección» [y, en su caso, de

nombramiento y remoción) importa una opción política que no por ser tal significa que puede ser ejercida caprichosa o volublemente o a la luz de los intereses partidistas del momento, sino que debe ser decidida del modo más razonable y adecuado. Una «opción política» debe ser, también, una opción responsable y acorde con el bien común.

En un Estado donde los jueces ejercen papeles políticos mediante el control de constitucionalidad, una pauta quizá definitiva para escoger entre una u otra posibilidad es atender la experiencia habida. Ante una Corte Suprema que se ha desempeñado idóneamente (dentro del marco de posibilidades del caso) en el gobierno del Poder Judicial, sin desatender sus roles jurisdiccionales (que son fundamentales), decae la necesidad de pergeñar un Consejo de la Magistratura como órgano de gobierno. Por el contrario, si una Corte Suprema no ha sido globalmente eficaz en su gestión administrativa, suben los puntos para pensar en el Consejo. No hay aquí una regla dogmática ni de derecho natural que defina el punto, sino una evaluación inteligente de experiencias y resultados. En última instancia tendrá que prevalecer la ecuación del mal menor.

También, por cierto, hay que atender las realidades vividas en los regímenes de reclutamiento de jueces para pensar en un Consejo de la magistratura como ente de selección (y tal vez de exclusión). En esta materia, sin embargo, cabe recono-

cer que la tendencia predominante, salvo contadas excepciones, es preferir la actuación de un Consejo para aceptar el simple método del escogimiento discrecional y político del Poder Ejecutivo. No obstante, si un Consejo se ha desprestigiado irremediadamente y se encuentra sin posibilidades de recuperación del consenso social, no cabe descartar la hipótesis de su desaparición. Nadie es aquí imprescindible.

4. ¿Cuánto se debe «constitucionalizar» del Consejo de la Magistratura?

Una cuestión importante es si el Consejo de la Magistratura debe, inexcusablemente, figurar en la Constitución. En la práctica, ello ocurre a menudo, aunque algunas veces el Consejo tiene rango subconstitucional, y solamente se encuentra atendido por leyes o incluso decretos del Poder Ejecutivo. En esta última hipótesis, vigente hasta ahora, v. gr., en la Provincia de Santa Fe (Argentina), el Consejo es producto de la autolimitación del Poder Ejecutivo en la selección de los cuadros judiciales (N. Sagüés, 1992:47).

En principio, resulta mejor que el Consejo de la Magistratura tenga rango constitucional: ello significa que el legislador o el Poder Ejecutivo no podrán omitirlo ni extinguirlo, y que adquiere jerarquía de órgano del Estado, autónomo o no, según los casos, y hasta con perfil de ente

extra-poder. Sin embargo, una mala instrumentación constitucional del Consejo puede tornarlo anodino, o manipularlo hacia fines ilegítimos. Volveremos sobre este tema.

Si la Constitución incluye en su texto al Consejo de la Magistratura, deben al menos normar dos aspectos esenciales: a) su integración; b) sus competencias. La composición del Consejo es vital para asegurar adecuadamente el cumplimiento de sus roles. Y la determinación de éstos, a su vez, depende de la adopción de alguna de las posibilidades que mencionamos anteriormente: (i) órgano de gobierno del Poder Judicial; (ii) solamente organismo de selección/nombramiento/remoción de los cuadros judiciales.

En algunas ocasiones la clase política no logra acuerdo en la convención constituyente acerca de cómo integrar el Consejo, y deriva ese tema al legislador ordinario. Así ocurrió con la constitución venezolana de 1961 o con la Argentina de 1994. El resultado de esa transferencia puede ser negativo, si el legislador común instrumenta modos de integración que desvirtúen el sentido de la existencia misma del Consejo, o las directrices de la Constitución.

En el orden federal argentino, por ejemplo, el art. 114 de la Constitución diseñó un Consejo en el que «se procure el equilibrio entre la representación de los

órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley». Sin embargo, esta última (26.080), sobre trece consejeros, previó una presencia de siete representantes del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, con escaso sentido del «equilibrio» que debía constitucionalmente imperar en la integración, y apartándose del propósito del constituyente, que era, precisamente, el de atenuar la influencia de los estamentos «políticos» en el régimen de selección de los jueces federales [C. Mayón, 2007:129; N. Sagüés, 2012:348].

Para finalizar, debe observarse también que una Constitución solamente tiene que decidir los rasgos básicos del Consejo de la Magistratura, evitando incursionar en detalles propios de la ley reglamentaria, salvo que el constituyente entienda indispensable regular algunos de esos aspectos secundarios, si teme que ellos puedan ser desvirtuados por el legislador ordinario.

5. Algunas consideraciones sobre la composición del Consejo

En el derecho comparado circulan muchas versiones sobre el perfil del Con-

sejo de la Magistratura. Las hay con fisonomía *judicialista*, esto es, con mayoría conformada por jueces. Otras, con aspecto «político», donde el predominio corresponde a vocales provenientes del Poder Ejecutivo y Legislativo. Una tercera variable aspira a fórmulas *equilibradas*, con cuotas repartidas entre jueces, legisladores, agentes del Poder Ejecutivo, abogados y académicos, en proporción diversa (N. Sagüés, 1985:851).

Tal heterogeneidad muestra que no hay consenso sobre la cuestión. El debate es profundo: ¿quién debe nominar a los jueces? ¿quién debe gobernar al Poder Judicial? Las respuestas, desde luego, están saturadas de ideología. Ello es innegable. En pro de la independencia y del equilibrio de los poderes -en particular, del políticamente más débil como es el Judicial- nos inclinamos por una opción judicialista, aunque ella será rechazada frontalmente por quienes vean un riesgo potencial de «aristocracia de la toga», o por los que, simplemente, procuren preservar el predominio de los actores políticos tradicionales en el tema que tratamos.

En efecto: un peligro latente en estos lanzamientos del Consejo de la Magistratura es el *gatopardismo constitucional* que, arteramente, busca «que todo cambie, para que todo siga como está». Un caso interesante puede ser la Argentina, en el orden federal. La reforma constitucional de 1994 pensó en una transformación

profunda del mundo judicial mediante el diseño del Consejo de la Magistratura: mayor transparencia en las designaciones, mayor democratización mediante concursos abiertos y públicos, menor partidización en los futuros cuadros judiciales, más saneamiento y legitimidad, en resumen. Pero la conformación del Consejo, dejada en manos del Poder Legislativo, demostró que la clase política renació -cual nuevo ave Fénix- de sus propias cenizas, y logró anestesiar la enmienda. Como vimos, controla por ley la mayoría de los cargos del nuevo organismo.

6. La dimensión subconstitucional del Consejo

Esta esfera es igualmente decisiva. Alude a los mecanismos concretos de selección de los jueces, o sea, los concursos y ascensos, el procesamiento de las causales de remoción, el régimen disciplinario.

Encontramos aquí dos órdenes de confrontaciones.

a) Están, en primer término, discusiones académicas (y políticas) acerca de cómo evaluar a los interesados en acceder al Poder Judicial. Por ejemplo, si se prefiere alentar a figuras jóvenes, se da una preponderancia en el puntaje del caso a las pruebas de oposición, por encima de los antecedentes. Si se desea cotizar más a aspirantes por fuera del Poder Ju-

dicial, se computan con preferencia años de experiencia en el ejercicio profesional, que en la justicia; y viceversa, si se atiende a la posición que podría denominarse judicialista. Los méritos académicos son valuados en más o en menos, según se procure -o no- tutelar a la trayectoria profesional en sentido estricto.

b) Aparecen, en segundo lugar, los vicios en la implementación de los esquemas legales, una vez decididas las dudas mencionadas en el párrafo anterior. En este terreno, la experiencia argentina registra en algunos lugares críticas y cuestionamientos, por fortuna no tan frecuentes. Recordemos algunos: denuncias (i) sobre concursantes que habrían recurrido a apoyos de terceros, por ejemplo por vía telefónica o correos electrónicos, durante el momento de las oposiciones; (ii) respecto de jurados que habrían anticipado a algunos aspirantes el contenido de los temas de las pruebas; (iii) respecto de posibles favoritismos y discriminaciones en la evaluación de éstas, como de mutaciones injustificadas en los órdenes de mérito de los postulantes, o (iv) de nulidades -rotuladas como arbitrarias- de trámites y actuaciones, para generar nuevos concursos en pro de otros postulantes, etc. Los «etcétera» son múltiples, al decir de tales denuncias.

c) Una nueva preocupación -cuyos alcances son todavía imprecisos- gira en torno del *control ideológico* en los concursos de selección y de promoción. No es anó-

malo, sino todo lo contrario, que al futuro juez se le requiera vocación democrática y republicana, respetuosa de los derechos naturales de las personas, tanto de fuente nacional como internacional, que, en varios documentos de esa última fuente, cuenta incluso con jerarquía constitucional. En tal sentido, el juez debe respetar no solamente la letra, sino también el techo ideológico (en nuestro caso, múltiple) de la Constitución, que importa «el alma» -si cabe la expresión- de nuestra ley suprema.

El tema es que nuestra Constitución Nacional permite su enmienda en todo o en parte (art. 30), por lo que no son condenables actitudes reformistas dentro del engranaje constitucional; y que, en el ámbito de los derechos humanos -que por cierto son conquistas, valga la redundancia- de la humanidad toda, caben algunas veces versiones no totalmente uniformes. Y, de vez en cuando, también existen manipulaciones ideológicas sobre el tema.

Algunas corrientes intransigentes plantean *su* relato de los derechos humanos de modo único y dogmático, con ribetes en verdad fundamentalistas, talibánicos en el fondo (por más que se disfracen, en ocasiones, de cierto rebuscado y poco genuino intelectualismo), a la par que condenan, sin piedad y como execrables, a las tesis que se atreven a replicarlo. En tal quehacer, la eventual demonización de un aspirante por no participar de la línea de moda,

sacralizada a título de «políticamente correcta», puede implicar una reminiscencia inquisitorial y una seria negación del pluralismo, además de configurar un verdadero atentado, al fin de cuentas, contra la democracia, que se basa, en cambio, en el flujo libre de las ideas y en el derecho a pensar, aun de modo distinto al corriente. El fenómeno paralelo, o sea, la hipercotización de los candidatos que repiten mansamente el discurso que en ese momento se reputa de muy buen gusto - en particular proveniente de ciertos doctrinarios promovidos a gurúes infalibles del derecho- implicaría otra forma de oblicua discriminación ideológica que deslegitimaría los concursos.

En materia de vicios, artimañas y juego sucio, cabe reconocer que si esas prácticas de infiltran y aceptan en una sociedad moralmente enferma, entonces serán muy difíciles de remover. Poco podrán las normas para contenerlas. Es cierto que hay algunos remedios, más o menos eficaces, pero parciales y nunca totales, si a la postre los operadores del sistema se confabulan para pervertirlo. Ante ello, solamente cabe la denuncia ante la opinión pública, la academia y la cátedra. De vez en cuando, ello provoca vientos de regeneración.

7. Recapitulación

Frente a los procedimientos de nominación de jueces puramente políticos y dis-

crecionales, al estilo de la constitución estadounidense de 1787 o la argentina de 1853/60 (texto inicial), el Consejo de la Magistratura se presenta como un dispositivo más legítimo y perfeccionado para participar en tales roles, en aras de garantizar principios republicanos de igualdad de oportunidades y selección por la idoneidad, mediante oposiciones y concursos honestos.

También resulta atractivo insertarlo en la Constitución, al menos para definir su composición y sus funciones esenciales. No obstante lo dicho, el tema presenta varias dificultades: unas, de diseño constitucional y otras, de instrumentación subconstitucional.

a) en cuanto el diseño constitucional, el constituyente tendrá que optar entre un Consejo que opere como órgano de Gobierno del Poder Judicial (como está programado, en sus rasgos básicos, en el art. 114 de la Constitución Nacional), incluyendo papeles decisivos en el proceso de designación (y en su caso, de remoción) de los cuadros judiciales; o solamente por este último papel. En la práctica, la opinión predominante, en la Argentina, se inclina hasta ahora por la segunda alternativa.

También tendrá el constituyente que elegir entre un Consejo con mayoría judicialista (esto es, conformado de modo relevante por jueces, al estilo italiano, por

ejemplo), o por otro, con prevalencia de sectores (representantes de la clase política, v. gr.); o por una versión realmente equilibrada de jueces, legisladores, agentes del Poder Ejecutivo y abogados. En este tema, cabe cuidarse de soluciones gatopardistas, es decir, simuladoras de un cambio, pero de hecho mantenedoras de un *statu quo* preexistente. Ello ocurriría, conjeturamos, con la segunda de las posibilidades que mencionamos (un Consejo cuasi manejado por el Poder Ejecutivo y el Legislativo, o por los partidos políticos), o con la tercera, emparentada con la anterior, si en vez de un equilibrio teórico, de hecho, hay un desequilibrio en las ecuaciones de poder del Consejo.

b) en el ámbito subconstitucional, las normas reglamentarias del Consejo tienen varios puntos que definir, en particular sobre el régimen de concursos y la evaluación de los candidatos.

Hay cuestiones clásicas, como la de dar prevalencia a los antecedentes (generales o, en su caso, específicos); o en cambio, al resultado de las pruebas de conocimiento y de habilidades de los aspirantes; del método de evaluación (por temas o casos; con exámenes escritos u orales, etc.).

No existen aquí reglas dogmáticas preconcebidas, sino opciones en función del perfil que se desea del futuro juez. Es importante, eso sí, evitar mecanismos demasiado complejos y sofisticados, que

insuman, además, mucho tiempo para su desarrollo. También, cabe eludir campeonatos de memoria jurídica o acertijos indescifrables que poco tienen que ver con el quehacer judicial. Y por lo demás, no es posible admitir la increíble duración de largos períodos, que algunas veces superan los dos años, en la definición de la cobertura de una vacancia judicial.

Lo cierto es que un Consejo bien definido constitucionalmente en sus roles y en su composición, puede naufragar por un régimen subconstitucional de implementación inadecuado.

Por último, no cabe ignorar eventuales prácticas viciosas de favoritismo o discriminación, de policía ideológica o de jugarretas que echen a perder un buen esquema normativo constitucional o subconstitucional. Nadie está exento de tales perversidades, cuya única cura está en la denuncia, investigación y castigo, si es que efectivamente ocurren ■

- BAYO OSCAR A., «Consejo de la Magistratura y administración de fondos del Poder Judicial de la Nación», Buenos Aires, 1995, «La Ley», 23/3/95.
- BIANCHI, ALBERTO B., «El Consejo de la Magistratura. Primeras impresiones», Buenos Aires, 1994, «La Ley» 6/12/94.
- BIELSA RAFAEL Y GRAÑA EDUARDO, «Justicia y Estado. A propósito del Consejo de la Magistratura», Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996.
- CORCUERA SANTIAGO H. Y RACIONI NORA V., «El Consejo de la Magistratura, órgano del Poder Judicial de la Nación», Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005.
- FIX ZAMUDIO HÉCTOR Y FIX-FIERRO HÉCTOR, «El Consejo de la Judicatura», México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.
- MAYÓN CARLOS A., «El Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional, en la Legislación y en la Práctica», La Plata, Lex, 2007.

- SAGÜÉS NÉSTOR PEDRO, «El Consejo de la Magistratura», en *El Derecho*, Buenos Aires, tomo 113-851, 1985.
- SAGÜÉS NÉSTOR PEDRO, «El reclutamiento de jueces y funcionarios judiciales. Variables en el derecho público de la provincia de Santa Fe», en BARRAGUIRRE JORGE A. Y SAGÜÉS NÉSTOR PEDRO, «Consideraciones sobre la justicia provincial», Santa Fe, 1992.
- SAGÜÉS NÉSTOR PEDRO, «El Consejo de la Magistratura en las últimas reformas constitucionales de Latinoamérica, con especial referencia al caso argentino», en Autores Varios, Coloquio Internacional sobre el Consejo de la Judicatura, México, Consejo de la Judicatura Federal-UNAM, 1995.
- SAGÜÉS NÉSTOR PEDRO, «Manual de Derecho Constitucional», 2ª. ed., Buenos Aires, Astrea, 2012.

El sistema de control de constitucionalidad en Argentina. Reflexiones sobre una alternativa de cambio.



DRA. MARÍA MERCEDES SERRA
Jueza de la Cámara de Apelación en lo Civil
y Comercial, Sala I de Rosario.

El trabajo se propone reflexionar acerca de la eficacia del sistema judicial ordinario y difuso vigente en la República Argentina para el control de constitucionalidad de las leyes, las alternativas de cambio y el replanteo de la propuesta originaria formulada por la autora de implementar, a nivel nacional, el control jurisdiccional de constitucionalidad de tipo concentrado y especializado a cargo de un Tribunal Constitucional, órgano autónomo e independiente del Poder Judicial y de los demás poderes, de rango constitucional, tomando en cuenta para ello las experiencias del Derecho Constitucional Comparado y, en especial, el Tribunal Constitucional existente en España a partir de la Constitución Española de 1978.

1. El sistema difuso y desconcentrado de control de constitucionalidad vigente en Argentina

Alternativas de cambio

Desde el año 1994, con la reinstauración de la democracia en la Argentina, se instaló en diversos ámbitos de la sociedad argentina un profundo debate acerca de las instituciones del país, del que no fue ajeno el Poder Judicial y obviamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, principalmente en cuanto a su rol institucional, funcionamiento, competencias, composición e integración y sobre la eficacia del sistema de control de constitucionalidad de tipo difuso y desconcentrado vigente en el derecho público nacional, circunstancia que se evidencia en la gran cantidad de causas que llegan al Alto Tribunal mediante el recurso extraordinario previsto en la Ley 48.

Cabe recordar que en Argentina, siguiendo el modelo de control de constitucionalidad difuso vigente en Estados Unidos de Norteamérica, la Corte Nacional es el intérprete final y supremo de la Constitución Nacional, por cuanto ejerce en última instancia el control de constitucionalidad del derecho federal (art. 31 Const. Nac.) pero las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma carecen de efectos *erga omnes* ya que decide

con efectos limitados al caso planteado. Esto significa que la cosa juzgada de la sentencia que pronuncia el Alto Tribunal tiene efectos limitados por alcanzar exclusivamente a las partes que intervienen en el caso sometido a su conocimiento y su obligatoriedad no se extiende a otras causas aunque sean iguales o análogas. No obstante ello, inveteradamente la Corte Nacional ha señalado que teniendo en cuenta la autoridad institucional de los fallos dictados por el Máximo Tribunal en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las restantes leyes que conforman el bloque de constitucionalidad, debe reconocerse la existencia de un deber moral que recae sobre los tribunales inferiores de conformar sus decisiones a los pronunciamientos del más Alto Tribunal en materia de derecho federal, resultando descalificables las sentencias que resuelven apartándose de la doctrina constitucional establecida por la Corte en causas similares, sin haber dado argumentos suficientes que así lo justifiquen (Fallos, 332:1488)¹.

En aquel contexto, surgieron diversas propuestas encaminadas a favorecer las posibilidades de control jurisdiccional, a mejorar el funcionamiento de la Corte y, de modo reflejo, de toda la justicia federal.

Entre las diversas alternativas sugeridas para revertir la situación anteriormente descrita puede mencionarse una variante de índole legislativa que proponía

reducir el ámbito del recurso extraordinario previsto en la Ley 48, manteniendo la estructura de cinco ministros de la Corte Suprema Nacional. Entre otros, podemos mencionar los proyectos de reforma propuestos por ese entonces por la Comisión creada en el seno del Ministerio de Justicia y Educación, contando con Augusto M. Morello como uno de sus integrantes, el proveniente del Poder Ejecutivo Nacional y el del Consejo para la Consolidación de la Democracia, la propuesta de Jorge R. Vanossi del *writ of certiorari*, y finalmente la ley 23.744 del 05.04.90 que introdujo reformas al Código Procesal de la Nación vinculadas con el trámite del recurso federal y de la queja y que estableció la cuestión de «trascendencia» en el recurso extraordinario para justificar su rechazo con la sola invocación del artículo 280 del Código Procesal nacional (el denominado *certiorari*).

Más recientemente, la Corte Federal dictó la Acordada 4/2007 que, en concreto, esquematiza la técnica recursiva al establecer determinados requisitos y formularios que deben cumplirse a los efectos de la interposición del recurso extraordinario previsto en la ley 48, con la particularidad de que en el supuesto de que no se los cumplimentó o se lo efectúe de modo deficiente, el Supremo Tribunal está autorizado para desestimar la impugnación con la sola mención de la acordada².

Otras iniciativas surgieron del propio quehacer jurisprudencial y estuvieron encaminadas a reconducir los límites del recurso extraordinario a su cauce original (vgr., reencauzar las pautas jurisprudenciales que delineaban el concepto de sentencia arbitraria, introducir la gravedad institucional como recaudo de admisibilidad del recurso, el agotamiento de las instancias locales previas a la deducción del recurso extraordinario federal, siguiendo la doctrina del caso «Strada», mayor estrictez en el examen de los recaudos formales del recurso extraordinario).

También se evaluó la posibilidad de modificar la estructura y operatividad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como por ejemplo mediante la división del Tribunal en salas y aumento del número de miembros -situación esta última que se concretó con la ley 23.744 elevando a nueve el número de ministros-, creación de una «comisión de admisión» en el seno de la Corte nacional -a instancia de Morello- encargada de estudiar la aptitud procesal de los recursos de queja, o la iniciativa del entonces ministro de la Corte Federal Augusto C. Belluscio de creación de una Corte de Casación, como tribunal jurisdiccional, intermedio o «ante Corte», encargada de atender los casos de arbitrariedad de sentencia, división de la Corte en Salas y aumento del número de ministros, entre otras.

2. Propuesta originaria para establecer un sistema de control de constitucionalidad de tipo especializado y concentrado en un Tribunal Constitucional

Luego de haber efectuado una evaluación de los distintos modelos regionales y extra regionales existentes en el derecho procesal constitucional comparado, respecto del órgano jurisdiccional encargado de efectuar el control de constitucionalidad (vgr., magistratura constitucional ordinaria, especializada con sus variantes de tribunal especializado extra poder, o coexistiendo dentro del Poder Judicial o como una sala especializada de la Corte y los sistemas mixtos) y tomando como modelo, especialmente, el órgano de control adoptado en el derecho español, propuse como hipótesis la creación de un Tribunal Constitucional para la Argentina³.

Básicamente, sugería implementar el sistema de magistratura constitucional especializada en el fuero constitucional, como órgano extra poder, es decir, ubicado fuera del Poder Judicial, de modo tal que monopolizara la jurisdicción constitucional y funcionara separadamente de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

La propuesta consistía en que mediante una reforma de la Constitución Nacional se estableciera constitucionalmente

un Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional exclusivo para el ejercicio del control de constitucionalidad, adjudicándole competencia para conocer del recurso extraordinario previsto en la Ley 48, en su versión clásica u original (no la pergeñada a partir de la jurisprudencia de la Corte Federal) y amparos por violación de derechos fundamentales, en tanto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conservaría el carácter de órgano supremo del Poder Judicial, conociendo en casación por vía de apelación de las sentencias pronunciadas en las instancias ordinarias.

En relación a esta alternativa de control de constitucionalidad de tipo especializado y concentrado, resulta sumamente ilustrativa la sistematización que efectúa Néstor P. Sagüés del comportamiento y evolución de los roles de los tribunales constitucionales (y de quienes hacen aproximadamente sus veces como las Salas constitucionales y algunas Cortes Supremas y otros órganos judiciales inferiores)⁴.

Mi iniciativa se sustentó, principalmente, en el modelo de control de constitucionalidad introducido por la Constitución Española de 1978. Así fue que postulé que el tribunal constitucional que concentraría y a quien se adjudicaría con exclusividad el ejercicio del control de constitucionalidad debía estar integrado por doce jueces, seleccionados entre juristas de destacada solvencia jurídica y actuación profesional,

a propuesta de determinados órganos políticos y judiciales, inamovibles durante un cierto período, renovables por tercios, durando en sus cargos nueve años, sin posibilidad de reelección.

En este aspecto, cabe recordar que de conformidad a las normas vigentes y lo dispuesto en la Constitución Española (CE) y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), el Tribunal Constitucional de España con sede en Madrid se compone de doce miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial (art. 159.1 CE).

Los Magistrados del Tribunal, elegidos por mandato constitucional entre juristas de reconocida competencia, son independientes e inamovibles. La duración de su cargo es de nueve años -sin posibilidad de reelección inmediata, salvo si se ha servido en el cargo por un plazo no superior a tres años-, sin que la Ley haya previsto límite de edad para su desempeño. Con el fin de asegurar la continuidad en las actuaciones del Tribunal, éste se renueva por tercios cada tres años (art. 159.3 CE).

El Pleno del Tribunal elige de entre sus miembros, por votación secreta, al Pre-

sidente; nombrado por el Rey, su mandato es de tres años, con la posibilidad de una sola reelección (art. 160 CE y art. 9 LOTC). Por el mismo procedimiento es elegido, también por tres años, el Vicepresidente del Tribunal (art. 9.4 LOTC).

El Pleno del Tribunal Constitucional está integrado por los doce Magistrados y es presidido por el Presidente del Tribunal. Conoce de todos los procesos que son competencia del Tribunal Constitucional, si bien de los recursos de amparo sólo lo hace previa avocación, pues estos recursos corresponden, en principio, a las Salas.

Las dos Salas del Tribunal están formadas por seis Magistrados. La Primera es presidida por el Presidente del Tribunal, en tanto que el Vicepresidente preside la Sala Segunda. Cada una de las Salas se descompone, además, en dos Secciones formadas por tres Magistrados. Las Secciones desempeñan su cometido, básicamente, en las primeras fases de los procedimientos sustanciados ante el Tribunal, decidiendo sobre la admisibilidad de los recursos. Los acuerdos del Pleno, las Salas y las Secciones exigen la presencia de los dos tercios de los Magistrados que los forman.

El Tribunal cuenta con una Secretaría General. Su titular es también Letrado Mayor, y ejerce la jefatura de los Letrados al servicio del Tribunal Constitucional.

Los argumentos que avalaron la tesis propuesta pueden enunciarse en estos términos:

La magistratura constitucional especializada reviste simultáneamente el carácter de órgano constitucional y tribunal de justicia.

Su naturaleza de órgano constitucional radica en que recibe su configuración inmediata de la Constitución (ya que ésta no sólo lo enuncia y determina sus funciones sino que precisa su composición, órganos y métodos de designación de sus miembros, situación institucional y competencia; es un componente fundamental de la estructura constitucional contemporánea, con especial significación en el Estado de derecho y en el actual sistema de división de poderes; participa en la dirección política del Estado, en razón de tener una competencia análoga a la legislativa, en su facultad de anular los actos estatales que estime inconstitucionales, con fuerza *erga omnes*.

Su calidad de tribunal de justicia deviene como consecuencia de ejercer jurisdicción constitucional (juzga la constitucionalidad de los actos del Estado); se trata de una jurisdicción especializada para los temas de índole constitucional exclusivamente; es un órgano independiente del Poder Judicial; su procedimiento, estatuto de sus miembros y el valor de sus decisiones están en la órbita de la jurisdicción y conforme a sus parámetros; sus normas fundamentales provienen

de la Constitución, de su Ley Orgánica y supletoriamente se rige por el Código de Procedimientos y por la Ley Orgánica del Poder Judicial; ofrece mayor eficacia en la interpretación constitucional por la especialización en derecho público, la capacitación específica y mentalidad preparada para poder efectuar una interpretación constitucional adecuada y previsoras; descongestiona trabajo a la magistratura ordinaria –Cortes Supremas–; los efectos anulatorios y generales –*erga omnes*– de las sentencias de inconstitucionalidad (al estilo de la fórmula de Kelsen consagrada en la Constitución austríaca de 1920 y con posterioridad en varios países de Latinoamérica y Europa, concretamente, el Tribunal Constitucional español), evita pronunciamientos contradictorios y garantiza mayor celeridad procesal, igualdad y seguridad jurídica en los operadores constitucionales; su gran difusión en el derecho constitucional comparado.

La evaluación de este tipo de control constitucional en función de diversos indicadores (diseño constitucional, origen, puesta en marcha, inserción en el sistema político, roles, relaciones con el Poder Judicial), permite señalar que, según el diseño constitucional, el modelo de tribunal constitucional propiamente dicho ha sido adoptado en varios países de Latinoamérica y Europa.

En este sentido, se ha sostenido que en Argentina, con sus particularidades, la

Corte Suprema de Justicia de la Nación se encuentra en trance de diseñar una nueva identidad institucional y de perfilar un remozado esquema de jurisdicción constitucional⁵.

La doctrina de los autores, en su mayoría (entre los que pueden mencionarse Augusto Mario Morello, Adelina Loiano, Alfredo Gozaini, Jorge Reinaldo Vanossi y Roberto Berizonse, entre otros) se mostró contraria a la alternativa propuesta de cambio del sistema de control de tipo difuso por el concentrado y especializado, argumentando que el sistema vigente en nuestro país permite un control más efectivo y eficaz de la supremacía constitucional, que resulta difícil conciliar el actual modelo desconcentrado con otro sistema de control constitucional especializado y que la creación de una Corte Constitucional resultaba innecesaria y ajena a la filiación de las instituciones argentinas.

Básicamente, sostienen que el intento de pasar al sistema de control especializado, no judicialista, lesiona la tradición e idiosincrasia jurídica de países que cuentan con magistratura constitucional ordinaria, que además se corre el riesgo de transformarse en un modo de paralizar el juicio hasta que se pronuncie en último término el Tribunal Constitucional, que implica un debilitamiento del Poder Judicial al menguar sus poderes institucionales, que el sistema de designación de los miembros del Tribunal Constitu-

cional puede transformarse en un modo de lograr correspondencia entre los distintos sectores del poder proponentes, la escasa divulgación académica que tuvo el sistema propuesto y que en definitiva, también el órgano especializado puede llegar a tener los mismos problemas que la Corte Suprema, en cuanto a sobrecarga de trabajo, dependencia político-partidaria, dogmatismo, irresponsabilidad, sentencias deficientes. Además, consideran peligroso dotar de efectos *erga omnes* a las sentencias, ya que los posibles vicios de sus fallos se generalizan, a diferencia de lo que ocurre con los fallos de la Corte Suprema que se limitan al caso concreto.

3. Argumentos en favor del fuero constitucional

Entiendo que cuando son notorias la ineficiencia o insuficiencia del sistema de control imperante en un país, el intento de cambiar a un sistema diferente beneficia al vigente; que la oposición al sistema especializado de control sustentado en que dilata los pleitos carece de relevancia, ya que la paralización del juicio por hallarse pendiente una resolución del Tribunal Constitucional es una contingencia del sistema que no necesariamente va a dilatar siempre e inexorablemente la marcha de los pleitos en curso; que la implementación del fuero constitucional en países con sistema di-

fuso demandará un adecuado desglose de las competencias constitucionales en cabeza del actual órgano de control. Ello en modo alguno importará la pérdida del poder político de la Corte Suprema, en tanto permanecerá como órgano supremo en su orden; que con la instauración de un Tribunal Constitucional deben preverse métodos de selección y duración de sus miembros, idóneos y eficaces, que garantice la independencia de los demás poderes y aseguren el pluralismo de tendencias ideológicas de los magistrados que lo integren. Por otra parte, existen diversos mecanismos jurídicos para impedir la posibilidad de politización del órgano especializado para el control de constitucionalidad (por ejemplo, inamovilidad de sus magistrados durante cierto período, renovación por tercios, elección por mayoría de 3/5 para los miembros propuestos por las instancias políticas, imposibilidad de reelección, entre otros).

4. Evaluación de la eficacia en la actualidad del sistema de control de constitucionalidad vigente en el derecho público federal. Replanteo de la propuesta de instaurar un tribunal constitucional. Sistema mixto de control de constitucionalidad

La situación deficiente que presenta el sistema de control de constitucionalidad

vigente en nuestro país es ampliamente conocida por todos y coincide en gravedad con el debilitamiento que evidencian por estos días todas las instituciones básicas de la República.

Se ha señalado que la crisis económica, política e institucional que afectó a la Argentina a partir de los últimos años, profundizó el debate acerca de los dilemas del rol que asume la Corte Suprema federal en su carácter de poder controlador, pasando a ser objeto de análisis cotidiano por parte de la opinión pública, en cuanto a la idoneidad de sus miembros, independencia respecto de los poderes políticos, entre otros⁶.

Ninguna de las propuestas que se debaten en los ambientes académicos, institucionales y políticos, sugieren un cambio radical del sistema de control de constitucionalidad. Bien es cierto que se trata de un ámbito en el que no hay dogmas indiscutibles, sino diversas opciones, por lo que ante la sostenida devaluación del sistema actual de control de constitucionalidad, entendemos que la mejoría también puede provenir de un cambio institucional profundo, por lo que la cuestión presenta aristas complejas y ninguna propuesta puede formularse válidamente si no se articula en un plexo de reformas integrales.

Por ello, teniendo en cuenta un solo aspecto del problema como es el Poder Judicial,

la mera introducción de modificaciones al funcionamiento de la Corte Suprema resulta insuficiente, por sí sola, en orden a lograr los cambios que se pretenden.

Considero que al estar nuevamente debatiéndose la posibilidad de una reforma a la Constitución Nacional, sería propicio insistir en la propuesta de cambio en el sistema de control de constitucionalidad con el propósito de revitalizar el funcionamiento del servicio de justicia. De tal modo, reforma constitucional mediante, consideramos viable la implementación del sistema de control de constitucionalidad especializado, mediante la creación de un tribunal constitucional, con algunas modificaciones sobre la propuesta original, consagrando un sistema mixto de control de constitucionalidad.

Ese tribunal constitucional extra poder, ideológicamente plural y de integración no vitalicia, tendría la exclusiva función de efectuar el control de constitucionalidad de las leyes y decretos de carácter general, o los de necesidad y urgencia o aquellos dictados por delegación legislativa.

Actuaría a través de una acción declarativa de inconstitucionalidad pasible de ser interpuesta en casos concretos o en forma previa por aquellos sujetos a los que la ley les reconociera expresamente legitimación. Además, resultaría competente para dirimir los conflictos de poderes suscitados entre los diferentes órganos del Estado.

Sus decisiones tendrían efecto *erga omnes*, siendo por ende obligatorias a todos los poderes públicos.

Los restantes jueces y tribunales (incluida la Corte Suprema) mantendrían el ejercicio del control de constitucionalidad difuso, reparador y con efecto restringido al caso concreto, referido a todas aquellas cuestiones que no hubieran sido materia de pronunciamiento expreso por parte del tribunal constitucional.

En caso de divergencia de criterios entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, tendría prevalencia la de aquél.

En este orden de ideas, el doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, actual ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sugiere evaluar los modelos europeos de tribunales constitucionales y la posibilidad de implementar en nuestro país dicho sistema de control de constitucionalidad concentrado y especializado⁷.

Por otra parte, se advierte que la tendencia hacia el fuero constitucional especializado propenderá en el constitucionalismo de los últimos tiempos, lo cual concita la iniciativa de implementarlo en un plan de remozamiento del sistema de control de constitucionalidad.

Las ventajas de incorporar esta variante de sistema mixto o híbrido de control de constitucionalidad (análogo al im-

plementado en Perú y Chile, entre otros países de Latinoamérica) radica, además de las bondades que expusieramos en nuestra proposición originaria (vgr., eficacia, seguridad e igualdad, división del trabajo, ejemplaridad de Hans Kelsen), principalmente en el hecho que la judicatura constitucional especializada ejerce su labor con mayor idoneidad, al pensar y resolver los casos con «mentalidad constitucionalista», esto es, interpretar desde el prisma del derecho constitucional, aspecto que obviamente está íntimamente ligado al sistema de designación de los jueces que vayan a integrar dicho tribunal, los que deberán reunir las cualidades que establezca la constitución y la reglamentación. La ubicación del tribunal constitucional como órgano «extra poder», tiene la particularidad de convertirlo en un órgano *sui generis* cuyos miembros cuentan con la idoneidad y capacitación específicas para receptor los requerimientos y transformaciones sociales, pero sin que por ello quepa rotularlo como órgano subordinado al poder político, en tanto y cuanto mantenga su imparcialidad.

A los fines de su implementación y para optimizar su funcionamiento, deberá efectuarse una precisa delimitación de competencias entre el Tribunal Constitucional y la Corte. De lo contrario, como lo ha destacado Néstor Sagüés, puede producirse una suerte de «*esquizofrenia constitucionalista*» si aquellas dos judi-

caturas, actuando con criterios y pautas opuestas, interpretan y aplican de modo distinto la Constitución⁸.

Para clarificar lo que se viene exponiendo, puede tomarse como ejemplo lo sucedido con las leyes de emergencia económica dictadas a partir de enero de 2002 que dieron lugar a un inusitado número de causas iniciadas casi inmediatamente después del dictado de las primeras disposiciones legislativas, que por su profusión y deficiencias técnicas fueron interpretadas por los tribunales con inusual disparidad de criterios. Como ejemplo baste recordar que hasta el dictado de la ley 25.820 (en diciembre de 2003) no eran pocos los pronunciamientos judiciales que propiciaban la inconstitucionalidad del decreto 214/02 por considerarlo un exceso reglamentario de la ley 25.561. Señala la doctrina que recién en el año 2007, con el dictado de la causa «Rinaldi» (C.S.J.N., 15.03.2007, «Rinaldi, Francisco y otro c. Guzmán Toledo, Ronal y otra», Fallos 330:855) el máximo Tribunal nacional declaró expresamente y de modo uniforme la constitucionalidad del primitivo «bloque pesificador» (ley 25.561 y decretos 214702, 320/02, 410/02, etc.). Aun así, la jurisprudencia de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha variado y la aplicación del mismo conjunto normativo ha arrojado resultados económicos diversos según las circunstancias particulares de cada caso sometido a su conocimiento.

Estos ejemplos permiten entender que, en ciertos casos, la concentración del control en un único tribunal que se expide sobre la inconstitucionalidad de las leyes con efecto *erga omnes*, favorece la seguridad jurídica y el cometido del control de los actos de gobierno a través de la función jurisdiccional, cual es el logro de la paz social.

5. Reflexiones finales

Dejo así planteada mi propuesta que, seguramente, será profundizada y objeto de reflexión por los demás operadores jurídicos en miras al mejoramiento del servicio de justicia.

Ahora bien, no obstante las ventajas que a nuestro juicio perfila este sistema, la experiencia comparada demuestra que existe multiplicidad de factores que, en la práctica, pueden llevar al éxito rotundo o, por qué no, al fracaso de la propuesta e incidir en el desarrollo y funcionamiento de un Tribunal Constitucional.

Entre estos aspectos, podemos mencionar los siguientes:

5.1. Perfil normativo del Tribunal Constitucional

En primer lugar, el acierto o desventuras del funcionamiento práctico de un Tribunal Constitucional estará condicionado por el perfil normativo, es decir, el dise-

ño que el constituyente –en donde juega la influencia de los partidos políticos y otros grupos de poder al pergeñarlo-, o luego su reglamentación orgánica, le ha impuesto en cuanto a su actuación.

En ese orden de ideas, a la hora de proyectar la efectividad de la labor de un Tribunal Constitucional, serán factores determinantes de su funcionamiento idóneo o de su fracaso los siguientes: a) el mayor o menor *quórum* para sesionar y pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las normas; b) la implementación de un procedimiento sencillo; c) la ubicación física de la Corte; d) la cantidad moderada de causas a decidir, de modo que permita su efectiva y personal resolución por los integrantes de la Corte; e) las competencias y poderes decisivos asignados y no meramente órganos consultivos; f) la proyección y aceptación institucional y social de las sentencias del Tribunal Constitucional; g) la idoneidad, cualificación técnico jurídica e imparcialidad de los miembros que lo integran, designados a instancia de la clase política (ya que en la mayoría de los países, el Parlamento, el Poder Ejecutivo y los partidos políticos son los que, prácticamente, definen la integración de los jueces, en tanto que los provenientes de la judicatura son el menor porcentaje), de modo tal que se aviente cualquier sospecha de influencia proveniente del poder político; h) las expectativas de la comunidad respecto del rol que habrá

de cumplir el tribunal constitucional, en cuanto se pretenda que va a cumplir una función moderadora de resolución de conflictos jurídicos constitucionales o, por el contrario, que se convertirá en el remedio de todas las enfermedades jurídico-políticas provenientes de la labor de los demás poderes, sobrecargándolos de tareas.

5.2. La actuación del propio Tribunal Constitucional

Desde otro ángulo, el acierto o error de haber implementado un Tribunal Constitucional, también estará condicionado por el mismo órgano.

Los aspectos que influirán en el funcionamiento provechoso dependerá de diversas circunstancias, a saber: a) la idoneidad de los jueces elegidos; b) los roles efectivos asumidos por la Corte en el desarrollo de su función y que se vislumbran en el consenso y aceptación social que tienen sus fallos en la comunidad en que se desenvuelve, la correcta interpretación constitucional en cuanto a la evaluación y ponderación de los derechos y garantías en juego, la sintonía política en cuanto a las cuestiones a resolver, su posición respecto de las cuestiones políticas no justiciables y actitud frente a los cuestionamientos por omisión de los poderes públicos, asumiendo o no una función integradora o correctora de tal situación; c) la impronta de la Corte,

en cuanto a su actitud moderadora y previsoras de sus sentencias, en función del impacto social y jurídico que habrán de tener sus fallos; d) sus relaciones con los poderes políticos, a fin de preservar su independencia funcional e institucional y concretar efectivamente su función específica de contralor constitucional. Ni tan sumisa ni tan opositora, una Corte activa que asuma efectivamente su rol de poder controlador de la constitucionalidad de los actos de los restantes poderes, pero prudente y moderadora.

En suma, la posición que asuma el Tribunal en el contexto político en que se desenvuelve, determinará el éxito o el fracaso de su función. Por ello se ha destacado que la jurisdicción constitucional especializada y concentrada en Europa es una institución destinada a permanecer y a extenderse. Sus enemigos no propugnan hoy tanto su abolición como su reforma, y el esfuerzo por limitar el poder de los jueces se sitúa sobre todo en el ámbito de la teoría de la interpretación, más que en el de la teoría de la Constitución o de la democracia⁹ ■

¹ SAGÜÉS, NÉSTOR P. *La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema*, en *La Ley*, 2008-E, 837; GOZAINI, OSVALDO A., *La tutela anticipada y el debido proceso*, en *La ley*, bol. Del 11.04.2012, en especial pto. 4.

² GOZAINI, OSVALDO. «La trascendencia en el recurso extraordinario frente a la acordada CS 4/2007», en *La Ley*, del 05.05.2010.

³ SERRA, MARÍA MERCEDES. «Procesos y Recursos constitucionales», ed. Depalma, Bs. As. 1992, en especial pp. 571/601.

⁴ SAGÜÉS, NÉSTOR P. «Reflexiones sobre las variables del éxito y de fracaso de un tribunal Constitucional», en el Seminario internacional organizado por la Fundación Konrad Adenauer, con motivo del IX aniversario de la Corte Constitucional de Colombia,

Bogotá, 15/17 de noviembre de 2000, y más recientemente: «*El juez constitucional como legislador positivo*», en «Derecho Procesal Constitucional», SAGÜÉS, NÉSTOR P., coordinador, en *Jurisprudencia Argentina*, Número especial, 25/08/2010, págs. 11/17, J.A. 2010-III).

⁵ BAZAN, VÍCTOR. «*Derecho Procesal Constitucional: autonomía científica, codificación y otras cuestiones disputadas*», en *Jurisprudencia Argentina*, fascículo 9, 30.11.2011, J.A. 2011-IV, págs. 6/25).

⁶ GELLI, MARÍA ANGÉLICA. «*Entre el Poder y la Justicia (Los espacios de la Corte Suprema)*. *El mundo jurídico y los dilemas del poder de la Corte Suprema*», en *La Ley*, 29.07.2003, n° 144.

⁷ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. «*Un futuro tribunal constitucional*», en *Revista del Colegio Público de*

Abogados de la Capital Federal, n° 66, Mayo-Junio 2003, págs. 16/17).

⁸ SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. «La jurisdicción constitucional en Costa Rica», en *Revista de Estudios Políticos*. Nueva época, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, n° 74, octubre-diciembre 1991, págs. 471/495, donde el autor refiere a la implementación de una Sala Constitucional con monopolio del control de constitucionalidad y la Ley de Jurisdicción Constitucional de 1989.

⁹ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. «*Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa*», en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, n° 35, mayo-agosto de 1992, págs. 9/41.

Una eventual reforma de la Constitución Provincial y el Ministerio Público



DR. GUILLERMO F. CAMPORINI
Fiscal de Cámaras N° 1, Distrito Judicial N° 2,
Rosario

La Convención Constituyente que trabajó -con sede principal en la ciudad de Santa Fe en el año 1994- culminó su labor con la reforma integral de la Constitución Nacional, introduciendo cambios de importancia en todas las áreas de los Poderes del Estado, destacándose en la órbita del Ejecutivo el acortamiento del mandato presidencial a cuatro años e introduciendo la posibilidad de la re-elección. En el Legislativo, la incorporación de un Senador más por provincia, con la reducción del tiempo del mandato de nueve a seis años. En el Poder Judicial, además de crear el Consejo de la Magistratura, por el artículo 120 se crea el Ministerio Público de la Acusación y el de la Defensa como Organos extra-poder, es decir con total y absoluta autonomía funcional y autarquía financiera.

Otra cuestión importante de esta Reforma que, por la cantidad de aspectos que abarcó, para muchos significó un cambio radical, se da en la transformación de la clásica pirámide jurídica que refleja la jerarquía de las normas en nuestro ordenamiento jurídico, ya que todos los tratados internacionales ratificados por el Estado, independientemente de la materia que traten, pasan a tener rango superior a las leyes locales.

Esta reforma, de magnitud en el orden nacional, trajo como consecuencia lógica que muchas provincias argentinas

realizaran también reformas de sus constituciones, al igual que otras provincias -como Mendoza y Misiones- hicieron cambios en su Carta Magna utilizando el procedimiento de enmienda. La Constitución de la provincia de Santa Fe ha cumplido, en abril del corriente año, cincuenta años desde su promulgación y vigencia y, hace ya un tiempo, se habla en los ambientes políticos de la necesidad de su reforma.

Esta eventual reforma es la que lleva a realizar el presente trabajo, por cuanto, desde fines del año 2007 se encuentra promulgada la ley 12.734, que crea un nuevo Código Procesal Penal, el cual no ha entrado en vigencia, habiendo uno de transición que lleva más de tres años rigiendo. Cuando se logre implementarlo completamente, marcará un nuevo paradigma en la persecución penal, generando un proceso acusatorio y adverso donde el Ministerio Público, tanto de la acusación como de la Defensa Pública, pasan a tener un rol fundamental, debiendo para ello ser dotados de una plena autonomía funcional, de a una total independencia. En esa inteligencia, sería saludable que dicho cambio pasara a formar parte de la reforma del máximo digesto de la provincia.

Si bien- como dije- el nuevo Código Procesal Penal, conforme Ley 12.734, no se encuentra vigente (sólo algunas de sus

normas fueron incorporadas al texto de transición) por las leyes 13.013 y 13.014, respectivamente, se crean el Ministerio Público de la Acusación y el de la Defensa Pública Provincial, los cuales tienen ya sus máximas autoridades designadas en el cargo, pasando a ser -en sus respectivas áreas de incumbencia- los que actuarán en las cuestiones de índole penal. Esto ha traído, como consecuencia, que en la Provincia de Santa Fe se dé una situación única con respecto al resto de las provincias argentinas, ciudad autónoma de Buenos Aires y el orden federal, tal cual es que existan en estos momentos tres cabezas del Ministerio Público: el Procurador General -según la Constitución Provincial- que es cabeza del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa Oficial, otra de la Fiscalía del nuevo sistema y una tercera, del nuevo servicio de la Defensa Pública.

Vale reseñar que, desde la órbita constitucional provincial vigente, las referencias al Ministerio Público son las que surgen del artículo 84, donde se señala que la Corte Suprema de Justicia está compuesta por cinco ministros como mínimo y de un procurador general; el artículo 85, que refiere a las calidades requeridas para el desempeño de un cargo, menciona expresamente al fiscal de Cámaras de Apelación y, el artículo 88, en lo atinente a la inamovilidad y retribución de los magistrados y funcionarios del Ministerio Público. El aspecto de la Constitución funcional, denominación

de los cargos, las atribuciones y deberes de los integrantes del Ministerio Público, tanto fiscal como de la defensa, están contemplados en la Ley Orgánica del Poder Judicial, al igual que se han dictado para el Nuevo Sistema de Justicia Penal de la Provincia de Santa Fe -con las leyes ya mencionadas-, una Ley Orgánica del Ministerio Público de la Acusación y otra de la Defensa Pública Provincial.

La situación que se ha generado en el Ministerio Público Fiscal debe ser considerada al menos atípica por cuanto, amén de no existir en el país una situación similar, genera preocupación e incertidumbre la creación de un órgano distinto al existente para dotarlo del rol exclusivo y específico de acusador en el proceso penal, dejando en la estructura de la Procuración General las demás incumbencias -más que amplias- que corresponden a los Fiscales por ley, incluso algunas penales que no han sido contempladas en la ley 13.013.

Así planteada la cuestión, entiendo que existen cuatro aspectos que deben ser motivo de análisis en el presente: el primero, referido a si había necesidad de dividir el Ministerio Público Fiscal, por un lado con competencia exclusivamente penal y por el otro, con el resto de las incumbencias propias de la tarea de los Fiscales en cuestiones no penales y las penales no contempladas en la ley 13.013; el segundo, si era necesario o al menos conveniente, que tuvieran ca-

bezas diferentes el órgano fiscal y el de la defensa pública; un tercero que refiere a si -como ha quedado plasmado en la Constitución Nacional tras la reforma de 1994- el Ministerio Público Fiscal y, en su caso el de la Defensa Pública, sean órganos extra-poder con total autonomía funcional y autarquía financiera; y un cuarto aspecto, establecido en nuestra Provincia a partir de las ya referidas leyes 13.013 y 13.014: que los cargos directrices de las estructuras creadas por las mismas tengan un plazo predeterminado de duración en el ejercicio de sus funciones, no pudiendo incluso, en algunos casos, contar con su reelección.

Comenzando por el primer aspecto, la creación de un Ministerio Público de la Acusación fuera de la esfera del actual es -como dije- cuanto menos atípica. Las razones que se invocan en la exposición de motivos que acompañó el proyecto del Ejecutivo, hace hincapié en que se procura estructurar un Ministerio Público de la Acusación con autonomía funcional, autarquía económica, unidad de actuación, precisión en la misión y función institucional, orientación a las víctimas y flexibilidad de la organización. Todos estos postulados, muy loables por cierto, considero que carecen de contradicción con los deberes, funciones y atribuciones que posee -en materia penal- el Ministerio Público Fiscal vigente.

Se agrega en la citada exposición -como razón para su creación-, que el modelo

acusatorio implica la separación nítida de los roles procesales y su lógica supone el consecuente desprendimiento de toda función jurisdiccional. Este aspecto no parece válido para la separación efectuada, toda vez que no se observa que afecte al buen funcionamiento del nuevo sistema de enjuiciamiento penal, que la cabeza del Ministerio Público Fiscal, por un lado, fije los criterios generales para el ejercicio de la persecución penal y, por otro, marque y establezca las pautas y lineamientos de los Fiscales en la actuación que les corresponde en los procesos no penales, labor ésta que sería cumplida por Fiscales distintos a los de la función penal como -por otra parte- ocurrirá cuando entre en vigencia la ley 12.734. No es posible olvidar que el Ministerio Fiscal cumple una función de primer orden en la sociedad actual, no sólo en el aspecto penal, en el cual su rol es esencial dentro del sistema acusatorio y adverso al que tiende nuestra Provincia, sino además en el marco del proceso civil, que comprende al mismo propiamente dicho, al laboral, al comercial y al contencioso administrativo, como guardián de la legalidad.

Se argumentó también, en la ya referida exposición, que la subordinación del Ministerio Público a la Corte Suprema de Justicia genera una dependencia estructural que afectaría el rol propio de los fiscales y resultaría disfuncional con el modelo instaurado en el nuevo ordenamiento procesal. Lo aquí expuesto entra

de cierta manera en colisión con el hecho de que, a pesar de la crítica que se trasluce, se mantiene al nuevo Ministerio Público de la Acusación inserto en el Poder Judicial de Santa Fe. Si bien se trata de salvar lo manifestando en el mensaje que la creación de un órgano extra poder ameritaría una Reforma Constitucional -la cual alega propiciar-, no puede soslayarse que bien se podría haber remitido un proyecto de ley orgánica manteniendo la figura del Procurador General como cabeza, implementando los cambios necesarios conforme el código de ley 12.734, con distintas categorías de fiscales y con roles claramente diferenciados, entre los que asumirían la función penal y los de las demás incumbencias no penales que competen a la Fiscalía.

Cabe aquí recordar que cuando se concluyó el proyecto de Código Procesal Penal, luego sancionado y promulgado como ley 12.734, se puso a consideración un anteproyecto de ley orgánica del Ministerio Público, autoría del diputado provincial Danilo Kilibarda, del cual se remitió copia a los integrantes del Ministerio Público de toda la Provincia, para recabar opinión. Recibidas las respuestas, quienes actuamos en representación del Procurador General en la comisión de trabajo del ya citado Código, presentamos una propuesta de Ley Orgánica la que, luego de ser analizada, evaluada y con aportes de otros miembros de la comisión referida, fue aprobada y remitida por los coordinadores de la comisión al

Consejo Rector. Dicha norma cumplía adecuadamente con los requerimientos para la implementación del nuevo sistema de enjuiciamiento penal, sin necesidad de crear un Órgano que dividiera al actual Ministerio Público Fiscal, e inclusive, hasta tanto hubiera una reforma constitucional donde se plantearía, se zanjaba en gran medida el cuestionado rol bifronte del Procurador cabeza de fiscales y defensores. Por otra parte, también se daba autarquía financiera con la limitación propia de pertenecer al Poder Judicial, situación similar a la que se dió con las leyes 13.013 y 13.014.

Como se desprende de lo expuesto, no se observa necesidad alguna para la división generada en el Ministerio Público Fiscal y, por el contrario, produce inconvenientes tales como el de que existan fiscales de primera instancia del «viejo sistema», con menor remuneración, a pesar de mantener la competencia penal -aun después de finalizada la transición-, ya que no queda clara la actuación de los «nuevos» en las cuestiones penales que involucran a menores, y en lo referido a la ejecución de la pena.

Esta misma problemática queda también de manifiesto en la creación de la Defensa Pública Provincial ya que los defensores oficiales de las causas penales permanentes, los asesores de menores en conflicto con la ley penal y los defensores oficiales de primera instancia que tienen competencia para actuar en las cuestiones no penales de personas pobres,

incapaces o ausentes -que también tendrán distinta remuneración-, quedarán bajo la órbita del Procurador General, con lo cual éste seguirá siendo, al mismo tiempo, cabeza de fiscales y defensores.

La segunda cuestión que he planteado, referida a si es conveniente una separación entre quién conduce a los Fiscales y quién a los defensores, entiendo que, así como no se justifica la división del Ministerio Fiscal, sí resulta necesaria la separación entre quien conduce a los fiscales de quien lo hace con los defensores. Vale aclarar que también la Defensa Pública debe tener una sola cabeza -no como ocurrirá y lo expusiera en párrafos precedentes-, en cuanto al rol de la Defensa Pública es claro y preciso en cuanto a que debe representar, asistir y/o defender a toda persona que lo necesite y designe para esa labor, con lo cual las pautas, lineamiento y modo de actuar deben tener una sola autoridad que las fije. Sí podría contemplarse, tal como lo han hecho algunas provincias que reformaron su Constitución -o como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires-, el tener una Asesoría General de incapaces, independiente de la Defensoría Pública.

Como conclusión de este segundo tema, estimo adecuado la existencia de cabezas bien diferenciadas en la conducción de los Fiscales y los Defensores, respectivamente, cada uno con su estructura, adecuada para asumir no sólo las cuestiones que se vinculan al proceso penal sino para todas

las otras incumbencias no penales que hacen a la labor de ambos Ministerios, cada uno con autonomía funcional plena y con la posibilidad de elaborar su presupuesto. Dejo abierta la posibilidad de un tercer Órgano a cargo de un Asesor o Asesora General de Incapaces.

La tercera cuestión a analizar es la referida a si el Ministerio Público Fiscal y la Defensa Pública Provincial deben ser Órganos extra-poder como ha quedado plasmado en la Nación, tras la reforma de 1994. Al respecto, soy partidario de mantener ambos Organos en la esfera del Poder Judicial, como ocurre en la mayoría de las provincias argentinas. Hay quienes refieren que para la total y absoluta autarquía financiera de los mismos, es necesario que sean ajenos a los demás Poderes del Estado, puesto que al ser la Corte Suprema la máxima autoridad del Poder Judicial, la permanencia en su estructura implica que, si bien cada Ministerio elabora su presupuesto, éste debe ser remitido a la Corte y sea esta quien lo eleve al Ejecutivo para la aprobación de las partidas presupuestarias. Ello no resulta un obstáculo a fin de mantenerlos en la esfera del Poder Judicial, por cuanto se podría establecer lo mismo que en las leyes referidas, en orden a que son Organos con autonomía funcional y administrativa, además de autarquía financiera dentro del Poder Judicial, siendo atribución de sus cabezas proponer al Poder Ejecutivo sus propios presupuestos, es decir que la Corte

se limitaría a remitir el efectuado por el Ministerio y sólo el Ejecutivo podría modificarlo.

El cuarto aspecto se vincula a lo establecido en las leyes 13.013 y 13.014 sobre la duración limitada en el tiempo (seis años) del mandato de las máximas autoridades de ambos Ministerios y, en el caso del Fiscal General y el Defensor Provincial, sin posibilidad de reelección. En mi opinión, ello no resulta conveniente, por cuanto deja abierta la posibilidad de una mayor intromisión del poder político en esas designaciones. Si bien se podría alegar, a favor de ese sistema, que los cargos son concursados, ello -sabido es y la realidad muchas veces así lo demuestra- no es garantía de nada. Es más, en países donde se utiliza dicho sistema, el cargo de Fiscal General es un trampolín de una carrera política del funcionario, que lo toma como paso previo a una Gobernación o Senaduría nacional. Considero que la inamovilidad que se consagra en la función judicial es beneficiosa, hace a la independencia del Magistrado, y la injerencia política en su designación, se limita -en todo caso- a una única vez y no en la forma periódica que puede generar el sistema que se le consagra.

Como corolario de lo desarrollado estimo que, sea por vía de una Reforma Constitucional o por vía legislativa, no es aconsejable ni beneficioso mantener un Ministerio Fiscal desdoblado: por un

lado penal y por el otro con las demás incumbencias no penales (e incluso -como dijera- con un remanente penal) y con dos cabezas diferentes (lo mismo que ocurre con la Defensa), con régimen de estabilidad y remuneración distintos. Sí considero adecuada la clara diferenciación entre quien conduzca a los Fiscales y de quien lo haga con los Defensores. Tampoco observo obstáculo para que ambos Ministerios permanezcan en la órbita del Poder Judicial y sí considero desaconsejable- por las razones- expuestas la duración limitada en el tiempo de quienes desempeñan los más altos cargos de ambos Ministerios ■

La competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia frente a una futura reforma constitucional



DR. RUBÉN WEDER
Abogado Relator de la Corte Suprema de Justicia
de la Provincia de Santa Fe



DR. LEONARDO DEB
Secretario de Presidencia de la Corte Suprema
de Justicia de la Provincia de Santa Fe

1. Introducción

La posibilidad de que ocurra una reforma constitucional supone para los operadores del Derecho Público una invitación a la reflexión. Invitación, por cierto, difícil de resistir, ya que ofrece una óptima oportunidad para repasar las prácticas jurídicas anteriores y formular propuestas de mejora. No debe olvidarse que, atento a la natural vocación de permanencia que tienen los textos supremos, la trascendencia de su modificación está fuera de discusión, toda vez que «la Ley Fundamental juega un papel central en la vida comunitaria porque es el mayor esfuerzo conocido para disciplinar al poder democrático, proveyendo su cauce»¹. ¿Qué busca una sociedad cuando decide modificar la Constitución que la rige? La pregunta es inquietante, y, desde luego, su respuesta conduce a indagaciones que superan las pretensiones de este trabajo. Pero la profundidad del tema no impide que recordemos, con Gargarella, que «las Constituciones nacen habitualmente en momentos de crisis, con el objeto de resolver algún drama político-social fundamental. En todos los casos se asume que en la Constitución no se encuentra la llave mágica capaz de resolver el problema en cuestión, pero al mismo tiempo se considera que allí reside parte de lo más importante que se puede hacer, colectivamente, en pos de un cambio»².

Puestos, entonces, ante el ejercicio de analizar las fortalezas y las debilidades del texto de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, optamos por elegir el tema de la competencia de la Corte Suprema de Justicia local, porque pensamos que en el mismo no sólo se define un importante capítulo de la parte orgánica del texto, sino también porque de su correcta regulación depende, en última instancia, la suerte del control de constitucionalidad al que pueden acceder los ciudadanos.

Es por ello que ninguna duda cabe que la competencia de un máximo tribunal -provincial, en este caso-, constituye materia de inexorable regulación constitucional, a los fines de preservarla de eventuales ampliaciones o restricciones por parte de la legislación ordinaria. Y, en consonancia con dicha idea, resulta preferible la asignación de competencia a través de técnicas normativas de enumeración cerrada (*numerus clausus*), a los fines de transformarla en indisponible para las partes y de otorgarle al propio Tribunal la posibilidad de ser tutelada aun de oficio.

Ahora bien, ¿qué materias son las que conviene atribuir a un Superior Tribunal? Parece ser más sencillo comenzar por determinar qué no se le debe asignar: el conocimiento y decisión de conflictos

que por su naturaleza sean ajenos a la trascendencia e insustituible misión que poseen dichos tribunales.

En este sentido, su competencia debe ser equilibrada a los efectos de impedir una expansión cuantitativa como cualitativa; de lo contrario se produciría una indeseable alteración del rol institucional que le corresponde asumir como cabeza del Poder Judicial respectivo³.

Siendo ello así, se debe dejar en el ámbito de la jurisdicción originaria un núcleo de asuntos nítidamente previstos, de modo tal de permitir su atención sin entorpecer el responsable ejercicio de otras atribuciones que hacen también de un modo directo a las altas funciones del Tribunal, normalmente conocidas como «potestades de gobierno».

2. Una mirada al Derecho Público Provincial

La organización de la judicatura constituye una de las típicas potestades cuyo ejercicio corresponde a los poderes locales: conservada en el caso de las provincias (arts. 122 y 5), y expresamente a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129). Ella comprende «la facultad y el deber de crear sus tribunales, la determinación de las reglas de su funcionamiento y las que deben observar los que actúan ante sus estrados»⁴.

¿Qué revela la lectura de los textos constitucionales locales en materia de competencia de los respectivos Superiores Tribunales («ST» en este apartado)?⁵.

Ante todo, y en sentido coincidente a los que señalamos en el título anterior: una pareja preocupación por determinar de un modo bastante detallado diversos aspectos de este tema; de hecho, mediante técnicas de redacción mucho más específicas que la utilizada por la Constitución Nacional⁶.

Entrando en mayor detalle, detectamos las particularidades que señalamos a continuación.

Entre las cuestiones de conocimiento originario y exclusivo de los ST, aparecen de modo casi invariable los conflictos de competencia entre los poderes públicos locales y entre municipios entre sí o entre aquéllos y el poder provincial. Podemos mencionar el caso de Catamarca («causas que se susciten entre el Poder Ejecutivo y una Municipalidad, entre, dos Municipalidades o entre los Poderes de una misma Municipalidad»; art. 204); de Corrientes («cuestiones entre un municipio y un poder provincial, entre los dos municipios y entre las ramas del mismo municipio»; art. 187); o Chubut («conflictos internos de los municipios, entre los Departamentos Ejecutivo y Deliberativo, en el seno de este último, los de los municipios de la Provincia»; art. 178).

Fórmulas similares se reiteran en Chaco (art. 163); Entre Ríos (art. 205); Formosa (art. 167); Jujuy (art. 164); La Pampa (art. 97); La Rioja (art. 141); Río Negro (art. 207); Santa Cruz (art. 132); San Juan (art. 208); San Luis (art. 213); Santiago del Estero (1997); Tierra del Fuego (art. 157); y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 113) -esta última, claro, no alude a la cuestión intermunicipal-.

La materia contencioso administrativa constituye también un capítulo que suele aparecer asignado al conocimiento originario de los ST; incluso en Constituciones que han sido reformadas recientemente 7. Así lo hacen, por ejemplo, Catamarca (art. 204, con algunas exigencias propias de la habilitación de dicha instancia), Formosa (art. 167); La Pampa (art. 97); Misiones (art. 145) y Santiago del Estero (1997). Entre Ríos, en esta línea, llega a prever que por ante el ST cabe la revisión contencioso administrativa de sus propios actos de gobierno (art. 205), y las constituciones de Mendoza (art. 144), de Santa Cruz (art. 132) y de San Luis (art. 213) establecen el plazo en que se configura la denegación presunta.

Un caso singular es el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuya Constitución le asigna al ST conocimiento originario «en materia electoral y de partidos políticos» (art. 113), aunque a través de una norma flexible, ya que aclara que «una ley podrá crear un tribunal elec-

toral en cuyo caso el Tribunal Superior actuará por vía de apelación».

En otro orden, advertimos que no resulta extraño que en la regulación de la competencia de los ST aparezcan intercaladas algunas normas que caracterizan en términos básicos al sistema de control de constitucionalidad que rige en cada estado local⁸.

Así, por ejemplo, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires anuncia, en el artículo 161, que los planteos de inconstitucionalidad deben ser efectuados «por parte interesada». Esta misma definición aparece efectuada en Chubut (art. 178); La Pampa (art. 97); Santa Cruz (art. 132); San Luis (art. 213); y en Santiago del Estero (1997). A veces, también se aclara que la jurisdicción constitucional originaria debe recaer en «caso concreto» (Chubut, art. 178; Neuquén, art. 241; San Juan, art. 208; Tierra del Fuego, art. 157).

La existencia de acciones de inconstitucionalidad está prevista especialmente como capítulo de la competencia originaria de los ST en las Constituciones de Córdoba (art. 165); Chaco (art. 163); Chubut (art. 178); Entre Ríos (art. 205); Jujuy (art. 164); La Rioja (art. 141); Neuquén (art. 241); Salta (art. 153); San Juan (art. 208); Santiago del Estero (1997); Tierra del Fuego (art. 157); y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 113). Particularmente novedosa resulta en este

punto la Constitución de Río Negro, que admite estas acciones incluso «sin lesión actual» y también para cuestionar supuestos de inconstitucionalidad por omisión (art. 207).

A veces, también la asignación de competencia originaria aparece regulada junto con los efectos del pronunciamiento de inconstitucionalidad. Tal es el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que en el artículo 113 de su Constitución establece que «la declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes».

También aparecen Constituciones que, en la misma norma sobre competencia del ST, avanza en detalles del área del Derecho Procesal Constitucional. Tal es el caso de Jujuy, que delinea los diversos supuestos de cuestiones constitucionales (entender en recursos de inconstitucionalidad «cuando en un juicio se hubiere cuestionado la validez constitucional de una ley, decreto, ordenanza, reglamento o resolución; cuando en un juicio se hubiese puesto en cuestión la inteligencia de una cláusula constitucional y la resolución fuere contraria a la validez del título, garantía o excepción que hubiere sido materia del caso y se fundare en esa cláusula; cuando la sentencia fuere arbitraria o afectare

gravemente las instituciones básicas del Estado»; art. 165); de San Juan (que establece que «la Corte de Justicia es, en jurisdicción provincial, el Tribunal Superior de toda causa para dictar la sentencia definitiva a los fines de las cuestiones constitucionales de naturaleza federal incluidas en ellas»; art. 208); o de Santiago del Estero (que prevé un caso de competencia del ST «por salto de instancia contra las decisiones de los jueces de primera instancia, en casos de gravedad institucional»; art. 194).

La Constitución de Catamarca le asigna a su ST competencia originaria en hábeas corpus «contra mandamientos expedidos por los Poderes Ejecutivo o Legislativo» (art. 204); y la de Salta hace lo propio «en las acciones de amparo, hábeas corpus y hábeas data contra cualquier acto u omisión de algunas de las Cámaras Legislativas o del titular del Poder Ejecutivo» (art. 153). También el ST de Santiago del Estero tiene competencia originaria en amparos (art. 194).

La responsabilidad civil de magistrados con motivo de funciones jurisdiccionales también constituye un tema habitual del conocimiento originario de los ST. Así lo han resuelto, por ejemplo, las provincias de Córdoba («sin necesidad de remoción previa»; art. 165); Entre Ríos (art. 205); Jujuy («por dolo o culpa en el desempeño de sus funciones»; art. 164) y Santiago del Estero (art. 194).

Finalmente, resultan frecuentes las normas que asignan competencia al ST para entender en materia de recusación de sus propios miembros -Córdoba [art. 165]; Entre Ríos [art. 205]; Misiones [art. 145]; Neuquén [art. 241]; entre otras-; y para resolver los conflictos de competencia entre tribunales que carecen de superior común -La Pampa [art. 97]; La Rioja [art. 141]; Mendoza [art. 144]; Misiones [art. 145]; (Neuquén, art. 241); Río Negro [art. 207]; Salta [art. 153]; Santa Cruz [art. 132]; San Juan [art. 208]; San Luis [art. 213]; Tierra del Fuego [art. 157]-.

3. El artículo 93 de la Constitución de Santa Fe

Esta norma establecen los casos cuyo conocimiento y resolución le «compete a la Corte Suprema de Justicia, exclusivamente». Se despliega en nueve incisos. Tomaremos algunos de ellos, y los iremos repasando aportando las reflexiones que cada uno de ellos nos suscita.

«Los recursos de inconstitucionalidad que se deduzcan contra las decisiones definitivas de los tribunales inferiores, sobre materias regidas por esta Constitución» (art. 93, inc. 1)

No hay dudas que esta competencia debe mantenerse.

Como es sabido, la misma está regulada por el recurso extraordinario de la ley 7055, y tiene como meta fundamental el afianzamiento de la Constitución Provincial. Además, hoy en día, se torna indispensable a los efectos de habilitar el recurso extraordinario federal regulado en la ley nacional 48, tal como lo ha sostenido reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁹.

De todos modos, sugerimos prestar atención a la línea jurisprudencial iniciada con el caso «Ayala Papich», a partir de la cual el recurso de inconstitucionalidad se habilitó, también, contra las resoluciones que la Corte dicta en su ámbito de superintendencia¹⁰. La vigencia de esta doctrina jurisprudencial podrá, en su caso, justificar la revisión del inciso 1 del artículo 93, en tanto indica que el objeto de impugnación de inconstitucionalidad está constituido por decisiones de tribunales inferiores.

En otro orden, pensamos que el reformador también debería considerar la inclusión de un recurso de casación contra las decisiones definitivas de los tribunales inferiores. Recordemos que en la actualidad el artículo 37 de la ley 11.330 prevé este recurso respecto de las resoluciones de las Cámaras de lo Contencioso Administrativo, en casos de contradicción de sentencias y de inobservancia o grave error en la aplicación de una norma de Derecho o de la doctrina legal.

Ha dicho la Corte local que la casación tiende a asegurar en el Estado la uniformidad de la jurisprudencia y, por consiguiente, la unidad y la igualdad del derecho objetivo, a través de la revisión de la selección de las diversas interpretaciones de una misma norma jurídica coexistente en la jurisprudencia a causa de la pluralidad simultánea de los órganos judiciales de un mismo grado; y que contribuye potentemente a disciplinar y a fijar la fecunda obra de integración del derecho objetivo que se lleva a cabo ininterrumpidamente por la jurisprudencia¹¹.

En la actualidad, el artículo 37 de la ley 11.330 no tendría reproche constitucional, ya que hallaría cabida como un «caso y modo» que la ley le otorga jurisdicción contencioso administrativa a la Corte. Ahora bien, si se llegara a eliminar el inciso 2 del artículo 93 -lo que veremos seguidamente-, sería necesario, a los efectos de mantener dicho mecanismo impugnatorio, que el constituyente analice la opción de incorporarlo como una técnica específica de acceso al Máximo Tribunal.

Agregamos, en fin, que el recurso de casación no es ajeno a la historia jurídica santafesina: lo previó la Constitución de 1921, y llegó a regularse por ley 3655.

Los recursos contencioso-administrativos sometidos a su decisión en los casos y modos que establezca la ley (inc. 2)

Consideramos que la competencia atribuida a la Corte Suprema por este inciso debe ser omitida en la futura reforma. En efecto, esta norma se inscribe en una tradición que se asentaba en razones técnicas y políticas relacionadas con el control que el Poder Judicial hace de la función de otro poder, titularizando intereses públicos.

Ahora bien, tanto el desarrollo actual del Derecho Administrativo, como su grado de especialización no justifican -desde lo técnico- la concentración de la competencia en el máximo órgano judicial; y, es claro, además, que la asignación de competencia contencioso administrativa a la Corte Suprema implicó en nuestra Provincia (con más de trescientos cincuenta entes territoriales menores), una excesiva concentración de causas, lo que terminó perjudicando no sólo al justiciable que es parte en un proceso de este tipo, sino a todo el servicio de justicia, que vio distraído a su Alto Tribunal del cumplimiento de su cometido principal: ser tribunal de garantías constitucionales. Y ello, muchas veces sin una justificada necesidad institucional, ya que, en verdad, no en todas las causas contencioso administrativas se sientan los grandes lineamientos que definen el equilibrio entre los derechos del particular y las prerrogativas del poder público.

En esta línea, como vimos, no son pocas las provincias argentinas que abandona-

ron la tendencia tradicional creando órganos de jerarquía inferior para actuar en los conflictos contencioso administrativo.

En nuestra Provincia, la ley 11.329, que crea las Cámaras de lo Contencioso Administrativo se inscribió en esa línea.

Los juicios de expropiación que promueva la Provincia (inciso 3)

Pensamos que esta materia también debe ser excluida de la competencia originaria del Superior Tribunal provincial. No persisten las razones que pudieron considerar en el año 1962 para entender que cuando el Estado provincial se constituye en sujeto expropiante deba ser la Corte la que determine el valor del bien a los efectos de la justa indemnización que se le debe abonar al expropiado.

En efecto, lo que determina la competencia de la Corte en este tipo de juicios, evidentemente, no es la materia sino el sujeto expropiante. Tanto es así que si el sujeto expropiante es un municipio o una comuna, la competencia corresponde a la justicia ordinaria (A.y S. 17, pág. 291). Siendo ello así, no se advierten razones para mantener esta competencia en el Superior Tribunal ya que no existen diferencias para determinar el valor del bien a los efectos de otorgar la justa indemnización al expropiado garantizada por el artículo 18 de la Constitución Nacional y 15 de la provincial¹².

Agregamos que no hallamos ninguna norma similar a la comentada en Constituciones provinciales actualmente vigentes.

Los conflictos de atribuciones planteados entre funcionarios del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial (inc. 6)

Estimamos que esta competencia debe mantenerse, sin perjuicio de valorarse la posibilidad de ser ampliada a otros conflictos de poderes que se pueden suscitar dentro del Estado, ya sea provincial, municipal o comunal.

Tal como lo vimos, se trata de un capítulo muy frecuente en las Constituciones provinciales.

Los juicios de responsabilidad civil contra los magistrados judiciales (inc. 7)

Interesantes cuestiones se han suscitado en torno al alcance de esta norma. Las dudas interpretativas se plantearon, concretamente, en la jurisprudencia del Alto Tribunal local, y ellas tenían que ver con la necesidad de que el magistrado acusado en este tipo de procesos deba ser previamente destituido, o no.

En la causa «González Echenique», la Corte, revocando el criterio de la Presidencia, declaró admisible una demanda de este tipo, afirmando que no resultaba indispensable el enjuiciamiento de un

magistrado como una suerte de «antejuicio» para poder entablar contra el mismo la demanda resarcitoria que prevé el art. 93, inc. 7¹³.

Las razones que informan esta línea jurisprudencial -que, por lo demás, es la que sigue actualmente vigente¹⁴- pueden ser consultadas *in extenso* en el fallo citado. De todos modos, en relación a la suerte que en definitiva puede correr este criterio, sugerimos prestar atención al pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos «Benavidez» y «Marincovich» (citados en la nota 14), por cuanto al día de la fecha, la Procuración General de la Nación ha emitido un dictamen en el que ha entendido que «constituye un requisito indispensable para someter a un magistrado nacional a la jurisdicción de los tribunales ordinarios en procesos civiles o penales que se le sigan por actos realizados en ejercicio de sus funciones, la previa destitución de aquél mediante el juicio político regulado en los arts. 42, 51 y 52 de la Constitución Nacional (anterior a la reforma de 1994, hoy arts. 53, 59 y 60) o el cese de sus funciones por cualquier otra causa», entendiendo que dicha doctrina resulta trasladable al caso de los magistrados provinciales¹⁵.

Los recursos contra las decisiones del Tribunal de Cuentas en los casos y modos que establezca la ley (inc. 8)

Sin perjuicio de que, en los hechos, no conocemos antecedentes encuadrados en esta competencia de la Corte, estimamos que en una futura reforma constitucional, el control de estas decisiones debe ser sustraído de la competencia originaria de la Corte Suprema, ya que no se advierten razones para que sea el máximo órgano judicial el encargado de controlar la actividad del Tribunal de Cuentas, máxime cuando ya están en funcionamiento las Cámaras con competencia en la materia contencioso administrativa.

De acuerdo a la Constitución provincial, el Tribunal de Cuentas realiza un control jurisdiccional administrativo (art. 81, 4to. párrafo), y dentro de su facultades tiene la posibilidad de declarar la responsabilidad de quienes administran fondos públicos, y de los funcionarios y agentes públicos en general. Dicha responsabilidad se determina a través de los juicios de cuentas y de responsabilidad regulados en el artículo 222 y sgtes. de la ley 12.510 (de Administración, Eficiencia y Control del Estado). Y en relación a los «fallos» y resoluciones definitivas que dicte el Tribunal de Cuentas en plenario, en los juicios de cuentas y de responsabilidad, no procederán otros recursos en sede administrativa, quedando expedita la vía judicial contencioso administrativa (art. 239, ley 12.510).

Los actos emitidos por el Tribunal de Cuentas, en ejercicio de su típica función

de control, no dejan de ser desde lo formal actos administrativos. Por lo tanto, se deben ajustar al régimen jurídico de los mismos. No impide esta conclusión la circunstancia que la constitución los denomine «fallos», ya que a este término lo debemos entender según la segunda acepción que nos brinda la vigésima segunda edición del Diccionario de la Real Academia Española que refiere a «decisión tomada por persona competente sobre cualquier asunto dudoso o disputado», y no en la primera acepción, que hace referencia a «sentencia de un juez o un tribunal, y en ella, especialmente, el pronunciamiento decisivo o imperativo», que está directamente relacionada a la actividad jurisdiccional del Poder Judicial¹⁶.

Todo ello nos lleva a concluir que, teniendo en cuenta el sistema legal de control de la Administración Pública provincial, lo más adecuado sería asignar el control de estos actos a las Cámaras de lo Contencioso Administrativo ■

¹ FERREYRA, RAÚL GUSTAVO. «*Reforma constitucional y cuestiones políticas*». En Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional N° 7, pág. 95. Ed. del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2007.

² GARGARELLA, ROBERTO. «*El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes*», en www.palermo.edu

³ La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso «Itzcovich» (Fallos 328:566; del 29 de marzo de 2005), declaró la inconstitucionalidad del artículo 19 de la ley 24.463 -que habilitaba un recurso ordinario de apelación ante ella respecto de las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social- utilizando algunos argumentos de este tipo.

⁴ CSJN, Fallos 318:1428.

⁵ A los fines de simplificar la lectura, aclaramos que utilizamos la frase «Superior Tribunal» de modo genérico, abarcativa de las distintas denominaciones que cada Constitución le asigna al órgano respectivo: Superior Tribunal, Corte de Justicia, Corte Suprema de Justicia, Suprema Corte, Tribunal Superior o Tribunal Superior de Justicia.

⁶ De todos modos, advertimos como criticable la técnica de redacción adoptada por las Constituciones de Buenos Aires (art. 161); Corrientes (art. 187); Formosa (art. 167); La Pampa (art. 97); Mendoza (art. 144); ya que entremezclan, en un mismo artículo, competencias jurisdiccionales con atribuciones propias del gobierno del Poder Judicial.

⁷ En algunos casos, la atribución de competencia en

esta materia al ST se efectúa de modo transitorio. Es el caso de Tierra del Fuego («esta competencia podrá ser modificada por ley cuando las necesidades y posibilidades de la administración de justicia lo requieran»; art. 157) y de Chaco («hasta tanto se cree el fuero correspondiente»; art. 163). Aclaramos que el fuero contencioso administrativo chaqueño ya está en funcionamiento desde hace varios años.

⁸ Escapa a la intención del presente trabajo profundizar el tema de las particularidades que presentan los mecanismos de control de constitucionalidad a nivel local. Una buena referencia sobre el punto podrá encontrar el lector en DÍAZ RICCI, SERGIO, en «*Panorama y evolución del control de constitucionalidad en los estados provinciales de Argentina*», en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. N° 11, enero-junio 2009, pág. 190.

⁹ «Toda vez que la decisión del legislador, plasmada en la ley 48, fue que todo pleito radicado ante la justicia provincial en la que se susciten cuestiones federales debe arribar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo después de fenecer ante el órgano máximo de la judicatura local, dado que los tribunales de provincia se encuentran habilitados para entender en causas que comprenden puntos regidos por la Constitución, las leyes federales y los tratados internacionales, cabe concluir en que las decisiones que son aptas para ser resueltas por esta Corte nacional no pueden resultar excluidas del previo juzgamiento por el órgano judicial superior de la provincia» («Di Mascio», Fallos 311:2478).

¹⁰ «Ayala Papich» (Acta N° 10, punto 5; del 14 de marzo de 2000). Según la anterior etapa, sólo cabía contra dichas medidas el recurso extraordinario federal.

¹¹ «BERNAL, CLARA SUSANA c/ Provincia De Santa Fe», del 11 de marzo de 2008, con cita de Piero Calamandrei.

¹² Al margen, estimamos que deberían ser los órganos con competencia en lo contencioso administrativo los legalmente habilitados para tramitar y resolver este tipo de juicios debido a la naturaleza indiscutiblemente administrativa y publicista que la institución expropiatoria posee.

¹³ A. y S. T. 63, pág. 317; del 3 de diciembre de 1986.

¹⁴ Ver, por ejemplo, los casos -mucho más recientes- «Marincovich» y «Benavidez», ambos del 27 de junio de 2007.

¹⁵ El texto del dictamen puede consultarse en el sitio web <http://www.mpf.gov.ar>.

¹⁶ Superior Tribunal de Justicia de La Pampa: «PAMPETROL S.A.P.E.M c/ Provincia de La Pampa s/ Demanda contencioso administrativa, sentencia del 29 de junio de 2007; Superior Tribunal de Justicia de Chubut: «M., E. y Otros s/ Recurso ley N°. 4139», interlocutorio del 9 de febrero de 2007.

Independencia del Poder Judicial y enjuiciamiento de magistrados en el sistema santafesino



DR. IVÁN KVASINA
Juez de Primera Instancia de Distrito
en lo Civil y Comercial N° 5,
Rosario

Introducción

Todas las cuestiones relativas al ejercicio del Poder y a su control tienen permanente y acuciante vigencia en la sociedad política.

Entre tales cuestiones nos detendremos en una, de especial trascendencia: la relativa a la remoción de los magistrados en nuestro sistema constitucional provincial.

Sabido es que la responsabilidad de los funcionarios, cualquiera sea su jerarquía, es un principio fundamental del sistema republicano y democrático –del Estado Constitucional de Derecho, en suma.

En el caso de los magistrados judiciales, la ingeniería constitucional ha diseñado mecanismos como el de juicio político y jurados de enjuiciamiento como formas de hacer efectiva las responsabilidades política y administrativa de aquéllos.

Subyace, además, en este diseño la idea de control recíproco entre los distintos departamentos gubernamentales, formando parte de lo que la doctrina norteamericana ha denominado *checks and balances* (frenos y contrapesos), tratando de hacer efectivo el teorema de la división de funciones que, en definitiva, es otro de los axiomas del sistema republicano y democrático de gobierno. Es aquí donde se produce un inevitable

contacto entre los dos presupuestos antes mencionados, que deriva en la generación de una interesante diversidad de problemáticas. En efecto, independencia (derivado lógico de la idea de división de funciones) y control, al entrar en recíproco contacto, suelen generar tensiones y hasta parecen tener, en determinadas circunstancias, magnitudes vectoriales en sentido contrario.

El presente trabajo se propone estudiar los problemas que, desde la perspectiva recién indicada, se generan en nuestro actual sistema provincial y evaluar también eventuales soluciones.

Acerca de la independencia del Poder Judicial

Paolo Biscaretti Di Ruffia ha enfatizado que «La naturaleza particular de la función jurisdiccional postula (...) una plena independencia constitucional para los órganos que la ejercen y, en particular, para aquellos de la jurisdicción ordinaria...»¹.

Biscaretti entiende que la independencia del Poder Judicial surge como una necesidad dada por las particulares características de la función jurisdiccional. En otras palabras, la independencia constitucional de dicho Poder es un imperativo de la propia naturaleza de la función jurisdiccional.

También ha sostenido que ...en los Estados que aceptan el principio de la división de Poderes, tal exigencia ha sido esencialmente resuelta precisamente erigiendo en Poder sustantivo a los Órganos de la jurisdicción ordinaria².

En nuestro sistema constitucional (tanto nacional como provincial), en consonancia con el principio republicano de la división de Poderes, el conjunto de organismos o tribunales que ejercen la función jurisdiccional han sido erigidos como un Poder del Estado (técnicamente constituye un órgano del Gobierno) que es el Poder Judicial.

Ha explicado Dromi que la investidura del Poder Judicial, como poder Político, resulta en primer lugar, de su competencia exclusiva como autoridad constituida encargada del control de constitucionalidad; en segundo lugar, por ser el intérprete final de la Constitución y por último, en tanto se le ha conferido atribución exclusiva para dirimir los conflictos de Poderes. Por tales razones se asciende la jurisdicción a la categoría de Poder que, como moderador y tribunal de las garantías constitucionales, integra el Gobierno³.

Por otro lado, se ha investido a los magistrados con distintas garantías que tienden a preservar el normal ejercicio de su función.

Es así que la directriz de independencia que estamos estudiando puede apreciar-

se desde dos perspectivas distintas: por una parte, desde un punto de vista orgánico-institucional (independencia del Poder Judicial como Poder del Estado) y, por otra parte, desde una perspectiva «subjética», teniendo en cuenta al Órgano-individuo, esto es, la independencia del juzgador en su tarea concreta de resolver litigios.

Desde el primer punto de vista el principio de independencia importa la existencia de la administración de justicia como un poder estatal institucionalmente separado y diferenciado de los otros poderes, con una organización especializada y competencias o atribuciones públicas específicas y exclusivas.

Otra consecuencia que deriva de la adopción de esta primera perspectiva de la independencia viene dada por el hecho de que la función de administrar justicia que se asigna a los órganos judiciales, excluye también su arrogación y ejercicio por los órganos ejecutivo y por el órgano legislativo, éstos sólo en forma excepcional ejercen funciones de tipo jurisdiccional. Ello significa que el Órgano esencialmente encargado de ejercer la función jurisdiccional, es el Poder Judicial y en el ejercicio de esa función goza de autonomía respecto de los otros Poderes⁴.

Desde el punto de vista señalado en segundo lugar (subjético o del Órgano-individuo), el principio de la independencia implica que los jueces no deben sufrir

la coacción de gobernantes, legisladores y políticos, como tampoco de otros detentadores de Poder existentes en la sociedad, puesto que son los máximos garantes de la verdadera vigencia de los derechos de todos los habitantes.

Así, Bidart Campos nos enseñaba que «no se admiten influencias o presiones externas, ni instrucciones acerca del modo de ejercer la función. Sólo la Constitución y las leyes imponen obligaciones a los jueces. Ni siquiera los órganos judiciales de instancia superior pueden intervenir en las sentencias o resoluciones de los de instancia inferior, como no sea cuando la ley les da oportunidad mediante recursos revisores». Por ello, también explicaba que «...el juez Órgano-individuo tiene estabilidad en su cargo; ello quiere decir que es inamovible aunque no siempre vitaliciamente, sí durante el período para el cual ha sido designado. De este modo, la destitución sólo procede a título de excepción y de acuerdo a un procedimiento también especial por ej.: enjuiciamiento»⁵.

Empero, y volviendo a la idea central que tomábamos de Biscaretti Di Ruffia, las dos perspectivas de la independencia judicial que hasta aquí analizamos tienen un único objetivo: garantizar un normal desarrollo de la función jurisdiccional.

En sintonía con ese razonamiento, Eugenio Zaffaroni explica que «ambas formas de independencia del juez, la externa y la

interna, son igualmente necesarias para posibilitar su independencia moral, o sea, para dotarlo del espacio de decisión necesario para que resuelva conforme a su entendimiento del Derecho»⁶.

En similar sentido, Bielsa y Graña han afirmado que «La independencia judicial es un instrumento para obtener la imparcialidad y la imagen de imparcialidad de los jueces» ... «Como institución es, pues, una categoría de medio que persigue el propósito de que el juez se sujete sólo al ordenamiento legal, y tanto cuanto sea posible; la correcta aplicación de las normas es un fin inmanente del propio ordenamiento jurídico»⁷.

El sistema santafesino de enjuiciamiento de magistrados

Nuestra Constitución provincial, en su artículo 90, prevé un doble sistema de procedimientos de destitución para los magistrados. Por una parte, los miembros de la Corte Suprema de Justicia están sujetos al juicio político y, por otra, los demás jueces nombrados con acuerdo legislativo son enjuiciables «en la forma que establezca una ley especial» ante la Corte Suprema de Justicia, integrada a ese solo efecto por un senador, un diputado y dos abogados de la matrícula.

El presente trabajo se detendrá en el examen del segundo de los sistemas de enjuiciamiento previstos constitucionalmente, habida cuenta de que, por obvias

razones de carácter cuantitativo, es el que, recurrentemente, más problemas y debates suele generar.

La norma constitucional recién descripta encarga el juzgamiento de la responsabilidad de los jueces a un Tribunal especial, la Corte Suprema de Justicia «integrada».

En rigor, la especial integración prevista por la norma como sus particularísimas atribuciones y procedimientos, llevan a sostener que se trata de un Órgano diferente del previsto en el artículo 83 de la Carta Magna provincial, un verdadero Jury de Enjuiciamiento, de naturaleza política antes que jurisdiccional.

En nuestra historia constitucional al primer antecedente sobre Órganos de estas características lo encontramos en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1873 (art. 190). Posteriormente, la Constitución de San Luis de 1905 implementó una solución similar, expandiéndose luego este instituto hasta diversas cartas provinciales, a saber: Constitución de Mendoza de 1916 (art. 164), de Entre Ríos de 1933 (art. 169) y, nuevamente, de Buenos Aires de 1934 (art. 172), entre muchas otras que luego les siguieron.

Nuestros constituyentes de 1962 adhirieron, pues, a una tendencia que ya contaba con numerosas experiencias exitosas en nuestro derecho público provincial.

En cuanto a su perfil institucional, no resulta ocioso advertir que el jurado de enjuiciamiento (Corte integrada, en el lenguaje de nuestro texto constitucional) participa de la misma naturaleza que el juicio político. En definitiva la función que se le asigna, si bien aparece revestida de formas jurisdiccionales, posee un indudable sustancia política. Ello surge claramente a poco que se evalúen las causales de enjuiciamiento y, además, se repare en que el criterio para proceder a evaluar la conveniencia de la continuidad o no de un magistrado, la reprochabilidad o no de su conducta, sigue basado en la discrecionalidad política.

Como sostiene Armagnague, en el caso del jurado de enjuiciamiento cambia el órgano y el procedimiento, pero la actividad sigue siendo eminentemente política, no se trata, ciertamente, de un tribunal de justicia actuando en un proceso penal o civil⁸.

Este enfoque ha sido claramente remarcado por la Corte Suprema de Justicia provincial al sostener que la intervención de sus miembros como jueces del Jury de Enjuiciamiento está destinada a efectuar un «control de idoneidad de un Juez en el desempeño de su función» y «difiere de modo sustancial» del control jurisdiccional de constitucionalidad que le atribuye el artículo 93 de la Constitución provincial⁹. Y en otros precedentes, el Alto Tribunal provincial asimiló al Jury de Enjuiciamiento con el juicio político, sosteniendo que «no

es un proceso penal» y que «en él no se persigue castigar, sino separar del cargo; no juzgar un hecho como delictuoso, sino una situación de gobierno como inconveniente para el Estado»¹⁰.

Régimen de la ley 7050

La ley reglamentaria 7050 (puesta en vigencia, luego de la reinstitucionalización democrática, por ley 9.543 y modificada por las leyes 11.115 y 12.949) especifica, en cuanto a la integración del Órgano que «Actuará como tribunal la Corte Suprema de Justicia de la Provincia integrada a ese solo fin con un (1) senador, un (1) diputado y dos (2) abogados de la matrícula, los que serán sorteados entre los cinco (5) titulares remitidos por los Colegios de Abogados de las cinco (5) circunscripciones judiciales de la Provincia» (art. 2, texto según ley 12.949).

En cuanto al modo de designación, prevé el artículo 3 que «Los miembros legislativos serán designados bianualmente por las Cámaras respectivas durante el período ordinario de sesiones, su prórroga, o en período extraordinario, salvo el caso de receso legislativo dispuesto simultáneamente por ambas Cámaras, antes del 10 de diciembre». «Del mismo modo, antes del 31 de octubre de cada año, se designará un (1) miembro profesional por cada uno de los siguientes Colegios de Abogados: Santa Fe, Rosa-

rio, Rafaela, Reconquista y Venado Tuerto. En todos los casos se designará un (1) titular y cinco (5) suplentes en orden sucesivo los que podrán ser reelegidos» (texto según modificación introducida por ley 12.949).

Las causales de remoción de magistrados están taxativamente enumeradas en el artículo 7 de la reglamentación: a) ignorancia manifiesta del Derecho o carencia de alguna otra aptitud esencial para el ejercicio de la función judicial reiteradamente demostrada; b) incumplimiento reiterado de las obligaciones del cargo impuestas por la Constitución, leyes o reglamentos, acordadas o resoluciones judiciales, o infracción de sus normas prohibitivas; c) desorden de conducta privada o actividad privada incompatible con el decoro y dignidad de la función judicial; d) comisión u omisión de actos previstos por las leyes como delitos dolosos; e) inhabilidad física o mental permanente que obste el ejercicio adecuado del cargo.

La ley también contempla un procedimiento con dos etapas bien diferenciadas: una, previa a la admisión de la denuncia, y el juicio posterior a dicho acto.

La primera de esas etapas principia con la denuncia (que puede ser incoada por toda persona capaz y que no será parte en las actuaciones) que deberá presentarse ante la Corte Suprema de Justi-

cia. A instancias del Presidente del Alto Cuerpo, aquélla debe ser ratificada por su autor, debiendo, en ese mismo momento completarse los requisitos que faltaren, so pena de procederse, en caso de omisión por el denunciante, al archivo de las actuaciones sin más trámite (arts. 8 y 9).

Satisfechos los requisitos formales, el Presidente de la Corte debe correr vista, por tres días, al Procurador General y, una vez evacuada, debe convocar a los miembros del Tribunal para, dentro de un plazo de cinco días, decidir, luego de una apreciación preliminar de los fundamentos de la denuncia, sobre su admisión o rechazo. La norma contempla que en esta etapa puedan recabarse otros elementos de juicio e, inclusive, la posibilidad de oír al denunciado (art. 10, 1er. párrafo, in fine).

En cuanto a las razones que justifican el rechazo, la norma menciona la manifiesta temeridad o evidente malicia de la denuncia o la invocación en ella de hechos que claramente no configuren causal de remoción (art. 10, 2º párrafo).

La admisión de la denuncia trae aparejados serios efectos sobre el denunciado: la suspensión provisional en el ejercicio de sus funciones y el pago en lo sucesivo del 50% de la remuneración, reteniéndose el 50% restante (art. 12).

El trámite posterior sigue la lógica del juicio contradictorio. Habiendo comparecido el denunciado (o su defensor), se ordena traslado al Procurador General para que formule acusación; y de la requisitoria se corre traslado al imputado (artículo 13). Se prevé la posibilidad de apertura de la causa a prueba (art. 14) y la serie procedimental contradictoria culmina con una audiencia de vista de causa en la cual el acusador y el imputado expondrán oralmente sus conclusiones (art. 15). La siguiente etapa es de estudio y deliberación por parte del Tribunal, pudiendo éste en dicha oportunidad disponer medidas para mejor proveer (art. 16). La sentencia, que debe adoptarse por mayoría de los miembros del Tribunal, se limitará a absolver o a destituir al acusado. La primera solución importa la automática restitución del magistrado a sus funciones y el pago inmediato del importe retenido de sus sueldos. La destitución, en cambio, se entiende sin perjuicio de las responsabilidades civiles y criminales que pudieran imputarse al enjuiciado, no haciendo cosa juzgada el pronunciamiento sobre tales particulares aspectos (art. 17).

Son muy interesantes las directrices que la ley 12.949 introdujo respecto de la duración del proceso.

En el artículo 17 bis se prevén límites temporales referidos a las distintas etapas del enjuiciamiento.

Uno de esos límites refiere a la primera etapa identificada en este análisis, la previa a la admisión de la denuncia, estableciéndose la caducidad de las actuaciones si transcurrieran más de sesenta días hábiles contados a partir de la formulación de la denuncia sin que mediare acusación.

El otro límite refiere a la etapa siguiente, la del juicio propiamente dicho, previendo que la duración total del procedimiento no podrá superar los doscientos diez días hábiles, contados desde la admisión de la denuncia en los términos del artículo 10. Para el caso de acumulación de denuncias contra un mismo acusado, dicho plazo se amplía a doscientos cuarenta días hábiles.

Y una última particularidad está dada por la modificación introducida por la ley 11.115, y mantenida por la 12.949, en el artículo 10, en cuanto refiere que la renuncia del magistrado denunciado durante el trámite del enjuiciamiento no impedirá la continuidad del procedimiento, debiendo seguir éste en idéntica forma hasta que el Tribunal emita su fallo absolutorio o condenatorio.

Nuestra evaluación constitucional del régimen actual

Como se advirtió al comienzo del presente trabajo, la valoración del sistema

provincial de enjuiciamiento será realizada desde una perspectiva que parta de los dos tópicos constitucionales directamente involucrados en esta problemática, a saber: responsabilidad y control, por una parte, y división de funciones e independencia judicial, por el otro.

Somos de la idea de que la tarea de creación normativa y también la tarea hermenéutica, en este tema, deben estar necesariamente orientadas a evitar posibles desajustes en nuestras instituciones republicanas, tanto en su diseño como en su funcionamiento concreto.

Desde tal perspectiva, podemos señalar en cuanto a la integración del Tribunal de Enjuiciamiento prevista por la Constitución y la ley reglamentaria que, a diferencia de otros sistemas (como el vigente a nivel nacional) presenta un razonable balance en cuanto a la representación de distintos sectores directamente interesados en una recta prestación del servicio de justicia. Es así que encuentra cabida una fuerte representación del Poder Judicial encarnada en los mismos miembros del Máximo Tribunal pero también posibilita la intervención de los sectores políticos directamente elegidos por el voto del electorado, como, asimismo, de los profesionales de la abogacía (involucrados directamente en el quehacer judicial).

Consideramos necesario, en una futura reforma constitucional, contemplar la in-

corporación al Tribunal de las entidades representativas de los magistrados, quienes tienen un interés institucional no menos calificado que el de las entidades representativas de los abogados que ejercen la profesión. Creemos, siguiendo a Kiper, que no es atendible la argumentación que suele esgrimirse en contra de este criterio, basada en que los jueces seríamos corporativos y, por ende, incapaces de juzgar, sancionar o acusar a nuestros colegas. La historia dice lo contrario: muchos jueces fueron destituidos por denuncias de sus colegas. «Ocurre que no toleramos la corrupción, cuando se presenta. No hay tal espíritu de cuerpo»¹¹. Asimismo, representa un grave error conceptual denominar «corporación» a uno de los tres Poderes del Estado.

Asimismo, cualquier modificación que, a nivel constitucional, pretenda promoverse, nunca podría apartarse de la directriz del debido equilibrio en la integración del cuerpo, debiendo evitarse la hegemonía de sectores (como los representantes políticos y las asociaciones de abogados) ajenos al Poder Judicial.

La tendencia a nivel internacional es muy clara, en el sentido recién indicado. En ese orden, podemos aludir a la observación formulada por el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respecto de la integración del Consejo de la Magistratura de la Nación. Sobre el

cuarto informe de la Argentina, el Comité si bien, naturalmente, no postuló un diseño concreto del Consejo, sí precisó, con total claridad, dos circunstancias. Primeramente, y no sin preocupación, que a pesar del señalado principio constitucional de equilibrio, existe en el Consejo «una marcada representación de los Órganos políticos allegados al Poder Ejecutivo, en detrimento de la representación de jueces y abogados (Artículo 2 del Pacto)». Y, en segundo término, sostuvo que nuestro país «debe tomar medidas con miras a hacer efectivo el equilibrio previsto en el precepto constitucional en la composición del Consejo (...) evitando situaciones de control del Ejecutivo sobre este Órgano».

Similar orientación se advierte en la Carta Europea sobre el Estatuto de los Jueces (adoptada, dentro del marco del Consejo de Europa en julio de 1998) en tanto previó que para toda decisión relativa a la selección, reclutamiento, nominación, desarrollo de la carrera y cesación de funciones, de un juez, debía intervenir una instancia independiente del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, «compuesta, al menos, por una mitad de jueces» (elegidos por sus pares según modalidades que garanticen la mayor representación de éstos, -art. 1.3.).

En lo referente a las causales de remoción, es indispensable propiciar una reforma que prohíba destituir a los magis-

trados por el contenido de las sentencias –a causa de la interpretación que ellos hagan del Derecho vigente- salvo comisión de delito o patrón de conducta de desconocimiento grosero del Derecho. Esto último se hace aún más imperioso luego del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso «Apitz Barbera y otros vs. Venezuela», en tanto que esta sentencia sostiene la necesidad de asegurar la independencia interna y externa de la magistratura judicial¹². Tal criterio, por lo demás, ha sido propiciado por el Tribunal de Enjuiciamiento nacional en el caso «Bustos Fierro, Ricardo», sosteniendo que no debe juzgarse a los jueces por la interpretación que ellos hagan del Derecho aplicable en las sentencias que dicten¹³.

En lo atinente al trámite del procedimiento regulado en la reglamentación, consideramos como un avance la introducción de plazos de caducidad tanto para la admisión de la denuncia como para la sustanciación del juicio posterior en el modo previsto por la ley 12.949, en tanto constituye un resguardo que tiende a impedir la prolongación del enjuiciamiento de un magistrado más allá de un plazo prudencial. Es que, como bien lo ha expresado Claudio Kiper, «es imprescindible que el trámite de las denuncias se resuelva rápidamente, ya que los jueces no tienen por qué esperar eternamente que ello suceda» a lo que cabe añadir que la posibilidad de mantener abierta

sine die una denuncia contra un magistrado o de no rechazar in límine una denuncia que sólo tiene la apariencia de tal pueden constituirse en presiones inadmisibles para los jueces¹⁴.

Sólo resta esperar que la finalidad perseguida por la normativa recién mencionada no se vea desvirtuada por el comportamiento de ninguno de los operadores del sistema del cual derive una prolongación del trámite, tanto de la admisión (o rechazo) de la denuncia como, en su caso, del enjuiciamiento. Formulamos votos en tal sentido.

Finalmente, debemos detenernos en lo relativo a la continuación del trámite del enjuiciamiento previsto en el artículo 10 de la ley reglamentaria, aun en el supuesto de renuncia del magistrado enjuiciado.

La previsión resulta, cuanto menos, claramente irrazonable. No debe perderse de vista que el enjuiciamiento de magistrados, al igual que el juicio político, termina y agota su objetivo cuando el funcionario se separa o ya no está en el cargo¹⁵. A ello debemos agregar que nuestro régimen no contempla la posibilidad de imponer una sanción accesoria como la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos. Tal particularidad se justifica plenamente a poco que se repare en que la imposición de tan grave sanción, en la mayoría de los sistemas

políticos queda reservada a los órganos elegidos directamente por el electorado quienes, por su particular origen, se consideran habilitados para la adopción de medidas de tal peculiaridad.

En esas condiciones, no se advierte motivo alguno que justifique la continuación del trámite luego de la renuncia del denunciado. Ciertamente, la norma parece perseguir fines claramente persecutorios, lo cual la torna cuestionable en su constitucionalidad.

Conclusión

La actual concepción de Estado Constitucional y Democrático de Derecho impone fuertes exigencias en cuanto a la efectivización de las responsabilidades públicas y, paralela y principalmente, persigue la concretización de los derechos enunciados en las normas constitucionales, reservándoles a los jueces un importantísimo papel en ese proceso.

Tal marco exige una inteligente conjugación de estos dos elementos de modo que ninguno de ellos individualmente termine por transformarse en un medio de neutralización u obstaculización en la realización del otro.

Debe evitarse, como se dijo en otro pasaje de este trabajo, la eventual producción de desajustes en el funcionamiento

de nuestras instituciones republicanas y democráticas.

Consecuentemente, nos parece claro que los mecanismos de control y depuración institucional deben ser objeto de una prudente utilización por parte de los Órganos estatales a quienes la Constitución les ha confiado su custodia. No pueden, entonces, avalarse modos de acción basados en el uso de las herramientas de control político como medios implícitos de presión o de influencia sobre la tarea de los jueces. Ese sería, justamente, el vicio estructural más peligroso para un normal funcionamiento de nuestras instituciones republicanas y democráticas. Y ninguna reforma que pudiera intentarse en el futuro podría alentar cambios que se orienten en tan carente de valor y riesgoso sentido.

En lo que hace a la conducta de los jueces, el bien jurídico protegido básico y esencial es, no solamente, el cumplimiento estricto de la ley por parte de los magistrados, sino además, y fundamentalmente, la confianza que la ciudadanía necesita depositar en el Poder Judicial.

Esa confianza, que hace a la esencia de la seguridad jurídica indica con precisión el bien jurídico protegido, que es, precisamente, la mentada seguridad jurídica.

Por ello, el enjuiciamiento de los magistrados tiene que tener siempre como ob-

jetivo básico y primero la imprescindible seguridad jurídica, que ese juzgamiento debe ofrecer a la ciudadanía toda, como prueba objetiva de la existencia del Estado de derecho¹⁶.

Paralelamente, nos parece indiscutible que los mecanismos de control y determinación de responsabilidades en este particular ámbito de actuación estatal, deben estar dirigidos a proteger y prestigiar el recto ejercicio de la función jurisdiccional y no precisamente a interferir u obstaculizar tal ejercicio de una función pública, esencial para la existencia misma de la sociedad política.

No es otra es la directriz que, con alcance regional y directamente aplicable a nuestro sistema, viene delineando la Corte Interamericana de Derechos Humanos al sostener que los procedimientos, tanto para el nombramiento como para la destitución de jueces, deben ser estrictos, conducirse con imparcialidad, permitiendo el derecho de defensa y, sobre todo, no deben fomentar «la duda objetiva del observador sobre la posibilidad efectiva de aquéllos de decidir controversias concretas sin temor a represalias»¹⁷.

¹ BISCARETTI DI RUFFIA, PAOLO, «*Derecho Constitucional*», Madrid, Tecnos, 1987, pág. 510.

² BISCARETTI DI RUFFIA, ob. cit., pág. 511.

³ DROMI, JOSÉ ROBERTO, «*El Poder Judicial*», ediciones UNSTA, Tucumán, 1982, pág. 26.

⁴ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., «*Tratado elemental de derecho constitucional argentino*», Bs. As., Ediar, 1995, novena edición, Tomo II, pág. 411.

⁵ BIDART CAMPOS, GERMÁN, ob. cit. Pág. 412.

⁶ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, «*Estructuras Judiciales*», Ediar, Bs. As., 1994, pág. 106.

⁷ BIELSA, RAFAEL Y GRAÑA, EDUARDO, «*Justicia y Estado*». Ed. Ciudad Argentina, Bs. As. 1996, pag. 161.

⁸ ARMAGNAGUE, JUAN F. «*Juicio Político y Jurado de Enjuiciamiento*», Bs. As., Depalma, 1995, págs. 297/298.

⁹ C.S.J.S.F., 27.3.1996, A. y S. T. 125, pág. 228.

¹⁰ C.S.J.S.F., 26.12.1996, A. y S., T. 133, pág. 352.

¹¹ KIPER, CLAUDIO M., «Reforma del Consejo de la Magistratura», La Ley 17/09/2010, 1.

¹² La Ley, *Sup. Especial*, octubre/2004, p. 41.

¹³ KIPER, CLAUDIO M., «*Reforma del Consejo de la Magistratura*», Publicado en: La Ley, 17/09/2010, pág. 1.

¹⁴ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., «*El Derecho Constitucional del Poder*», Bs. As., 1967, T. 1, pág. 380.

¹⁵ SPOTA, ALBERTO ANTONIO, «*Ejercicio del poder de policía sobre jueces y abogados*», La Ley 1998-D, 1040

¹⁶ CIDH, in re «Apitz Barbera» ya citado.

El juez en el sistema republicano



DR. MAXIMILIANO TORICELLI
Doctor en Derecho U.N.L.
Profesor de Derecho Constitucional
en la Facultad de Derecho de la U.N.R.
y en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la P.U.C.A.

1. Introducción

Uno de los aspectos que siempre ha generado controversias doctrinarias es la falta de periodicidad del cargo del juez en el régimen republicano.

Dentro de los tres poderes del Estado, el único cargo permanente es precisamente el del juez, y por ello muchas veces se ha propuesto que los magistrados duren un tiempo determinado e incluso que sean elegidos por voto popular.

A nuestro modo de ver, esta consideración parte de un error, de considerar que un régimen es más democrático o más republicano cuanto más se vota.

La democracia es una forma de Estado (porque abarca la relación del elemento poder sobre la población) que permite la participación ciudadana en la toma de decisiones, y que requiere como elementos indispensables para su configuración el reconocimiento de libertades y el respeto por las diferencias. No todos los regímenes así llamados son igualmente democráticos.

Mientras mayor sea el nexo de derechos y tolerancia, habrá mejores posibilidades de participación comunitaria.

En cuanto a la palabra «república», si bien suele tener una significación vulgar semejante a la de «democracia», existe entre

ambas una distinción entre género y especie¹, dado que la democracia puede tener variantes monárquicas (cuando el ser jefe de Estado es hereditario, como en España, Gran Bretaña y Holanda) o republicana (cuando surge de la elección popular, sea directa o indirectamente, como en los Estados Unidos de América, Francia o Italia).

En definitiva, la República es sólo una de las modalidades de la Democracia, que se caracteriza precisamente por la periodicidad de la función del Jefe de Estado².

Precisamente la Democracia, y su subespecie la República, tienen mayores posibilidades de realización cuando al juez se le conceden ciertas garantías, y entre ellas, la estabilidad.

La idea de Montesquieu fue asegurar una división de poderes que asegurara al ciudadano contra los desbordes del gobernante y en ese sentido dijo que «*no hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Si no está separado del Poder Legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del Poder Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.*

Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la

misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares»³.

A este diseño de división de poderes lo adoptó Estados Unidos de América y fue receptado por nuestra Constitución.

Se reconoció al Judicial como un poder del Estado, independiente de los poderes políticos, que no sólo tiene por misión resolver los conflictos entre particulares, sino que también está a cargo del control de constitucionalidad de toda la actividad estatal, y es el intérprete final de la Carta Magna.

Semejante responsabilidad corresponde a un poder en desventaja con respecto a los demás, por lo que va a requerir un equilibrio especial para asegurar su funcionamiento.

Advertía Hamilton que *«quien considere con atención los distintos departamentos del poder, percibirá que en un gobierno en que se encuentran separados, el Judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes. El Ejecutivo no sólo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la*

comunidad. El Legislativo no sólo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El Judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el Tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento»⁴.

El adecuado funcionamiento del Poder Judicial se estructura desde arriba hacia abajo.

Resultan fundamentales la capacidad, independencia y honestidad de los magistrados, por lo que se vuelve imprescindible un adecuado sistema de selección, junto con el otorgamiento de las garantías necesarias para llevar adelante su cometido.

El cúmulo de las labores que actualmente le toca atender, con una sociedad que reclama de manera más activa el efectivo ejercicio de sus derechos, y que los canaliza por este órgano estatal, exige también que se cuente con colaboradores capacitados y medios técnicos adecuados, que permitan una mayor eficacia en la prestación del servicio.

Por ello también es conveniente que se organicen tribunales suficientes para atender los requerimientos de la pobla-

ción y que se los dote de las herramientas técnicas necesarias para desarrollar su labor.

En nuestro sistema federal existen dos poderes judiciales: el nacional y el provincial (desarrollado en las constituciones respectivas).

La importancia que la Constitución federal le otorga a este poder se patentiza en que no se limita a regular la organización de la justicia nacional y otorgarle las garantías necesarias para desarrollar su cometido, sino que le exige a las provincias que aseguren un poder judicial local, fijando garantías mínimas para asegurar su correcto desempeño.

2. El procedimiento de selección de magistrados

La selección de jueces adecuados es sumamente importante para el desarrollo de la actividad en sí.

A diferencia de los restantes poderes del Estado, la función técnica que cumplen los jueces requiere un grado de conocimiento específico que ha hecho que este poder sea reservado exclusivamente a los profesionales del Derecho.

Existen, en el derecho comparado, diversos sistemas de selección de jueces. Con ciertas variantes, los más

comunes son los de elección popular, cooptación y designación por parte de los poderes ejecutivos.

El sistema de elección popular, que no contó con mayores adeptos, se utilizó en algunos Estados de los Estados Unidos de América, así como en ciertos tribunales de la ex Unión Soviética. El principal cuestionamiento pasa por las dificultades del electorado de conocer calidades técnicas y personales de los candidatos a ocupar cargos, lo que dificulta excesivamente la capacidad de elegir al más adecuado. Además, al ser los jueces los garantes de los derechos de las minorías, el dejar sometido a decisión mayoritaria esa protección puede tornarse desaconsejable.

Si los jueces dependieran de los partidos para su postulación, cómo aseguraríamos su independencia, cuando precisamente uno de los cuestionamientos a los parlamentos actuales es su íntima vinculación con el partido gobernante al que pertenecen.

En el sistema de cooptación es el propio Poder Judicial el encargado de designar a sus pares. El inconveniente de esta forma de selección es la ausencia de renovación que suele tener el cuerpo, al existir una clara preferencia en la selección de aquellos candidatos que se encuentran desempeñándose dentro del Órgano, en desmedro de los abogados de la matrícula.

El método de la designación por el Poder Ejecutivo ha sido el utilizado por los Estados Unidos de América y al que nuestra Constitución de 1853 adhirió. Con la reforma de 1994, este sistema sufrió una profunda transformación, dado que si bien sigue siendo el Presidente –con acuerdo del Senado– quien los designa, se encuentra limitado a una terna de candidatos que eleva el Consejo de la Magistratura.

Pero la sola designación es insuficiente para lograr el equilibrio pretendido y por ello se han asegurado a los jueces distintas garantías, con el fin de asegurar su independencia e imparcialidad, tanto colectivas como individuales. Nos centraremos aquí en las dos más importantes, la intangibilidad de las remuneraciones y la estabilidad en el cargo⁵.

3. Intangibilidad de las remuneraciones

El art. 110 de la Const. nacional establece que «*los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones*».

Esta garantía tiene como finalidad que los magistrados estén ocupados sólo del dic-

tado de sentencias y en la satisfacción de sus necesidades personales y familiares⁶.

Al comentar una cláusula similar a la existente en nuestra Constitución, los autores de El Federalista exponían que «*ésta es la disposición más aceptable que se habría podido idear. Se comprenderá fácilmente que las fluctuaciones en el valor de la moneda y en la situación de la sociedad hacían inadmisibles el establecer en la Constitución una tasa fija para esta remuneración... Era necesario, por lo tanto, dejar a la prudencia de la legislatura que variara las sumas que hubiera proveído, de acuerdo con los cambios de las circunstancias, pero con restricciones tales que pusieran fuera del alcance de ese Cuerpo el empeorar la situación de los individuos. Así un hombre podría estar seguro de la situación en que se hallare, sin que le desviara del cumplimiento de sus deberes el temor a que se lo colocara en condición menos favorable. La cláusula que se ha citado combina ambas ventajas. Los salarios de los funcionarios judiciales podrán alterarse de tiempo en tiempo, a medida que lo requieran las circunstancias, pero nunca para disminuir los emolumentos a que tiene derecho un juez determinado en la época en que ingresa al servicio. Se observará que la convención ha establecido una diferencia entre remuneración del presidente y la de los jueces. La del primero no puede ser aumentada ni disminuida; la de los segundos no admite disminución*»⁷.

La doctrina de nuestros autores reconoce este principio. Así se dijo que «*la fijación de las remuneraciones judiciales –aparte del tema de su indexación– tiene que atender distintas situaciones: a) posibilidades económicas de una sociedad; b) necesidad de atraer a la judicatura a los mejores abogados, y c) proporcionar a los jueces una vida estable. Bajas remuneraciones producen un plantel judicial generalmente mediocre, cuando no desaprensivo y hasta venal. Por lo demás, un poder judicial poco calificado será, habitualmente genuflexo con relación a quienes lo designan, con el consiguiente peligro para la ciudadanía*»⁸.

En el mismo sentido se expresó que «*tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestro país han sostenido que esta intangibilidad debe ser asegurada preservando el Estado, como mínimo, la retribución pagada a cada magistrado con inmediata posterioridad a la fecha de su juramento, evitando cualquier clase de disminución, ya sea directa, mediante la reducción del monto monetario nominal, ya indirecta, por falta de adecuada actualización de los valores monetarios nominales, en épocas de inflación. En otras palabras, debe mantenerse incólume la cantidad de bienes y servicios que el titular puede adquirir con su remuneración*»⁹.

Desde hace unos años genera controversia el alcance del impuesto a las ganancias sobre el salario de los magistrados

e importantes voces, incluso defensoras de la intangibilidad de las remuneraciones, propugnaron su pago¹⁰.

Otros autores distinguieron «*según que el impuesto grave al salario (réditos, ingresos brutos, etc.) de aquel cuya materia imponible no se encuentre vinculada directamente a la remuneración (capitales, sellos, transferencia, inmobiliario, automotores, lotería, etcétera). Para el primer supuesto creemos que la prohibición constitucional impide de cualquier modo gravarlo y de esta manera lo ha interpretado la Corte Suprema al señalar que ‘la ley de réditos es violatoria del art. 96 de la Const. nacional, en cuanto impone una contribución sobre el sueldo de los magistrados judiciales de la Nación’. Esta solución se explica por sí misma en la medida en que este tipo de impuestos importa una concreta disminución en la remuneración del magistrado, pero no ocurre lo mismo respecto de aquellos impuestos en que, como señalamos, es otra la materia imponible; y siendo ello así, corresponde que los jueces los paguen del mismo modo que cualquier otro habitante del país*»¹¹.

La Corte Suprema se expidió en diversas oportunidades sobre el tema que nos ocupa. En su desarrollo jurisprudencial desechó todo tipo de disminución del salario, sea de manera directa, mediante algún impuesto, o en modo indirecto, debido a los procesos inflacionarios.

Tales por ejemplo los casos «Bonorino Perú», del 15 de noviembre de 1985, donde, integrada por conjueces, resolvió que el proceso inflacionario afectaba la intangibilidad de las remuneraciones¹².

En la causa «Vilela» entendió que «*la intangibilidad de los sueldos de los jueces es garantía de la independencia del Poder Judicial, de forma que cabe considerarla, juntamente con la inamovilidad, como garantía de funcionamiento de un poder del Estado.*

La garantía de irreductibilidad de los sueldos está conferida en común al ‘órgano institución’ y al ‘órgano individuo’, no para exclusivo beneficio personal o patrimonial de los magistrados sino para resguardar su función en el equilibrio tripartito de los poderes del Estado, de forma que la vía abierta en esta causa no tiende tanto a defender un derecho de propiedad de los actores como particulares, y a título privado, sino la ya referida garantía de funcionamiento e independencia del Poder Judicial, cuya perturbación la ley suprema ha querido evitar al consagrar rotundamente la incolumidad de las remuneraciones judiciales... Es decir, que otorgando a los jueces una situación jurídica sin duda peculiar –inamovilidad, intangibilidad de la remuneración– se le asegura a la sociedad, al pueblo, la estricta vigencia del Estado de derecho y del sistema republicano de gobierno»¹³.

Esta doctrina fue posteriormente reiterada en las causas «Bergna»¹⁴, «Grieben»¹⁵ y «Carbone»¹⁶.

Por acord. 6, del 13 de febrero de 1996, y con motivo de la sanción del art. 18 de la ley 24.624, que suspendía el pago de montos de escalafón derivados de promociones, ascensos, antigüedad, etc., la Corte Suprema admitió que, si bien esa norma comprendía al Poder Judicial, lo hacía «con la salvedad de que, como es reiterada la doctrina en esta materia, no podrá afectarse la intangibilidad de la remuneración de los magistrados judiciales ni miembros del Ministerio Público, de acuerdo a lo prescripto por los arts. 110 y 120 de la Const. nacional (Fallos, 307-II:2174, entre otros)».

Por muchos años, el Congreso nacional entendió la garantía referida con el alcance dado por la Corte Suprema, por lo que eximió a los jueces, mediante el art. 20 inc p) de la ley 20.628 del Impuesto a las Ganancias. En 1996, dictó la ley 24.631¹⁷, derogando la exención referida.

Esta norma fue declarada inválida por el tribunal cimero, quien en uso de atribuciones institucionales, y basado en los poderes implícitos, dictó la acord. 20/96, en la cual declaró «la inaplicabilidad del art. 1º de la ley 24.631, en cuanto deroga las exenciones contempladas en el art. 20, incs. p y r, de la ley 20.628, texto ordenado por decr. 450/86, para los magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación»¹⁸.

Es por ello que la AFIP y su antecesora (la DGI) nunca aplicaron la mencionada normativa. No se efectuó descuento alguno ni a magistrados ni a funcionarios judiciales ni del Ministerio Público, tanto provinciales como nacionales¹⁹.

A criterio del máximo tribunal, en una adecuada interpretación de las normas constitucionales, la intangibilidad de las remuneraciones es una garantía entendida de manera absoluta, que no permite la disminución de los haberes de modo directo –por ningún tipo de impuesto– ni indirecto –por procesos de depreciación monetaria–.

Por ello, los salarios de los magistrados judiciales no pueden ser alterados por el Impuesto a las Ganancias, máxime cuando se vive un proceso inflacionario que afecta esa garantía.

No debe olvidarse, como bien advertían los autores de *El Federalista*, que la garantía procura que el magistrado no sufra disminución alguna de su salario con posterioridad a su ingreso, con lo que la incorporación actual del Impuesto a las Ganancias sobre dicha remuneración afecta de manera inconstitucional la referida garantía.

Este modo de asegurar la independencia debe ser cuidadosamente equilibrado.

Si a los jueces no se les permite ejercer ninguna función remunerada –dado que

se encuentran limitados a la docencia universitaria, la que no suele ser bien paga–, es lógico que como contrapartida el salario sea digno, y no pueda ser disminuido por ninguna causa, ni directa, ni indirectamente.

La prerrogativa alcanza también a los magistrados provinciales y es extensiva no sólo a la remuneración en actividad, sino también en pasividad porque el art. 110 de la Carta Magna es de aplicación ineludible por las provincias, dado que constituye una garantía mínima del sistema republicano (se encuentra consagrada en beneficio no sólo del magistrado sino, fundamentalmente, de la sociedad), y –por imperio del art. 5º de la Const. nacional– las provincias deben respetarlo²⁰. Ello no implica desconocer un margen de actuación a las provincias, a fin de reforzar las garantías de independencia.

La Corte Suprema se pronunció a favor del reconocimiento de la aplicación de la garantía de la intangibilidad a los jueces provinciales y abrió el recurso extraordinario presentado por un magistrado contra la sentencia del Superior Tribunal de Río Negro que no había hecho lugar a la actualización de los haberes desfasados por depreciación monetaria, por considerar que ello era una función propia del Poder Legislativo²¹, doctrina reiterada en diversos precedentes²² y ampliada y precisada en «Scarpati», donde se admitieron mecanismos de actualización mo-

netaria más favorables que los aplicados en el orden federal²³.

Esta doctrina la hizo extensible a los magistrados en pasividad, aun cuando admitió cierta disminución en los ingresos con motivo del pase a retiro (p.ej., el 85% del salario en actividad), entre otros en los precedentes «Piccirilli»²⁴, «Fernández Prego»²⁵, «Fabris»²⁶, «Argüello Varela»²⁷.

En definitiva, la intangibilidad de las remuneraciones abarca tanto los salarios que perciben los magistrados judiciales en actividad como los haberes que, a consecuencia de ello, revisten en condición de pasividad.

4. Estabilidad

Otro de los pilares sobre los que se asienta la independencia del Poder Judicial es la inamovilidad de los magistrados.

La Constitución nacional establece que los jueces duran en su cargo mientras dure su buena conducta (art. 110). Esta inamovilidad sufrió sus embates en los últimos tiempos, tanto mediante la pretensión de disminuir el alcance de la garantía colocando topes de edad como mediante la designación de jueces subrogantes en vacancias definitivas.

Al comentar una cláusula de la Cons-

titución de Nueva York, que adoptaba como límite de edad del magistrado los 70 años, los autores de *El Federalista* sostenían que «*han de ser muy pocos los que no reprobren esta disposición en la actualidad. No hay empleo con relación al cual resulte menos oportuno que el de los jueces. Las facultades de discurrir y de comparar se conservan intactas bastante después de esa edad en los hombres que le alcanzan, y cuando además de esta circunstancia consideramos que pocos hombres sobreviven a su vigor intelectual y lo improbable que sería el que una proporción importante y más o menos numerosa de la judicatura estuviera simultáneamente en la situación descrita, estaremos dispuestos a convenir en que las limitaciones de En una república donde no abundan las este género son muy poco recomendables. fortunas y las pensiones no son convenientes, el quitar a los hombres de los cargos en que sirvieron a su país larga y fielmente, y de los que depende para su subsistencia, a una edad demasiado avanzada para que puedan buscar alguna otra ocupación que les permita vivir, debe justificarse desde el punto de vista humanitario con algún pretexto más plausible que el derivado del peligro imaginario de una judicatura inhabilitada por la edad*»²⁸.

También la Corte Suprema entendió que cuando se dejaba en manos de otros poderes la disposición del cargo judicial, la cláusula que así lo establecía era contra-

ria a los principios constitucionales. En la causa «Iribarren», que versaba sobre el alcance que posee el art. 88 de la Constitución santafesina²⁹, sostuvo que «*la trascendencia de tales efectos exce- de el marco del derecho público local y se proyecta al ámbito de vigencia de la Constitución nacional, pues si bien ésta garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones, el ejercicio de ellas y la elección de sus autoridades, les impone expresamente el deber de asegurar la administración de justicia (art. 50). Proclama su supremacía sobre las constituciones y leyes locales (art. 31) y encomienda a esta Corte su mantenimiento (art. 116). Y es evidente que choca frontalmente con el citado deber la disposición que transforma en precaria la situación de los jueces que arriban a una determinada edad, sin limitación alguna en el tiempo, dejando en manos de los otros poderes provinciales la disposición de sus cargos.*

Que, ante situaciones como la de autos, en la que se comprueba que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, en el sentido que da al término la ley fundamental, y que constituye uno de los pilares del edificio por ella construido con el fin irrenunciable de afianzar la justicia, la intervención de este tribunal federal no avasalla las autonomías provinciales, sino que procura la perfección de su fun-

cionamiento, asegurando el acatamiento de aquellos principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la Constitución nacional (Fallos, 301:804).

Que es del caso recordar que esta Corte ya señaló: Que la interpretación del pensamiento que informa el art. 5º en cuanto a su contenido real ha sido formulada por Estrada en los siguientes términos: 'la Constitución de los Estados Unidos sólo garantiza una forma republicana de gobierno. La Constitución argentina garantiza dos cosas: una forma republicana de gobierno y el goce y ejercicio efectivo y regular de las instituciones. De suerte que si en Norteamérica solamente está obligado el gobierno federal a amparar a un Estado cuando su forma de gobierno ha sido invertida, en la República Argentina está obligado el gobierno federal a amparar a las provincias cuando la forma republicana ha sido corrompida, es decir cuando ha sido interrumpido el ejercicio regular de las instituciones cuyo goce efectivo ella garantiza. Y es de total evidencia que no puede ser de otro modo, ya que el sistema político adoptado y las garantías proclamadas en un estatuto, cuando no tienen en la práctica efectividad y realización ciertas, lejos de hacer la felicidad del pueblo, lo sumen en la desgracia y en el oprobio' (Fallos, 154:192).

De esta misión del gobierno federal no hay razón para excluir al Poder Judicial,

en la medida en que le quepa ejercer las funciones que las cláusulas constitucionales citadas le atribuyen (Fallos, 310:804, antes mencionado).

Que, con particular hincapié en la cuestión que subyace en el caso; es necesario señalar que la independencia de los jueces hace a la esencia del régimen republicano y su preservación no sólo debe ser proclamada sino respetada por los otros poderes y sentida como una vivencia insustituible por el cuerpo social todo. Al respecto, ha dicho la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica que una justicia libre del control del Ejecutivo y del Legislativo es esencial, si existe el derecho de que los procesos sean resueltos por jueces exentos de la potencial dominación de otras ramas del gobierno ('Unites States v. Will', 449 U.S. 200, 217-218; 1980).

Que, en sentido coincidente, en oportunidad de pronunciarse en materias afines a la que plantea el sub examine, esta Corte Suprema ha sostenido que nuestro sistema constitucional ha sido inspirado en móviles superiores de elevada política institucional con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de la justicia y de la ley.

Tal sistema, se dijo, se ha estructurado sobre un pilar fundamental: la independencia propia del Poder Judicial, requisito necesario para el control que deben ejercer los

jueces sobre los restantes poderes del Estado (Fallos, 310:804, citado; 312:1686, disidencia del juez BELLUSCIO)»³⁰.

Tenemos, entonces, que la Constitución nacional fija una garantía mínima en cuanto a la estabilidad de los magistrados que no puede ser soslayada por las provincias.

Pese a estas contundentes afirmaciones, el art. 99, inc. 4, de la Const. nacional, en su párr. 2º expresa que «un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de 75 años. Todos los nombramientos de magistrados, cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite».

Este artículo se complementa con la cláusula transitoria undécima que establece que «la caducidad de los nombramientos y la duración limitada previstas en el art. 99, inc. 4, entrarán en vigencia a los cinco años de la sanción de esta reforma constitucional».

Su redacción presenta varias objeciones.

En primer lugar, establece un sistema que afecta enormemente la independencia de los jueces, al dejar su continuidad en el cargo a las vicisitudes de decisio-

nes políticas, dependiendo de la voluntad del Poder Ejecutivo de turno el enviar o no sus pliegos para nuevo acuerdo.

Hay diversas maneras de garantizar la independencia del Poder Judicial en razón de la estabilidad en el cargo. No todas ellas son igualmente eficaces.

Establecer que el magistrado durará una determinada cantidad de años en su cargo y que luego cesará sin posibilidad de renovación alguna no afecta la independencia del juez, aunque las desventajas que la inestabilidad genera, hacen que dicha fórmula no sea la más aconsejable.

No vulnera la referida garantía de independencia hacer cesar automáticamente a un magistrado cuando alcance una edad determinada, siempre que tenga asegurada la subsistencia en condiciones equivalentes a las que tiene como activo.

Aun cuando este sistema no sea violatorio de la independencia del juez, sí es claramente discriminatorio, dado que no le permite a una persona ocupar el cargo en razón de su edad, sin importar su idoneidad para desempeñarlo.

Sí, en cambio, resultan contrarios a la independencia los mecanismos que dejan en manos de otro Poder –generalmente, el Ejecutivo– el arbitrio para decidir la continuidad o no de los jueces en sus funciones, como ocurre en este caso.

Lo segundo que merece criticarse de la norma es qué sucede cuando el magistrado cumple los 75 años, dado que no surge con claridad si automáticamente pierde su cargo, a menos que lo nombre el Poder Ejecutivo, o si continúa hasta que se designe un nuevo sucesor. La interpretación literal de la norma se inclina por la primera de las opciones expuestas.

Un tercer aspecto que genera controversias es si esta norma es aplicable a los magistrados que ingresaron al Poder Judicial antes de la reforma. Importantes voces se alzaron contra esta posibilidad³¹.

Por último, se discute si la Convención contaba con la habilitación suficiente para introducir este artículo.

El tribunal cimero se pronunció al respecto en la causa «Fayt», declarando la nulidad del párrafo referido. Aunque la cláusula afecta fuertemente la garantía de independencia del Poder Judicial, el argumento de la Corte Suprema se centró en la ausencia de habilitación.

En el consid. 14 sostuvo *«que no puede razonablemente admitirse que, con motivo de la reforma de una cláusula relativa a las atribuciones del Poder Ejecutivo nacional, a saber, la intervención del señor Presidente de la Nación en la designación de los magistrados federales –art. 99, inc. 4, Const. reformada– materia que estaba explícitamente habilitada puesto que el art. 86, inc. 5, del texto*

*anterior, había sido incluido en el art. 2º, inc. a, de la ley 24.309–, la Convención reformadora incorpore una cláusula nítidamente extraña a las atribuciones del Poder Ejecutivo de la Nación, puesto que todo lo concerniente a la inamovilidad de los jueces es inherente a la naturaleza del Poder Judicial de la Nación y configura uno de los principios estructurales del sistema político establecido por los constituyentes de 1853, al punto que es uno de los dos contenidos sobre los que se asienta la independencia de este departamento y que ha sido calificada por el tribunal, antes que de un privilegio en favor de quienes ejercen la magistratura, como una garantía en favor de la totalidad de los habitantes (Fallos, 319:24)»*³².

Si bien la solución fue dada a un caso concreto, la norma no tuvo aplicación alguna; ningún magistrado de más de 75 años fue cesado ni sometido a nuevo acuerdo.

La Constitución Nacional, en el art. 110, eligió el mejor sistema de independencia, por cuanto consagra una estabilidad que sólo puede ser dejada sin efecto por el mal desempeño, o la comisión de delitos.

Por ello, el párr. 3º del inc. 4 del art. 99 debe ser suprimido en una futura reforma constitucional.

El derecho a la estabilidad comprende también la prerrogativa del juez de no

ser ascendido ni trasladado sin su consentimiento, a menos que ese traslado sea debido a un cambio de sede del tribunal en el que se desempeña y dentro de un radio razonable³³.

Un recurso utilizado en la actualidad para vulnerar la garantía de los jueces es la designación como subrogantes, especialmente cuando existen vacancias definitivas.

Este mecanismo se utiliza tanto a nivel nacional como en determinadas provincias, con el agravante en alguna de ellas, como ocurre en Santa Fe, de que el sistema de designación constitucional es por parte del Poder Ejecutivo con acuerdo de la Asamblea Legislativa, por lo que no existe la excusa de tener que efectuar una designación con cierta premura por los tiempos que demora la elección por parte del Consejo de la Magistratura (dado que en el caso referido es sólo un órgano asesor creado por decreto y no un partícipe constitucional necesario).

Incluso, para casos especiales, las leyes también prevén la designación de conjuces que alteran el sistema.

El juez está obligado a no participar en aquellas causas donde pueda verse afectada su imparcialidad³⁴, por tener relación con alguna de las partes o un interés particular en el resultado del pleito. Una vez agotado el reemplazo con

magistrados de otro turno o competencia material, se recurre a la designación de una lista de conjuces formada por abogados de la matrícula que reúnan las condiciones para ser miembros de los tribunales que les toca suplir.

Estos conjuces no tienen ninguna de las garantías fundamentales que requiere la Constitución para preservar el adecuado funcionamiento del servicio de justicia, dado que si bien se remunera su labor –en algunos casos, dado que en el orden provincial muchas veces la tienen como carga pública sin contraprestación económica– no gozan ni de las garantías de estabilidad en el cargo ni de las compatibilidades necesarias para lograr un adecuado equilibrio en el desarrollo de su tarea.

Aunque vemos que hay serias dificultades para llenar estas vacancias, especialmente en lugares donde los fueros están conformados por pocos magistrados, se deben buscar soluciones que otorguen mayores garantías a los justiciables, como el de recurrir a magistrados de otras competencias territoriales o a jueces pertenecientes a las justicias provinciales, que cuentan con las garantías que requiere la Constitución.

Pero más controvertido aún es el cubrimiento de vacancias mediante los denominados «jueces subrogantes».

A nivel federal, la ley 25.876 había modificado las atribuciones del Consejo

de la Magistratura, debido a la demora que existía en el llenado de las vacantes definitivas, otorgando a este órgano constitucional la atribución de «*dictar los reglamentos que establezcan el procedimiento y los requisitos para la designación de jueces subrogantes en los casos de licencia o suspensión de su titular y transitorios en los casos de vacancia para los tribunales inferiores*»³⁵.

Como consecuencia de esta normativa, el Consejo dictó la res. CM 76/04, reglamentando la mencionada atribución. En este reglamento se otorgaba la facultad de designar subrogantes a las cámaras respectivas, entre una lista de jueces de otra nominación o grado, jueces jubilados, abogados de la matrícula o secretarios, si el reemplazo era por un período de sesenta días o menos; pero si el período era mayor, luego de la designación provisoria, la Cámara debía enviar al Consejo una terna para que analizara los antecedentes y, en su caso, realizara una entrevista, y definiera quién ocuparía la subrogancia.

El sistema fue declarado inconstitucional por varios magistrados, pero atento el caos que la nulidad de las actuaciones así realizadas podía causar, la Corte Suprema emitió la acord. 7/05, mediante la cual decidió mantener la validez de las actuaciones cumplidas por los jueces subrogantes, hasta tanto ella decidiera en definitiva, sin perjuicio de invitar al Poder Ejecutivo y al

Consejo de la Magistratura a que procedieran a llenar las vacancias.

Como resultado de la elevación del expediente «Rosza», el alto tribunal declaró que «el régimen de subrogaciones aprobado por la res. 76/04 del Consejo de la Magistratura, en la medida en que no se adecua a los parámetros constitucionales, en particular, en cuanto autoriza un método de nombramiento circunscripto a la intervención exclusiva de organismos que operan en el ámbito del Poder Judicial (tribunales orales, cámaras nacionales de apelaciones o cámaras federales y, para algunos supuestos, Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura), es inconstitucional».

En su razonamiento expresó «que la Constitución contiene un procedimiento de designación de magistrados en el que resulta necesaria la participación del Consejo de la Magistratura, del Poder Ejecutivo y del Senado de la Nación. Este sistema no excluye la implementación de un régimen de jueces subrogantes para actuar en el supuesto de que se produzca una vacante –y hasta tanto ésta sea cubierta por el sistema constitucional antes descripto– a los efectos de no afectar el derecho de las personas a contar con un tribunal que atienda en tiempo oportuno sus reclamos. Este régimen alternativo y excepcional requiere de la necesaria intervención de los tres órganos mencionados. En tal sentido,

esta Corte Suprema ha sostenido enfáticamente que resulta indispensable para la designación de los magistrados y el ejercicio de la función judicial, en sintonía con los principios de independencia e inamovilidad de los jueces, la intervención obligatoria del Poder Ejecutivo –después de 1994, debe añadirse, precedida de la selección y emisión de propuestas en ternas vinculantes formuladas por el Consejo de la Magistratura–, con acuerdo del Senado, de conformidad con los preceptos de la Constitución nacional y la forma representativa de Gobierno. De ello se infiere, contrario sensu, que la garantía de independencia del Poder Judicial, requisito necesario para el control que deben ejercer los jueces sobre los restantes Poderes del Estado, se vería gravemente afectada si el sistema de designaciones de subrogantes no ponderara la necesidad y grado de participación de los tres órganos de poder referidos en relación con los fines que se persiguen con la implementación de dicho sistema. Asimismo, cabe señalar que, a los efectos de no vulnerar la mentada independencia, es indispensable que este régimen de contingencia respete los principios y valores que hacen a la naturaleza y esencia del Poder Judicial en un Estado Constitucional de Derecho, adaptándolos a las particularidades de excepción de un mecanismo de suplencias. También resulta imprescindible que la selección de estos magistrados esté presidida de un criterio de razonabilidad».

Pese a considerar inconstitucional el régimen, su sentencia fue dictada con efectos hacia el futuro. La Corte Suprema decidió «mantener en el ejercicio de sus cargos a quienes han sido designados para ejercer la función jurisdiccional en los tribunales que se encuentran vacantes hasta que cesen las razones que originaron su nombramiento o hasta que sean reemplazados, o ratificados, mediante un procedimiento constitucionalmente válido que deberá dictarse en el plazo máximo de un año»³⁷.

Un año después se dictó la ley 26.376, creando el nuevo régimen de subrogancias. Según esta norma, se designa un juez de igual competencia de la misma jurisdicción, teniendo prelación el de la nominación inmediata siguiente en aquellos lugares donde tengan asiento más de un juzgado de igual competencia, o por sorteo, entre la lista de conjuces confeccionada por el Poder Ejecutivo nacional, cada tres años, que contará con acuerdo del Senado. Los integrantes de esa lista deben ser abogados de la matrícula federal que reúnan los requisitos exigidos por la normativa vigente para los cargos que deban desempeñar.

Este sistema tampoco cumple con las pautas fijadas en el precedente «Rosza», dado que en la designación no interviene el Consejo de la Magistratura.

Aun cuando la Corte Suprema ha conva-

lidado la posibilidad de designar jueces subrogantes, la realidad es que estos magistrados no cuentan con uno de los pilares que aseguran la independencia de los jueces, como lo es precisamente la estabilidad.

Un juez que tiene todas las incompatibilidades que establecen los regímenes respectivos, y que dura en el cargo un plazo de un año o menos, es susceptible de ceder a presiones externas para asegurar su continuidad o prepararse para el desempeño de actividades futuras.

Por ello, las subrogancias no encuadran en nuestro régimen constitucional.

Ahora bien, si se han cumplido con todos los requisitos constitucionales (participación, a nivel federal, de los tres órganos -Consejo de la Magistratura, Poder Ejecutivo y Senado-) y la vacancia es definitiva, el juez no puede ser designado en forma transitoria, dado que en tales situaciones, alcanza el estatus de juez bajo todas las garantías que la Constitución le reconoce.

5. Consideraciones finales

El rol del juez en el régimen democrático republicano es trascendente, porque es quien efectiviza el nexo de derechos que asegura a los ciudadanos contra los desbordes del gobernante e incluso de las mayorías.

Para que pueda cumplir su rol es necesario que se fije un fuerte régimen de incompatibilidades, y que se le aseguren las garantías para su adecuado funcionamiento, principalmente las de estabilidad en el cargo e intangibilidad de sus remuneraciones.

Si bien existen distintos sistemas de selección, no es admisible un sistema donde se afecten dichas garantías.

Y es indudable que dado la especialidad y el conocimiento técnico que exige la función, no es posible la designación por medio de sistemas electivos.

Antes que modificar los sistemas constitucionales es importante hacerlos funcionar adecuadamente. Ello es el mejor reaseguro de una verdadera República ■

¹ Antiguamente se entendía a la república como la forma de gobierno representativa, mientras que la democracia era la forma de gobierno directa. Madison expresaba que «en una democracia el pueblo se reúne y ejerce la función gubernativa personalmente; en una república se reúne y la administra por medio de sus representantes» (HAMILTON-MADISON-JAY, *El Federalista*, pág. 53).

² Ver nuestro trabajo Organización constitucional del poder, Tomo I, pág. 236 y ss, Astrea, Buenos Aires 2010).

³ MONTESQUIEU, Del espíritu de las leyes, p. 104.

⁴ HAMILTON-MADISON-JAY, *El Federalista*, p. 331.

⁵ Para una mayor ampliación del tema ver Organización constitucional..., cit., Tomo II, págs. 95 y ss.

⁶ No debe olvidarse que, junto con esta garantía, se han estipulado fuertes incompatibilidades (que hacen también a la independencia), y que no permiten la actividad profesional, el desempeño de empleos públicos o privados (con excepción de la docencia universitaria), ni el ejercicio del comercio como profesión habitual. Ver, en tal sentido, PALACIO, *Derecho procesal civil*, t. II, p. 190 y siguientes. Este autor propone incluso limitar el ejercicio de la docencia universitaria a los fines de que no afecte el desempeño del cargo.

⁷ HAMILTON-MADISON-JAY, *El Federalista*, p. 336 y 337.

⁸ SAGÜÉS, ELEMENTOS, T. I, p. 652, y Manual, p. 418.

⁹ EKMEKJIAN, Tratado de derecho constitucional, t. IV, p. 257.

¹⁰ Tal por ejemplo, BIDART CAMPOS, en *Compendio de derecho constitucional*, p. 375.

¹¹ LUNA, *Intangibilidad de las remuneraciones de los jueces*, en PÉREZ GHILOU y otros, «El Poder Judicial», p. 171.

¹² CSJN, 15/11/85, Fallos, 307:2174.

¹³ CSJN, 11/12/90, «VILELA, JULIO, y otros c/Estado nacional –Ministerio de Educación y Justicia– s/amparo», Fallos, 313:1375.

¹⁴ CSJN, 6/8/91, «BERGNA, CÉSAR E., y otros c/Estado nacional –Ministerio de Educación y Justicia– s/amparo», Fallos, 314:751.

¹⁵ CSJN, 6/8/91, «GRIEBEN, HÉCTOR, y otros c/Estado nacional –Ministerio de Educación y Justicia– s/sumario», Fallos, 314:764.

¹⁶ CSJN, 23/8/91, «CARBONE, EDMUNDO J. c/Estado nacional –Ministerio de Educación y Justicia– s/cobro de australes», Fallos, 314:881.

¹⁷ Esta ley preveía su entrada en vigencia el <%-10> 1º de enero de 1996, aun cuando fue sancionada el 13 de marzo y publicada el 27 de marzo de 1996.

¹⁸ Acord. 20/96, CSJN, 11/4/96, Fallos, 319:24. En los fundamentos se menciona la garantía de intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados (consid. 5º), que se ha mantenido en la reforma

constitucional de 1994 (consid. 7º), se remarca que la intangibilidad no es un privilegio sino una garantía que asegura la independencia del Poder Judicial (consid. 8º) y que dicha «garantía esencial no puede ser afectada por la actividad de los otros poderes del Estado, quienes carecen de atribuciones para modificar, mediante el ejercicio de sus funciones específicas, las previsiones constitucionales impuestas para asegurar la independencia del Poder Judicial: la inmovilidad en el cargo de los jueces y la intangibilidad de las remuneraciones».

¹⁹ En la provincia de Santa Fe se intentó practicar descuentos en pasivos provinciales, varios años después de la modificación legal referida, pero ante la obtención de sentencia favorable al reclamo de los magistrados, por parte de los tribunales de primera instancia, la AFIP no impugnó las decisiones judiciales que así lo establecieron.

²⁰ En este sentido, BIDART CAMPOS enseñaba que «es muy cierto que en virtud de nuestra estructura federal las constituciones provinciales deben adecuarse a ella en lo que ésta exige de compatibilidad y, como pauta global, es fácil coincidir en que por el art. 5º de la Constitución aquéllas han de estar de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la constitución federal, lo que implica colocar como techo a toda su parte dogmática... en la República Argentina, por imperio de la cláusula que nos ocupa (art. 5º, Const. nacional) la declaración de derechos de la Constitución nacional tiene vigencia en todo el territorio del país, por lo que no es necesario que las provincias incluyan en sus constituciones un bill of rights... aparte no ha de olvidarse que los arts. 14 y 20 lo declaran a favor de todos los habitantes, lo que directamente inviste de su titularidad a todas

las personas que componen la población del Estado, con independencia de la descentralización política de base territorial (Tratado elemental, t. v, p. 32 y siguientes).

²¹ CSJN, 12/4/88, «BRUNO, RAÚL O. s/amparo», Fallos, 311:461.

²² CSJN, 9/8/88, «BUGNONE, ENRIQUE A., y otros s/amparo», Fallos, 311:1390; íd., 19/10/93, «DONTE, FERMÍN J. s/amparo», Fallos, 316:2379.

²³ CSJN, 6/12/93, «SCARPATI, MARÍA C., y otros c/provincia de Buenos Aires s/acción de amparo», Fallos, 316:2747.

²⁴ CSJN, 15/3/89, «PICCIRILLI, RICARDO H., y otro c/Estado nacional (PEN) s/cobro de australes», Fallos, 312:296.

²⁵ CSJN, 14/6/89, «FERNÁNDEZ PREGO, JORGE C. s/jubilación», Fallos, 312:975.

²⁶ CSJN, 6/10/92, «FABRIS, MARCELO H. s/jubilación», Fallos, 315:2382.

²⁷ CSJN, 30/6/93, «ARGÜELLO VARELA, JORGE M. c/Estado nacional (CSJN) s/amparo», Fallos, 316:1552.

²⁸ HAMILTON-MADISON-JAY, *El Federalista*, p. 338.

²⁹ Dice el artículo referido que «los magistrados y funcionarios del Ministerio Público son inamovibles mientras conserven su idoneidad física, intelectual y moral y el buen desempeño de sus funciones. Cesa su inamovilidad a los sesenta y cinco años de

edad si están en condiciones de obtener jubilación ordinaria».

³⁰ CSJN, 22/6/99, «IRIBARREN, CASIANO R. c/Santa Fe, provincia de s/acción declarativa», Fallos, 322:1253.

³¹ JIMÉNEZ, *Derecho constitucional argentino*, T. III, p. 313.

³² CSJN, 19/8/99, «FAYT, CARLOS S. c/Estado nacional s/proceso de conocimiento», Fallos, 322:1609.

³³ SAGÜÉS, *Elementos*, T. I, p. 654, y *Manual*, p. 419.

³⁴ También cuentan los litigantes con la posibilidad de recusar al juez cuando se encuentre afectado por alguna de las causales que prevén los códigos procesales que hagan dudar sobre su imparcialidad.

³⁵ Se incorporó un inc. 15 al art. 7º. En la normativa se previó que los subrogantes no duren más de doce meses, con una prórroga excepcional de seis meses, y que estos antecedentes no fueran tenidos en cuenta para un concurso definitivo.

³⁶ Esta acordada tuvo la disidencia de los doctores FAYT (que exhortaba a los órganos correspondientes a proceder a las designaciones) y BOGGIANO (que declaró inconstitucional el régimen).

³⁷ CSJN, 23/5/07, «ROSZA, CARLOS A., y otros/recurso de casación», Fallos, 330:2361.

Desafuero y responsabilidad civil de los Magistrados Judiciales en la Provincia de Santa Fe



DR. FABIÁN TROVATTO
Abogado Relator de la Corte Suprema de Justicia
de la Provincia de Santa Fe

Sabido es que la responsabilidad de los jueces, como la de cualquier funcionario público, es amplia y puede obedecer a diversos órdenes, pues comprende la administrativa, civil y penal en que puedan incurrir los magistrados y, por supuesto, no impide -en ciertos casos y bajo ciertas condiciones- la responsabilidad del Estado.

Es que, al menos en el Derecho argentino, se ha superado la tesis de la inmunidad o negatoria de la responsabilidad que ha sido desarrollada, principalmente, en los países del *common law*.

Al respecto, Andrada¹ explica que en el orden jurídico de los Estados Unidos, la jurisprudencia pergeñó, desde hora temprana, un sistema de inmunidad que preserva a los magistrados de la responsabilidad civil, invocándose principalmente para ello razones de independencia judicial y la necesidad de resguardar la autoridad del Poder Judicial.

Aclara el autor citado, que esta inmunidad cubre a los jueces tanto por sus actos estrictamente judiciales, es decir, los emitidos en el ejercicio de sus cometidos jurisdiccionales, como aquellos actos de sustancia legislativa; en ambos planos, los magistrados no han de dar cuenta de sus actos en el campo civil.

La tesis de la inmunidad puede explicarse, conforme calificada doctrina², a razones

de orden: a) ideológico, el juez no es un hombre cualquiera, un hombre que esté comprendido en normas como el artículo 1382 del Código Civil francés o el 1109 del Código Civil argentino, cuando dice «todo el que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado a la reparación del perjuicio»; el juez asumiría en la sociedad moderna, sea la figura del héroe, sea la del sacerdote; b) sociológico, para ser responsable se necesita tener poder y el juez no tiene poder; lo único que hace es interpretar la ley; y c) económico, ¿quién controla a los controladores? ¿están dispuestos los jueces a hacer pagar a otros jueces?.

Los otros fundamentos de Derecho que abonan la inmunidad, a más del favorecimiento de la independencia -el juez pueda actuar libremente sin temor a equivocarse- refieren a la falta de antijuricidad -el derecho es lo que los jueces dicen que es-, por lo que el juez siempre actuará conforme a Derecho; a que el error judicial es inevitable; a que los litigantes concurren a la justicia asumiendo el riesgo del posible error; a que lo justo es que responda quien organizó el servicio, es decir, el Estado; y que la acción intentada enfrenta un obstáculo insalvable -la cosa juzgada lo que implicaría quebrantar la seguridad jurídica.

En la vereda opuesta se alzan las críticas a la tesis de la inmunidad, quizás porque

el axioma entre responsabilidad e independencia judicial encierra una dicotomía conceptual que no es tal.

Es que el juez es independiente y responsable, no hay contradicción, son presupuestos esenciales de la función judicial y constituyen los extremos de una relación recíproca: faltando uno, se pondría en riesgo el otro. Sólo la dependencia mutua entre estas dos condiciones asegura el equilibrio de los poderes del Estado.

En nuestro país se ha reconocido desde siempre la responsabilidad civil de los magistrados mediante la aplicación del artículo 1112 del Código Civil de acuerdo a la generalidad de la doctrina y jurisprudencia. Se trata de una responsabilidad personal directa de los funcionarios públicos por los hechos que se ejecuten en su carácter de tales³.

Sin querer abundar en demasía sobre el tópico, bueno es recordar que en el viejo proyecto del Código Civil, elaborado por la Comisión de juristas designada por decreto 685/95, esta responsabilidad especial aparecía explícitamente reglada, estableciendo que sólo serían responsables a condición de que se verificara dolo o culpa.

En el proyecto actual de unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, conforme la modificación del P.E., la regulación contempla de manera genérica la responsabilidad civil de los funcio-

rios y empleados públicos por los hechos y las omisiones en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, rigiéndose por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda⁴.

Y bien, resulta justo que los jueces sean civilmente responsables. No deben gozar de una inmunidad como sucede en otros suelos, quedando sujeta la responsabilidad -obvio está- a ciertos requisitos, y condicionada a la concurrencia de los presupuestos que son propios a toda responsabilidad civil, a saber: daño, causalidad, factores de atribución y antijuridicidad.

A los fines de este trabajo sólo importa ahondar sobre el recaudo de la necesidad del desafuero como presupuesto para hacerla efectiva.

La doctrina mayoritaria tanto de los civilistas⁵ como de los publicistas⁶ en esta materia establece que no es posible atribuir una responsabilidad civil a los magistrados mientras estos no hayan sido removidos.

El desafuero como recaudo previo a la responsabilidad se sustenta en el artículo 60 de la Constitución nacional en cuanto estatuye que, si bien el juicio político no tiene mayor efecto que destituir al acusado, la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo, conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.

Desde la jurisprudencia del Alto Tribunal nacional se ha sostenido -inveteradamente- la solución de que previamente a la condena civil se requiere la destitución previa del funcionario, más enfáticamente a partir del caso «Iruzún»⁷.

En dicho precedente, la Corte Federal -vale reiterarlo- ha afirmado que:

a) Constituye un requisito indispensable para someter a un magistrado nacional a la jurisdicción de los tribunales ordinarios en procesos civiles o penales que se le signa por actos realizados en el ejercicio de sus funciones, la previa destitución de aquél mediante el juicio político regulado en los artículos 45, 51 y 52 de la Constitución Nacional o el cese en sus funciones por cualquier otra causa (Fallos:1:302; 8:466; doctrina de Fallos:113:317; 116:409; 300:75; entre otros).

b) El objetivo de la doctrina reseñada no ha sido el de impedir a los tribunales el conocimiento de las causas en las que se encuentran involucrados magistrados judiciales pues, tal como lo señaló el señor Procurador General al dictaminar en Fallos:113:317, no existe impedimento alguno, una vez cumplidas las formalidades del juicio político, en someter ante la justicia a los funcionarios comprendidos en el artículo 45 de la Ley Fundamental, y tampoco la citada exención tiende a establecer un privilegio contrario al artículo 16 de la Constitución Nacional en

favor de los magistrados judiciales toda vez que aquélla se funda en razones de orden público relacionadas con la marcha regular del gobierno creado por la Ley Fundamental (Fallos:113:317). Por tal razón, la jurisprudencia de esta Corte tiene establecido que la inmunidad contra proceso o arresto no es un privilegio que contemple a las personas sino a las instituciones y al libre ejercicio de los Poderes (Fallos:252:184 -considerando 1- y sus citas, entre otros).

c) La existencia de la inmunidad jurisdiccional examinada constituye una fuerte restricción al derecho individual de ocurrir ante los tribunales en procura de justicia; pero esta Corte considera que dicha restricción se justifica por la necesidad de asegurar el libre y regular ejercicio de la función judicial, la cual seguramente se frustraría si los jueces estuviesen expuestos a las demandas de litigantes insatisfechos con sus decisiones.

No son pocas las voces que se alzan contra esta postura hermenéutica de la Corte Nacional.

Así, Kemelmajer de Carlucci⁸ no comparte esa solución, aludiendo que hay supuestos que justifican la responsabilidad civil pero no la remoción; la tesis lleva a que los juicios se tramiten sólo contra el Estado, sin oír al juez a quien se le imputa culpa, negligencia; y si bien es cierto que esa sentencia es incompatible al magis-

trado, por no haber sido parte, a nadie escapa lo difícil que le resultará, en la acción de recusación posterior, desvirtuar una negligencia que, incluso, pudo haber sido afirmada por la Corte Federal.

En base a lo expuesto, la autora citada brega por la correcta solución dada por el artículo 2 del Código Procesal Civil de Mendoza, que expresamente dispone que «los perjudicados pueden exigir el resarcimiento sin necesidad de suspensión o remoción previa del inculpado», recordando que también esa respuesta es la que brindaba el artículo 1582 del proyecto de 1992 que establecía: «Los daños causados con culpa, dolo o malicia por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, están comprendidos en las disposiciones de este título, sin que sea necesario su previo desafuero ni la determinación de su responsabilidad administrativa».

Mosset Iturraspe⁹ ha defendido la misma posición con fundamento en que es harto excesivo exigir la remoción previa de un juez como recaudo para hacerlo responsable civilmente de un error cometido en el ejercicio de su función, haciendo hincapié en la existencia de una desproporción entre el yerro y la sanción.

Lo innecesario también es defendida por Aguiar¹⁰ sosteniendo -en líneas generales- que «...la solución que difiere la responsabilidad de ciertos funcionarios

no sólo es contraria a la ley común, sino que despoja a la víctima del pleno goce y ejercicio de uno de sus derechos patrimoniales, el de reclamar y percibir la indemnización que le es debida; un derecho nacido sin plazo ni condición y de cuya comprobación, goce y ejercicio se nos priva, aunque sea temporariamente, es un contrasentido jurídico... ¿Cómo sostener, sin agravio a la justicia, que se pueda privar asimismo, indefinidamente, al acreedor del goce de lo suyo y sólo en virtud de la posición que en la administración ocupa el que lo dañó? ¿cómo afirmar, ante el silencio de la ley, que el ejercicio de un derecho perfecto, como el que se trata, se subordine a la resolución de un tribunal político, dictada en un procedimiento de naturaleza y finalidad exclusivamente políticas, y cuya resolución, por lo demás, ninguna influencia tendrá sobre el pronunciamiento civil?».

Andrada¹¹, dirige sus reflexiones en sentido contrario, es decir, que no es posible soslayar la necesidad del desafuero para responsabilizar a un juez civilmente.

Para ello, discurre su pensamiento en este orden de consideraciones:

a) Nuestro juicio político tiene por antecedente directo el *impeachment* estatuido por la Constitución americana: en su art. II, sección 4ta. establece que: «el presidente, el vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados

Unidos serán removidos de sus funciones mediante acusación y convicción de traición, cohecho y otros crímenes o delitos»; el giro «mal desempeño» -expresamente excluido por la Convención de Filadelfia- se incorporó en el texto argentino, por lo que su inclusión no se debió al azar o a una inadvertencia; antes bien, se empleó deliberadamente una locución bien amplia que admite gran variedad de configuraciones y se quiso dar al Congreso la facultad de determinar qué supuestos de hecho encuadran en esta lata caracterización.

b) Con el desafuero no se despoja a la víctima de una indemnización que le es debida porque el Congreso declarará la responsabilidad si así correspondiere y luego, en las instancias ordinarias, se determinarán los alcances de esa responsabilidad con lo que la víctima recibirá, al cabo, la indemnización a la que tiene derecho. El criterio que sí despoja a la víctima de su indemnización es el estándar de la inmunidad absoluta acuñando jurisprudencialmente en los Estados Unidos porque entonces sí, en ningún caso, el ofendido podrá obtener una congrua reparación.

Pero deja en claro, el autor rosarino, que esta solución es aplicable a los miembros de la Corte Suprema Nacional y a los jueces de los tribunales inferiores de la Nación (arts. 53 y 115, C.N.) y que, si bien la situación no varía sustancialmen-

te en las provincias, se debe ajustar a sus textos constitucionales, que de modo claro e inequívoco prescindan de la pertinente habilitación de enjuiciamiento.

En otras palabras, para Andrada, la cuestión a nivel provincial se resuelve a partir de lo que las respectivas cartas locales hayan estatuido¹².

Este paso del orden nacional al provincial conduce necesariamente a recordar la jurisprudencia de la Corte Suprema local respecto de la interpretación asignada a la cláusula constitucional de atribución de competencia exclusiva a ese Órgano para procesar y decidir pretensiones por responsabilidad civil de los jueces en el ejercicio de su función de acuerdo a lo normado por el artículo 93, inciso 7) de la Constitución provincial.

En efecto, la necesidad del desafuero o no para hacer efectiva la responsabilidad judicial fue examinada por la Corte local en un precedente¹³, que a pesar de contar con algunos años, no deja de tener vigencia actual. Básicamente, se trataba de hacer efectiva la responsabilidad civil de una Juez de Distrito de la Provincia en razón de los daños que ésta habría causado en el ejercicio de sus funciones; la Magistrada no había sido desaforada y el Alto Tribunal examinó el entuerto de la previa habilitación del enjuiciamiento, concluyendo por la negativa.

Aquí, sus argumentos centrales:

a) Si bien en el orden nacional, la mayoría de la jurisprudencia y doctrina exige la previa remoción para poder reclamar la responsabilidad civil a los magistrados, en nuestra Provincia no resulta necesaria a partir de la clara disposición del artículo 97 inc. 3° (Const. Pcial) el cual disipa toda duda al respecto.

En nuestro país, en el orden nacional, cabe estar a lo establecido en la Constitución nacional y, en el orden provincial, a lo que las respectivas constituciones determinen. La normativa santafesina es citada por los tratadistas como ejemplo típico de los sistemas jurídicos que autorizan a deducir la pretensión patrimonial 'sin necesidad de suspensión o remoción previa del magistrado (cfr. Palacio: Derecho Procesal Civil II-300 nota 44. Ed. 1969; Aída Kelmelmajer de Carlucci y Carlos A. Parellada: Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial, en colaboración con Jorge Mosset Iturraspe, Ed. 1986, pág.106, entre varios).

b) La Carta Magna de la Provincia de Santa Fe regula de manera diferente el juicio político en relación a la Constitución nacional: mientras la ley suprema de la República Argentina establece el juicio político para «los miembros de la Corte Suprema y demás tribunales inferiores de la Nación», la Constitución santafesina sólo lo regula en el artículo 98 para

«los miembros de la Corte Suprema»; es decir, que los demás magistrados del Poder Judicial provincial no están sometidos a ese proceso especial, aunque sí se requiere a los efectos penales y políticos, la previa remoción de un jurado de enjuiciamiento (art. 91 Const. Pcial).

Eduardo Carlos¹⁴, para quien el previo desafuero del juez «no rige para la responsabilidad civil, que puede hacerse efectiva demandando directamente al juez -sin formalidad alguna previa- ante el Superior Tribunal de Justicia» (es decir, ante el máximo tribunal provincial que hoy en día es la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe).

A mayor abundamiento, la Corte analizó un precedente del mismo tribunal¹⁵ y las disposiciones existentes sobre el tema en la Constitución de 1900 -que contemplaba la responsabilidad de los funcionarios en su artículo 24, en tanto realizaran su cometido dentro del contexto de sus atribuciones; en el artículo 109, correspondiente a la jurisdicción originaria del Superior Tribunal de Justicia, dispuso que competía a éste entender en los juicios de responsabilidad civil, salvo lo que determinase la ley-; en la ley n° 1486 cuyo artículo 7 disponía que los miembros del Poder Judicial son responsables civilmente sin previo desafuero, de las faltas que cometieran en el ejercicio de sus funciones y que ocasionaren perjuicios materiales, norma que fue reiterada en el art.

21 inc. 2° de la ley Orgánica de Tribunales n° 3611¹⁶, para finalmente concluir que no quedaban dudas de que la actual Constitución había adherido al criterio sentado por estos precedentes legislativos, de que los magistrados judiciales son enjuiciables por responsabilidad civil sin necesidad de su destitución por juicio político o jury de enjuiciamiento.

La cuestión se reeditó ante la Corte local en el año 2007¹⁷ bajo los mismos parámetros fácticos: necesidad o no del desafuero para hacer efectiva la responsabilidad civil de un Juez santafesino.

El Alto Cuerpo provincial -con su actual integración, por mayoría y con disidencia de la doctora Gastaldi- aplicó la doctrina constitucional emanada del precedente recién examinado.

Aunque vale la pena remarcar el voto del doctor Netri, que expresamente rechazó el planteo del Juez recurrente afincado -básicamente- en que sería violatorio de los artículos 5 y 16 de la Constitución nacional que a un juez provincial se le negara una garantía de la que gozan los federales, esto es: el desafuero.

Para así desestimarlos, el Ministro de Corte dijo que las provincias conservan su soberanía absoluta en la diagramación de todo lo relacionado con su organización tribunalicia y demás complementos naturales de la función, por lo

que ese atributo comprende la facultad de establecer la manera y el modo de hacer operativa la responsabilidad de los magistrados judiciales.

Creo que este es el punto de inflexión de la problemática actual de la cuestión en los foros provinciales. Pues ¿pueden las provincias regular de modo distinto que la Nación la forma de hacer efectiva la responsabilidad civil de los magistrados? O, por el contrario, se crea una situación de quebrantamiento de la igualdad de los jueces provinciales respecto de los nacionales?.

Por este andarivel transita el dictamen de la Procuración General de la Nación, doctora Laura Monti, en esta última causa. En efecto: interpuesto por el Juez recurso de la ley 48, el Alto Cuerpo local concedió la impugnación y al evacuar la vista corrida aquélla postuló la revocación de la sentencia, básicamente con estos fundamentos:

a) La trascendencia de esta cuestión excede el marco del Derecho público local y se proyecta en el ámbito de la vigencia de la Constitución nacional, pues si bien está garantizada a las provincias el establecimiento de sus instituciones, el ejercicio de ellas y la elección de sus autoridades, aquélla les impone expresamente el deber de asegurar su administración de Justicia (art. 5), proclama su supremacía sobre las constituciones y leyes locales (art. 31) y encomienda a la

Corte Suprema de Justicia de la Nación su mantenimiento (art. 116).

b) Ante situaciones como la de autos, en las que se comprueba que ha sido lesionada esa garantía (inmunidad de jurisdicción) reconocida por expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de Gobierno, en el sentido de que constituye uno de los pilares del edificio por ella construido con el fin irrenunciable de afianzar la Justicia, la intervención de la Corte nacional no avasalla las autonomías provinciales, sino que procura la perfección de su funcionamiento, asegurando el acatamiento de aquellos principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la Constitución nacional.

En base a lo expuesto, la Procuración concluyó que la decisión de la Corte local colisiona con los principios y garantías contempladas en las constitucionales nacional y provincial, en particular con el régimen republicano de Gobierno y, por lo tanto, corresponde hacer lugar a la pretensión del recurrente de que se respetaran sus garantías.

Me atrevo a pensar que este es el marco de una nueva discusión, en tanto superado el conflicto de si nuestra Constitución provincial exigía o no el desafuero para hacer operativa la responsabilidad civil de los jueces, ahora la temática deviene

en otra: si el desafuero nacional tiene carácter omnímodo y se proyecta a todos los jueces provinciales.

La respuesta es más política-institucional que jurídica y es en este aspecto cuando las decisiones de los órganos habilitados para darla se encuentran con un mayor nivel de discrecionalidad, atendiendo más a las consecuencias de las decisiones que al flanco estricto de la legalidad.

Hoy se espera la respuesta de la Corte nacional, pues no sólo dará fin a la controversia en el caso citado sino que clausurará este nuevo debate con proyecciones -sin duda- a todas las provincias argentinas ■

¹ ANDRADA, ALEJANDRO DALMACIO, *Responsabilidad Civil de los magistrados judiciales*, Derecho Argentino. Doctrina y Jurisprudencia Norteamericana, L.L. T. 1998-D, Sec. doctrina, pág. 1157.

² AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, *El deber de los jueces de reparar el daño causado*. Revista de Derechos de Daños, Años 2008-2: Prevención del daño, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 93.

³ BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Bs. As. 1987, pág. 436 y s.s.; *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, T. 5, Director BELLUSCIO, AUGUSTO C., Bs. As. 1994, pág. 404; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IIIB, Bs. As. 1998, págs. 387/401; MOSSET ITURRASPE, JORGE - KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA - PARELLADA, CARLOS, *Responsabilidad de los Jueces y del Estado por la actividad judicial*, Santa Fe 1986, págs. 105/106; SCBA, L.L. 1986 -E-146; A.S. 1986-1-592 y J.A. 1987-1-596; CSJSF, «González Echenique», A. Y S., T. 81, pág. 419.

⁴ Art. 1766.

⁵ SEGOVIA, L., *Código Civil de la República Argentina*, T. I, pág. 304; MACHADO, J.O, *Código Civil Argentino*, T. III, pág. 404; SALVAT R., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones*, T. III, pág. 145, N° 2980, ed. 1946; LLAMBIAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. IV B, pág. 117; BORDA; G.A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, pág. 447, N° 1648.

⁶ GONZALEZ, J. V., *Manual de la Constitución Nacional Argentina*, pág. 30 y s.s.; MARIENHOFF, M., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, B, pág. 379; ed. 1970; BULLRICH, *Principios generales del Derecho Administrativo*, pág. 366, N° 154.

⁷ CSJN, abril 12 1994, L.L. 1995 - A, 494 - DJ 1995-2, 132 - JA 1994-IV, 193.

⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., op.cit.

⁹ MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad de los Jue-*

ces y del Estado por la actividad judicial, pág. 206, Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1986.

¹⁰ AGUIAR, *Hechos y Actos Jurídicos*, T. II, pág. 464.

¹¹ ANDRADA, A.D., ob. cit.

¹² Idem.

¹³ GONZALEZ ECHENIQUE, ant. cit.

¹⁴ CARLOS, EDUARDO B., *Introducción al Estudio del derecho procesal*, Ed. 1959 pág. 160.

¹⁵ GONZÁLEZ SALMERÓN C. PRATS CARDONA, de fecha 4 de octubre de 1955, Juris 7-378.

¹⁶ La Ley Orgánica del Poder Judicial expresamente consagra la responsabilidad de los jueces en su art. 10.

¹⁷ A. Y S., T. 220, págs. 271/277.

Preguntas, objeciones, riesgos y justificación de la Ética Judicial



DR. RODOLFO LUIS VIGO
Profesor Titular de Filosofía del Derecho, U.N.L.;
Universidad Austral; U.B.A.
Ex ministro de la Corte Suprema de Justicia
de la Provincia de Santa Fe

Primer Secretario Ejecutivo de la Comisión
Iberoamericana de Ética Judicial (2006-2010)

1. Propósito

Nos proponemos en el presente artículo afrontar las preguntas, objeciones y riesgos más habituales o difundidos cuando aparece el tema de la ética judicial, pero a tales fines, resulta necesario comenzar definiendo o caracterizando a lo que llamamos «ética judicial». Cabe de todas maneras la advertencia inicial de que nuestros análisis procurarán ser sintéticos, directos y simplificados, evitando –por ende– sutilezas, desarrollos, matizaciones, o ahondamiento en rebuscadas teorías, más bien nos valdremos de nuestra experiencia académica y judicial y de aquello que fácilmente se escucha en el espacio público o social, esto paradigmáticamente representado por los medios de comunicación social. Por supuesto que cualquier pregunta puede ser reconstruida como una objeción y viceversa, pero también los riesgos encierran y pueden ser formulados como preguntas y objeciones. No obstante, esa especie de sinonimia, trataremos de efectuar los deslindes respectivos, aunque insistamos con esa salvedad. Por otro lado, también intentaremos dar una justificación de la ética judicial en los tiempos que corren e instalándonos en nuestra cultura, dado que no parecerán levantarse objeciones a la misma, en culturas como la anglosajona.

Un modo sencillo de definir la ética judicial es indicar que ella contiene una serie de exigencias justificadas racionalmente, que se dirigen básicamente a la conciencia del juez, a los fines de procurar comprometerlo íntimamente en el esfuerzo por ser un juez excelente o el mejor juez posible para el tiempo y lugar donde presta sus funciones, de manera de lograr que la sociedad le deposite la mayor confianza posible en el modo en que ejerce su función. Seguramente a hilo del resto del artículo se logrará una mayor claridad en lo que sintéticamente queda expuesto.

2. Preguntas u objeciones

2.1. ¿No sobra la ética, dado que ya tenemos el Derecho?: El Derecho es un mínimo de la ética, atento a que prescribe en relación a lo más grave o significativo para la vida social, lo que se traduce en deberes objetivos que se satisfacen por medio de conductas externas dirigidas a los otros. Los delitos tipificados jurídicamente que puede cometer un juez, remiten a una conducta profesional claramente reprochable (por ejemplo vender una sentencia por dinero y siempre y cuando se concrete el comportamiento orientado a venderla); de ese modo y exagerando: si el juez tuvo ganas de hacerlo pero luego no lo hizo

por la causa que fuera (porque se asustó ante la posibilidad de ser descubierto), no cabe persecución jurídica o penal. Pero si ello ocurrió en la mente del juez no deja de ser muy preocupante para la sociedad y los usuarios del servicio judicial, es que sin duda el juez incurrió en una debilidad ética que finalmente logró superar. Todos los delitos también son faltas éticas, pero la ética a diferencia del derecho, se interesa por la faz íntima del sujeto, aun cuando no se haya concretado en conductas, por eso el destino de las exigencias éticas es la íntima convicción del juez.

Otro ejemplo de cómo la ética asume las exigencias del Derecho pero va más allá, es si pensamos en los supuestos que contempla objetivamente el Derecho para el apartamiento del juez en el proceso (por ejemplo si viene un pariente cercano o un amigo con el que tiene trato frecuente). Puede ocurrir que venga al proceso una parte o un abogado que no encuadra en las hipótesis de la excusación o recusación y que el juez de la causa tenga interés en quedar bien con alguno de ellos por el motivo que fuere, y a tales fines sentencia a su favor escogiendo una de las alternativas que le ofrece el Derecho vigente; no es que inventa la respuesta, sino que la elige de entre las disponibles en el Derecho, en función del cálculo íntimo o de conciencia que ha hecho de los beneficios personales que le puede reportar esa elección, que favorecerá a esa parte o abogado.

La ética incluye exigencias que no puede

o no le corresponde pedir al Derecho o no es esa la vía, por ejemplo en el Código de Ética Judicial de Santa Fe (Argentina) está la exigencia de una austeridad republicana o de conservar un cierto orden en el despacho tribunalicio, y también reitera otras exigencias previstas en el Derecho, pero le agrega la cuestión de la interioridad o el propósito. La conclusión práctica de ese doble juego de exigencias es que donde llega la ética y convence, sobran o resultan irrelevantes las exigencias del Derecho, dado que aquéllas son las exigencias máximas y éste las mínimas. El Derecho es compatible con la mediocridad en el ejercicio profesional, pero la ética rechaza la mediocridad y procura la excelencia.

2.2. La ética se trae de la casa y, por ende, no se aprende ni se respeta por un código: por supuesto que ayuda mucho que uno llegue a la profesión con una cierta ética personal con la que «conduce su vida» (es esta una definición de ética que se remonta a Cicerón y que remarca la inexorabilidad de la ética), pero la profesión supone una ética social y no meramente individual, en tanto interesan las conductas en razón de lo que repercuten en el otro o los otros. Esa ética aplicada al campo profesional supone instalarse en la perspectiva de los usuarios del servicio (el cliente, la sociedad, los auxiliares del profesional, los colegas, la institución, etc.) a los que se pretende satisfacer del mejor modo posible, por eso la ética no es

sólo del ser propio de la profesión sino del parecer de la misma, en el sentido en que busca no sólo hacer bien el trabajo sino inspirar confianza en que se ha puesto todo el empeño para ello. Cuando a un juez le reclaman éticamente que no se exhiba ante la mirada pública con políticos, o no concurra a salas de juegos, no hay ninguna conducta reprochable en sí misma, pero ello encierra una sospecha que puede traducirse en otras conductas que sí serían reprochables, por ejemplo: favorecer los intereses judicializados de ese partido político, o carecer de la templanza necesaria como para ejercer el cargo.

Los códigos profesionales en general, y los judiciales en particular, tratan de incluir exigencias orientadas a la prestación excelente del servicio en orden para procurar inspirar la mayor confianza en todos aquellos que reciben directa o indirectamente el servicio o son impactados por la calidad del mismo. Incluso hay previsiones no totalmente coincidentes en los códigos de ética, más allá de que en última instancia remiten al mismo principio ético; en cuanto a cómo corresponde éticamente que los jueces reciban a los abogados, comprobamos distintas regulaciones éticas derivadas del principio de imparcialidad, así están los que prohíben se reciba sólo a los de una de las partes; están los que lo autorizan pero en presencia de un colega o del secretario; están los que lo dejan librado al criterio del juez, aunque con el deber de dejar constan-

cia de la reunión; etcétera. Esta variedad abre la puerta para que el consenso de los encargados de redactar el código de ética definan la regulación que en definitiva corresponderá exigir, pero una vez establecida, todo el mundo sabe en el campo profesional a qué atenerse desde el punto de vista ético. Y, por supuesto que en torno a estas sutilezas de la vida profesional, nada dice o dice muy poco la ética personal que a cada uno le han enseñado en su casa o en la vida, por eso la utilidad de los códigos de ética profesional fijando y definiendo conductas.

2.3. El riesgo de perder la privacidad: en la vida de un juez –como en la de cualquier profesional– pueden distinguirse: a) la vida estrictamente profesional, o sea la que se realiza cuando se presta el servicio en el lugar previsto para ello, por ejemplo en una audiencia judicial o cuando dicta su sentencia; b) la vida pública no profesional: comportamientos que el profesional realiza en tanto ciudadano común en el espacio público, por ejemplo en la cancha de fútbol o en la plaza pública; y c) la vida estrictamente doméstica o privada: lo que el profesional hace en el baño o en su dormitorio, y que por ello nadie se entera. La ética judicial se ocupa de la vida estrictamente judicial pretendiendo ese compromiso con la excelencia, e inspirar confianza en los usuarios y colaboradores. Pero también la ética judicial se ocupa de la vida pública no profesional en cuanto lo que

haga en dicho espacio pueda repercutir centralmente en esa indispensable cuota de confianza, por ejemplo si al juez se lo ve alcoholizado en las calles de la ciudad o conduciendo la «barra brava» de un equipo de fútbol.

Es cierto que la privacidad de un juez está algo disminuida respecto de la de un ciudadano común, pero la razón justificatoria de esa restricción está en la propia voluntad del profesional (teoría de los actos propios) que ha aceptado el cargo que le ofreció la sociedad con sus ventajas y desventajas. Y esta exigencia, puesta por la sociedad, luce en principio razonable, en tanto que le entrega un poder monopólico es decir el derecho con *imperium* en los problemas jurídicos que le lleven. Lo cierto es que el juez ya no puede éticamente exponerse a la vista de todos, con sus amigos que ejercen cargos políticos de enorme responsabilidad, tampoco puede éticamente exhibir un nivel de vida ostentoso y lujoso, o alcoholizarse cotidianamente en los bares de la ciudad. Todo esto, si se trata de un ciudadano común, queda en la esfera de la privacidad y sustraída del control jurídico, pero adquiere relevancia ética al tratarse de un juez, en función de la mirada y pretensiones del poderdante, o sea la sociedad y los usuarios.

Es cierto que es potencialmente peligrosa esta invasión sobre la privacidad del juez ya que se corre el riesgo de llegar a

suprimirla o a controlarla total e irracionalmente. Pero la existencia de ese riesgo no puede conllevar rechazar el interés de la ética en la vida pública no profesional del juez, sino que el modo de controlarlo es someter las exigencias sociales que se entrometen en la privacidad a una especie de *test* de racionalidad. En concreto, pensemos que bajo el manto del decoro pudo haberse pensado en algún momento que no correspondía designar mujeres para ciertos cargos judiciales, pero si se somete a un control racional de justificación a esa exigencia, seguramente se concluye en su irracionalidad y consiguiente rechazo. Por eso es aconsejable escuchar el reclamo social en aquel discutible terreno de la ética pública no profesional, para que en la medida en que pueda sostenerse con argumentos racionales corresponderá su recepción en el código de ética judicial respectivo. Tanto los Principios de Bangalore de Naciones Unidas sobre la ética judicial, como el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial recurren a la fórmula de un «observador razonable» que coincide con lo señalado. Se trata, en definitiva, de que la sociedad tenga a los profesionales que quiere racionalmente tener.

2.4. ¿No se impone solapadamente una religión?: es cierto que las grandes y tradicionales religiones incluyen una ética social que remite a la voluntad de Dios. Por supuesto que los códigos de ética judicial no pueden contener exigencias por-

que sea un mandato de una cierta religión, sino que él debe receptor sólo exigencias sostenibles en términos racionales, de manera que las razones que fundan las mismas puedan ser comprendidas y aceptadas por la razón de cualquiera, al margen de que sea o no creyente. También es cierto que hay religiones que niegan la razón práctica o la capacidad que ella pueda tener para reconocer el bien e identificar la conducta que lo satisfaga, tal el caso del protestantismo estricto de Lutero que rechazaba la posibilidad de conocer racionalmente el bien y, por ende, sólo cabía remitirse al mandato divino, para operar conforme al mismo. Pero también está la religión católica que ha procurado sostener la tesis de que no hay dos verdades y que la fe confirma la razón, y, por ende, hay dos caminos posibles para alcanzar el bien del hombre: uno, el de la razón y el otro el de la fe, con la salvedad de que el señalado por ésta no contradice al de aquél. Prueba de ese esfuerzo son las consideraciones que remiten a Tomás de Aquino cuando rechazaba al voluntarismo teológico en tanto éste sostenía que el bien era aquello que libérrimamente había decidido Dios al respecto, o sea existía la posibilidad de que cambiara esa definición y que el bien pasara a ser el mal. Por supuesto que esa conclusión era rechazada por el Aquinate, en tanto Dios no podía ser un ser irracional y caprichoso para alterar definiciones morales ontológicamente fundadas. De ese modo queda claro que no co-

rresponde que en una sociedad política por definición pluralista, se impongan a jueces exigencias sostenidas por la fe o Dios. Sin embargo, es posible –por lo ya afirmado acerca de la compatibilidad entre razón y fe– que haya exigencias éticas racionales incluidas en los códigos que coincidan también con exigencias apoyadas en la fe, pero esta coincidencia no puede traer aparejada la absurda e irracional conclusión de que debe descartarse toda exigencia ética racional, si al mismo tiempo es sostenida por cualquier religión. En una palabra, el código ético profesional debe contener deberes éticos apoyados en razones que, por ende, pueden ser comprendidos y aceptados por cualquier ser racional, más allá de la fe o ateísmo que profese, y también más allá de que esos deberes también sean suscriptos por una religión determinada. Incluso es irrelevante que el destinatario del deber ético profesional lo cumpla porque coincide con su fe, pues ésta es ya una consideración estrictamente individual que no afecta la racionalidad de aquella exigencia.

2.5. ¿La ética no es una amenaza a la independencia?: a veces se escucha esta crítica a los códigos de ética en tanto ellos pueden ser una amenaza a la independencia judicial al imponer nuevos deberes a los jueces. Sin perjuicio de lo que agreguemos más adelante, cabe por ahora insistir en que esos códigos en la medida en que precisan racionalmente

conductas y propósitos buscados, aportan un respaldo a los jueces definiendo más claramente que es un «buen o excelente juez», y que por ende su seguimiento resultará exento de todo reproche. Es común que las constituciones o las leyes contemplen en positivo o en negativo el reclamo a los jueces que deben cumplir adecuadamente o con idoneidad sus funciones, pero queda a posteriori un amplio espacio para precisar conductas que es el campo donde precisamente deben avanzar los códigos de ética judicial.

Por otro lado, a los fines de la destitución o sanciones efectivas, ya se verá que las sanciones éticas tienen sobre todo eficacia para las personas que cuentan con conciencia ética, pero si se carece de ella resultan irrelevantes. En realidad son las responsabilidades jurídicas (civil, penal o administrativa) o políticas, las que cierta e inexorablemente pueden afectar la independencia, dado que ellas pueden derivar en arrestos, destituciones, suspensiones, multas, condenas de daños, etcétera; pero la ética, en tanto se limite a eventuales reproches privados o públicos, pueden no tener ninguna repercusión en la conciencia de aquel profesional que asume su actividad en función de que su conciencia está totalmente al margen de cualquier preocupación por la ética.

Si a la ética se la dota del espacio institucional respectivo, lejos de ser una amenaza, puede contribuir a la independen-

cia. En efecto, pensemos que un tribunal constituido por personas de alta autoridad ética, lograda a lo largo de una vida, seguramente su juicio es más confiable que el pronunciado por alguien cuya única autoridad es la que le brinda la designación jurídica. Precisamente, en el Código de Ética Judicial de Panamá se prevé que un juez, sometido a un proceso disciplinario, puede dar intervención a la Comisión de Ética Judicial, para que ésta se pronuncie respecto a la falta por la que se lo juzga, y una de las razones para contemplar esa intervención es precisamente que si esa Comisión (constituida de modo plural y con personas de reconocido prestigio moral) considera que no hay ninguna falta cometida, seguramente ello neutralizará cualquier posible maniobra no justificada, armada en el ámbito disciplinario, con intención de sancionar al juez.

2.6. Nadie tiene autoridad para juzgar a otro en materia ética: admitimos que mientras para el juzgamiento de las responsabilidades jurídicas basta con que el juzgador sea constituido como tal por medio del derecho que le confiere ese poder en un juez basta su designación en legal forma; pero para juzgar en materia de ética, lo decisivo no son las normas jurídicas, sino la autoridad ética ganada a lo largo de la vida y reconocida por los otros, incluidos a aquellos a quienes va a juzgar éticamente. Un Tribunal de Ética, para lograr eficazmente su finalidad que

es la de lograr conmovier en su interioridad a quien ha cometido una falta ética para que responda voluntariamente por la misma, se arrepienta de ello y asuma el compromiso de no volver a cometerla, se requiere que sus integrantes tengan la autoridad personal suficiente como para lograr aquellos objetivos. Así, por ejemplo, pensemos en un tribunal de ética constituido por jueces, abogados y profesores jubilados de reconocida autoridad moral y que han sido elegidos por los mismos jueces a los que juzgan, ellos sí tendrían la capacidad para convocar a los que han incurrido en falta ética e intentar alcanzar, en un diálogo informal, a la conciencia propia de ese juez, como para que éste asuma el compromiso de esforzarse para superar el mal o mediocre cumplimiento de sus tareas.

En cualquier profesión están aquellos que cumplen sus tareas sin esforzarse demasiado, pero que no llegan a cometer ningún comportamiento sancionado jurídicamente, a los que seguramente se los tiene por profesionales del montón. Pero también en todas las profesiones están aquellos que se destacan por la responsabilidad y el compromiso de cumplir con sus servicios de manera excelente, a los que colegas, usuarios, auxiliares y la sociedad los reconoce como profesionales excelentes. Es evidente que entre el mal profesional y el excelente hay una amplia franja por donde transitamos la gran mayoría, los que no alcanzamos a

destacarnos pero que tampoco llegamos a ser imputados ante la Justicia por nuestro trabajo profesional. Y son aquellos notoriamente excelentes profesionales a los que corresponde convocar para integrar a los tribunales de ética, a fin de que desde esa autoridad lograda después de muchos años en el servicio, puedan exigirles a otros profesionales para que asuman su trabajo, con el compromiso del mejor servicio, de manera análoga a la que ellos han hecho.

2.7. Lo que importa es que uno haga su trabajo: es cierto que lo mínimo es que el profesional no cometa un delito en la prestación de su servicio, pero más allá de esto, hay una amplia zona de posibilidades en el trabajo. Para ello existe el Derecho y sus previsiones, pero es razonable también contemplar y regular el camino de aquellos profesionales que no se satisfacen con lo mínimo, sino que pretenden lo máximo. Y aquí es donde se mueve la ética con sus exigencias; sus destinatarios son aquellos que asumen su profesión con esa pretensión de la excelencia. El Derecho establece y se dirige a sus destinatarios sin solicitarles aceptación, pero ésta resulta decisiva para la ética, atento a que el cumplimiento de sus exigencias requiere del compromiso íntimo y voluntario de sus destinatarios.

Pero además, en el campo de un trabajo como el judicial, hay que advertir que el mismo consiste en elegir entre las po-

sibles respuestas jurídicas que le ofrece el Derecho vigente, o sea que la función judicial supone un margen para la discrecionalidad y en cuyo ejercicio hay algunos que finalmente ganan y otros pierden los juicios. Por supuesto que los que perdieron seguramente no estarán conforme con la elección hecha por el juez, y procurarán justificarse o consolarse apelando a todas las críticas posibles al responsable final de su derrota. Si el juez competente es de aquellos que ofrecen la alternativa ser criticados por sus defectos o debilidades en el trabajo, ello será explotado al máximo por los perdedores del juicio. Si por el contrario se trata de un juez que goza de indiscutible reconocimiento por el modo acabado en el que hace habitualmente su trabajo, les será muy difícil intentarlo o montar un discurso racional crítico sobre el mismo.

El trabajo judicial es uno de aquellos que se puede cumplir sin caer en reproche jurídico de muy diversas maneras, pero asimismo se facilita el mismo cuando lo presta quien goza de una confianza notoria y que, por ende, se ve beneficiado por las respectivas presunciones a su favor. Un error puede ser tolerado más fácilmente respecto de aquel que visiblemente trata de hacer siempre muy bien su trabajo y que por ello normalmente no los comete, pero seguramente el perjudicado por ese error no lo perdona cuando se trata de alguien que habitualmente los comete y es reconocido por su ligere-

za o irresponsabilidad, o sea su falta de ética profesional en el servicio.

2.8. Es una moda importada desde EU: la historia de la humanidad revela que siempre se confió las profesiones más relevantes socialmente a personas que gozaban de notoria autoridad moral, y en realidad lo inédito fue cuando como fruto de la Revolución Francesa y su paradigma racionalista o de iluminismo, se estableció que el Derecho era lo contenido en la ley y lo que se le pedía al juez era simplemente que fuera su boca dogmática e inanimada en el caso (Montesquieu). Dado que por las islas inglesas no pasó la revolución, se siguió pensando que el juez contaba con discrecionalidad y de que se requería de cierta confianza pública para desempeñar apropiadamente su trabajo. Así en el *common law* nunca se disoció el trabajo judicial con la ética, y por eso están muy arraigadas las exigencias provenientes de ese terreno, más allá de las incluidas en el Derecho. Prueba de ello es la tradición de códigos de ética profesional escritos o consuetudinarios, que también existen para los jueces.

Al margen de esa peculiar tradición anglosajona, en los países pertenecientes al sistema continental europeo, se ha ido introduciendo también la presencia de códigos de ética. Es indudable que desde la visión decimonónica y el paradigma del Estado de Derecho Legal los jueces formaban parte de la administración del Es-

tado y no se los reconocía como un verdadero poder, por ende, no cabía más que pedirles lo que se les pedía a cualquier servidor público. Pero la consolidación de los Estados de Derecho Constitucional ha significado que se reconozca al Poder Judicial como un verdadero poder del Estado, que incluso tiene la competencia de la última palabra en nombre del Poder Constituyente. El *judicial review* inventado por EE.UU fue finalmente asumido por Europa asignando a los jueces constitucionales el poder de invalidar la ley por razones formales y sustanciales.

En América Latina es manifiesta la difusión de los códigos de ética que claramente se da a partir del año 2000, año en que la Corte de Costa Rica sanciona el Código de Ética Judicial y lo suceden una creciente e imparable aparición de códigos de ese tipo o documentos similares en la Argentina, México, Cuba, Paraguay, Perú, Chile, Panamá, Brasil, etcétera. Pero también en ese proceso ha cumplido un papel potenciador la Cumbre Judicial Iberoamericana con su Estatuto del Juez Iberoamericano en el 2001, la Carta de Derechos de las Personas en el Espacio Judicial Iberoamericano en el 2002 y el Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica en el 2006. Como fruto de este último se creó la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial que tiene entre sus funciones principales: a) asesorar a los poderes judiciales; b) facilitar la discusión, difusión y desarrollo de la

ética judicial; y c) fortalecer la conciencia ética judicial de los que imparten de justicia iberoamericana.

2.9. No existe manera de probar la ética de una persona: por supuesto que no corresponde hablar de probar la ética de una persona, del modo en que hablamos en el terreno científico o de los saberes verificables. Pero de lo que sí se puede hablar es de que toda persona va asumiendo a lo largo de su vida una cierta identidad o personalidad ética, que reside básicamente en aquellos valores o criterios éticos con los que conduce su vida, y que los otros -con los que él convive- van viendo el tenor de los visibles comportamientos y actitudes que expresa su vida. Puede ocurrir que el juicio ético de los otros sea incorrecto en tanto no es esa persona la que creen que es, pero de todas maneras ese juicio siempre existe y está respaldado en conductas y valores a los que responden. La experiencia confirma que los que nos conocen, tienen una opinión sobre la calidad o identidad ética de nuestra vida, como nosotros también tenemos un juicio ético de los otros en orden a su integridad, honestidad, responsabilidad, afabilidad, etcétera.

Hay una dignidad esencial o intrínseca que le corresponde por igual a cada miembro de la especie humana, pero hay una segunda dignidad adquirida o ética que tiene que ver con aquello que

vamos haciendo en la vida y con nuestra vida. Pues entre Hitler y Mahatma Gandhi existe la misma dignidad esencial, pero una abismal diferencia en el terreno de las dignidades adquiridas o éticas. Ningún ser humano debe ser torturado o esclavizado, porque ello violentaría a aquella dignidad esencial, pero en base a la dignidad adquirida corresponde el juzgamiento en términos de reproches, sanciones o reconocimientos.

A pesar de todas las inseguridades y riesgos de error que genera el pronunciarnos sobre la calidad ética de las personas, ello es inevitable, y la mayor o menor certeza del juicio quedará librada al nivel de la reiteración y confianza de los testimonios de aquellos que pueden hablar de las conductas y actitudes del que es juzgado éticamente. Si bien es cierto que existen personalidades contradictorias o variables, puede llegar a ser signo de una enfermedad psicológica como la esquizofrenia, que lo terminará invalidando para el ejercicio de ciertas profesiones en resguardo de los usuarios. Los exámenes para los aspirantes a jueces en el terreno de la idoneidad psicológica es prueba de lo que importa la personalidad del juez en ese ámbito, ajeno al Derecho. Hay un dicho popular que nos parece encierra mucha verdad: podemos engañar a algunos mucho tiempo pero será difícil engañar a todos todo el tiempo.

2.10. Los códigos éticos son difíciles de

respetar cuando contradicen hábitos aceptados o arraigados: esto nos parece falso, y hablamos desde la rica y variada experiencia comparada. Es que los códigos de ética judicial en la medida en que han surgido de diálogos pluralistas y consensos racionales, seguramente tienen mucha posibilidad de imponerse y desarraigar hábitos que se estiman éticamente desaconsejables. Un buen ejemplo en ese terreno lo constituye el hábito en nuestra región de efectuar regalos a los Tribunales por parte de abogados en oportunidad de las Fiestas de Fin de año; si efectuamos un análisis racional de estos comportamientos seguramente podemos concluir en que no hay ninguna razón que los avale y que el juicio ético que merecen los mismos es descalificador, en función de generar sospechas y promover conductas que se mueven en un terreno de lo injustificado o sospechoso. A los efectos de suprimir esas tradiciones que conspiran con la confianza racional de cualquier tercero imparcial, basta colocar en un lugar visible de la mesa de entrada del Tribunal la exigencia prevista en el Código de Ética Judicial que prohíbe la recepción de regalos; ello será eficaz para desalentar esa práctica, sin que nadie pueda sentirse ofendido.

No todo lo que se hace por hacerse desde tiempos inmemoriales está bien o es éticamente correcto; por ello corresponde someterlo a un análisis racional y así se podrá concluir con un juicio sobre la

calidad ética de esos hábitos. Si el mismo se orienta en un sentido negativo, dado que con esos comportamientos se generan sospechas o promueven valores desaconsejables, lo que corresponde es procurar adoptar las medidas orientadas a su desarraigo, y en ese sentido el texto de un Código de Ética Judicial consensuado puede ser un instrumento decisivo. Una regla o exigencia de carácter general cubre y neutraliza perfectamente las motivaciones bien intencionadas de los que practican ciertas conductas, pero que, miradas desde el servicio o la institución, resultan ética y objetivamente equivocadas, por lo que corresponde racionalmente proceder en consecuencia.

2.11. La ética es tremendamente indeterminada o imprecisa: mientras que es propio del Derecho manejarse con normas que definan ciertos supuestos fácticos a los que se les imputan ciertas consecuencias; es propio de la ética recurrir a ciertos principios, valores, bienes o fines que se consagran como núcleos concentrados de la ética y lo que ella busca o promueve. Existe la norma jurídica que obliga al juez a excusarse, y detrás o respaldando a la misma está la exigencia de imparcialidad, que, estrictamente hablando, es un principio ético que aquella norma no agota. De los principios éticos pueden derivar diversas e inagotables exigencias, algunas de las cuales pueden ser consagradas por el Derecho.

Desde la matriz consignada, puede com-

prenderse que la ética genere cierta inquietud o incertidumbre en sus destinatarios, dado que definir a priori qué es lo que violenta o contradice la dignidad propia de la profesión (norma habitual en los códigos de ética profesional), es difícil de precisar. No obstante que esta dificultad es objetivamente insalvable para la ética, atento que sería impensable un código de ética que contuviera –al modo que pretende el Derecho Penal– solamente normas estrictas que tipifican conductas, es cierto que se han arbitrado mecanismos e instituciones que buscan amortiguar esas dificultades o inquietudes en los destinatarios de los códigos de ética. Uno de esos mecanismos son las Comisiones de Consultas éticas, a las que pueden recurrir esos destinatarios de manera personal o anónima, a los fines de que los miembros experimentados que las integran puedan auxiliarlos en sus dudas éticas y aconsejarlos en la mejor opción ética a seguir. Los dictámenes que van emitiendo esas Comisiones de Consultas éticas, al margen de sus destinatarios personales, son de un enorme valor en orden a mostrar proyecciones concretas de los principios éticos, lo que aporta a dotarlos de un más claro y circunstanciado significado.

Aun cuando la ética no tenga por objetivo definir con precisión cuáles son las conductas concretas que avala y cuáles son las que reprocha, no puede sostener que como nada define con claridad, todo

puede valer. En realidad, ella define ciertas exigencias de manera general e indeterminada, incluso los absolutos morales se expresan normalmente en forma negativa (por ejemplo: no puedes matar a alguien sin justa causa, no puedes torturar, etcétera), por ende, algo dicen en relación a conductas que deben o no deben hacerse. Por otro lado, en el juicio ético y su consiguiente responsabilidad, que siempre se pronunciará sobre actos concretos, hay que tener en cuenta el objetivo del mismo, su fin y las circunstancias que les son propias. Esta relevancia de lo circunstanciado en el juicio ético, conlleva que el mismo tiene más flexibilidad que el juicio jurídico, en tanto éste muchas veces se queda en la dimensión objetiva de la conducta y se desinteresa de intenciones y circunstancias; por el contrario, para el juicio ético éstas resultan decisivas. Recordemos que la vieja y clásica prudencia se caracterizaba como un puente entre las exigencias universales o generales y aquellas concretas circunstancias en las que debía pronunciarse el juicio prudente, indicando la conducta buena para ese sujeto en su tiempo y lugar.

2.12. Las sanciones éticas violentan el *non bis in idem*: sin perjuicio de lo que explicaremos en el punto 3.1, recordemos que ese vigente e importante principio sólo se violenta cuando se juzga la misma conducta desde el mismo punto de vista y con los mismos propósitos. De

ese modo, una cierta conducta judicial puede generar diferentes responsabilidades (civil, penal, política o constitucional, administrativa, científica, social y ética), que incluso terminen en ciertos casos efectivizándose algunas de ellas mientras que otras se desestiman. Pensemos en que una cierta sentencia judicial puede generar una acción por el daño infringido a una de las partes, y a tal fin se iniciará un proceso civil que tramitará a tenor de sus normas y principios, para culminar con una sentencia que condene al resarcimiento o rechace la demanda. Aquella misma sentencia dañosa puede ser objeto de una investigación penal ante la presunción de haber sido el fruto de un delito; de todas maneras, ese proceso con todas las garantías que lo rodean, es posible que culmine con una sentencia absolutoria en base al *in dubio pro reo*. Puede también ocurrir que aquella misma sentencia haya favorecido a una de las partes con las que el juez de la causa haya mantenido reuniones en su despacho, que den pie para presumir favoritismo, y no obstante que no ha sido acreditado ningún delito como para merecer una condena penal, puede haberse generado un comportamiento que éticamente resulte reprochable, por lo que el Tribunal ético puede efectivizarlo.

Donde no hay códigos de ética es muy probable que cualquier situación dudosa por parte del juez derive en alguna investigación administrativa, pero cuando

se establecen esos códigos se consolida su especificidad, y es posible por ello que el mismo comportamiento dé lugar a las diferentes responsabilidades, cada una con diferentes reglas, órganos de juzgamiento, principios orientativos a tales efectos y objetivos a procurar. Así pueden subsistir cada una de las diferentes responsabilidades judiciales, las jurídicas y las no jurídicas, aportando cada una a que el juez respete los mínimos y las máximas exigencias establecidas para su trabajo y su mejor resultado.

2.13. La ética no se puede acreditar ni exigir: sin perjuicio de todo lo que reiteremos a lo largo de este artículo, no tenemos duda de que lo que constituyen los núcleos o principios de exigencias éticas judiciales remiten a comportamientos y hábitos que es posible visualizar y valorar en la vida social no profesional. Así un profesor universitario muestra, desde que entra a la Facultad, un modo de tratar a los empleados que revelará la presencia o ausencia de respeto y cortesía; también en sus clases aparecerá un nivel mayor o menor de responsabilidad según su preparación o actualización; asimismo se podrá verificar al momento de los exámenes cuán honesto es según el modo en el que juzga a unos y a otros; cuando vengan las elecciones del claustro seguramente aparecerá el nivel de integridad y fortaleza en los compromisos que asuma, etcétera. Es que al convivir vamos reflejando valores y hábitos que tienen

proyecciones peculiares en los diferentes ámbitos de nuestra vida, y por eso es posible que se haga una búsqueda a los fines de identificar cuáles son aquellos valores y hábitos que los que nos conocen perciben y nos atribuyen. Esto puede resultar algo extraño para nuestra cultura fuertemente con juridicidad, pero no lo es si vamos a otros ámbitos, como el anglosajón, donde antes de designar a un juez se procura recabar mucha información, no tanto sobre sus conocimientos jurídicos, sino sobre el modo ético en el que vive, y así se entra a investigar si regularizó a los empleados que trabajaron para él, se consulta a vecinos, Club, Colegio de sus hijos, etcétera.

En el plano más iusfilosófico puede ser de interés recordar que Hart cuando habla de los «casos difíciles» de los que el Derecho nada dice y que, por ende, el juez debe establecer o crear el Derecho, invoca para encomendar esa facultad discrecional judicial casi legislativa a personas que tengan virtudes propias de los que se les exige a un juez: que sea imparcial, racional, etcétera. También Atienza habla de virtudes judiciales en cuanto a cualidades adquiridas, cuya posesión y ejercicio posibilitan modelos de excelencia y la obtención de ciertos bienes internos para la comunidad. En México en el campo de las virtudes judiciales resulta insoslayable la remisión a los trabajos de Javier Saldaña.

3. Riesgos

3.1. Que la ética adquiera judicidad: uno de los problemas de la ética judicial es precisamente éste. A hilo de ese riesgo, el peligro es que se procure incluir en el Código de Ética sólo normas que respondan al principio de tipicidad; que los tribunales reproduzcan todas las exigencias definidas por el Derecho procesal; que las sentencias éticas revistan las previsiones de fundamentación que son propias del campo del Derecho; que las sanciones sean las típicas jurídicas (destitución, suspensión, multa, etcétera). Conspira contra la especificidad de la ética el valerse de una terminología que la ha importado desde el Derecho, tales como: tribunal, proceso, sanción, deber, etcétera.

A pesar de ese riesgo lingüístico, cabe afirmar la especificidad de la ética y sus instituciones. A los fines de mostrar esas peculiaridades nos centraremos en: los Tribunales éticos, el proceso de responsabilidad ética y las sanciones éticas. En cuanto a los encargados de juzgar las faltas éticas ya hemos hablado arriba al respecto; se pretende que ellos estén integrados por representantes de los sectores interesados en el mejor servicio de justicia (abogados, docentes, jueces, empleados, etcétera), y es importante que la elección responda a los criterios de notoria autoridad ética adquirida a lo largo de la vida; por eso se piensa en personas jubiladas o retiradas del trabajo de ma-

nera que no puedan estar sospechadas a priori de intereses particulares. Sería importante que sean los mismos jueces en actividad los que elijan a aquellos que los juzgarán éticamente, y ello es relativamente sencillo si se pone, por ejemplo, a disposición de los mismos, la nómina de los jueces, abogados o profesores jubilados. Respecto del proceso de responsabilidad ética, no cabe delinear-lo como un proceso jurídico: demanda, contestación, ofrecimiento de prueba, producción de la misma, etcétera, más bien los Códigos de Ética se limitan a subrayar la informalidad del mismo y a encomendar a la autoridad del tribunal de ética para que lo vaya regulando según el caso y a los propósitos que lo animan. De este modo, la prueba de las pruebas es la confesión del denunciado éticamente, para que en diálogo con el Tribunal reconozca eventualmente la falta cometida y asuma el compromiso de no volver a cometerla. Mientras que el Derecho se preocupa por lo que ya pasó, la ética está más interesada por cómo sigue el juez hacia adelante, en una palabra si asume el compromiso íntimo con la excelencia, y a tal efecto es muy importante ese diálogo informal que debe darse entre el tribunal y el denunciado éticamente. En ese marco, puede entenderse que no es necesario que queden registradas detalladamente todas las actuaciones que se cumplen ante el tribunal, ni tampoco que haya un despliegue de pruebas que son más apropiadas para la responsabilidad

jurídica. Ese proceso ético debe culminar en una decisión que también lucirá informal y fuertemente respaldada por la autoridad de los miembros del Tribunal de ética, y sin perjuicio de que esa decisión puede ser desestimatoria de la acusación de falta ética; en el caso que ésta resulte acreditada, la sanción puede limitarse a un reproche a la conciencia del juez con el propósito de conmoverla, para que asuma la falta y manifieste su compromiso con las exigencias éticas. Por eso la eficacia de la ética depende de que exista conciencia ética, pero si ésta no se da, ella resultará ineficaz. También corresponde advertir que respecto a las decisiones del Tribunal de Ética Judicial no caben recursos, a lo sumo sólo destinados a controlar el respeto al debido proceso, pero no el contenido de la decisión adoptada. De todas maneras como la responsabilidad ética no viene ni a absorber ni a suprimir las otras responsabilidades jurídicas (civiles, penales, administrativas o políticas), ellas siempre están disponibles para suplir aquella debilidad de la ética.

3.2. Que los códigos sean puro acto de autoridad: la ética judicial, como las demás éticas profesionales, deben surgir de un diálogo racional en el que se procure consensuar las exigencias orientadas a la excelencia en el servicio, de manera de promover la mayor confianza en los usuarios directos o indirectos del trabajo judicial. Desde esa lógica, resul-

ta totalmente desaconsejable optar por la vía típica en la que se formulan las normas jurídicas, o sea, actos de la autoridad competente para sancionarlas. Al margen de ese camino, nos parece que en el caso de la ética, lo que corresponde es generar un ámbito en donde estén representados los diversos intereses en que el servicio de justicia se preste del mejor modo posible, para que a través de un no apresurado proceso de intercambio de puntos de vista, se logre acordar las exigencias que se le pedirán al juez en el campo de la ética.

Recurriendo a experiencias conocidas, nos imaginamos una comisión integrada por jueces, abogados, académicos, empleados y sociedad civil para que se vayan delineando las máximas exigencias que puede reclamarse de un juez a los fines de que él goce de la autoridad y la confianza propias de un buen juez. La ética nunca puede pedir imposibles, incluso recordemos que la ética clásica señalaba que a veces lo mejor puede ser enemigo de lo bueno, en tanto éste siempre es algo posible, aunque lo mejor no deje de requerir de un máximo esfuerzo. El proceso para la redacción de un Código no puede ser apresurado, dado que tiene que lograrse consenso apelando a diálogos racionales, así es preferible tener todo el tiempo que se necesita y no apurar el trámite para alcanzar en tal fecha el resultado. La fortaleza de un código es directamente proporcional al ni-

vel de consenso plural alcanzado, y éste requiere de un proceso reglado, pero que debe privilegiar la participación de los sectores interesados en el mejor servicio de justicia.

3.3. Que no se contemplen premios: mientras que el Derecho apela a sanciones para lograr sus objetivos, la ética apuesta centralmente a la pedagogía de los premios y reconocimientos. Ya hemos hablado de las sanciones éticas y de su débil eficacia condicionada a la conciencia ética de sus destinatarios, pero lo que no puede marginar la ética conciente de sus peculiaridades, es la de mostrar los ejemplos de aquellos profesionales que han encarnado esforzadamente el compromiso con la excelencia y el rechazo a la mediocridad. Más importante que las sanciones éticas, es que se implementen premios o reconocimientos a aquellos que se pueden mostrar como ejemplo de lo que busca la ética y que, por ende, pueden inspirar seguimientos o imitaciones. Sería dramático para la ética que la asunción del compromiso con la excelencia no sólo no genere reconocimiento en los que lo asumen, sino que encima sea motivo de rechazo o bromas al respecto.

Desde la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial hemos estado contestes desde sus comienzos, de la importancia de destacar a aquellos jueces que son visualizados como verdaderos ejemplos dignos a imitar, pensando en los usua-

rios del servicio. Por eso hemos implementado el Premio al Mérito Judicial Iberoamericano a los fines de reconocer a aquel juez que haya encarnado del mejor modo las exigencias planteadas en el Código Modelo, y realmente resulta emocionante conocer las vidas de los candidatos nacionales y constatar en qué medida esforzada y hasta heroica, han procurado ser jueces excelentes.

Por supuesto que es muy importante la objetividad y seriedad con la que se discriben los premios éticos, y hay que tener en cuenta que es muy difícil en ese terreno la unanimidad, por lo que sólo arbitrando un procedimiento transparente y plural pueden llegar a neutralizarse las sospechas y críticas normales.

3.4. Que los tribunales de ética se escojan con otros criterios distintos a los éticos: estimamos que ya se han señalado los criterios que corresponde tener presente a la hora de elegir a los que integrarán los Tribunales de Ética Judicial, y hemos destacado que mientras los jueces en materia jurídica se constituyen plenamente como tales con el decreto de designación en legal forma, en materia ética lo decisivo para tener competencia para juzgar es la autoridad ética que los otros –especialmente los que son juzgados– les reconocen por lo que han hecho a lo largo de su vida. Además, es aconsejable que los tribunales éticos resulten en forma plural, integrados por aquellos

que miran y juzgan el compromiso ético judicial desde los diferentes sectores a los que les interesa el mejor servicio y pretenden depositar la confianza en el mismo. La clave de bóveda en el funcionamiento de la responsabilidad ética es sin lugar a dudas la autoridad ética notoria e indiscutible de la que deben gozar los miembros de un Tribunal de Ética.

3.5. Que no haya un trabajo de diálogo racional en la difusión: desde la matriz diferenciadora del Derecho respecto de la ética, puede señalarse que para aquél basta adoptar el camino normal previsto en la promulgación de las normas jurídicas, pero cuando se trata de la ética, es muy importante insistir en un trabajo de difusión explicativo muy amplio. Es que si a las exigencias éticas las respaldan razones que procuran alcanzar la razón del destinatario en aras de lograr su adhesión voluntaria e íntima, es decisivo pergeñar un camino que transite por ese diálogo racional respecto de sus destinatarios. El código de ética judicial, además de intentar ser conocido, debe buscar convencer a quienes se dirige explicando los fundamentos que justifican sus exigencias y las particularidades que tiene la ética.

Entre las experiencias que al respecto se pueden compartir en orden a lograr un conocimiento racional de las exigencias éticas, está la del Poder Judicial Federal en México, cuando una vez aprobado el Código de Ética se convocó a todos sus

integrantes a un concurso sobre el Prólogo que acompañaría la Edición oficial del mismo. También están los concursos que la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial ha ido convocando sobre los diferentes Principios de Ética Judicial y sobre las funciones de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial. Asimismo pueden traerse a colación los talleres, cursos, seminarios, etcétera, que se han organizado desde los diferentes Poderes Judiciales a los fines de lograr la mayor difusión y convencimiento de los respectivos Códigos de Ética.

3.6. Que la ética judicial se visualice como algo corporativo: es sabido que las sociedades contemporáneas desconfían de toda autoridad, incluso cuanto mayor poder y remuneración tengan, seguramente sea peor la perspectiva ciudadana. Por eso corresponde que los Poderes Judiciales asuman, en toda la amplia materia que está incluida en la ética judicial, medidas que lejos de alentar, debiliten o neutralicen esas sospechas. Así es importante que el proceso de gestación y sanción de los códigos de ética, como la integración de sus instituciones o el acceso a las denuncias éticas, sea lo más amplio y fácil posible.

En relación a compartir experiencias, es importante que la ciudadanía disponga de un interlocutor institucional confiable a quien le puedan plantear los ciudadanos comunes sus dudas y cues-

tionamientos éticos respecto de los integrantes del Poder Judicial. También es relevante que la posibilidad de denunciar éticamente no deje de lado a ninguno de sus miembros, incluidos los integrantes de las respectivas cabezas del Poder.

4. Porque la Ética Judicial

4.1. Por la democracia: todo profesional, en última instancia, es alguien que tiene un privilegio que la sociedad le ha otorgado a través de diversas instituciones (universidad, colegio profesional, etcétera), para que cubra un cierto requerimiento en algunas de las materias que aquélla necesita. Así por ejemplo, los profesionales de la salud son los únicos habilitados para ocuparse de los problemas vinculados con la salud en orden a su recuperación o su mantenimiento, y si alguien que carece del título de médico, se dedicara a esa materia, correría el riesgo de padecer la imputación de ejercicio ilegal de la profesión. Algo semejante pasa con los profesionales del Derecho, que son aquellos que tienen el monopolio para asesorar, abogar, enseñar o decir el derecho.

Desde la lógica señalada, que el poder del profesional es un poder conferido finalmente por la sociedad, puede concluirse que la misma posee el derecho de tener los profesionales que quiere racionalmente tener, y consecuentemente,

las exigencias éticas en tanto remiten al compromiso con la excelencia, resultan sustancialmente democráticas o seguramente requeridas por la ciudadanía. Ello se acentúa cuando pensamos en un poder del Estado de la envergadura y el *imperium* propio de los jueces, cuya función se remunera con los aportes de toda la ciudadanía, como también se cubre el presupuesto de todo el poder judicial. En definitiva, si bien el derecho contempla exigencias insoslayables y coercitivas para todos los jueces, es estimulante y posible apostar a que ellos sean conscientes de los reclamos de sus poderdantes y asuman ese compromiso de nunca defraudar la confianza y la pretensión del mejor servicio de justicia. Desde la matriz democrática resulta indiscutible la procedencia para que el pueblo no sólo fije los mínimos de exigencias que son objeto del Derecho, sino también las exigencias de máximas que están incluidas en los códigos de ética, dejando constancia que esa asunción por parte de los jueces será siempre voluntaria, y así, la aceptación del cargo supone la aceptación de las restricciones y deberes que conlleva el mismo.

4.2. Por la Constitución: es normal que las Constituciones al hablar de los jueces señalen requisitos o idoneidades especiales, y que al mismo tiempo contemplen la posibilidad de su destitución en caso de que se pierdan esas idoneidades o se incurra en malas conductas. Más

allá de las fórmulas constitucionales expresas con los requisitos que deben cubrir los aspirantes a jueces o las causales que habilitan a la destitución de los mismos, ellas siempre son fuertemente imprecisas o indeterminadas; de ahí que los Códigos de Ética Judicial puedan cumplir ese papel de brindar mayor contenido o precisión a aquéllas. En efecto, esos Códigos al intentar delinear con algún detalle las características del buen juez, e incluso brindando la alternativa para despejar dudas éticas por medio de Comisiones de Consultas, se constituyen en poderosos instrumentos dirigidos a completar qué es lo que pretende la Constitución respecto de aquellos que son jueces y merecen seguir siéndolos.

Una buena expresión de ese desarrollo de los mandatos constitucionales a través de los Códigos de Ética es el Código del Poder Judicial mexicano, en tanto el mismo se apoya en las exigencias previstas en los artículos 17 y 100 de dicha Carta Magna, y así sus capítulos dedicados a la independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo y excelencia resultan eco de sendas exigencias constitucionales vinculadas a la actividad judicial.

4.3. Por el poder de los jueces actuales: desde el paradigma del Estado de Derecho Legal, lo único que cabía exigir a los jueces era que supieran la ley, dado que lo que se les pedía era que fueran la boca dogmática de la misma, por eso la única

idoneidad que se buscaba acreditar en el que accedía a la Magistratura, era la científica. Pero en tiempos del Estado de Derecho Constitucional, los jueces han incrementado necesariamente su poder, en tanto son ellos los encargados de «decir el derecho» en última instancia, pero recordemos que éste ya no está sólo en la ley sino antes y por encima de la misma. En esa función jurisdiccional, el juez normalmente encuentra disponible para el caso que debe resolver, varias soluciones aportadas por el Derecho vigente, y así confía a su discrecionalidad el elegir entre una de ellas. Desde esa lógica, puede concluirse paradójicamente, que un juez deshonesto que sepa derecho es más peligroso que aquel que sabe muy poco Derecho, dado que en definitiva encontrará con mayor facilidad la respuesta jurídica que le resulte funcional a sus intereses personales.

El interrogante consiguiente que surge inmediatamente después de reconocerse el poder de los jueces en el Estado de Derecho Constitucional, es qué idoneidades nuevas se les exige a estos jueces con ese nuevo papel. La respuesta más evidente es que corresponde pedirles idoneidad ética, o sea que luzcan ante la mirada pública de los que lo conocen, aquellos hábitos que luego se pretenderá que estén presentes al cumplir la función judicial, tales como: integridad, honestidad, responsabilidad, afabilidad, etcétera.

4.4. Porque el derecho es insuficiente:

ya hemos hablado de que los deberes jurídicos que pesan sobre los jueces son exigencias mínimas en tanto prohíben o exigen comportamientos graves sobre los cuales no existen dudas, y de ese modo aquellos se satisfacen por medio de conductas externas. Reiteremos el ejemplo de la obligación del juez de apartarse –en aras de la imparcialidad– si viene en el proceso un familiar muy cercano; sin embargo, más allá de esos casos objetivamente identificables, puede ocurrir que el que está en el proceso no encuadre en ninguno de los supuestos legalmente previstos como causal de excusación, no obstante ello existe la posibilidad de que el juez competente tenga interés en dictarle un fallo a su favor por los motivos que se quieran, y frente a ese propósito deshonesto, el Derecho resulta absolutamente incapaz para advertirlo y arbitrar alguna medida para evitarlo. Es que se trata de la conciencia del juez y ahí no puede entrar el Derecho, por ende, sólo cabe confiar en que ella está insuflada de ética como para no entrar a ese juego deshonesto, y se aparte del juicio si no puede conservar su imparcialidad, al margen que no encuadre su situación en las objetivamente previstas por la ley. A veces la falta de ética puede ser simplemente mediocridad o haraganería; pensemos en el tiempo y el modo en el que el juez reflexiona y busca la mejor solución para la causa y ese terreno también es inaccesible para el Derecho y sólo puede ingresar la éti-

ca reclamando que no se opte por la vía más fácil y rápida, sino que afecte todo el tiempo y el esfuerzo que requiera encontrar la mejor solución jurídica.

No se trata de sepultar al Derecho y dejar sólo la ética, por el contrario, ésta complementa a aquél buscando que los deberes jurídicos se cumplan con la mejor intención, pero también agregando otros deberes inalcanzables por el Derecho, que aportan a la excelencia en el servicio y a la indispensable confianza de los usuarios.

4.5. Porque es constitutiva del obrar humano: enseña la más clásica antropología que el hombre es un animal esencialmente ético en tanto racional y libre, pues no puede dejar de conducir su vida y el único modo de hacerlo es apelando a criterios y valores que, en definitiva, van constituyendo una cierta ética y respectiva identidad. La palabra *bios* en griego dice mucho más que vida, en tanto ella indica no sólo una mera sucesión de conductas y hábitos, sino a aquello que le da unidad a los mismos. Al vivir el hombre va clarificando y construyendo un modo de vivir que en definitiva es una cierta ética con la que se reconoce e identifica, por eso hasta el momento definitivo o definitorio de la muerte, existe la posibilidad de darle un giro a la vida y torlarla al servicio de un determinado valor fundamental. Dice con acierto el poeta: «Caminante no hay camino, se hace ca-

mino al andar», y esa inexorabilidad implica que aun aquel que decide no seguir andando no soslaya un oculto o implícito modo de andar o de vivir.

Si la vida humana es esencialmente ética, se impone concluir que la vida judicial también lo es. Por supuesto que se trata de una ética social, en tanto se proyecta – beneficiando o perjudicando– a los otros, y además será aplicada, dado que no se está teorizando sino proyectando al quehacer de aquellos que ejercen la Magistratura. Por ende, la ética profesional es igualmente constitutiva al quehacer profesional, no puede dejar de estar presente en tanto es posible leer en el mismo la presencia o ausencia de la preocupación por lograr la mejor calidad del servicio. La reflexión ética no crea a la ética profesional, sino que la explica y califica.

4.6. Por la crisis de legitimidad de la autoridad: es un hecho bastante evidente que en nuestras sociedades occidentales la autoridad sufre una gran crisis de legitimidad, y hoy quien la ejerce debe enfrentarse a un descrédito generalizado y profundo. El problema es cómo enfrentar esa crisis, y lo que parece claro es que el Derecho no basta, por eso se dice que es un tiempo propicio para la ética. Más aún, se afirma que la ética está de moda y desde los más diversos ambientes (ecológicos, empresariales, biomédicos, políticos, etcétera) se enarbola a la ética como la bandera de la esperanza a un

mundo en el que los poderosos no temen al Derecho, dado que éste o no llega o llega muy tarde. Ojalá que esta apuesta por la ética alcance a la conciencia de la humanidad, y especialmente a la conciencia de los poderosos, pero también del hombre común que debe decidir dónde arroja la batería o la bolsa de nylon que ha dejado de usar, y al respecto lo que prescribe el derecho poca eficacia tendrá, y será la conciencia ética la que finalmente determine esa decisión.

Más allá de esa expansión y actualidad de la ética, queremos insistir por su importancia para las autoridades en orden en procurar recuperar la indispensable legitimidad. En ese terreno, lo que parece aconsejable es no conformarse con el Derecho, sino buscar ser y parecer con el compromiso a la excelencia, reflejando en todo momento en la vida pública –profesional y no profesional– un modo de vivir conforme a las pretensiones de aquellos que brindaron la oportunidad de ser autoridad y que pagan el correspondiente salario. Es un excelente mensaje a la sociedad que ella se entere de que los miembros del Poder Judicial están inquietos por la pérdida de legitimidad, y que a los fines de revertir ese proceso han decidido redactar e imponerse un Código de Ética.

4.7. Por la historia de la humanidad y las profesiones: en las discusiones teórico-éticas es un tema de enorme polémica

la carga de historicidad que acompaña a los deberes éticos. Sin embargo, lo sorprendente es que cuando uno deja de lado esas abstracciones y se interesa por el contenido concreto de las exigencias éticas profesionales, incluso las judiciales, puede comprobar una enorme coincidencia y reiteraciones en las mismas. Llama la atención lo que cuesta ser original en materia de Códigos de Ética judicial, y más bien lo que se observa son acentos y modos de decir los mismos deberes que desde siempre se pretende respecto de los jueces. Así se constata, a lo largo del tiempo y del espacio, que el conferir a alguien el rol de profesional en general, y de juez en particular, implica un reconocimiento y un privilegio, por lo que se otorga a aquellos que además de dominar un cierto saber u oficio, también cuentan con calidades éticas que no lo inhabilitaban para prestar ese servicio a la sociedad.

Pensamos que resulta oportuno traer a colación una vez más nuestra propia experiencia cuando la Cumbre Judicial Iberoamericana nos encomendó junto a Manuel Atienza para que redactemos el Código Modelo de Ética Judicial. Sin duda se tuvo en cuenta en ese mandato que proveníamos de escuelas distintas y, por ende, podía suponerse que los acuerdos que alcanzaríamos serían lo suficientemente representativos de distintos sectores del quehacer judicial. Lo sorprendente también para nosotros,

fue lo fácil que nos resultaba acordar los deberes éticos judiciales: es que de algún modo no sólo estaba de por medio la historia de la humanidad sino también la vigencia actual de esos deberes en otras culturas, y también nuestra propia experiencia de usuarios en otras profesiones, desde las cuales se podían descifrar exigencias más o menos análogas, como: responsabilidad, honestidad, afabilidad, secreto profesional, integridad, etcétera.

5. ¿Qué debe contener Un código de ética judicial?

Ya hemos hablado del proceso y la matriz dialógica, racional y pluralista con la que se debe gestar un Código de Ética Judicial, evitando así el camino rápido de la decisión autoritativa de la Corte Suprema respectiva. Sólo nos gustaría insistir en que es a ésta a la que le corresponde aprobarlo, pues los constitucionalistas han precisado que todos los Poderes del Estado cuentan, entre sus facultades implícitas, las de dictar reglas para sus integrantes y empleados, y nos parece evidente que entre ellas está la de aprobar un Código de Ética con el objeto de delinear el perfil del mejor servidor público desde ese ámbito institucional.

Lo que queremos responder ahora es acerca de las partes mismas que podría contener un Código de ética judicial completo, y al respecto efectuaremos

las siguientes precisiones. Nos parece importante y necesario una «Exposición de Motivos», en tanto el discurso ético se apoya en razones dirigidas a la razón del destinatario para que las comprenda y las asuma desde el compromiso íntimo con la excelencia en el servicio. Los deberes éticos pueden formularse por medio de normas que explicitan o precisan conductas (por ejemplo cómo y dónde deben recibir los jueces a las partes), pero lo más importante es que los Códigos señalen los principios, valores, bienes, virtudes o fines en donde aparece concentrada la ética judicial. Más aun, aquellas normas pueden faltar, porque en definitiva se pueden explicitar desde esos núcleos concentrados de ética, pero lo que nos parece decisivo es incluir –más allá de denominaciones- a las exigencias medulares que se les dirigen al juez en orden a lograr la excelencia en la prestación del servicio. El Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica indica trece principios en los que entiende se resume y concentra la ética, sin perjuicio de lo cual luego se explicitan normas en cada uno de esos trece capítulos. La estructura de éstos es que en el primer artículo se intenta señalar la finalidad justificatoria del principio, en el segundo se procura definirlo, y en los restantes se mencionan normas típicas de conductas. Una tercera parte del Código de Ética Judicial puede ser el espacio para las instituciones respectivas, básicamente se podrá estar hablando de Tribunales de Ética

y de Comisiones de Consultas, la clave en ambos casos –como ya lo dijimos– es buscar una integración plural con personas que gocen de notoria autoridad ética ganada a lo largo de la vida. La experiencia del Paraguay confirma que un Secretario o Director Coordinador o administrativo del Tribunal puede ser una pieza clave a los fines de que el ciudadano común encuentre un interlocutor confiable que lo asesore acerca de sus cuestionamientos éticos respecto de jueces. Una cuarta sección deberá ser lo referido al proceso de responsabilidad ética como algo peculiar, y en donde no se repliquen las características típicas de los procesos jurídicos por lo que deberá caracterizarse por su informalidad y remisión a que el Tribunal lo vaya estableciendo, según las características de lo denunciado. También contendrá ese Código de Ética Judicial completo, lo referido a las sanciones éticas, las que tampoco son las típicamente jurídicas sino que se agotan apropiadamente en reproches privados o públicos, y sin perjuicio de que sobre la misma conducta operen las otras responsabilidades judiciales. Una sexta indicación que nos parece adecuada para un Código de Ética Judicial, es que se establezcan Premios para aquellos que han asumido de una manera clara y esforzada las exigencias previstas en el mismo, y por supuesto, valen aquí todas las indicaciones referidas a garantizar la mayor objetividad y transparencia en el otorgamiento de esos Premios.

6. Conclusión

Seguramente a la luz de todo lo señalado, se puede concluir que lo más difícil para lograr la vigencia de un Código de Ética Judicial es revertir una cultura que se promueve en nuestras Facultades de Derecho insuflada de juridicismo y alérgica a hablar de ética como algo de interés para la formación y la práctica del Derecho. Pero también es cierto que hay un reclamo cada vez más visible de nuestras sociedades, a los fines de superar aquella visión sesgada, y consiguientemente, recuperar el espacio para la ética y el sentido común. No faltan voluntades y compromisos provenientes de los poderes judiciales en orden a recuperar e inspirar confianza ciudadana, y en este terreno el recurso a la ética judicial resulta insustituible ■

DRA. NOEMÍ NICOLAU
Profesora Titular de la Cátedra
de Derecho Civil III, U.N.R.

Investigadora de la Carrera del
Investigador Científico, U.N.R.

El Derecho y la ley

*Ideas básicas de la Conferencia pronunciada
el marco del ciclo «La Argentina de hoy
y la Argentina predecible», realizadas
conjuntamente con la Fundación Italia, el día
21 de junio de 2012 en la ciudad de Rosario.*

1. Este Seminario, al que fui invitada por una cortesía que agradezco del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, Delegación Sur y la Fundación Italia, trata sobre «La Argentina de hoy y la Argentina predecible», y viene desarrollándose exitosamente en torno a un eje central muy atrayente que consiste en pensar nuestro país desde diversas perspectivas, económica, filosófica, religiosa, política. En esta oportunidad propongo reflexionar, desde una mirada jurídica, acerca de nuestro presente como argentinos y, quizás, arriesgar algunas conjeturas respecto al futuro inmediato del Derecho privado nacional.

2. Se me propuso abordar la cuestión de «El Derecho y la ley», de modo que el comienzo parece alentador, pues se atribuye a la ley el lugar que le corresponde en el mundo jurídico, un lugar importante, pero no exclusivo. La expresión misma señala la conjunción de dos diversas nociones. De entrada nomás se aclara que el mundo jurídico no es sólo la ley. No caben dudas que en la familia jurídica occidental continental la ley tiene un lugar preponderante, pero no es la única fuente del derecho. En la concepción del mundo jurídico que comparto se afirma que está compuesto por normas integradas en la denominada dimensión normológica. Esas normas pueden ser legales pero también jurisprudenciales

y consuetudinarias. Se reconoce, asimismo, una dimensión sociológica que refiere a la realidad social, económica, política, cultural. Además de las normas y la realidad, siendo el Derecho la ciencia de la justicia, no puede obviarse una dimensión axiológica. En nuestra opinión, el gran desafío en el mundo jurídico es la realización del valor justicia, al que cabe subordinar otros valores inferiores, como la utilidad o la seguridad jurídica.

Los filósofos del derecho podrían abordar esa compleja y discutible relación entre Derecho y ley. En nuestro país de comienzos del tercer milenio mucho habría para decir sobre el Derecho. Se podría discurrir largamente sobre el estado de derecho, respecto a la realidad social y los derechos humanos, podría también preguntarse acerca de la dificultosa relación entre el valor justicia y el valor utilidad. Se trata de cuestiones profundas que los filósofos y sociólogos del derecho pueden abordar con solvencia, así como pueden ayudar a comprender en qué medida el Derecho occidental recibe, en el presente, la influencia de la cultura de su tiempo, determinada por el enorme desarrollo de la ciencia y la tecnología, la globalización, la crisis de los Estados nacionales y las peculiares características de la posmodernidad.

Es que el desarrollo casi sin fronteras de la ciencia y de la tecnología plantea, por un lado, la masificación de las relaciones

personales y jurídicas, porque la celeridad y uniformidad que brinda la tecnología facilitan la contratación masificada, la masificación de los daños y los delitos, diluye a la persona del acreedor y también la del deudor. Por otro lado, ofrece posibilidades infinitas de comunicación y las más variadas modalidades de contratación por vía electrónica. Además, introduce cambios de paradigma, tanto en el comienzo, como en el fin de la vida y enfrenta a la ciencia jurídica con la necesidad de replantearse la noción jurídica de comienzo de la existencia de la persona, el concepto de muerte, el derecho de la persona a su identidad, imagen, privacidad y el derecho a disponer del propio cuerpo.

Por su parte, la globalización es también un signo de estos tiempos, pues se expandió desde la economía a la cultura y, por tanto, al Derecho. Puso en evidencia la crisis de los Estados nacionales y obligó al hombre a preguntarse si el derecho de un mundo globalizado debe ser uniforme o basta a los países con armonizar sus derechos internos en consonancia con los demás. Resta comprobar cuál será el método más eficiente para enfrentar la globalización económica y la pérdida de soberanía de los Estados.

También hay que considerar que el hombre posmoderno, testigo del fracaso de los objetivos de la modernidad, sumiéndose en un grave descreimiento respec-

to a las posibilidades que tiene de asegurarse un futuro próspero, introduce enormes conflictos en el orden social y jurídico. Es que ese hombre quiere vivir el presente sin historia y un futuro sin proyecto, de modo que difícilmente se planteará una inquietud sobre la Argentina predecible, porque el futuro parece interesarle poco a quien no acepta proyectos de larga duración. Basta observar cómo el matrimonio y la familia no se construyen con proyectos de larga duración, suelen ser vínculos efímeros, de rápida disolución; los contratos, aun cuando sean de larga duración, se renegocian o se rescinden con anticipación; las inversiones, dinámicas y poco futurizas, deben asegurar buenas ganancias en cortos plazos.

A pesar de todas las dificultades, quizás por esa misma razón, el mundo jurídico es complejo y apasionante y atrae a las personas y las entusiasma para conocer cómo la sociedad, mediante la labor de sus legisladores y sus jueces, satisface cada una de estas y otras inquietudes. Podría hablarse largo tiempo al respecto, sin embargo, nuestro empeño en esta oportunidad se limita a responder cómo se resolverán en la reforma de los Códigos civil y comercial. Es probable que en los años próximos interese también a la ciudadanía saber cómo se resolverán los problemas, todavía más complejos, del delito y el Código penal. Es que el Derecho civil, comercial y penal son las ramas jurídicas que se encuentran en mayor evolución y encuentran sus codificaciones añejas, llegando desde el ya le-

jano siglo XIX, después de haber pasado por un trabajoso siglo XX.

3. En este contexto vamos a abocarnos, entonces, a reflexionar sobre el Derecho privado y la ley del tiempo argentino presente. En nuestra familia jurídica los orígenes del Derecho Privado se remontan a la Roma de los grandes esplendores, aquella que le dio sus bases a Occidente, bases sobre las cuales Francia construyó, más tarde, sus Códigos. Por eso, a diferencia de lo que ocurre en el mundo anglosajón, los Derechos privados continentales se encuentran codificados.

Para hablar de Derecho privado es obligada la referencia a los Códigos civil y comercial. Cabe entonces preguntarse de qué se habla cuando de un código se trata. Tradicionalmente, era un sistema completo y cerrado, que se explicaba a sí mismo, que tenía vocación de estabilidad, completividad, capacidad de prever y dar solución a todos los problemas que se plantearan en su materia. Ese no es un modelo jurídico que podría sostenerse en la actualidad porque ninguno de esos caracteres se corresponden con la cultura de este tiempo. Tanto la completividad como la estabilidad resultan imposibles, pues la sociedad presenta con frecuencia nuevos y graves desafíos para los que, además, exige con asiduidad nuevas soluciones. En consecuencia, los códigos de estos tiempos son códigos de principios, el codificador fija algunas reglas generales que iluminan las instituciones jurídicas y otorga facultades a los jueces para elaborar, a partir de esos

principios y de algunas claras y concretas normas especiales, la solución que corresponda a cada caso.

4. Ese modelo es el que emplea el Proyecto de Código civil y comercial de 2012 radicado en el Congreso, pronto a ser tratado, que fue elaborado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo, integrada por los Doctores Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. La metodología principista se muestra desde el Título Preliminar que, en tan sólo dieciocho artículos, consigna las bases fundamentales para comprender el diseño global del Código proyectado que se ilumina con los principios de buena fe, el ejercicio regular de los derechos y el respeto al orden público. Puede verse también, por ejemplo, cuando se regula la capacidad, estableciendo los principios generales relativos a la capacidad de derecho y de ejercicio; en el título referido a los hechos y actos jurídicos en el que se incluyen, en primer lugar, las nociones elementales para comprender el régimen. En el Libro Segundo, dedicado a las Relaciones de familia, comenzando por el matrimonio, se consignan expresamente los principios de libertad e igualdad; de igual modo el Proyecto sienta las disposiciones generales en cada uno de los títulos dedicados al régimen patrimonial del matrimonio, el parentesco, la filiación y así sucesivamente. En el Libro Cuarto que trata acerca de los Derechos reales se emplea la misma metodología. Se fijan las Disposiciones generales y Principios comunes en los artículos 1882

a 1891. Luego, en cada uno de los títulos dedicados a los diversos derechos reales, se comienza con las disposiciones generales relativas a ese derecho.

5. Para situar este Proyecto de manera adecuada en su entorno histórico es necesario recordar que no es más que una última etapa de la saga iniciada apenas comenzado el siglo XX. Un movimiento reformador del Código de 1871 se extendió a lo largo de casi un siglo, pero aun no logró plasmar sus propósitos. Al impulso de esa idea se sucedieron, sin éxito, el Anteproyecto de Código civil redactado por el Dr. Juan A. Biliboni en 1926; el Proyecto de 1936 elaborado por la Comisión integrada por los doctores Roberto Repetto, Rodolfo Rivarola, Héctor Lafaille, Enrique Martínez Paz y Gastón Federico Tobal y el Anteproyecto de reformas de 1954 encargado a Jorge Joaquín Llambías, hasta llegar a la denominada Reforma de 1968, concretada en la Ley N° 17.711, y debida, en gran medida, al jurista Guillermo A. Borda. Sin proponerse una reforma integral del Código civil de Vélez Sársfield, logró al menos un verdadero aggiornamento de su espíritu. Desde la Reforma de 1968 hasta 1987, no hubo nuevos intentos. En ese año se propuso la Unificación del Derecho civil y comercial en materia de obligaciones que llegó a ser ley y fue, luego, vetada por el Poder Ejecutivo. En 1993 se presentaron dos Proyectos de reforma integral de los Códigos, uno de la denominada Comisión Federal, integrada por juristas designados por el Congreso y otro, redactado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo. Ninguno de los dos lograron concretarse y, finalmente, en 1998, se presentó un nuevo Proyecto de Código ci-

vil, unificador del Derecho civil y comercial, que tuvo aprobación en la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados y ha servido de fuente inmediata al Proyecto que en la actualidad está en discusión.

6. Este nuevo intento de recodificación que analizamos, consta de una Parte general, las disposiciones relativas al Derecho de Familia, luego, el régimen de los Derechos personales y los Derechos reales, más tarde, el Derecho sucesorio y, por último, las Disposiciones comunes a derechos reales y personales.

En la Parte general, que está dedicada a la persona, se consigna uno de los mayores aportes de este Proyecto: la inclusión, relativamente ordenada, de los Derechos y actos personalísimos. Se tratan los actos de disposición sobre el propio cuerpo, el consentimiento en la relación médico paciente y en especial para las investigaciones médicas, las directivas anticipadas y se consigna un expreso rechazo a la eutanasia activa. Algunos de los artículos proyectados reproducen las normas de la ley 26.529, acerca de cuya vigencia o derogación parcial nada se dice.

Respecto a la delicada cuestión del principio de la existencia de la persona en el marco de la procreación asistida se ofrece una solución polémica al disponerse en el artículo 19 que la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión en la mujer, aunque se deja a salvo la protección del embrión no implantado, según lo prevea la ley especial.

Se incluye también una modificación sustancial en el régimen de capacidad de los menores en el artículo 26. Se mantiene el principio de que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales pero: a) tiene derecho a ser oído en todo proceso judicial que le concierne y a participar en las decisiones sobre su persona; b) si cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. Respecto a las decisiones sobre su persona: a) se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física; b) a partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

En relación al denominado bien de familia se deroga la ley N° 14.394 y, por tanto, se sustituye ese instituto por la protección de la vivienda. Según el artículo 244 del Proyecto no se protege la familia sino la vivienda de la persona, por lo que la persona sola puede afectar su único inmueble en el que habita.

Asimismo, el Proyecto regula con detalles el régimen de las Personas jurídicas. Entre las personas públicas, además del Estado nacional, las provincias, los municipios, las entidades autárquicas y la Iglesia Católica, reconocidas en tal carácter en el Código vigente, se enuncian

la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter, los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el Derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable. Asimismo el Proyecto otorga el carácter de personas jurídicas privadas, además de las existentes en el presente, al consorcio de propiedad horizontal, las comunidades indígenas, las mutuales y cooperativas y toda otra persona contemplada en sus disposiciones o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento. Satisfaciendo un reclamo de la doctrina y la jurisprudencia se incluye el régimen legal expreso para las asociaciones y se moderniza la regulación de las fundaciones, derogándose la ley vigente.

En cuanto a los bienes en general es necesario poner de relieve la inclusión de una norma sustancial en materia de derecho de aguas. Se trata de una cuestión de particular importancia en la actualidad. El artículo 239 reconoce que las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños quienes deben ejercer regularmente su derecho a usar de ellas con libertad, siempre que no formen cauce natural, pero están sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. Cuando se constituyen cursos de agua por

cauces naturales las aguas pertenecen al dominio público.

La Comisión redactora había incluido también en el Título de los bienes, una sistematización de los derechos de incidencia colectiva en el artículo 240, que fue suprimido de manera total en la versión que el Poder ejecutivo envió al Congreso.

El régimen legal de la Familia ofrece en el Proyecto un cambio un tanto radical. Entre otras modificaciones se propone una normativa exhaustiva respecto a las uniones convivenciales. En el régimen patrimonial del matrimonio se introduce el derecho de optar entre la tradicional sociedad conyugal y la separación de bienes, y se establece como régimen subsidiario el de sociedad conyugal para el caso en que los contrayentes no ejercieren el derecho de opción que se les ofrece. Además, se admite, la fecundación post mortem y la maternidad sustituta a fin de dar filiación a la persona nacida de esas técnicas procreacionales.

En la Teoría general de las Obligaciones, sobre todo, en materia de daños hay numerosas reformas técnicas. Señalaré, al menos, dos modificaciones importantes: una en el sistema de las obligaciones dinerarias y, otra, en la responsabilidad civil del funcionario público (artículos 1764 a 1766). En ambos casos el Anteproyecto elaborado por la Comisión redactora proponía normas que fueron modificadas por el Poder Ejecutivo antes de enviar el Proyecto definitivo al Congreso.

Respecto a las obligaciones dinerarias el Anteproyecto reproducía en su artículo 765 el régimen vigente en la actualidad consignando que «Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero», y acorde con ese criterio, complementaba la consecuencia jurídica diciendo que «El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene». Después de la reforma del Poder Ejecutivo el Proyecto enviado vuelve al sistema originario del Código civil velezano: «Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal, de conformidad con la cotización oficial». Esta norma se complementa con el artículo siguiente según el cual, el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada. En mi opinión no hay dudas que la doctrina y la jurisprudencia deberán realizar ingentes esfuerzos para lograr equidad en las relaciones obligatorias en una economía inflacionaria, si se aprobara este régimen y continuara vigente la prohibición de indexar.

En cuanto a los Derechos reales se mantiene el sistema de número clausus. En el artículo 1887 se recepta un reclamo frecuente de la doctrina al incluirse nue-

vos derechos reales. Prácticamente no ha existido desacuerdo acerca de considerar derechos reales autónomos a la propiedad horizontal y el derecho de superficie, admitiéndolo para todos los destinos y no sólo forestal, tal como lo tenemos regulado por la ley N° 25509. Se resuelve también el grave problema existente en la actualidad respecto a los clubes de campo, shopping center, emprendimientos similares y cementerios privados incluyéndolos como derechos reales bajo la denominación de conjuntos inmobiliarios y cementerios privados. Por otro lado, se subsana el error que introdujo en nuestro ordenamiento la ley N° 26.356 que reguló como derecho personal el servicio turístico de tiempo compartido. El Proyecto lo enuncia entre los derechos reales y lo regula en los artículos 2087 a 2102, derogando los Capítulos III, IV, V y IX de la referida ley especial.

Cabe mencionar de manera particular el reconocimiento del derecho real autónomo de propiedad comunitaria indígena. La Comisión Redactora propone un derecho comunitario, de sujeto plural o colectivo, la comunidad indígena registrada, que resulta indeterminado en cuanto a sus componentes. Según se expresa en los Fundamentos, la Comisión Redactora del Anteproyecto entendió necesario introducirlo porque, de lo contrario, cuando se adquieren las tierras, se asignan títulos de dominio que, mayormente, surgen de usucapiones, por la insuficiencia de los otros derechos reales conocidos. No obstante, los pueblos originarios se han mostrado disconformes, y sus abogados

estiman que existe una incompatibilidad entre el Derecho Indígena y el Derecho Privado, pues el Proyecto no respeta la cosmovisión de los pueblos originarios y niega la preexistencia de estos pueblos, acordando sólo el derecho a la posesión y la propiedad comunitaria a las comunidades con personería jurídica reconocida.

En el Derecho sucesorio también se recepta la opinión de la jurística al flexibilizar la legítima de los herederos forzosos. En el artículo 2445 se adjudica a los descendientes dos tercios y a los ascendientes un medio, siendo la mayor porción disponible de un tercio. Otra reforma que merece ser mencionada es la norma propuesta en el artículo 2448 que introduce por primera vez en nuestro derecho el instituto de la mejora, aunque sólo sea a favor del heredero, ascendiente o descendiente con discapacidad y a clara, dada las diversas acepciones de este vocablo, que se considera persona con discapacidad, a aquélla que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

7. En síntesis, cuando mencionamos el Derecho y la ley debemos tener presente que el mundo jurídico es aquel que una sociedad organiza para lograr una convivencia con reglas nacidas de las leyes, pero, también de los usos y costumbres y del decir de los jueces en sus sentencias. Que el mundo jurídico y el mundo social son muy complejos y apasionantes y, a la

vez, difíciles de comprender y ordenar. Que las normas por sí solas, sin voluntad de los ciudadanos, no son eficientes.

Que el mundo jurídico de la Argentina presente se encuentra frente a desafíos increíbles de la economía, de los cambios sociales y de la política y que en materia de Derecho privado está tratando de resolver esos desafíos en algunos aspectos con acierto, en otros con decisiones discutibles. En ese sentido, puede afirmarse que el Proyecto de código, analizado globalmente, será un instrumento útil para superar el estadio actual, aun cuando aparece un tanto osado en materia de derechos familiares y no patrimoniales y un tanto ortodoxo en materia de derecho patrimonial.

Que respecto al Derecho de una Argentina predecible tengo esperanzas, porque entre «*corsi e recorsi*» hemos de progresar. Ahora bien, tratando de predecir el rumbo del país, sólo me resta decir con José Hernández,

Y han de concluir algún día
Estos enriedos malditos;
La obra no la facilito
Porque aumentan el fandango
Los que están, como el chimango
Sobre el cuero y dando gritos.

Mas Dios ha de permitir
Que esto llegue a mejorar;
Pero se ha de recordar,
Para hacer bien el trabajo,
Que el fuego, pa calentar,
Debe ir siempre por abajo.

DR. CARLOS MARÍA CORBO
Director General del Archivo
de Tribunales Provinciales
de la ciudad de Rosario

Pasivo de la sociedad conyugal y deudas de los conyuges en el derecho comparado y derecho argentino

Introducción

En este trabajo hemos enfocado el problema central del pasivo de la sociedad conyugal y el régimen de deudas de los cónyuges abordando en primer término la compleja temática del derecho comparado por su importancia histórica y, en segundo lugar, por la gravitación e influencia en nuestro ordenamiento jurídico.

Cualquiera sea el sistema económico patrimonial matrimonial imperante en un país, o el adoptado por los cónyuges; se trate del de comunidad de gananciales, del de separación de bienes, o el de participación de ganancias, los mismos repercuten en la vida de los cónyuges a través de las cargas de la sociedad conyugal y el régimen de deudas de los cónyuges.

Abrigamos la esperanza de que el desarrollo conceptual de los distintos temas encarados sea de utilidad a la comunidad y en especial a quienes, como en el caso de los que administran justicia y a diario interpretan la ley al juzgar conductas, función augusta, compleja y delicada en mano de los señores jueces.

Somos conscientes de que el esfuerzo realizado repercute sólo en un aporte

mínimo para el esclarecimiento de tan intrincado problema, pero no por ello deja de ser un auxilio y una ayuda que debe evaluarse en tal sentido.

Pasivo de la sociedad conyugal y deudas de los conyuges en el derecho comparado y derecho argentino

I. Derecho francés

La doctrina francesa, de común acuerdo con lo que sucede con la doctrina construida sobre otros ordenamientos, parte de la base que la comunidad legal o comunidad limitada a los bienes gananciales no goza de personalidad jurídica propia e independiente respecto de los cónyuges, y con ello no puede ser considerada como sujeto deudor.

¹Toda deuda de la comunidad es, en primer lugar, deuda personal de uno de los cónyuges, siendo preciso analizar cómo se arbitran en este Derecho las relaciones pasivas entre la comunidad y éstos. Encontramos por un lado, el aspecto interno de las relaciones obligacionales en el seno de la comunidad legal, denominado la *contribution á la dette* que

se ocupa de saber qué patrimonio debe soportar la carga definitiva de la deuda, el patrimonio propio del cónyuge deudor o el patrimonio común, aspecto que interesa en las relaciones recíprocas de los cónyuges. Por otro lado, se ubica el ámbito externo de la responsabilidad comunitaria. En este caso, se trata de *l'obligation á la dette*², esfera que se ocupa de averiguar qué bienes, propios o del patrimonio común puede el acreedor perseguir situándose en el campo de las relaciones del cónyuge con los terceros³. Ambas esferas se encuentran presentes durante la vigencia del régimen tras la disolución de la comunidad⁴, una vez liquidadas las recompensas y efectuada la partición del activo común, cuando las deudas comunes no hayan sido satisfechas constante el régimen económico matrimonial.

Partiendo de la referida distinción, se sitúa separadamente el pasivo provisional común y el pasivo definitivo común al que expresamente se refiere el Code en el art. 1409: «*La communauté se compose passivement: á titre définitif....*». Con la primera de las denominaciones se designa la situación que se produce cada vez que una deuda recae sobre el patrimonio común desde el punto de vista de

Claves Judiciales

Pasivo de la sociedad conyugal y deudas de los conyuges en el derecho comparado y derecho argentino

la obligación, pero sobre el propio del cónyuge deudor en el ámbito de la contribución. En cambio, con el pasivo definitivo común se pretende significar que hay una coincidencia entre la obligación y la contribución, respondiendo siempre la misma masa de bienes.

El sistema se completa con el mecanismo de las recompensas en el momento de la liquidación de la comunidad legal, el cual está ligado al concepto de pasivo provisional porque hace referencia a la situación que se produce cada vez que un patrimonio, durante el curso del régimen matrimonial, paga una deuda que no le incumbía desde el punto de vista de la contribución, naciendo en ese momento un derecho de indemnización a favor de ese conjunto de bienes⁵. Se parte del principio de que las deudas que han sido contraídas en el interés personal de un cónyuge no quedan a cargo definitivo del patrimonio común. A la inversa, cuando las deudas han sido contraídas en el interés de la comunidad y para la vida de la familia o cuando las deudas encuentran su causa en la existencia de ligámenes familiares, los dos cónyuges deben soportar igualmente la carga.⁶ Se trata -con carácter general- del medio aceptado para rendir cuentas por los movimientos de valor entre la comunidad y los patrimonios propios de los cónyuges realizados en el curso del régimen matrimonial, debido a que no existe una separación absoluta entre las distintas ma-

sas de bienes y, al mismo tiempo, como consecuencia de la dinámica resultante de la gestión de los bienes que detentan los cónyuges. Hay que tener en cuenta que sólo se habla de recompensas cuando están implicados un patrimonio propio y la comunidad, pero no así cuando los dos patrimonios son privativos de los cónyuges, entendiéndose entonces que se trata de créditos entre los consortes.⁷

II. Pasivo definitivo

Se afirma en el derecho francés que las reglas del pasivo definitivo tienden a consideraciones de equidad y de buen sentido o sensatez, entendiéndose que la deuda será soportada por el patrimonio que haya sido favorecido. Se trata, pues, de averiguar si la deuda ha beneficiado a la familia o si ésta ha sido contraída sólo en el interés personal de uno de los cónyuges. En función de este criterio, se decide si la deuda es común o es personal de uno de ellos, en el plano de la contribución⁸, lo que es interpretado por una parte de la doctrina como una manifestación de la presunción de ganancialidad pasiva, es decir, mientras no se demuestre lo contrario, las obligaciones contraídas por los cónyuges lo han sido en interés de la familia.

«Este criterio de calificación de la deuda se relaciona con el principio ancestral de equidad: *ubi emolumentum ibi onus*, lo que, aplicado a la comunidad legal impli-

ca la correlación entre el activo y el pasivo comunitarios.

El Código civil francés en el art. 1409 hace la distinción fundamental entre el pasivo común definitivo y el pasivo común provisional, y correlativamente entre la obligación y la contribución de la deuda. No obstante, será necesario -para un visión de conjunto del pasivo común definitivo- tener en cuenta otros preceptos donde integra el mecanismo de las recompensas para el caso de que un patrimonio -el propio o el común- haya pagado una deuda que definitivamente no le correspondía y la situación que se genera con el pasivo que ha quedado pendiente tras la disolución de la sociedad conyugal y su posterior reparto entre los cónyuges (arts. 1482 a 1491 del Cód. Civil).»⁹

III. Las deudas comunes por naturaleza

El Cód. Civil francés en su art. 1409-1 dispone que: «La comunidad se compone pasivamente: -a título definitivo, de los alimentos debidos por los cónyuges y de las deudas contraídas por ellos para el mantenimiento de la familia y la educación de los hijos, conforme al art. 220»

En general se puede afirmar que los términos aludidos se refieren a las deudas por alimentos y las cargas de familia. Estas deudas forman un grupo homogéneo

cuyas características enuncia Cornú¹⁰: el atender a necesidades primordiales y su carácter periódico.

También el art. 1409 del Cód. Civil francés hace alusión a los gastos de vida corriente como alimentos, médicos, personal doméstico, de la vivienda familiar, etc. Así, se interpreta el art. 1409 Cc. en el sentido de que sólo se deben incluir las obligaciones contraídas para asegurar la subsistencia de la familia, quedando excluidas las deudas contraídas para asegurar la prosperidad de la familia, como son los gastos de inversión de los cónyuges, o los gastos de establecimiento de los hijos.

El art. 1413 del Cód. Civil francés sostiene, como principio general, que las deudas de carácter privativo sólo podrán ser perseguidas por los acreedores sobre los bienes propios y rentas de su deudor. En cambio, con respecto a las deudas contraídas por los esposos por cualquier otra causa, constante la comunidad, podrán ser cobradas sobre los bienes comunes, a menos que hubiera existido fraude del cónyuge y deudor de mala fe del acreedor.

Por otra parte, el art. 1418 del citado cuerpo normativo dice que, cuando una deuda sea de cargo de la comunidad por la actuación de uno solo de los cónyuges, no responderán los bienes privativos del otro. Si hubiera solidaridad, la deuda se

reputará de la comunidad por actuación de ambos esposos.

Asimismo, el art. 1414 establece en su primera parte, que las ganancias y salarios de un cónyuge sólo podrán embargarse por los acreedores de su consorte, si la obligación se hubiera contraído para el sostenimiento del hogar o la educación de los hijos...

A su vez, el art. 1415 afirma que ninguno de los cónyuges puede obligar por fianza o por préstamo más que sus bienes privativos y sus ingresos, salvo consentimiento expreso de su consorte.

«Si los cónyuges hubieran optado por el régimen de separación de bienes, cada uno de ellos será el único responsable de las deudas por él contraídas antes o después del matrimonio, con excepción de las deudas del sostenimiento de la familia o la educación de los hijos, con respecto a las cuales se encuentran obligados en forma solidaria (arts. 1536 y 220). Además, los esposos deberán contribuir a las cargas del matrimonio según los pactos contenidos en sus capitulaciones; y si no las hubiere, en proporción a los medios de que disponen (arts. 1537 y 214).

Según lo establecido en el art. 220, las deudas resultantes del mantenimiento del hogar y de la educación de los hijos deben ser solventadas por ambos cónyuges

en forma solidaria, lo que es así aun cuando los mismos hubieran optado por el régimen de separación de bienes.»¹¹

IV. Recompensas

«En distintas disposiciones del Cód. Civil francés se admite el derecho a recompensa, debiendo señalar, entre otras, las contenidas en los artículos 1404, 1407, 1409, 1411, 1412, 1413 y 1417, del Cód. Civil, donde se hacen aplicaciones puntuales de ese derecho.

Un nuevo supuesto de recompensa creado con la nueva redacción del art. 1411, que permite a los acreedores de un cónyuge, cuya deuda es anterior al matrimonio, perseguir, además de los bienes propios de su deudor, sus ingresos.¹²

Recordamos en particular el art. 1416, que dispone que la comunidad que haya pagado una deuda por la que debía responder en virtud de los artículos precedentes tendrá derecho, no obstante, al reembolso, siempre que la obligación se hubiera contraído en interés personal de uno de los esposos, así como para la adquisición, conservación o mejora de un bien privativo.

El supuesto contrario es contemplado en el art. 1433, que establece que la comunidad debe reembolso al cónyuge propietario, siempre que se haya aprovechado de sus bienes privativos. Ello es

Claves Judiciales

Pasivo de la sociedad conyugal y deudas de los conyuges en el derecho comparado y derecho argentino

así, especialmente cuando haya cobrado dinero privativo o proveniente de la venta de un bien privativo, sin que se haya hecho inversión o reinversión de él. Cabe destacar que en la última parte de esta norma se admite una solución distinta a la aceptada, tanto por nuestra doctrina mayoritaria como por los fallos de nuestros tribunales, al disponer que si se suscitara litigio, la prueba de que la comunidad ha obtenido beneficio de los bienes privativos podrá procurarse por cualquier medio, aun por testigos y presunciones.

En los artículos siguientes se contemplan distintas situaciones relacionadas con el derecho a recompensa o reembolso, debiendo destacar el contenido del artículo 1434, que dispone que, con respecto a cada cónyuge se considera realizada la inversión o reinversión siempre que, con ocasión de una adquisición, declare que ésta se hizo con dinero privativo o procedente de la enajenación de un bien privativo, y para servirle de inversión o reinversión. En defecto de esta declaración, la inversión o reinversión sólo procederá por acuerdo de los cónyuges y sólo producirá efectos en sus relaciones recíprocas.

Por último, recordamos que el artículo 1469 del Código Civil francés resulta, en lo que se refiere a la valuación del monto de la recompensa, que cuando se trata de operaciones tales como la mejora o conservación de un bien, dicho monto no

puede ser inferior al provecho subsistente. O sea, al mayor valor del patrimonio que se benefició con la inversión o gasto, valuado al día de la liquidación de la sociedad conyugal.¹³

V. Derecho italiano Consideraciones generales

En el derecho italiano, respecto al pasivo de la comunidad legal, se puede afirmar que, desde la aprobación del primer Cód. Civil de Italia unificada en 1865 hasta la actualidad, no se ha dedicado una regulación específica como tal que se refiera a la responsabilidad interna¹⁴. Esta labor le ha correspondido a la doctrina que ha acuñado las expresiones de relaciones internas entre los cónyuges, para distinguirlas de las relaciones externas de los cónyuges frente a terceros acreedores¹⁵. La justificación de esta falta de atención específica en el marco de la comunidad de ganancias radica en que el contexto idóneo de las relaciones internas de los cónyuges en el Derecho italiano se sitúa en el aspecto contributivo (la obligación que tienen los cónyuges de contribuir a las necesidades de la familia) propio del régimen primario matrimonial. Por el contrario, se otorga a la comunidad legal la función de cumplir con el momento distributivo, es decir, la realización material de tal obligación con el patrimonio de la comunidad¹⁶. Por ende, dentro de las relaciones internas entre los cónyuges se sitúan, únicamente, los reintegros entre la comunidad y los patrimonios

de los cónyuges, así como el reparto entre los cónyuges del pasivo pendiente, tras la disolución del régimen legal¹⁷. Abundando en lo expuesto, consideramos necesario precisar que las relaciones internas han de entenderse referidas exclusivamente a los cónyuges¹⁸, por cuanto que se interpreta que –sobre la base del texto legal italiano– la comunidad carece de personalidad jurídica propia.¹⁹

VI. El pasivo común y el artículo 186 del Código civil italiano

En particular, el pasivo común²⁰ consta de las obligaciones incluidas, de modo taxativo, en el art. 186 C.c. que el legislador ha enumerado sin ánimo de establecer ninguna relación jerárquica entre los distintos supuestos.

Con relación al primer apartado del art.186 C.c. cargas y gravámenes que recaen sobre bienes de la comunidad en el momento de la adquisición, debe entenderse que integran tales obligaciones comunes todas las deudas inherentes al bien adquirido, como los impuestos, cánones, rentas sobre bienes raíces, censo enfiteútico y toda clase de cargas reales u obligaciones *propter rem* unidas de forma accesoria a la titularidad del bien. A continuación el art. 186 C.c. se ocupa en su apartado b) de los gastos de administración. Con este enunciado, el legislador se ha querido referir a los costes que deben ser afrontados para la gestión

del patrimonio común, y en concreto, a los gastos necesarios para el disfrute y la conservación de los mismos.

A continuación, trata el art. 186 en su apartado c) las denominadas obligaciones en interés de la familia. A la hora de delimitar los supuestos que deben integrarse en el ámbito de aplicación de esta disposición, la doctrina se ha mostrado dubitativa en orden a si el juicio para calificar tales deudas debía ser fruto de un juicio *ex ante* en el momento mismo que se contrae la obligación –fundado sobre la utilidad inicial de la misma para la familia- o más bien, la consecuencia de una reflexión *ex post*, es decir, basada sobre la verificación sucesiva de la efectiva realización del interés familiar.

El art. 186 del Cód. Civil italiano en su apartado c) comienza enunciando los gastos para el mantenimiento de la familia, la instrucción y educación de los hijos concluyendo con la genérica formulación de que comprometen a la comunidad todas las obligaciones contraídas por los conyuges en el interés de la familia, aunque lo hayan sido separadamente». Por tanto, dentro de esta categoría de deudas comunes se está haciendo referencia, como consideran DE PAOLA Y MACR²¹, a las cargas del marido o de la mujer para soportar los gastos ordinarios de la familia como alimentos, vestuario, alojamiento, arrendamiento de la vivienda familiar, instrucción y educación.

No obstante, dada la amplitud del art. 186 se discute en doctrina si están únicamente subsumidos los actos ordinarios de administración, es decir, las necesidades ordinarias de la familia o si también el dispositivo citado alcanza los supuestos calificados de extraordinaria administración. Esta segunda solución es la más aceptada por la doctrina²² y, en este sentido, postulan la eliminación de la citada distinción entre actos de ordinaria y extraordinaria administración por considerarla absurda.

En este apartado c) del art. 186 debemos mencionar la vinculación establecida entre el régimen primario, especialmente los arts. 143, 144 y 147 C.c. y el régimen de la comunidad legal establecido en este párrafo del art. citado que expresa el deber de los conyuges de contribuir a las necesidades de la familia.

Por último concluye el citado artículo en su letra d), responsabilizando a la comunidad legal de todas las obligaciones que contraigan conjuntamente los conyuges. Aquí la comunidad queda gravada con todas las obligaciones contraídas en forma común por los conyuges, incluso si las mismas no guardan ninguna relación con los intereses de la familia., con tal de que exista un acuerdo entre ellos dado que como afirma DE PAOLA²³, este supuesto no se funda en la causa familiar del acto, sino en el modo en que la obligación se ha contraído.

No obstante ello, no todas las deudas generadas por ambos conyuges se califican como parte integrante del pasivo común, ya que las deudas contraídas antes de la celebración del matrimonio, aun cuando éstas hubieran sido asumidas conjuntamente por los futuros conyuges adquieren la consideración de deudas personales.

VII. Reintegros y reembolsos

El art. 192 del Cód. Civil italiano se ocupa, entre otras cuestiones, de la exigibilidad de las obligaciones de reintegro entre la comunidad y los conyuges cuando éstos hubieran satisfecho deudas que no les correspondía asumir de forma definitiva. En concreto dispone, respecto a los reembolsos y restituciones, que: «Cada uno de los conyuges está obligado a reembolsar a la comunidad las sumas detraídas del patrimonio común para fines distintos del cumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 186. También está obligado a reembolsar el valor de los bienes conforme el artículo, a menos que, tratándose de un acto de extraordinaria administración realizado por él demuestre que el acto ha sido ventajoso para la comunidad o que haya satisfecho una necesidad de la familia. Cada uno de los conyuges podrá reclamar la restitución de las sumas retiradas del patrimonio personal y empleadas en gastos e inversiones, en beneficio del patrimonio común.

Claves Judiciales

Pasivo de la sociedad conyugal y deudas de los conyuges en el derecho comparado y derecho argentino

Los reembolsos y las restituciones se efectuarán en el momento de la disolución de la comunidad; sin embargo, el Juez podrá autorizarla en un momento anterior si el interés de la familia lo exige o lo consiente.

El cónyuge que resultara acreedor podrá reclamar que se le adjudiquen bienes comunes hasta la concurrencia del propio crédito. Si no existiere conformidad, se aplicará el párrafo cuarto (de este artículo). La adjudicación se efectuará primero con dinero, después con muebles y finalmente con inmuebles»

VIII. La división del pasivo común entre los cónyuges tras la disolución de la comunidad legal

Después de realizadas las restituciones y reembolsos entre los cónyuges y la comunidad legal, o viceversa, se procede a practicar la división del activo y pasivo de la comunidad. Sin embargo, como paso previo a este procedimiento, es necesaria la formación de un balance final en el que se indique el valor de las partidas de ingresos y gastos.

En el balance final de liquidación han de figurar en el pasivo las deudas –no satisfechas– que gravan a la comunidad en el sentido del art. 186 C.c., y las obligaciones que gravan los bienes objeto de la comunidad de residuo y que no hayan sido hasta ahora liquidados por los respectivos acreedores²⁴. Si bien, respecto a este último grupo, se afirma que el pasi-

vo de residuo debe ser estimado²⁵ según el valor venal en el momento de redacción del balance final de adquisición.²⁶

Una vez individualizada la composición de la masa indivisa –activo y pasivo– se procede a su división. A tales fines el art. 194.1 C.c. indica que «la división de los bienes de la comunidad legal se efectúa repartiendo por partes iguales el activo y el pasivo».

La única excepción que se permite (art. 194.2 C.c.) a esta distribución igualitaria es que el juez autorice el usufructo a favor de uno de los cónyuges sobre una parte de los bienes que –tras la adjudicación– corresponde al otro, cuando las necesidades de los hijos así lo requieran.

El pasivo se reparte entre los cónyuges en fracciones iguales, siempre que no se haya procedido a su extinción previa. No obstante, hay que tener en cuenta que esta adjudicación sólo va a tener relevancia en las relaciones internas de los cónyuges. Esto significa que cada cónyuge responde a todas las deudas de la comunidad en la medida de la mitad del crédito, pero ilimitadamente con todos sus bienes personales, dado que no existe ninguna norma que limite la responsabilidad del cónyuge a los bienes comunales asignados, y además, porque la regulación de las deudas de la comunidad –nacidas anteriormente a la disolución pero aún no satisfechas– se mantiene inalterada (arts. 186 a 190 C.c.), con el fin

de que los acreedores de la comunidad no resulten perjudicados. Cabe aclarar que éstos conservan su garantía y su posición privilegiada frente a los acreedores personales de los cónyuges.

IX. Derecho alemán Principios generales

En el ordenamiento jurídico alemán a las cargas del patrimonio común las podemos sintetizar en los siguientes conceptos:

1.- Las obligaciones imputables a los bienes propios y que deban ser satisfechas con cargo a los ingresos (& 1442), lo cual es lógico dado que el patrimonio propio se administra por cuenta del patrimonio común (& 1447), siempre que no se haya pactado que el cónyuge propietario administre por cuenta propia su patrimonio privativo²⁷. Igualmente se recogen en el & 1442 las obligaciones derivadas de una actividad comercial que sea satisfecha a cuenta del patrimonio común. Normalmente se encuentran amparadas bajo esta norma las deudas que recaigan sobre el patrimonio común o propio, que son las que se administran por cuenta del patrimonio común (&1417.3), si bien es posible pactar que una obligación perteneciente al patrimonio reservado sea soportada por el patrimonio común y no por el cónyuge propietario, como prescribe el & 1418.III.²⁸

2.- Con relación a las costas procesales, nos encontramos respecto a estas car-

gas, con que pueden sustanciarse dos tipos de procesos: entre los cónyuges, y de cualquiera de ellos frente a un tercero. Conforme al tenor del & 1443.I, los gastos derivados de los procesos de los cónyuges entre sí nunca recaen sobre el patrimonio común en la responsabilidad interna, sino que son soportados por el cónyuge al que corresponda, según las normas generales (&& 91 y ss. del ZPO), o como resultado de un acuerdo entre los cónyuges judicial o extrajudicial.²⁹

No ocurre lo mismo si se trata de procesos dirigidos contra un tercero. En este tipo de litigios, la situación varía en función de que los haya dirigido el cónyuge administrador del patrimonio común o el otro cónyuge. Si el litigio lo ha dirigido el cónyuge que tiene el poder de administración, se califican como gasto común las costas que genere el proceso. Por el contrario, cuando sustancia el proceso el otro cónyuge, expresamente determina el & 1443.II –con la finalidad de que no se sitúe este cónyuge en una posición peor respecto a la del administrador – que los costes los sufragará el patrimonio común como si la sentencia tuviera efectos frente al mismo (especialmente en los casos de los &&, 1428, 1429, 1431, y 1433), se trate de un asunto personal de los cónyuges, o de una obligación del patrimonio común de los cónyuges (&& 1437-1440) y el pago de las costas resulte permitido según las circunstancias del caso. Si no se dieran ninguna de es-

tas condiciones, estos gastos procesales deberá asumirlos el cónyuge litigante. Deducir un principio general conforme al tenor del & 1443.II es tarea sumamente arriesgada, pues como señala MEYER³⁰, no queda suficientemente claro del enunciado de este párrafo, si la regla general por los gastos procesales es que responda internamente el cónyuge en cuya persona se han originado los mismos –solución por la que parece inclinarse- o el patrimonio común.³¹

3.- Gastos debidos a la dotación de un hijo, en virtud del & 1444. Aquí no se establece que el patrimonio común debe soportar esta carga, por lo que nos situamos ante una excepción del principio que enuncia que las obligaciones del patrimonio común son también cargas del mismo. El citado dispositivo está destinado a resolver cuál de los dos cónyuges debe soportar, en las relaciones internas, la carga de la dotación de un hijo común o no común, pagada con fondos comunes.

En el párrafo primero el & 1444 se ocupa de la dotación a un hijo común, partiendo de la base de que sólo el cónyuge administrador puede concederla, a costa del patrimonio común. No obstante, deberá actuar en forma diligente, lo que significa que no debe exceder la medida proporcional que corresponde al patrimonio común, porque, de lo contrario, el importe de la concesión repercutirá sobre su patrimonio debiendo compensar

el patrimonio común por la disminución del haber de la comunidad. El criterio delimitador para medir tal exceso está en el & 1435. Es importante resaltar que el consentimiento del cónyuge no administrador puede decidir la calificación de la carga generada por la dotación porque si su anuencia existe, se considera que podría entenderse que este gasto es del patrimonio común.³²

Cuando se trata de un hijo no común al matrimonio y el cónyuge administrador le ha dotado a costa del patrimonio común, recae finalmente tal concesión en las relaciones internas sobre el padre o la madre del mismo (& 1444.II). No obstante, dispone este párrafo –como medida de seguridad- cuando el padre o la madre sea el cónyuge no administrador, que sólo tendrá efectos tal disposición respecto al mismo si la consintió, o si la dotación no sobrepasó la capacidad del patrimonio común. La razón es sencilla, se entiende que este supuesto es una donación, la cual según el & 1425.I necesita del consentimiento del otro cónyuge. Si no constara tal aquiescencia, el administrador debería indemnizar por este exceso al patrimonio común (& 14535 último inciso).

4.- Gastos generados para el mantenimiento o también denominados «prestación de alimentos» –de la familia, el concepto de familia que aporta el & 1360 se refiere sólo a los cónyuges y a los hijos comunes con derecho a alimentos.³³

Claves Judiciales

Pasivo de la sociedad conyugal y deudas de los conyuges en el derecho comparado y derecho argentino

Sin embargo, los alimentos legales debidos por un cónyuge se califican de cargas propias (la diferencia de la regulación de la derogada comunidad de ganancias), aunque externamente responda de esta obligación el patrimonio común (&& 1441.2, 1463.2, 1437, 1459, 1604).

Por el contrario, el resto de miembros de la familia con derecho a alimentos por parte de los cónyuges no constituyen carga común. A pesar del enunciado del & 1604, el cual ordena que la obligación de alimentos que cualquiera de los cónyuges pudiera tener con sus parientes, se ha de considerar como si el patrimonio común perteneciera al cónyuge obligado para que la comunidad asuma esta deuda. Pero se está refiriendo al ámbito de las relaciones externas, no al de las relaciones internas, y son calificadas como obligación personal del cónyuge deudor de tales alimentos.

Finalmente, en los && 1450 a 1470, el BGB, reglamenta la administración ejercida en forma conjunta por ambos cónyuges, por lo que los principios coinciden esencialmente en relación con la administración individual.

Los aspectos más significativos de la administración común se refieren, en primer término, a la regulación de los costes procesales de un litigio frente a un tercero, ahora se sitúan ambos cónyuges (& 1465.II). En este caso, el gasto lo debe asumir el cónyuge que dirige el pleito.

Sin embargo, el patrimonio común debe soportar los costes procesales cuando la sentencia tiene efectos frente al patrimonio común (&& 1452, 1454 a 1456).

Con respecto a la dotación de un hijo, cuando es común de los cónyuges, es aplicable el & 1444.I y como la administración es de los dos cónyuges, ambos deben actuar conjuntamente para concederla y por ello, el patrimonio común, normalmente, responderá en las relaciones internas. En el supuesto de un hijo propio de uno de los cónyuges, los costes de la dotación de un hijo, correrá a cargo del padre o de la madre, No obstante, se establece una posibilidad para que se califique como carga común cuando el padrastro apruebe que ese gasto lo soporte el patrimonio común.³⁴

X. Los reintegros entre los patrimonios

Los && 1445 y 1446 en el caso de la administración individual, así como los && 1467 y 1468 si se trata de la administración conjunta, regulan la obligación de compensación y su vencimiento entre el patrimonio común y los patrimonios de los cónyuges cuando se han destinado fondos de un patrimonio para beneficio del otro.

En el apartado primero, se refiere el 1445 al supuesto en el que el administrador del patrimonio común haya emplea-

do éste en beneficio de su patrimonio reservado o de sus bienes, ordenando que debe compensar el valor de lo gastado que pertenecía al patrimonio común.

El párrafo segundo del & 1445 se ocupa del supuesto contrario: la utilización por parte del administrador de sus bienes para beneficio del patrimonio común. No obstante, aquí el legislador no establece el ejercicio de la acción de reintegro como un deber, sino como una facultad, ya que se considera a esta norma como un caso de gestión de negocios sin mandato.

El vencimiento de esta pretensión de restitución ordena el & 1446.I que será tras la extinción de la comunidad de bienes, cuando se trate de los reintegros del cónyuge administrador –tanto a favor como en contra del patrimonio común– salvo que por vía contractual los cónyuges pacten otro momento.

Por el contrario, el párrafo segundo del & 1446.II referido al cónyuge no administrador, recoge un supuesto de hecho más restringido que es el de las deudas contraídas por éste frente al patrimonio común, o el patrimonio de su consorte³⁵, pero no en sentido inverso, es decir, no integra la norma de los créditos contra la comunidad o su cónyuge. El vencimiento de estas acciones de reintegro tendrá lugar tras la conclusión del régimen matrimonial, salvo que el cónyuge no administrador tenga bienes suficientes antes del término.

El & 1467 regula la compensación entre el patrimonio común y los patrimonios reservados y propios de ambos cónyuges:

Así el inc. 1º dice: «En caso de que uno de los cónyuges utilizara el patrimonio común respecto de su patrimonio reservado o de sus bienes propios, deberá restituir el valor de lo gastado al patrimonio común.

El inc. 2º dispone que: En el supuesto de utilizar su patrimonio reservado o sus bienes privativos respecto del patrimonio común, podrá reclamar un reintegro del patrimonio común»

El vencimiento de la acción de restitución se regula en el & 1468 que textualmente reza: «Lo endeudado por uno de los cónyuges a la masa del patrimonio común, a la del patrimonio reservado, o respecto de los bienes propios del otro cónyuge deberá restituirse tras la terminación del régimen de la comunidad de bienes, no obstante, deberá satisfacer la deuda con anterioridad, cuando su patrimonio reservado o sus bienes propios resulten insuficientes para ello».

XI. La liquidación de las obligaciones del patrimonio común y de los reintegros tras la disolución de la comunidad de bienes

Establece el & 1471 que tras la terminación de la comunidad de bienes hay que

realizar la liquidación del patrimonio común³⁶. Esta se realizará salvo pacto en contrario- conforme a las disposiciones de los && 1475 a 1481 en virtud del & 1474.

Con la expresión obligaciones del patrimonio común (& 1475.I), se designan las deudas que contrajeron los cónyuges hasta la terminación del régimen calificadas como cargas del patrimonio común, así como los gastos que genere el mantenimiento, la gestión y el aprovechamiento común del patrimonio que no se ha liquidado. en el sentido de los &&748³⁷ y 755³⁹.

El & 1475.I dispone que la liquidación comenzará con el pago de las obligaciones relativas al patrimonio común que los cónyuges deberán realizar antes de repartirse el activo de la comunidad, continúa ocupándose de las obligaciones aún no vencidas o litigiosas, respecto de las cuales no cabe la exigencia de una garantía o de consignación.

El &1472.1 ordena a los cónyuges que retengan el importe necesario para la cancelación posterior de estas deudas que, mientras tanto, permanecerán bajo la administración común.

El & 1475.III dispone que el patrimonio común deberá convertirse en dinero, para la cancelación de las obligaciones que recaigan sobre el mismo, y al mismo

tiempo, -mediante una interpretación extensiva de esta norma -para la compensación de reintegros que tengan los cónyuges frente al patrimonio común.

Excepcionalmente, se permite que el acreedor libere de responsabilidad a un cónyuge -porque recordemos que ambos cónyuges se comprometen por las obligaciones comunes-, cuando le conste con seguridad que el otro cónyuge puede realizar el pago de la deuda que ha asumido en la relación interna.

El & 1476.II dispone que los reintegros que deba un cónyuge a la comunidad se entenderán satisfechos mediante el cargo en la cuenta de este cónyuge, es decir, descontándose de la parte del excedente del patrimonio común que le corresponde. Si este abono no se realiza, determina el & 1476.2 *in fine* que permanecerá obligado el deudor frente al otro cónyuge. En el mismo sentido, si una parte de las deudas de la comunidad no hubiera podido satisfacerse -y en el reparto de dicho pasivo entre los cónyuges, uno de ellos asumió más de la mitad del débito comunitario- el otro cónyuge permanecería obligado personalmente sobre la base de este parágrafo.

En caso de haberse realizado la división del patrimonio común antes de la cancelación de las obligaciones de la comunidad, rigen los & 1480 frente a terceros, y & 1481 para la responsabilidad interna de los cónyuges.

Claves Judiciales

Pasivo de la sociedad conyugal y deudas de los conyuges en el derecho comparado y derecho argentino

El & 1481 dispone que, si durante la vigencia de la comunidad de bienes rigió entre los cónyuges la administración del patrimonio común gestionada por uno solo de ellos, los dos cónyuges responden por las obligaciones comunes que son cargas de la comunidad, en la misma proporción que reciban de activo (& 1476.I). No obstante, se establece una ventaja para el cónyuge no administrador en aras de limitar su responsabilidad: sólo responde por la mitad de la obligación, o en su caso, hasta lo obtenido del patrimonio común. Por el contrario, al administrador le corresponde además soportar individualmente el resto de las cargas del patrimonio común, en cuanto que el acervo común no sea suficiente para su pago. En este sentido, dispone el & 1476.I que este cónyuge debe garantizar al otro⁴⁰, que el acreedor no le va a exigir más allá de la mitad de la obligación común o si el cónyuge no deudor ya hubiera satisfecho esta obligación, el cónyuge obligado debe reintegrarle el importe de la deuda.⁴¹

En el caso de la administración común, el reparto de la responsabilidad por las cargas del patrimonio común entre cada coadministrador se establece por mitad (& 1481.II). Si por el contrario, de una carga propia se tratara, el cónyuge deudor deberá responder frente al otro cónyuge para que sus acreedores no ejerzan acciones de reclamación contra él (& 1481.III).

XII. Derecho español Consideraciones generales

Al igual que en nuestro ordenamiento jurídico, el Cód. Civil español efectúa una distinción entre la responsabilidad de los cónyuges frente a terceros y las cargas de la sociedad conyugal.

Es decir, el conjunto de supuestos de los que responde el patrimonio común, se analiza desde dos puntos de vista. El de carácter externo frente a los acreedores, que atiende a decidir que patrimonio es el responsable cuando aún no se ha cumplido una obligación, y el de carácter interno, una vez satisfecha la deuda, que le corresponde especificar qué patrimonio (el ganancial o cualquiera de los privativos) debe soportar dicho concepto.⁴²

Del conjunto de normas que componen la regulación del pasivo ganancial desde el punto de vista interno, el art. 1362 C.c. supone el pilar básico sobre el que se asienta toda la ordenación legal, pues se ocupa de la determinación de los supuestos que han de integrar dicho pasivo, tal y como indica su propio encabezamiento: «Serán a cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas:... No obstante, se advierte que en este precepto -como veremos más adelante- no quedan incluidos todos los conceptos por los cuales el patrimonio común va a responder de forma definitiva: por esta ra-

zón tendremos en cuenta los arts. 1363, 1366, 1368, y 1371. C.c. principalmente.

Respecto a los gastos enunciados en el apartado primero del art. 1362 C.c., serán tratados únicamente desde la óptica de la sociedad de gananciales⁴³, teniendo en cuenta también el art. 1348 C.c. respecto al régimen de separación de bienes que enunciaremos más adelante.

XIII. Las cargas matrimoniales

El Cód. Civil español establece en su art. 1362 que son a cargo de la sociedad de gananciales, los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 1.- El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia. La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación. 2º La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes. 3º La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges. 4º La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge.

También están a cargo de la sociedad las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges de común acuerdo, salvo que hubieran pactado que debían ser sufragadas con los bienes privativos de uno de ellos, en todo o en parte conforme el art. 1363 C.c.

Así el art. 1318 C.c. aplicables a todos los regímenes matrimoniales, dispone que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas matrimoniales. Cuando uno de los cónyuges incumpliere su deber de contribuir al levantamiento de estas cargas, el juez, a instancia del otro, dictará las medidas cautelares que estime conveniente a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las necesidades futuras. Es decir, establece la obligación de todos los cónyuges de satisfacer las cargas del matrimonio pero no las define.

Afirma LA CRUZ⁴⁴: el Código civil habla de cargas del matrimonio al regular las relaciones conyugales y de cargas familiares, pues son los cónyuges quienes sostienen a la familia y no a la inversa. No es resultado de un acto de reflexión poco meditado que el legislador haya empleado el término «cargas del matrimonio» sólo en aquellas disposiciones destinadas a regular las relaciones entre cónyuges –dentro de los títulos relativos al matrimonio y al régimen económico matrimonial- ya sea en situaciones nor-

males de convivencia (arts. 1318, 1438 y 1439 C.c.). Sin embargo, BUSTOS MORENO no comparte el criterio seguido por el Código civil, al mismo tiempo que pone de relieve su imprecisión, cuando emplea la denominación «cargas del matrimonio» en situaciones de divorcio o nulidad, dado que el vínculo matrimonial ya no existe.⁴⁵

Por el contrario, el ámbito propio de las «cargas familiares» encuentra su razón de ser en el Código Civil en el marco de las relaciones paterno-filiales (arts. 155.2 y 165.2), y ello con independencia de que exista un vínculo matrimonial entre los progenitores.

YOLANDA B. BUSTOS MORENO considera que la raíz de la confusión terminológica tiene su origen en que se mezclan dos cuestiones distintas: los sujetos que deben soportar tales gastos, y el ámbito de las personas que originan tales necesidades. Con relación al primer supuesto, habla de cargas matrimoniales cuando sean los cónyuges los únicos obligados a sufragar tales gastos, situándose, por tanto, en el ámbito del matrimonio y, en concreto, en el marco del régimen económico matrimonial (arts. 1318, 1319, 1362, y 1438 C.c. principalmente), que es la posición que la autora considera más acertada y por la que se inclina. Continúa diciendo la calificada jurista solo debemos referirnos a las cargas familiares cuando se trate de las

relaciones paterno-filiales, es decir, las obligaciones de contenido patrimonial de los padres frente a sus hijos, y viceversa (arts. 154, 155 y 165 C.c.)⁴⁶.

Finalmente con relación al régimen de separación de bienes, en el art. 1438 se establece que los cónyuges deberán contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio, lo que deberán hacer, a falta de convenio, proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos, computándose el trabajo para la casa como contribución a las cargas, el cual dará derecho a obtener una compensación que, a falta de acuerdo, el juez fijará a la extinción del régimen de separación.

XIV. Responsabilidad frente a terceros

Sobre este aspecto, entiende la doctrina que la materia contenida en las normas dedicadas a regular las deudas comunes desde el punto de vista externo posee un carácter indefectiblemente imperativo en garantía de los acreedores, y con el fin de que éstos no se vean privados del alcance de la responsabilidad fijada legalmente en relación con los diversos patrimonios en juego. A los terceros, ajenos al ámbito conyugal, no les deben de afectar las decisiones que en el ámbito interno consensúen los cónyuges.⁴⁷

El art. 1365 del Cód Civil español que se encuentra dentro del capítulo en que

Claves Judiciales

Pasivo de la sociedad conyugal y deudas de los conyuges en el derecho comparado y derecho argentino

se legisla sobre el régimen patrimonial de gananciales, dispone que los bienes gananciales responderán frente a un acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge en los siguientes casos:

1º En el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales, que por ley o por capítulos le corresponda. 2º En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes.

«Asimismo, la sociedad de gananciales responderá por las obligaciones extracontractuales de uno de los cónyuges como consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, salvo si fuesen debidos a dolo o culpa grave del cónyuge deudor según el art. 1366 C.c. El art. 1367 dispone que los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges, conjuntamente, o por uno de ellos, con el consentimiento expreso del otro. En caso de separación de hecho, también responderán los bienes gananciales por las obligaciones contraídas por uno solo de los esposos para atender los gastos de sostenimiento, provisión y educación de los hijos [art. 1368].

Por su parte, el art. 1369 establece la solidaridad del patrimonio ganancial, con respecto a las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad,

disponiendo el art. 1373 en su primera parte, que cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla.

En el art. 1440, ubicado en el capítulo que se ocupa del régimen de la separación de bienes, se establece que las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad. En cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges en la forma determinada en los arts. 1319 y 1438 de este Código.

Ya se ha mencionado el art. 1438. Y en cuanto a lo normado en el art. 1319, incluido dentro del capítulo sobre disposiciones generales del régimen económico matrimonial, éste dispone que cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma. De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responde-

rán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y subsidiariamente, los del otro cónyuge. Se agrega en dicha norma que el que hubiera aportado bienes propios para esos pagos, tendrá derecho a reintegro de conformidad con su régimen matrimonial». ⁴⁸

XV. Recompensas

En el derecho español existe una norma de carácter general incluida dentro del capítulo que legisla sobre el régimen patrimonial de gananciales, que contempla el tema del derecho a recompensa, la que dispone al respecto que cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación, dice el art. 1358.

Una aplicación de este principio se efectúa en el art. siguiente, que establece que cuando la mejora efectuada en un bien privativo fuese debido a la inversión de fondos gananciales o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal o de la

enajenación del bien mejorado. A su vez, el art. 1360 dispone que esas mismas reglas se aplicarán a los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa.

Otras aplicaciones particulares del derecho a reembolso o recompensa existen en el inc. 2º del art. 1362, referente a las cargas de la sociedad de gananciales, al que antes hemos hecho referencia, como también en el art. 1364, que dispone que el cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común.⁴⁹

XVI. Derecho argentino **Pasivo de la sociedad conyugal** **Nociones generales**

«En nuestro ordenamiento jurídico, el pasivo de la sociedad conyugal está constituido por las deudas que deben solventarse con bienes gananciales; además existen las obligaciones pecuniarias propias de cada cónyuge. Corresponde aclarar que al no existir un criterio uniforme para determinar la responsabilidad de los cónyuges por las deudas frente a terceros acreedores, y además con qué bienes se solventarán, se hace necesario distinguir entre las que se denominan obligaciones por las deudas y contribuciones por las deudas.

Las primeras consisten en determinar sobre qué bienes los acreedores pueden ejercitar sus derechos de cobro cuando se trata de deudas contraídas por uno de los cónyuges, o por ambos, no existiendo solidaridad.

El interrogante planteado es con qué bienes se responde. Estas obligaciones hacen al aspecto externo, es decir, a las relaciones jurídicas entre los cónyuges y los terceros acreedores. En estos casos se habla de pasivo provisorio, denominación que no goza de aceptación por parte de un sector de la doctrina.

Las segundas, es decir las contribuciones por las deudas, se refieren al aspecto interno de las obligaciones; corresponde aquí determinar si se ha de responder con la masa ganancial, o con los bienes propios, o con la parte de gananciales que le corresponderán al cónyuge deudor en la partición al momento de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. Es lo que se conoce como pasivo definitivo.

El distingo formulado tiene importancia por las consecuencias prácticas que se pueden generar, ya que si una deuda personal de un cónyuge es pagada con fondos gananciales, surgirá un derecho a recompensa o crédito a favor de la sociedad conyugal. A la inversa, si una deuda de la comunidad es solventada con dinero propio de uno de los cónyuges, nacerá

un derecho a recompensa en beneficio del cónyuge que lo financió.⁵⁰

XVII. Análisis del artículo 1275 del Código civil

«Los dos aspectos señalados en el punto anterior, es decir, las obligaciones por las deudas donde el problema se plantea desde el origen mismo y las contribuciones por las deudas, que aparece recién en el momento de la disolución y partición de la sociedad conyugal, en el Código originario de Vélez Sarsfield estaban sometidas al mismo régimen ya que el artículo. 1275 al enumerar las cargas de la comunidad, establecía a cuáles se respondía con los bienes gananciales; y en los artículos 1280, 1281 y 1282, regulaba el régimen de contribución para el pago de deudas de la sociedad conyugal en los casos en que las mismas fueran afrontadas con fondos propios de cualquiera de los cónyuges»⁵¹.

El artículo 1275 reza:
Son a cargo de la sociedad conyugal:

1º La manutención de la familia y de los hijos comunes y también de los hijos legítimos de uno de los cónyuges; los alimentos que uno de los cónyuges está obligado a dar a sus ascendientes.

2º Los reparos y conservación en buen estado de los bienes particulares de cualquiera de los cónyuges.

Claves Judiciales

Pasivo de la sociedad conyugal y deudas de los conyuges en el derecho comparado y derecho argentino

3º Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y las que contrajere la mujer en los casos en que pueda legalmente obligarse.

4º Lo que se diere, o se gastare en la colocación de los hijos del matrimonio.

5º Lo perdido por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuestas, etc.

Haremos ahora un breve comentario sobre cada uno de los incisos enumerados precedentemente.

Primer inciso.- «Se refiere a la manutención de la familia y de los hijos comunes que están a cargo de la sociedad conyugal, así como también la de los hijos legítimos de cada uno de los cónyuges, y además los alimentos que uno de los cónyuges está obligado a dar a sus ascendientes.

Todas estas prestaciones están a cargo de la sociedad conyugal porque por razones de vínculos familiares entre padres e hijos y ascendientes de los primeros, corresponden a la obligación de asistencia familiar establecidas legalmente.

Como estas erogaciones deben realizarse con fondos gananciales por su naturaleza misma, pero si por circunstancias especiales se solventaran con fondos propios de uno de los cónyuges, ello dará lugar a que el que las financió tenga de-

recho a exigir un crédito o recompensa a su favor por el monto invertido, que con posterioridad la ley 17.711 estableció que debía ajustarse a tres pautas principales: fecha en que se hizo la inversión, circunstancia del caso y la equidad».⁵²

Segundo inciso.-«Dispone que son carga de la sociedad conyugal los reparos y conservación en buen estado de los bienes particulares de cualquiera de los cónyuges.

El fundamento de esta norma radica en que aunque se trate de bienes propios de uno de los cónyuges, el uso, goce o disfrute de los mismos beneficia a ambos, es decir, a la sociedad conyugal, y además los frutos que los mismos devenguen tienen un carácter ganancial; por eso es que los gastos de reparación y conservación en buen estado de los mismos son a cargo de la sociedad conyugal. Debe tratarse de gastos en el estricto sentido del término, es decir reparaciones, pero no mejoras que son aquellas inversiones que aumentan o acrecientan el valor de los bienes y los valorizan.

El inciso pone a cargo de la sociedad conyugal implícitamente las reparaciones y gastos de conservación de los bienes propios de los cónyuges, ya que no lo dice en forma expresa por razones elementales de lógica, se admite que también comprende a los bienes gananciales.

Tercer inciso.- Este dispositivo alude a las deudas y obligaciones contraídas

durante el matrimonio estableciendo que son cargas de la sociedad conyugal cuando correspondan, tanto a un cónyuge como al otro.

Si todas las adquisiciones hechas a título oneroso por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio se presumen gananciales conforme el artículo 1271, es lógico que las deudas y obligaciones que los cónyuges contraigan durante el mismo, se consideran cargas de la sociedad conyugal. Es decir, le da el mismo tratamiento a las incorporaciones que son activos que a las obligaciones o deudas que son pasivos, si ambos suceden durante la vida matrimonial.

Cuando hablamos de deudas nos referimos a aquellas que benefician a la sociedad conyugal, porque si hubiesen sido contraídas en exclusivo beneficio de uno de los cónyuges, serían propias, es decir a cargo del beneficiado.

Cuarto inciso.- Establece que es carga de la sociedad conyugal todo lo que diere o se gastare en la colocación de los hijos del matrimonio. Se refiere a los gastos que realizan los padres para facilitar la actividad, ejercicio de profesiones u oficios, etc. a favor de los hijos.

Quinto inciso.- Comprende y pone a cargo de la sociedad conyugal todas las pérdidas sufridas por el azar, tales como lotería, juego, etc.; es lógico que estas

pérdidas sean a cargo de la sociedad conyugal, así como también son gananciales los ingresos por esos conceptos que pudieran producirse. Se miden con la misma vara las dos situaciones, tanto la positiva como la negativa.»⁵³

XVIII. Pasivo y cargas de la sociedad conyugal disuelta

Tanto el pasivo definitivo como las cargas de la sociedad conyugal disuelta, deben imputarse contra el activo que está formado por los bienes adquiridos por los cónyuges.

El tema no ofrece dificultades en lo que respecta a los cónyuges -al activo y al pasivo- de donde puede obtenerse el activo líquido.

En la liquidación deberán separarse bienes suficientes para el pago de las cargas o deudas que componen el pasivo definitivo en virtud de la aplicación del artículo 1313 del Código Civil; los acreedores podrían oponerse a la partición y entrega de bienes liquidados, hasta que ellos no hayan sido desinteresados conforme a lo dispuesto en el artículo 3475 del Código Civil que dispone: «Los acreedores de la herencia, reconocidos como tales, pueden exigir que no se entreguen a los herederos sus porciones hereditarias, ni a los legatarios sus legados, hasta no quedar ellos pagados sus créditos».

XIX. Recompensa

Las recompensas son créditos que nacen entre cada uno de los cónyuges por un lado y la sociedad conyugal por el otro, que deben ser determinados después de la disolución, al liquidarse la sociedad conyugal.

La ley 17.711 sancionó el artículo 1316 bis que dispone: «Los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal al tiempo de la disolución de ésta, se determinarán reajustándolos equitativamente, teniendo en cuenta la fecha en que se hizo la inversión y las circunstancias del caso» Sin embargo, no es feliz en su redacción -porque- hace referencia sólo a los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal olvidando la situación inversa. No obstante, la jurisprudencia con buen criterio ha entendido que la norma es aplicable en ambos sentidos, ya que lo contrario consagraría una situación injusta.

Otro aspecto criticable es la alusión al reajuste de los créditos en base a la equidad, lo que significa dejar librado la solución del problema al arbitrio judicial en cuanto a la determinación de los valores.

XX. Régimen de la ley 11.357

El régimen del Código de Vélez fue modificado con la sanción de la ley 11.357. En efecto, esa ley en su artículo 5º prescribe: Los bienes propios de la mujer y

los bienes gananciales que ella adquiriera no responden por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que él administre responden por las deudas de la mujer».

A su vez el artículo 6º establece: «un cónyuge sólo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los bienes gananciales que administre, por las obligaciones contraídas por el otro, cuando sean contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes»,

Al considerarse la incidencia de los artículos transcritos con relación al 1275 del Código Civil, y por ende, las consecuencias que pueden generarse, aparecen las disidencias doctrinarias.

Así algunos autores interpretan que las normas de la ley 11.357 han derogado el artículo 1275, posición que comparten Vidal Taquini, Borda y Mazzinghi.⁵⁴

Otros juristas, como Lafaille, y Cornejo, en cambio, sostienen que, como consecuencia de los artículos 5º y 6º de la ley 11.357, ha quedado totalmente modificado el inciso 3º del artículo 1275 del Código Civil que decide que todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio, tanto por un cónyuge como por el otro, son cargas de la sociedad conyugal.⁵⁵

Claves Judiciales

Pasivo de la sociedad conyugal y deudas de los conyuges en el derecho comparado y derecho argentino

Belluscio sostiene que ambas interpretaciones son desacertadas, criterio que comparten Guaglianone, Zannoni, Méndez Costa y otros. Esta tercera posición doctrinaria sostiene que la ley 11.357 no ha modificado el problema de la determinación de las cargas de la sociedad conyugal que corresponde a lo que se llama la contribución de la deuda y que por lo tanto está vigente el artículo 1275 del Código Civil.

Lo que sí ha variado como consecuencia de los artículos 5º y 6º de la ley 11.357 es el régimen de responsabilidad de los conyuges frente a los terceros, cuestión que corresponde a las obligaciones por las deudas.

Como ya lo hemos dicho, la cuestión de la contribución se refiere a si la deuda debe ser pagada con fondos gananciales o con el haber propio de uno de los conyuges.

En cambio, la cuestión de la obligación define a cuál de los conyuges pueden perseguir los acreedores para el cobro de sus créditos. Belluscio estudia las distintas alternativas posibles: que el artículo 1275 del Código Civil se considere derogado o que se considere vigente.

Si se piensa que el dispositivo del Código está derogado, según este autor, y con dinero ganancial se hacen arreglos en un bien propio de uno de los conyuges, surge un crédito a favor de la sociedad conyugal que solventó los gastos.

En cambio, si se razona sobre la base de que el artículo 1275 está vigente, como las reparaciones y gastos de conservación de los bienes propios son carga de la sociedad conyugal, no nace ningún crédito ni recompensa a favor de la sociedad conyugal.

Aún más injusta sería la supresión del inc. 3º, que pone a cargo de la sociedad conyugal las deudas contraídas durante el matrimonio por uno de los conyuges. Si dicha suposición no rigiese, en el momento de la disolución de la sociedad conyugal el conyuge que tuviera deudas tendría que compartir con el otro su activo pero no su pasivo. El propietario de un inmueble hipotecado tendría que dividir con el conyuge la propiedad pero estaría obligado a soportar solo la deuda hipotecaria; habría un desmedro de su porción, y si la deuda superase la mitad del valor de la cosa tendría que pagar más que la porción que recibiese.⁵⁶

Zannoni distingue entre deudas comunes o cargas y deudas propias, sosteniendo que si una deuda fuere ejecutada sobre bienes gananciales de administración del conyuge deudor, a la liquidación de la sociedad conyugal, el otro conyuge tendrá derecho a una recompensa.⁵⁷

XXI. Criterios interpretativos de los artículos 5º y 6º de la ley 11.357 hasta la sanción de la ley 17.711

«Sabemos que la ley 11.357 a través de sus artículos 5º y 6º estableció el régimen de limitación de responsabilidades de los conyuges. No obstante ello, pocos años después de su sanción, un sector de la doctrina comenzó a sostener la tesis contraria, argumentando que debían distinguirse dos regímenes matrimoniales: el régimen del Código Civil y el de la ley 11.357; este último aplicable únicamente en aquellos casos en que la mujer hubiera desarrollado actividades comerciales, industriales, profesionales, o cuando ella hubiere decidido administrar sus bienes propios revocando el mandato que la ley presumía que había otorgado a favor del esposo.

Pues bien, según esta interpretación, la limitación de responsabilidad regía sólo en este último caso. Existieron dos criterios de aplicación.

Para resolver la disidencia doctrinaria y jurisprudencial, el 19 de Setiembre de 1940 se sancionó por parte de las Cámaras Civiles y Comerciales de la Capital Federal, el fallo plenario que decidió, en coincidencia con la primera posición, que no tenía ninguna importancia que el marido ejerciera la administración de los bienes de la mujer, o que fuera ella quien los administrara, ya que en todos los casos se aplicaba el régimen de responsabilidades establecidos en los artículos 5º y 6º de la ley 11.357, con lo que puso fin a la dualidad existente.

La ley 17.711 al poner en un pie de igualdad las facultades de administración y disposición de marido y mujer, elimina toda posibilidad de que se hable de dos regímenes distintos». ⁵⁸

XXII. Casos en que ambos cónyuges responden por las deudas

El artículo 5º de la ley 11.357 -repetimos- sanciona el principio de irresponsabilidad de uno de los cónyuges por las obligaciones contraídas por el otro. Sin embargo el artículo 6º de la misma ley hace responsable al cónyuge que no contrajo la deuda sólo con los frutos de sus bienes propios y gananciales de su titularidad, en los siguientes casos:

a) Cuando haya sido contraída para atender las necesidades del hogar. «por necesidades del hogar se entienden los gastos que deban realizarse ordinaria y cotidianamente en el mismo, y las deudas contraídas para solventar conceptos como comestibles para la manutención de toda la familia, ropas y vestimentas para los hijos y los cónyuges, asistencia médica de toda la familia, pago de alquileres del inmueble donde radica el hogar conyugal, gastos de viajes, y alcanza también el pago de honorarios y gastos originados por la defensa de la mujer en juicio criminal». ⁵⁹

La jurisprudencia ha incorporado otros

conceptos y ha considerado como deudas contraídas para las necesidades del hogar los gastos efectuados por el cónyuge para vivir en un país extranjero adonde había ido a visitar a sus padres y en donde residía temporalmente con autorización de su cónyuge, como también los gastos para su regreso al hogar. ⁶⁰ También se ha resuelto que los arreglos efectuados en el inmueble donde habitan los cónyuges, contratados por uno de ellos, benefician a los dos y son cargas de la sociedad conyugal, por lo que es responsable también el otro con los frutos de sus bienes propios y gananciales. ⁶¹

b) Cuando sea para la educación de los hijos. «En este concepto se incluyen las obligaciones y gastos correspondientes a escuelas y colegios privados y particulares a los que concurrían los hijos y también los gastos de los profesores particulares.

El concepto de educación de los hijos debe interpretarse con un sentido amplio que abarca incluso gastos de crianza y no en un sentido estricto sólo de instrucción.

Alcanza también a los gastos de educación de los hijos legítimos de un matrimonio anterior de cualquiera de los cónyuges, e incluso de hijos extramatrimoniales, si son menores y conviven con su progenitor. ⁶²

c) Para la conservación de los bienes

comunes. Se refiere a las obligaciones o deudas y gastos necesarios para la conservación de los bienes gananciales, aunque la ley los denomina comunes y eso ha hecho que algunos autores entiendan por comunes los bienes propios de los cónyuges, lo que evidentemente constituye un error.

XXIII.- Responsabilidad del cónyuge que no contrajo la deuda

No hay coincidencia doctrinaria sobre el carácter y la naturaleza de la responsabilidad del cónyuge que no contrajo la obligación en los casos a los que alude el artículo 6º de la ley 11.357.

En efecto, para algunos autores esa responsabilidad es subsidiaria que opera como una obligación de garantía, lo que significa que primero el acreedor debe atacar o excutir los bienes del cónyuge deudor y, segundo, subsidiariamente, los del que no contrajo la deuda.

«Otros autores que conforman la mayoría de la doctrina no concuerdan con esa posición, sosteniendo que la naturaleza de la responsabilidad del cónyuge que no contrajo la deuda, es la de una obligación concurrente con la del deudor; lo que ocurre, es que al cónyuge que no contrajo la deuda sólo se le podrán ejecutar los frutos de sus bienes propios y los de los gananciales que administre. Se trata de un caso de responsabilidad por deuda ajena». ⁶³

Claves Judiciales

Pasivo de la sociedad conyugal y deudas de los conyuges en el derecho comparado y derecho argentino

XXIV. Bienes a los que alcanza la responsabilidad del cónyuge que no contrajo la deuda

Ya hemos afirmado que según el art. 6º de la ley 11.357 el cónyuge que no contrajo la deuda responde solamente con los frutos de sus bienes propios y con los de los gananciales de su titularidad.

Corresponde destacar que en ningún caso responde con su capital, concepto que puede clarificarse con un ejemplo práctico: el cónyuge que contrajo la deuda es insolvente; el que no contrajo la obligación es propietario como bien propio de un inmueble que no habita pero que no le rinde frutos porque tampoco está alquilado; ese inmueble no responde frente al acreedor de la deuda porque constituye sólo un capital que no reditúa frutos y por lo tanto es inatacable por parte del acreedor.

«Aunque la ley 11.357, artículo 6º habla solamente de frutos de los bienes, debe entenderse -según opinión reinante- que los frutos civiles de la profesión, trabajo o industria de uno de los cónyuges, consistentes en sueldos, salarios, honorarios, etc. están comprendidos en ese concepto, por lo que son igualmente atacables por los acreedores».⁶⁴

XXV. Casos no previstos en los artículos 5º y 6º de la ley 11.357

Hay casos, que aunque no estén pre-

vistos por los artículos 5º y 6º de la ley 11.357, han sido considerados por la Jurisprudencia, tales como:

a) Responsabilidad por delitos y cuasidelitos: Es indiscutible que si uno de los cónyuges comete un delito o es autor de un hecho ilícito, la obligación de resarcir no puede alcanzar al otro, por ser personal la responsabilidad y así lo ha resuelto la Jurisprudencia. Los casos de responsabilidad indirecta de uno de los cónyuges con relación a hechos cometidos por el otro que caen en el ámbito del artículo 1113 del Código Civil, lo hacen responder en virtud de esta norma y no por el artículo 6º de la ley 11.357.

b) Pago de impuestos:

Este caso se refiere a los impuestos que gravan bienes gananciales, fundamentalmente inmuebles, corresponde a la conservación de bienes comunes previsto en el artículo 6º de la ley 11.357. Por los impuestos y tasas que gravan el inmueble responde el propio bien.

c) Responsabilidad por el pago de honorarios regulados en juicios civiles contra terceros. Es un caso de responsabilidad personal del cónyuge que litigó contra terceros, es decir, no lo alcanza al otro, a excepción de que se trate de cuestiones relacionadas a necesidades del hogar, la educación de los hijos o la conservación de los bienes comunes.

d) Responsabilidad por el pago de hono-

rarios a abogados regulados en el juicio de divorcio: Antes de la sanción de la ley 17.711 existían dos posiciones doctrinarias con relación al pago de honorarios devengados en el juicio de divorcio y separación de bienes.

Una de ellas representada por Borda, sostenía que ninguno de los cónyuges respondía por los honorarios que se regularan al abogado interviniente en representación o patrocinio del otro cónyuge, salvo que se le impusieran costas.⁶⁵

Para la segunda corriente doctrinaria el criterio enunciado se aplicaba solamente en beneficio de la esposa porque el marido debía responder por los honorarios profesionales regulados al abogado interviniente en defensa de la mujer, criterio que se fundaba en el principio de que el marido era el administrador de la sociedad conyugal, pero al momento de la disolución de la sociedad conyugal tales pagos debían ser cargados a la esposa.⁶⁶

Jurisprudencialmente se impuso esta segunda posición, es decir el marido cargaba con las costas, salvo que la sociedad conyugal ya hubiese sido liquidada y hecha la partición, o que no hubiese bienes a dividir.⁶⁷

Un plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del año 1961 resolvió que el marido no está obligado al

pago de honorarios y costas regulados al profesional interviniente en la defensa de su esposa, vencida en el juicio de divorcio, en los casos en que en ese juicio se hubiere decretado la disolución de la sociedad conyugal y no se demostrare que el marido conserve en su poder bienes pertenecientes a dicha sociedad.⁶⁸

Al sancionarse la ley 17.711 de 1968 se acogió la Resolución del Plenario incorporando esta solución al artículo 52 de la ley 2393.

La ley 23.515 sancionada en 1987 no reprodujo tal disposición, no obstante lo cual es opinión generalizada que la solución sigue siendo la misma porque si un cónyuge fuese demandado a pagar las costas reguladas a cargo del otro cónyuge en el juicio de divorcio vincular o separación personal de trámite contencioso, que produce de pleno derecho la disolución de la sociedad conyugal con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda, según lo prescribe el artículo 1306 del Código Civil, estaría habilitado, fundándose en el artículo 5º de la ley 11.357 para repeler la acción iniciada por el otro.

XXVI. Proyecto de reforma de 1998

El artículo 460 del Proyecto del Código Civil de 1998 dispone que cada uno de los cónyuges responde frente a sus acree-

dores con todos sus bienes y con los gananciales responde también el cónyuge que no contrajo la deuda, pero sólo con sus bienes gananciales, excluidos los ingresos provenientes de su trabajo personal; como se advierte, en estas última parte se establece una excepción a la responsabilidad separada de cada uno de los cónyuges, aunque con un alcance más limitado que la responsabilidad establecida en el artículo 453.⁶⁹

En efecto, esta última norma establece que «los cónyuges responden solidariamente⁷⁰ por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos a que se refiere el artículo 447⁷¹. Fuera de estos casos, y salvo disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro»

Además, de acuerdo a la última parte del artículo 448, la vivienda común no puede ser ejecutada por deudas contraídas después del matrimonio, salvo que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

Asimismo, en el artículo 447 del Proyecto de 1998 se dispone que «los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar⁷² y el de los hijos, en proporción a sus recursos. Esta obliga-

ción se extiende a las necesidades de los hijos incapaces de uno de los cónyuges, que conviven con ellos. El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga⁷³. Debemos además señalar con relación a la extensión de la obligación de los padres de proveer recursos a los hijos, que esa obligación subsiste hasta que éstos alcancen la edad de veinticinco años en tanto la prosecución de sus estudios o preparación profesional les impida proveerse de los medios necesarios para sostenerse independientemente⁷⁴. Aclara Méndez Costa que la solidaridad que contempla el artículo 453, hace a la relación con los acreedores, mientras que el deber de contribución al que alude el artículo 447 –que se determina en proporción a los recursos de los cónyuges–, a la relación de éstos entre sí.⁷⁵

Es de destacar el contenido del artículo 454, en cuya primera parte se establece –para el supuesto de que uno de los cónyuges ponga en peligro a la familia por grave incumplimiento de sus deberes– que el otro puede solicitar medidas cautelares urgentes para proteger esos intereses, en especial la prohibición de enajenar bienes de cualquier clase y la de desplazar cosas muebles que no sean las de su uso personal. La acción tiene un plazo de caducidad de un año de haber tenido conocimiento del acto o de su registro.

Claves Judiciales

Pasivo de la sociedad conyugal y deudas de los conyuges en el derecho comparado y derecho argentino

También se ocupa el Proyecto de las deudas de la comunidad, que se enumeran en el artículo 480, las que consisten en lo siguiente: las obligaciones contraídas durante la comunidad, no previstas en el artículo 481, que comprende a las obligaciones personales; las relativas al sostenimiento del hogar, de los hijos comunes y de los de uno de los cónyuges, y de los alimentos que están obligados a prestar; las donaciones de bienes gananciales hechas a los hijos comunes, y las de bienes propios, cuando estén destinadas a su establecimiento o colocación; y los gastos de conservación y reparación de los bienes propios y gananciales. A su vez, en el artículo 481 se enumeran a las siguientes deudas personales, o sea, las que pesarán, en definitiva, en el patrimonio de uno solo de los cónyuges: a) Las contraídas antes del comienzo de la comunidad. b) Las que gravan las herencias, legados o donaciones recibidos por uno de los cónyuges. c) Las contraídas para adquirir o mejorar bienes propios. d) Las resultantes de garantías personales o reales dadas por uno de los cónyuges a un tercero, sin que de ellas derive beneficio para el patrimonio ganancial. e) Las derivadas de la reparación de daños y de sanciones legales. f) Las contraídas en violación de deberes derivados del matrimonio ■

¹ PATARIN, J. / MORIN, G.: *La réforme des régimes matrimoniaux*, T.I. París, 1977, pp. 102-103; 267; DE JUGLART, M.; Op. cit. p. 267; CHAMPENOIS, G.: «*La composition passive des patrimoines*», La loi du 23 diciembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux par COLOMER, A / CHAMPENOIS, G., Defrénois, 1986, art. 33789, p. 961. Por el contrario Cornu ha admitido que la comunidad goza de cierta personalidad jurídica –aunque en el texto de la ley no se exprese literalmente- debido a los signos que se emplean en la reglamentación del pasivo, y en la regulación de las recompensas, *Les régimes matrimoniaux*, París, 1977, pp. 338 y 492-3, cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B. «*las deudas gananciales y sus reintegros*», pág. 69, Edit. Dykinson S. L., año 2003.

² Ambas expresiones (*la contribution à la dette y l'obligation à la dette*) no encuentran una plasmación legal sino que son términos acuñados por la doctrina.

³ Entre otros, COURTINE, C.: *Essai d'une théorie de l'obligation à la dette le cadre du mariage*, Th., Lyon, 1987, p. 19; GRIMALDI, M.: «Comentaire de la loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs», *Gaz. Pal.*, 1986, p. 536, cit., por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob. cit. pág. 70.

⁴ Hay que tener en cuenta que tras la disolución y durante el período de la indivisión se excluye la esfera de la contribución, ámbito que resurge una vez realizada la partición del activo común, fase en la que sí encontramos los dos planos del pasivo, el de la obligación y el de la contribución de la deuda. Al

respecto, CORNU, G.: *Les régimes matrimoniaux*; cit., 1997, p. 516, cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob. cit. pág. 70.

⁵ PAILLUSSEAU, J.: «*Le passif de la communauté légale*», en *Quelques aspects de la nouvelle situation de la femme mariée*, París, 1968, p. 28, cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob. cit. pág. 70.

⁶ BELHUMEUR, R.: *La protection des intérêts pécuniaires dans les rapports entre époux selon la Loi du 13 juillet 1965*, Th. Bordeaux, 1970, p. 199, cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob. cit., pág. 71.

⁷ Ello ocurre cuando las transferencias de valor tienen lugar antes o tras la disolución del régimen. En esos casos, los reintegros no se denominan recompensas sino que se trata de créditos entre los cónyuges. VID., LE GUIDE, R.: «*la liquidación et le partage*», *Droit patrimonial de la famille*, directeur GRIMALDI, M., París, 1998, pp. 225-226; PRECIGOUT, las denominaba como indemnizaciones entre los cónyuges, «Formules comentées. La réforme des régimes matrimoniaux (Application de la loi n. 65-570 du 13 juillet 1965)», *JCP*, ed. N. I. 1996, art. 1998, no. 124, cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob. cit. pág. 71.

⁸ Se afirma que los criterios relativos a la obligación son infinitamente más precisos que los de la contribución, ya que permiten clasificar las diferentes clases de deudas de una forma más sencilla, mientras que los parámetros relativos a la contribución dependen de una intención o de un resultado, siendo por tanto más inciertos. Al respecto, FLOUR, M. J.: *Cours de droit civil*. Licence 4^o Anné, París, 1967, p. 496, cit., por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob. cit., pág. 71.

⁹ BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob., cit., pág. 72.

¹⁰ «*La réforme des régimes matrimoniaux. Le régime matrimonial de droit commun: La communauté légale réduite aux acquêts*», *JCP*, 1967, I, 2128, no 91; ID., *Les régimes matrimoniaux*, cit., 1997, p. 511, ob. cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob. cit., pág. 83.

¹¹ SAMBRIZZI, EDUARDO A., «*Régimen de bienes en el matrimonio*», págs. 54/55, T. II, *La Ley*, año 2007.

¹² La extensión de la garantía de los acreedores anteriores al matrimonio es fruto de una crítica vertida sobre este punto a la Ley de 1965- Sobre esta objeción véase: SCHROEDER, M. F.: «*La ruine des créanciers organisée par la loi. Le droit des créanciers antérieurs au mariage sous le Nouveau régime matrimonial légal*», *JCP*, 1969, I, éd. N., 2291, cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob. cit., pág. 81.

¹³ SAMBRIZZI, EDUARDO A., ob., cit., págs. 364/365. T.II.

¹⁴ A diferencia otros ordenamientos como el español, o el francés (vrg., art. 1409 Code civil principalmente). La razón, como afirma DASSIO al comparar los regímenes italiano y francés, es que tales regulaciones atienden a planteamientos distintos, op. cit. pp. 763 y 765, cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B. ob., cit., pág. 103.

¹⁵ A este respecto, la citada doctrina –y la escasa jurisprudencia encontrada- se han referido sólo a esta cuestión al tratar la relación entre el régimen primario y la comunidad legal, la administración de ésta o la organización de la familia. Así, PARADISO, M.: *La comunità familiare*, Milano 1984, p. 429; DE PAOLA, V./ MACRI, A.: *IL nuovo regime patrimoniale Della famiglia*, Milano, 1978, p. 167; FUSARO, A.: *Il patrimoniale Della famiglia*. Padova, 1990, p. 516;

Claves Judiciales

Pasivo de la sociedad conyugal y deudas de los conyuges en el derecho comparado y derecho argentino

CENDON, P.: *Comunione fra coniugi e alienazioni mobiliari*, Padova, 1979, p. 264; FURGIUELLE, G.: *Libertá e famiglia*, Milano, 1979, p. 78-9,193; Cass. 17 de febrero de 1989, Riv. dir.civ., 1989-II, p. 497 (en un supuesto de quiebras de uno de los cónyuges), cit. por BUSTOS MOENO, YOLANDA B., ob., cit., pág. 103.

¹⁶ Sobre esta cuestión, CARAVAGLIOS, R.: *La comunione legale*, T.I, Milano, 1995, pp. 53 y ss.; QUADRI, E.: «*Obblighi gravanti sui beni Della comuniones*» en La comuniones legale a cura di C. Massimo Bianca, T. II, Milano, 1989, pp. 749 y 771; PERCHINUNNO, R.: *Le obbligazioni nell «interesse familiare»*, Bari, 1982, pp. 182-3 y 204-208; PARADISO, M.; op.loc.cit.; DAINO, M.G.: *La posizione dei creditori nella comuniones legale tra coniugi*, Padova, 1986, p. 52; App. Perugia, 3 de abril de 1987, IDFP, 1987, p. 662. cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob., cit., pág. 103.

¹⁷ En este sentido, PROSPERI, F.: *Sulla natura della comuniones legale*, Camerino, 1983, p. 153; PARADISO, M.: Op. ult. cit., p. 425, nota 162, cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob., cit., pág. 103.

¹⁸ En este sentido, se entiende que tras la disolución de la comunidad legal aunque formalmente los reintegros se materialicen entre cada cónyuge y la comunidad en sustancia, se trata de una relación entre los intereses de un cónyuge particular y los intereses del otro cónyuge que obtendrá la mitad de los bienes de la comunidad. Así lo ha advertido RAVAZZONI, A.: Op. cit., p. 91., cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob., cit., pág. 104.

¹⁹ No obstante, las opiniones son divergentes en torno a la calificación de la naturaleza jurídica de la comunidad legal. Como regla general, se afirma

que se trata de una cotitularidad de bienes entre los cónyuges. En este sentido, DE MARCHI entiende que la cotitularidad entre los cónyuges no puede configurarse como una persona jurídica, y enuncia las diferencias de esta figura con la sociedad civil y la comunidad ordinaria, «*Natura e oggetto Della comuniones legale*», en IL, nuovo diritto di famiglia. Contributi notarili, Milano, 1975, p. 540. cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob., cit., pág. 104.

²⁰ Por el contrario se consideran deudas personales de los cónyuges las enunciadas en los arts. 187 y 188 C.C.

Art. 187 C.C.: «Obligaciones contraídas por los cónyuges antes del matrimonio.- Los bienes de la comunidad, salvo lo dispuesto en el artículo 189, no responderán de las obligaciones contraídas por los cónyuges antes del matrimonio».

Art. 188. C.C.: «Obligaciones derivadas de donaciones o sucesiones.- Los bienes de la comunidad, salvo lo dispuesto en el art. 189 C.C., porque no es cierto –como disponen los arts. 187 y 188 C.C.- que la comunidad no responda por estas deudas, sino que conforme al tenor del art. 189 C.C., por las mismas responde ésta de forma subsidiaria, op. cit., pp. 763-4. Adquieren también la calificación de deudas propias, conforme a la lectura conjunta de los arts. 189 y 192.2 C.C., las obligaciones contraídas individualmente por uno de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, que sean consecuencia de actos que exceden de la administración extraordinaria sin el necesario consentimiento del otro cónyuge, siempre que no haya podido demostrar que esta actuación ha resultado ventajosa para la comunidad o ha cubierto una necesidad de la familia, en cuyo caso se trataría de una obligación común, cit. por BUSTOS MOENO, YOLANDA B., ob., cit., pág. 119.

²¹ Op. cit., pp. 193,195, cit. por BUSTO MORENO, YOLANDA B., ob., cit., pág. 122.

²² Prescinden del carácter ordinario o extraordinario de la administración del acto para responsabilizar a la comunidad legal, CORSI, F.: «*regime patrimoniale Della famiglia*», cit., p. 160; OPPO, G.: «*Responsabilità patrimoniale...*», cit., p. 115, PARADISO, M.: Op. cit., p. 426, cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob., cit., pág. 123.

²³ DE PAOLA, V., Op. cit., p. 65. cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob., cit., pág. 124.

²⁴ En cuanto al activo de la comunidad afirma DAINO que la cuota va a corresponder al cónyuge en la mitad de cuanto permanezca en el patrimonio común (residuo) una vez efectuadas las adjudicaciones pertinentes (derecho de prefero) por parte del cónyuge que hubiera resultado acreedor, tras la operación de reembolso debidas en el sentido del art. 192 C.C., cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob., cit., pág. 131.

²⁵ Precisión que se aplica también para el activo de residuo.

²⁶ Se consideran aplicables la normas sobre valoración de la sociedad por acciones (arts. 2423 y ss. C.C.), DE PAOLA, V.: Op. cit., pp. 709-10, cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob., cit., pág. 131.

²⁷ KANZLEITER, R. «*Responsabilidad de bienes propios o de actividad comercial*». P. 651. cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob., cit., pág. 156.

²⁸ Excepcionalmente, puntualiza THIELE, si el patrimonio común ha tenido que sufragar un gasto del

mantenimiento de la familia que según los §§ 1360 y 1420 se debían pagar con los ingresos provenientes de una actividad comercial del patrimonio reservado del cónyuge, éste deberá soportar internamente tal gasto, en Staudingers Kammentar. ..., cit. (& 1442), p. 570, cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob., cit., pág. 156.

²⁹ HECKELMAN, D.: Op. cit. (& 1.443), o. 72, cit., por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob. cit., pág. 156.

³⁰ «Die Kostenhaftung nach dem neuen familienrecht», Rpfleger, 1958, pp. 299-300, cit. por BUSTOS MORENO YOLANDA B., ob., cit., pág. 157.

³¹ Intimamente relacionado con los gastos que se generan en el curso del desarrollo de un proceso, se encuentra la obligación de anticipo de los costes procesales que se regula en el § 1360 a IV con carácter general para todos los regímenes matrimoniales, cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob., cit., pág. 157.

³² KANZLEITER aconseja para evitar sorpresas poco gratas, que el administrador llegue a un pacto expreso con su cónyuge sobre quién debe soportar los gastos en caso de dotación excesiva, op., cit., p. 654., cit. por BUSTOS MORENO YOLANDA, B. ob., cit., pág. 159.

³³ En este sentido, la doctrina entiende que no se incluye en esta norma al resto de parientes por afinidad con derecho de alimentos frente a uno solo de los cónyuges, incluidos los hijos de uno solo de los cónyuges., cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob., cit., pág. 160.

³⁴ HECKELMANN, D.: Op. cit., (& 1466), pp. 744-5, cit., por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob., cit., pág. 162.

³⁵ Por ejemplo, el pago de una deuda de costes procesales que realizó el administrador, pero que en la relación interna le corresponde al otro cónyuge, OLG Munchen, 20 de junio de 1910, OLGE, 21, pp. 231-2., cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B. ob., cit., pág. 165.

³⁶ Afirma GERNHUBER que el término de la comunidad de bienes coincide con el final de la comunidad sólo en el caso en el que el régimen de bienes termine con el fallecimiento de un cónyuge y la herencia corresponda al cónyuge supérstite. La liquidación por razón de la responsabilidad sucesoria consiste en una separación de patrimonios. En el resto de supuestos de disolución de la comunidad de bienes, se transforma ésta en una comunidad de liquidación, op. cit., pp 626-7, cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B. ob., cit., pág. 166.

³⁷ Porque también en este régimen puede que la comunidad de liquidación subsista durante un período de tiempo en el que es posible que surjan nuevas deudas. Estos débitos se calificarán como personales de los cónyuges, salvo las excepciones expuestas en el texto., cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B. ob. cit., pág. 166.

³⁸ & 748 BGB: (*La asunción de cargas y costes*). Cada partícipe está obligado frente a los otros partícipes a soportar las cargas del objeto común y los costes del mantenimiento, gestión y aprovechamiento común en proporción a su cuota.

³⁹ & 755.I BGB: «Si los partícipes son responsables como deudores solidarios de una obligación que, conforme al & 748, tengan que cumplir en proporción a sus cuotas, o que hayan contraído con el propósito de cumplir dicha deuda, cada partícipe

puede, en el momento de la disolución de la comunidad, exigir que la deuda sea satisfecha a costa del objeto común».

⁴⁰ La prestación de garantía sólo se permite tras la extinción de la comunidad de bienes, no antes de este término (& 1446, 1468). En este sentido, GAUL, H-F.: Op. cit. (& 1481), p. 507; HECKELMANN, D.: Op. cit., (& 1481), p. 753.

⁴¹ De esta forma entiende la doctrina el término responder del § 1481, GAUL, H.F.: Ibid. loc. cit.; KANZLEITER, R.: Op. cit., (& 1481 BGB), p 717.

⁴² El Código Civil al tratar de cohonestar las relaciones que surgen entre el cónyuge contratante con los derechos que el tercero como acreedor pueda ostentar sobre el patrimonio ganancial con los del otro cónyuge no interviniente-, ha distinguido de una parte el aspecto externo de la relación, y de otra parte, el aspecto interno de la relación de los dos cónyuges a fin de que reclame el reintegro entre las diferentes masas patrimoniales, pueda realizarse la liquidación atribuyendo la deuda a la que realmente corresponda, BD RAJ, 1983, no 1662, cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob., cit., pág. 171.

⁴³ Como afirma DELGADO ECHEVERRÍA al tratar de definir las cargas del matrimonio, sólo adquiere cierta utilidad tal propósito cuando se nos explica qué hemos de hacer con ellas; es decir, de qué normas son estas cargas elementos del supuesto de hecho, y qué consecuencias se derivan, El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña, Madrid, 1974, p. 343, cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B. ob., cit., pág. 172.

Claves Judiciales

Pasivo de la sociedad conyugal y deudas de los conyuges en el derecho comparado y derecho argentino

⁴⁴ Elementos de Derecho civil IV, Barcelona, 1982, p. 114. Del mismo modo, PASTOR ALVAREZ, M. C.: Op. cit., pp. 30.1, cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob., cit., pág. 181.

⁴⁵ En el mismo sentido, ROCA TRIAS, E.: «*El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad*», en Convenios reguladores de las relaciones conyugales paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio, Pamplona, 1984, p. 176; ALVAREZ OLALLA, M. P.: Op. cit., pp. 61-2 y 65; GARCIA GARCIA, M.A.: «*El deber de actuar en interés de la familia*», cit., p. 252, cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B. ob., cit., págs. 181/182.

⁴⁶ BUSTOS MORENO, YOLANDA B. «*Las deudas gananciales y sus reintegros*», págs. 182/183, Edit. Dykinson S.L., año 2003.

⁴⁷ MORALEJO IMBERNON, N. I.: «*Comentario a la sentencia de 11 de julio de 1998*», CCJC, no 1324,1999-49, p. 65; MATA PALLARES, F.: «*Deuda y responsabilidad en la contratación de persona casada*», AAMM, T.XXV, p. 333, cit. por BUSTOS MORENO, YOLANDA B., ob., cit., pág. 175.

⁴⁸ SAMBRIZZI, EDUARDO A, «*Régimen de bienes en el matrimonio*», págs. 53/54, T. II, La Ley, año 2007.

⁴⁹ SAMBRIZZI, EDUARDO A. ob., cit., T. II, págs. 363/364.

⁵⁰ CORBO, CARLOS MARÍA, «*Régimen patrimonial del matrimonio*», págs. 241/242, Edit. Nova Tesis, año 2010.

⁵¹ CORBO, CARLOS MARÍA, ob., cit., pág. 242.

⁵² CORBO, CARLOS MARÍA, ob., cit., pág. 243.

⁵³ CORBO, CARLOS MARÍA, ob., cit., págs. 243/244.

⁵⁴ Tratado de Derecho Civil, Familia, cit., t.I. p. 278, núm. 350. Conf. Con la derogación tácita del art. 1275, BORDA, ALEJANDRO, «*Liquidación de la sociedad conyugal*», en Enciclopedia de Derecho de Familia. T. II, Buenos Aires, 1992, p. 606, nota 22; VIDAL TAQUINI, CARLOS H., «*Responsabilidad de un cónyuge ante las deudas contraídas por el otro*», cit., La Ley, 155-650; y *Régimen de bienes en el matrimonio*, cit., ps. 376 y sigte., parágr. 311, donde afirma que al haber sido derogado el artículo 3º de la ley 11.357 por la ley 17.711, el art. 1275 del Código Civil también ha quedado totalmente derogado, en razón de la función total que cumplen los artículos 5º y 6º de aquella ley.

⁵⁵ BELLUSCIO, AUGUSTO C. «*Manual de Derecho de Familia*», T. 2, pág. 115, Edit. Depalma, año 1989.

⁵⁶ BELLUSCIO, AUGUSTO C. ob., cit., pág. 116.

⁵⁷ ZANNONI, EDUARDO A. «*Derecho de Familia*», T. I, págs. 487/488, Edit. Astrea, año 1989.

⁵⁸ CORBO, CARLOS MARÍA, ob., cit., págs. 246/247.

⁵⁹ CORBO, CARLOS MARÍA, ob., cit., pág. 247.

⁶⁰ CNCIV., sala A. La Ley, 103-45.

⁶¹ CNCIV., sala I, La Ley, 2000-C, 380.

⁶² CORBO, CARLOS MARÍA, ob., cit., pág. 248.

⁶³ ZANNONI, EDUARDO A., T. I, ob., cit., pág. 504.

⁶⁴ CORBO, CARLOS MARÍA, ob., cit., pág. 249.

⁶⁴ Así, BORDA, *Tratado. Familia*, T. I, no 372; CCIV2A-CAP, 21/2/36, LL, 1-391; Id., 31/10/30, LL, 17-388.

⁶⁵ Ver DIAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE, *La responsabilidad de la sociedad conyugal en el patrocinio de la esposa en juicios de divorcio, separación de bienes, alimentos y nulidad de matrimonio*; JA, 57-477; VAZQUEZ, ALEJANDRO A., *Responsabilidad del marido por honorarios profesionales que asistieron a la esposa en el juicio de divorcio y de separación de bienes*, JA, 1944-II-24.

⁶⁶ En la jurisprudencia, CCIV 1ACAP, 29/36, LL, 3-741; CCIV2A CAP, 13/9/47, LL, 48-134; ID., 8/3/44, JA, 1944-II-424; CNCIV, SALA A, 20/4/56, LL, 82-593, etc.

⁶⁷ CNCIV, en pleno, 22/12/61, JA, 1962-I-487 Y LL, 105-377.

⁶⁸ Ver ARIANNA, CARLOS ALBERTO «*La responsabilidad por las deudas de los conyuges en el Proyecto de reforma al Código Civil*», cit. en Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, núm. 18, año 2001 p.117.

⁶⁹ Ver ARIANNA, CARLOS ALBERTO «*La responsabilidad por las deudas de los conyuges en el Proyecto de reforma al Código Civil*», en Revista de Derecho de Familia, núm. 18, p. 116.

⁷⁰ Ver SAMBRIZZI, EDUARDO A. ob., cit., t. ii, pág. 7.

⁷¹ MEDINA, GRACIELA «*Régimen patrimonial matrimonial primario y la reforma del Código Civil*», cit., ED, 184-1300.

⁷² MENDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, considera que esta norma se refiere al supuesto de conyuges convivientes (Los conyuges convivientes separados de bienes en el Proyecto de 1998», cit, La Ley, 2000-E, 1006.

⁷³ A su vez, el art. 622 del Proyecto dispone que el pariente que pide alimentos debe probar que le faltan los medios para alimentarse y que no le es posible adquirirlos con su trabajo, cualquiera que sea la causa que lo haya reducido a tal estado.

⁷⁴ «*Los conyuges separados de bienes en el Proyecto de 1998*», cit., La Ley, 2000- E,1997.

DRA. CRISTINA N. HERRERA
Fiscal N° 9
Distrito Judicial N° 2
Rosario

El Fiscal de la Transición

El Ministerio Público Fiscal: Historia y Ubicación

En el devenir de la historia, algunos han creído ver el origen del Ministerio Público Fiscal en antiguos funcionarios, que casi nada han tenido que ver con él. Sin embargo, han llegado a converger dos ideas coordinadas: 1) Idea histórica que le atribuye al Fiscal la defensa de la Corona ante los órganos de justicia, y la protección de los intereses públicos a aquellos encomendada y 2) una idea renovadora que surgió al tiempo de las corrientes ideológicas que perfilaron un sistema jurisdiccional basado en el principio acusatorio, conciliable con el respeto a los derechos personales del justiciable¹ (C.Palacín, 2000).

En la provincia de Santa Fe el Ministerio Público Fiscal fue estructurado orgánicamente en una ley especial la N° 8141, luego receptada por la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 10160 creando un órgano de la acción autónomo y cohesionado, especialmente en el orden penal, asignándole funciones en pos de realizar todo lo que sea menester para el acatamiento de la ley. Conforme a lo normado en el Artículo 120 de la Constitución Nacional Argentina -luego de la reforma

de 1994- se lo reubica como órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera .

La Constitución de la Provincia de Santa Fe en el artículo 84 al disponer la composición de la Corte Suprema de Justicia Provincial establece que se compone de cinco ministros y un procurador general, este último fue y es hasta el momento el superior jerárquico e imparte instrucciones a ambos ministerios (Fiscal y Defensa), atentando con el acusatorio y contradictorio.

El nuevo Código Procesal Penal Santafesino (Ley n° 12734), mediante las leyes de implementación N° 13014 y 13013 ubican, tanto al Ministerio Público de la Acusación como al Servicio Público de Defensa Penal como personas públicas autónomas, funcional y administrativamente, con autarquía financiera pero dentro del poder judicial.

Es de destacar que la Constitución no establece en ninguna de sus normas que el Procurador General sea el Titular del Ministerio Público, ello se ha dado más bien por una tradición legislativa. Así es que se lo ha tildado como «órgano extrapoder» y, al respecto se ha caído en

alguna confusión conceptual, pensando que podría tratarse de un nuevo Poder del Estado, más allá de la clásica división tripartita de Locke y Montesquieu, pero en realidad creo que es solamente una confusión conceptual (de otra manera podríamos decir lo mismo del Tribunal de Cuentas o la Defensoría del Pueblo o el Consejo de la Magistratura)

En conclusión, situarlo dentro del Poder Judicial creo que hace peligrar al Sistema Acusatorio, y hacerlo depender del Poder Ejecutivo (más allá de experiencias malas de otros lugares) podría comprometer su independencia, por lo que a mi modo de ver deberá permanecer fuera de ellos como indica la reforma de 1994. Habrá que adecuar la Constitución Provincial y reformarla.

El Ministerio Fiscal debería entonces, dividirse en dos partes: 1) La conducción Política y 2) La infraestructura Técnica (ésta última la definirá mediante concursos la 1era). Pero respecto de la 1era (Cond. Política) sería de máxima legitimación si fuera elegida por el voto popular directo como en EE.UU., ya que sería el órgano que política y jurídicamente llevaría adelante, dentro de la política criminal del Estado, todo lo atinente a la Pretensión Punitiva

Lo que se aleja y lo que vendrá

La ley N° 12734, el Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe legisla un nuevo modelo de justicia que significa dejar atrás al viejo régimen inquisitorial, burocrático e ineficiente que se había puesto en marcha a partir del primer ordenamiento de enjuiciamiento criminal en el año 1872 (que también era civil y mercantil) veintitrés años más tarde surge otro cuerpo normativo autónomo en la provincia que se basó en el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación redactado por Manuel Obarrio en 1882, naciendo desde un sistema que para la época ya había sido superado por otros ordenamientos más modernos.

Se dieron en el tiempo una gran cantidad de intentos de modificaciones o reformas concretas de variada entidad pero ninguno de ellos llegó a cambiar los lineamientos del viejo Código IX, a veces con la introducción de institutos que aparentaban una modernización y cambio, pero sólo era superficial, como en el caso de la «oralidad optativa».

Un mismo funcionario asumía las tareas de investigación e imputación y control de las garantías- el superpoderoso Juez de Instrucción- y a su vez en los Juzgados Correccionales. A ello se le sumaba juzgar y sentenciar.

A principios del año 2006 nace en Santa

Fe el «Plan estratégico del Estado Provincial para la justicia santafesina», sobre todo a la luz de una nueva doctrina judicial que desde la Corte de la Nación, comenzó a señalar un camino y que tiene por estandartes los fallos «Llerena Horacio L s/Abuso de Armas y Lesiones»² (CSJN.- 17/05/2005) todo lo cual precipita la reestructuración y replanteamiento del Sistema de Justicia penal santafesino.- Se dicta alguna normativa de emergencia como la Acordada N° 32 de la C.S.J Santa Fe, que redistribuye la competencia de los jueces correccionales, a los fines de evitar que el mismo que investigue sea quien deba juzgar.

La ley N°12912, que fue publicada en el BO el 7/10/08, regula la implementación progresiva o temática del Nuevo Código procesal penal y en su artículo 1ro establece: «*la presente ley regula la implementación progresiva del nuevo Sistema de Justicia Penal de la provincia de Santa Fe*», y en su artículo 4to que «*a partir de los ciento veinte días de la entrada en vigencia de la ley, comenzarán a regir las siguientes disposiciones*» y se enumeran las mismas que entrarían en vigencia a partir de ese momento. También el artículo 10 adecua la nueva implementación.

Ahora bien así se ha elegido implementarlo parcial y temáticamente y ser lanzado al futuro en una aplicación total. Si bien se fueron estableciendo en el tiempo diversas fechas para la definitiva im-

plementación fue postergado en el tiempo por sucesivas prórrogas.

Esta forma de poner en marcha el nuevo sistema ha tenido por objeto seguramente pretender que los operadores del sistema se fueran adaptando en forma gradual al cambio, teniendo en cuenta, además, los diversos y nuevos recursos que la reforma traería como consecuencia, y la capacitación de los recursos humanos que intervendrían en el nuevo modo de enjuiciamiento penal.

Es de destacarse que a través del decreto N° 125/09 de fecha 2/2/ 2009, el Poder Ejecutivo de la Provincia de Santa Fe aprueba el texto del C.P.P vigente, o sea aquellas disposiciones que continúan en vigencia de la Ley 6740 y sus modificatorias y las que coloca en vigencia la Ley N° 12912.

Investigación Fiscal en la Ley de Transición

El artículo 2do de la Ley 12162 (B.O. del 3/12/ 2003) ya había incorporado el Capítulo XIII que titula «Investigación Fiscal» y que la legislación actual ha dejado vigente. El artículo 374 II del Código Procesal Penal (texto vigente según leyes 6740, 12734 y 12912 que fuera ordenado por decreto 125/2009) establece: Procedencia: «*La investigación penal quedará a cargo del fiscal, cuando lo solicitare dentro de los cinco (5) días de notificado de la*

*apertura de la instrucción. El Juez tomará o continuará a cargo de la investigación cuando estimare, a primera vista, que procederá la prisión preventiva del imputado o si la complejidad probatoria del caso lo aconsejare; en estos supuestos, o cuando corresponda la acumulación de causas, los actos procesales que hubiere cumplido el fiscal según las normas de este Código conservarán su validez».*³ (Ley 12162; B.O. 3-12-2003).

Posteriormente enumera las atribuciones y deberes del Fiscal en cuanto asuma la investigación, los plazos para realizarla y el procedimiento a seguir una vez concluida.

Uno de los *slogans* más comunes es que «*a investigación a cargo del fiscal es más eficiente*» Claro que, aisladamente expuesto, no deja de ser más que una expresión de deseo, si bien necesario y conveniente, sobre todo porque se debe resaltar el carácter de contradictorio que debe tener el proceso en toda su extensión, con operadores que cumplan roles diferenciados, y un órgano independiente que recoja las pruebas de cargo necesarias para enjuiciar a un imputado, una defensa que refute en igualdad de condiciones y un juez que custodie las garantías constitucionales y el debido proceso, y que será quien resolverá en definitiva la confrontación de ambas hipótesis en un plano de absoluta imparcialidad.

Sin embargo, ese traspaso de las fun-

ciones investigativas a manos del fiscal requiere dotarlo de otras «herramientas procesales» y de recursos «tanto humanos como materiales» que específicamente estén orientados a esa finalidad.⁴ (XV Reunión de procuradores Fiscales y defensores Generales; Mayo 2003).

La **panacea de la oralidad**, basada en los principios de intermediación y concentración será uno de los progresos más importantes e innegables de la evolución de nuestro sistema de enjuiciamiento. Sin embargo, para que funcione deberá estar acompañada de una «instrucción desformalizada y ágil» porque si la instrucción se alarga en un plazo demasiado prolongado, -como ocurre actualmente ya que se protocolizan absolutamente todos los elementos de cargo para otorgarles valor probatorio para el juicio- es evidente que el juicio oral pasa a ser una reproducción oralizada de los actos formalizados en la instrucción y así matamos la oralidad del proceso⁵ (Marchissio, A; Mayo 2003).

Hay que tener presente que el artículo 5to de la Ley 12 912 dispone: Juicio Oral y Obligatorio: En los casos incluidos en las previsiones del último párrafo del artículo 4to de la presente Ley, el juicio oral será obligatorio cuando la imputación contenida en la requisitoria versare sobre alguno de los siguientes delitos: 1.- Homicidio Calificado (art. 80 C.Penal); 2.- Abuso sexual seguido de muerte (art. 124 del C.Penal); 3- Tortura seguida de

muerte [art 144 ter, inc. 2do primera disposición del C.P.; 4.- Enriquecimiento ilícito (art. 268 [2] del C.Penal); 5.- Robo Agravado (art. 165 del C.Penal).

Sin embargo, en la etapa de la transición, si bien el juicio es oral, las partes del proceso enfrentan un problema que arranca desde el inicio y es que durante la primera etapa de la instrucción -etapa fundamental para la colección de pruebas- ni han intervenido, ni han controlado, ni han custodiado las evidencias recogidas, sino que lo hace la autoridad prevencional (la policía). Muchas veces la comunicación al órgano fiscal llega cuando ya la escena del hecho delictivo se ha contaminado de tal forma que resulta imposible encaminar la investigación.

Pero, retomando el tema de la oralidad y a los fines de dirigirnos al nuevo sistema que impone la Ley 12734, es necesario concientizar y capacitar a los actores desde este momento: desde esta etapa hay que enderezar el rumbo porque si no el cambio va a terminar siendo más brusco de lo que se pensaba y resultará en alguna ocasión frustrante para quienes han puesto expectativas grandes en la implementación de esta nueva forma de enjuiciamiento.

No todo debe llegar impuesto o programado desde afuera de los mismos operadores que integramos el sistema:

no obstante -como expresé en el párrafo anterior- el Fiscal se ve constreñido muchas veces en los juicios orales a defender una prueba que ni colectó, ni dirigió para su colecta y que muchas veces resulta ser escasa, mal recepcionada, contaminada o inexistente, en los juicios orales y también en los escritos, sólo que acorde con el sistema al que pertenece la escritura, estos últimos pasan mayormente desapercibidos.

Creo que el Fiscal de la transición debe comenzar a entender que su rol protagónico lo obliga a adoptar una actitud adulta y comprometida, y ello implica comenzar a exigir de los demás actores lo necesario de su participación.

Ello implica que se debe hacer uso y arremeter con los nuevos institutos que ya están contemplados en la ley de transición, sin miedos, sin prisa pero sin pausa. Comenzar a realizar planteos y solicitar pruebas en las mismas audiencias, sin esperar el «córrase vista o córrase traslado», analizar concienzudamente un peligro procesal y no esperar el traslado a varios meses del hecho cuando ya la prueba resultó frustrada u oculta por los sujetos activos del delito.

Intervenir desde el comienzo de la investigación para valorar objetivamente si ella tiene razón de ser en cuanto a su continuación y, contando con los elementos que se vislumbran desde el inicio,

echar mano a los criterios de oportunidad o a los medios alternativos de solución de conflictos, que están ya vigentes.

Cuando se modifica un proceso penal se debe hacer desde una visión multidimensional del problema y teniendo en cuenta que la modificación de una de las piezas de este complejo rompecabezas va necesariamente a repercutir en las restantes y que hay que observar el sistema en su conjunto y utilizar diversas estrategias⁶ (Marchissio, Adrian; Mayo 2003).

Si comenzamos a aplicar estrategias desde una de las partes, seguramente vamos a modificar actitudes y comportamientos de las restantes, ello generará costumbres, culturas y educará a los demás protagonistas.

Hasta hace unas décadas el Fiscal era una figura que sólo conocían en su rol pasivo los operadores del sistema, pero la ciudadanía en general no tenía idea de cuál era la ocupación de ese funcionario judicial. Luego, con las sucesivas reformas procesales penales, el público empieza a hablar de Fiscal cuando a través de los medios de comunicación observó el rol protagónico en investigaciones criminales y, en nuestra provincia, solamente aquellos cercanos al derecho, podrían describirlo.

Si bien es cierto que, desde el aspecto normativo no se ha dudado en establecer

junto con el juicio oral (por ahora acotado a determinados delitos); alternativas al proceso y criterios de selección, como el principio de oportunidad, la suspensión condicional del proceso, la conciliación, la mediación penal, etc., también es cierto que, salvo el juicio oral que resulta de carácter obligatorio para los delitos establecidos en la ley (era opcional desde hace tiempo pero muy poco optan); las salidas alternativas y los criterios de selección comienzan a imponerse pero muy lentamente con lo cual la descongestión del sistema resulta ser apenas perceptible y los vaticinios de colapso en la justicia penal y la sensación de la ciudadanía de que nada se resuelve y nada se castiga sigue vigente.

Entonces, hay que sincerar al sistema y adoptar reglas claras, hay que darle primacía a lo sustancial por sobre lo formal, y lo sustancial es el conflicto humano que subyace en el proceso y ello llevará a defender los intereses generales de la sociedad.

Por ello hay desafíos nuevos que debemos enfrentar desde el Ministerio Público Fiscal -y sólo en la medida en que la iniciativa comience desde nosotros para exigir se nos otorgue la verdadera participación que nos corresponde en el nuevo paradigma penal-podrá hacerse realidad.

Nadie cede espacios de poder gratuitamente y el arraigo al viejo sistema inquisitivo ha generado un apego demasiado

fuerte en aquellos funcionarios judiciales que descreen del nuevo sistema y por tanto soslayan la nueva normativa y sobre todo la nueva modalidad de actuar frente a la persecución penal, pero ello, a decir verdad, cuenta muchas veces con la indiferencia de los propios integrantes del Ministerio Fiscal.

Es de destacar que muchas veces se transita todo un proceso hasta llegar casi a las conclusiones y allí es donde recién se plantea la posibilidad de un juicio abreviado cuando hubiera sido posible esa alternativa desde una etapa procesal anterior, o una suspensión de juicio a prueba cuando ya se han desgastado más de un año o dos los recursos jurisdiccionales en el trámite de una causa que pudo haber concluído sin el despliegue de tiempo, recursos humanos y técnicos abundantes desnaturizando de esa forma la esencia de dichos institutos.

El principio de oportunidad nos impone exigencias, porque no está pensado sólo para aliviar el caudal de trabajo, sino precisamente para destinar los esfuerzos de la investigación más eficiente de la delincuencia compleja. Si no tenemos en cuenta este eje, el instituto se convertirá en un sello de goma que tan solo servirá para archivar casos de modo más elegante.⁷ (Marchissio, Adrian, 2003).

Hay que tener en cuenta que el sistema

adoptado por la legislación santafesina deja abierta la puerta para devolver el conflicto a su verdadero protagonista: la víctima.

Los fiscales deberán perder el miedo ancestral de sufrir el cuestionamiento de los ciudadanos que reclaman por su caso que, quizás sea de lo más insignificante para el sistema en su conjunto, pero que para la víctima es super importante. Sin embargo en sistemas de justicia descentralizada, donde el funcionario tiene un contacto directo e inmediato con el denunciante se lo está experimentando; es por ello que hay que aplicar diversas estrategias, capacitar adecuadamente al funcionario para que tenga una visión global del sistema, de modo que exista claridad sobre la categoría de casos que pueden ser seleccionados.

Asimismo, echar mano a otras instancias de reparación para poder intentar la recomposición del conflicto como la mediación penal o de acuerdo reparatorio.

Pero para ello se debe informar a la población de este cúmulo de instrumentos de manera adecuada para que no se «mal interprete» el criterio de selección: de algunos sí y otros no, y la posibilidad que se le da, no obstante continuar con el conflicto por sí mismo, no cerrándoles todas las puertas.

No se debe permitir que se estime que el

principio de oportunidad sea desvirtuado y vapuleado por los justiciables o por los propios operadores, sólo como una manera de sacar o aliviar el cúmulo de trabajo, sino que realmente lo que haga sea generar una mayor eficiencia en la investigación de casos mucho más complejos y graves.

Disponibilidad reglada El ius perseguendi

Entre las disposiciones procesales del nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe que adquieren vigencia a través de la ley 12912, se encuentran las reglas de disponibilidad de la acción penal.

De esta manera, por medio de estas reglas, se viene excepcionar el principio de legalidad procesal que ha imperado tradicionalmente en el sistema procesal penal santafesino, sincerando tal sistema, ya que la praxis del mismo indica, sin hesitación alguna, que un «informal» criterio de oportunidad siempre ha imperado en la realidad; efectivamente, el principio de legalidad aparece seriamente cuestionado por el dato sociológico, puesto que la persecución penal pública no puede alcanzar la totalidad de los hechos presuntamente delictivos que se cometen y se denuncian; la realidad de la justicia penal santafesina, como la de todas las otras provincias argentinas, y también a nivel nacional y Federal, evi-

dencia que un criterio selectivo en el ejercicio de tal persecución lo determina el funcionario policial o judicial, al decidir cuál hecho debe investigarse, sin encontrarse obviamente estos criterios regulados procesalmente, dependiendo exclusivamente del funcionario que ejerce tal selección, con los riesgos de arbitrariedad que ello conlleva.⁸ (Edward, C- Acosta,D; año 2009).

Más allá de la discusión profunda que genera la cuestión de si resulta ser de competencia provincial o federal la disponibilidad de la acción penal pública -sobre lo que se ha generado amplia polémica- siendo que conforme se eNºle en una postura u otra, la disposición contenida en la Ley 12912, actualmente vigente, como Criterios de Oportunidad resultaría ser inconstitucional; sin embargo y más allá de aquella discusión, que todavía persiste, el artículo 10 II del digesto ritual penal dispone que «el Ministerio Público podrá no promover, o prescindir total o parcialmente de la acción penal, en los siguientes casos» y comienza a enumerar entonces una serie de supuestos en donde el fiscal podría disponer de la acción penal.

De la manera como resulta redactado el texto está claro que resulta ser una facultad o potestad del fiscal, que sin embargo resulta limitada a los efectivos casos que la propia norma dispone, o sea que en cierto modo esa apreciación dis-

crecional que realizará cada funcionario estará sin embargo enmarcada dentro de la propia normativa que delimita. Es por ello que, si bien dentro de los extremos legales hay diferentes comportamientos adoptados por los fiscales ante situaciones semejantes que generan situaciones dispares, es bastante difícil acostumbrarse a recurrir a ellos cuando la ley lo habilita.

En esta crisis del principio de legalidad con el de oportunidad que ha tenido gran desarrollo, tanto en el sentido amplio como estricto sirviendo de modelo el sistema alemán y norteamericano, y que se han acometido varias reformas, su objeto es descongestionar la Administración de Justicia Penal. [Deu Armenta, Teresa; año 2008].

Si miramos hacia atrás podemos decir que lo primero en aparecer es la forma acusatoria correspondiente a la concepción privada del Derecho Penal al ir apareciendo los delitos públicos junto a la acción privada de la víctima, se reconoce a todo miembro de la comunidad la facultad de ejercitar la acción en su nombre, naciendo entonces en algunos lugares la acción popular.

Pero también surge la necesidad de encomendar a un órgano público el ejercicio asegurando la persecución de los delitos, y este órgano es el Fiscal.

Cuando se ha querido defender la vigencia del principio de legalidad ha resultado factor clave la alegación de la seguridad jurídica, que para la comunidad y el Estado de derecho supone la estricta sujeción al referido principio.

En este sentido cualquier excepción a la mencionada sujeción al principio de legalidad conlleva una ruptura de la repetida garantía, amén de otros inconvenientes.

Cualquier concepción del Principio de oportunidad que se adopte debe partir inexcusablemente del principio de legalidad en su aspecto procesal, ya sea para considerar al primero excepción del segundo, ya para entender a aquél incluido en éste.

Ahora bien, el hecho que se exija que haya alguien, previamente al inicio de un proceso que ejercite la acción penal, no determina en modo alguno que se excluya del juego al principio de oportunidad, si bien hay que reconocer que parece lógico entender que la actuación particular no podrá verse sometida, como eventualmente podría estar la del Fiscal, a la obligación de acusar ante toda apariencia de hecho delictivo.

La figura del Fiscal surge, de un lado, para garantizar el ejercicio de la acción penal ante la inactividad de los particulares y, de otro, frente a las críticas deri-

vadas de la acumulación de funciones en la única mano del órgano judicial inquisidor, y para separar la función acusadora y juzgadora.

La oficialidad de la acción y eventualmente el monopolio del Fiscal surgen ante la inoperancia de la vigencia del sistema acusatorio puro, suponen la renuncia del ciudadano común al ejercicio de la acción penal y su entrega al poder público y conlleva, como contrapartida, la seguridad para el particular de que el órgano acusador se verá obligado a perseguir todo delito -conforme a la legalidad vigente- sin que sean relevantes, a tales efectos persecutorios, otros criterios (de política criminal u otra índole), que aquellos fijados y establecidos en la legislación penal.

El principio de oportunidad supone la exención de la citada obligación para el órgano encargado de la acusación, siendo propio de aquellos ordenamientos donde predomina el interés del individuo frente al colectivo y, de otro, rige el principio dispositivo, que es uno de los caballos de batalla de las legislaciones de los distintos países europeos en su intento de atajar la «criminalidad bagatelaria»¹⁰. (Armenta Deu, Teresa; Barcelona, 1991).

El Principio de oportunidad fue receptado por la nueva normativa procedimental penal santafesina. Podemos recordar algunos conceptos de Adrián Marchi-

sio¹¹ entre otras opiniones ha vertido las siguientes: «... el sentido que posee el principio de oportunidad, es obvio que la medida aisladamente parece impopular y por ello pareciera que pocos políticos quieren ofrecerla dentro del abanico de herramientas para aumentar los niveles de eficiencia del sistema...» «...el sistema actual obliga a archivar casos inventando artilugios, manteniendo una selectividad encubierta, sin criterio y ajena a todo control, o nos sinceramos reconociendo las limitaciones de nuestro Estado- tal como lo están haciendo la mayoría de los países que quieren un sistema más eficiente- y entonces establecemos reglas de juego claras»... «se trata de establecer la primacía de lo sustancial por sobre lo formal, y lo sustancial no es ni más ni menos que el conflicto humano que subyace en el proceso»

« La otra tarea es dotar a los fiscales de la suficiente seguridad para utilizar la selectividad, sin temor al cuestionamiento del vecino que reclama por su caso, y frente a ello existen varias estrategias, desde capacitar al funcionario para que tenga una visión global del sistema y pueda tener claridad sobre la categoría de casos que puede seleccionar y en segundo lugar brindarle a la víctimas otras instancias de reparación, o bien mediante la recomposición, a través de la mediación penal o de un acuerdo reparatorio, etc.»

Al respecto el Dr. José Cafferata Nores también ha dicho que «la crisis del principio queda de resalto con la denominada «cifra dorada del delito» que está constituida por todos aquellos casos en que pueden ser conocidos por la autoridad pero que por razones de la más diversa índole, que van desde criterios personales o dogmáticos de quien tiene el poder de investigar sobre la gravedad de la conducta antijurídica frente a la carga de trabajo en la persecución penal, no entran formalmente al sistema judicial»¹² (Cafferata Nores, José).

Por ahora podemos decir como *conclusión* que debe propenderse al dictado de normas constitucionales o infraconstitucionales que garanticen al Ministerio Público propiedades de plena autonomía funcional y autarquía financiera; como también la eficaz instrumentación del sistema acusatorio, lo que presupone contar con *una policía judicial* a la orden del Ministerio Público destinada a la investigación y esclarecimiento de las infracciones penales.

En aquellos casos en que el Ministerio Público forme parte del Poder Judicial como en nuestra Provincia, el mismo constituya una magistratura requirente (en la acusación, en la defensa y en la representación de menores e incapaces) que tenga idéntica jerarquía funcional y presupuestaria que la magistratura judicial, como también la superintenden-

cia a su respecto deberá ser ejercida en forma exclusiva y excluyente por la jefatura y/o gobierno del Ministerio Público.-

Es de destacar que en nuestra provincia ya se han dictado leyes de implementación y precisamente la Ley N° 13013 es la que regula al Ministerio Público de la Acusación y que fuera dictada en Setiembre del año 2009, excediendo este trabajo el comentario de la misma y de los órganos que crea, ya que sólo han comenzado a funcionar el Fiscal Provincial y Fiscales Regionales de algunas Circunscripciones Judiciales y que aún no han sido creados en la provincia los demás órganos y cargos que prevé la ley.

Juicios Orales

Existe preocupación respecto de los juicios orales, no porque se esté en desacuerdo con su estructura y ventajas sino porque fundamentalmente en este sistema mixto por el que se está transitando, el fiscal se hace cargo del juicio, una vez que la investigación preeliminar o instructoria ya está realizada por la policía, sin depender de sus instrucciones y requerimientos y por el Juez de Instrucción de la causa, lo que genera que el fiscal se encuentre con un cúmulo de pruebas – o sin ninguna de ellas- que el sistema de valoración probatorio que implica el sistema acusatorio hace que la mayoría de las veces terminen siendo

insuficientes, ilegales, nulas, y/o contaminadas, de tal manera que no alcanzan para probar la teoría del caso elaborada por el fiscal, cuya causa le ha tocado en suerte sin haberla podido trabajar desde el inicio.

Para hacerlo, carece de estructura, de recursos humanos y técnicos suficientes y, en consecuencia, cuando se encuentra en la etapa del juicio oral, ya es tarde para volver atrás.

«*El secreto para lograr el éxito en un Juicio Oral, no es un secreto, es sólo preparación, preparación, preparación*»¹³ (Frank Osorio, en grupo «Reorganización Penal Mexicana»).

En México se está llevando a cabo la transformación del sistema de procedimiento penal y al respecto el *Presidente del Tribunal Superior de Justicia asegura que: 'Reformas sin recursos no funcionan'*. Las reformas legales que se hacen desde el centro sin contemplar los recursos efectivos o específicos sólo quedan en el papel.

Implementación escalonada o progresiva

Es necesario visualizar **dos riesgos importantes** de la estrategia de implementación escalonada y progresiva. Si desde el primer momento no se tiene claro que

el objetivo del proceso es cambiar la calidad del servicio de la administración de justicia y eso significa un proceso de revisión integral, profundo y permanente, de las estructuras funcionales de las instituciones del sector justicia y que la perseverancia que demanda en no pocas ocasiones linda con la tozudez; no es raro que se caiga en dos riesgos importantes: **El primero** tiene que ver con la autocomplacencia como riesgo para la innovación. Así como hay que tener en cuenta los costos hasta humanos que implica el llevar a cabo una intervención de este tipo, también es importante transparentar ciertos beneficios. El conseguir desarrollar un proyecto exitoso trae aparejadas no pocas ganancias, incluso algunas de ellas personales.

El primer logro cuantificado y difundido permite saborear la dulce recompensa en materia de prestigio e influjo institucional que otorga el presentar un proyecto exitoso. Este nuevo escenario trae aparejada una tentación: no arriesgar el sitio conseguido y evitar cualquier nuevo riesgo. Por ese motivo, la primera ventaja de tener una **visión global del proceso** es que otorga una visión de realismo y sencillez que permite diferenciar un paso concreto con el objetivo planteado.

El segundo riesgo es la trampa en la que cayeron muchos de los planes-pilotos impulsados en la región por instituciones financieras internacionales. Su real impacto

nunca pasó del pilotaje, los procesos por no haber conseguido un nivel de apropiación de las distintas instituciones involucradas quedaron trancos y se convirtieron en pequeñas islas, que no sólo no variaron la realidad del servicio, sino que poco a poco fueron corroídas por la realidad global imperante, y hoy en día es discutible si tuvieron o no influjo real.

Desde luego que el tener una visión global va más allá de tener una perspectiva a largo alcance, demanda otro nivel que hasta hoy todavía no se ha conseguido instalar en este proyecto.

Lo ideal serían procesos previamente consensuados y discutidos, donde la aplicación de cada intervención con sus réplicas, respondan a una estrategia global con cronogramas prefijados y metas a alcanzar¹⁴ (Herrera, Cristina; año 2011).

Conclusión

«El mecanismo del proceso civil y penal, es un mecanismo que debiera suministrar al público un producto tan necesario al mundo como ningún otro bien: la justicia»¹⁵. (CARNELUTTI, Francisco, año 2004).

Es el momento de repetir que los hombres tienen ante todo necesidad de vivir en paz; pero si no hay justicia es inútil esperar la paz. Por eso no debiera haber ningún servicio público al que el Estado

dedicara tantos cuidados como el que toma el nombre de proceso.

Esta observación la hago porque me veo en la necesidad de agregar que ni la opinión pública toma conciencia de la mayor importancia que tiene para la organización social un instituto como el proceso, ni correlativamente el Estado hace por el proceso todo lo que debiera.

Los interesados, es decir: los técnicos del proceso, jueces, abogados y partes, tienen la conciencia de que el mecanismo ha funcionado mal; esta conciencia aflora ocasionalmente en los ambientes legislativos pero casi nunca parece que hubiere otra cosa que hacer; salvo modificar las leyes procesales, a cargo de las cuales se suele poner la responsabilidad del mal servicio judicial, para emplear una palabra que ha entrado ya en el uso corriente.

No es suficiente con la reforma de los códigos o con nuevas normativas procesales, sino que en lo que debe ponerse mayor énfasis y empeño es en trabajar en la implementación de esas leyes. Que la letra se ponga en movimiento dependerá del grado de correlación que pueda darse en la realidad mediante la consumación en el plano físico de lo que la norma expresa en el plano teórico, sólo así podrá hablarse de verdaderas reformas que modifican el estado anterior.¹⁶

«Los hombres de gobierno hablan de una

justicia «rápida y segura», pero bastaría que tuvieran conocimiento de las estrecheces materiales, a menudo inconcebibles en que se realiza el servicio, para que se dieran cuenta de que tales declaraciones no tienen ninguna seriedad. Si al servicio de justicia se le dedicaren los cuidados que se prodigan al servicio ferroviario o a la red de carreteras, las cosas comenzarían a andar de otro modo, pero los valores económicos pesan todavía, desgraciadamente, mucho más que los valores morales»¹⁷

Para generar intervenciones en este tema, en mi opinión, no resulta estrictamente necesario diseñar repuestas nuevas, sino adoptar las que ya han mostrado que funcionan en otros países, pero a su vez teniendo en cuenta la cultura, la historia y la idiosincrasia de nuestro país, y en el caso en estudio, de nuestra provincia¹⁸ (Herrera, Cristina, año 2011).

Es por ello que he investigado sobre los aciertos, los obstáculos, los errores y los éxitos que han obtenido otros países, los que ya han comenzado con la implementación del nuevo sistema de enjuiciamiento penal.

Ello me ha demostrado que las mayores fallas han estado generadas no por la normativa en sí misma, sino por la forma en que se llevó a la práctica, comprobando que la mayoría de las veces la falta de previsión y de provisión de recursos

Claves Judiciales

El Fiscal de la Transición

(a veces pequeños), de gestiones (que no tienen incidencia jurisdiccional sino administrativa), de capacitación (no en la teoría sino en la práctica), de concientización (por falta de información adecuada), y de compromiso (de todos y cada uno de los sectores sociales), han hecho tambalear la ejecución de sus reformas, peligrosamente.

Hay cuestiones institucionales, administrativas y de ejecución, fuertes componentes políticos y de poder que se entremezclan en este desafío *«No hay un solo rincón de la reforma, ni una sola norma, ni un solo aspecto institucional, procesal o cultural dentro de la reforma que sea «neutro»; todo en ella exige tomar posición»*¹⁹ (BAYTELMAN, Andres y Ots; año 2003) ■

¹ PALACÍN, CLAUDIO MARCELO; «*La Función Requiriente del Ministerio Público Fiscal en el proceso penal*» en Tesis Doctoral; U.C.A. Santa Fe, año 2000.

² L. 486.XXXVI.- LLERENA, HORACIO LUIS S/ *Abusos de armas y lesiones*.- arts 104 y 89 del Código Penal- Causa N° 3221»- CSJN.- 17/05/2005, La Ley 1998- E.,331.

³ Incorporado por la Ley 12162 artículo 2do (B.O. 3-12-2003).

⁴ XV Reunión de procuradores Fiscales y defensores Generales – VII° encuentro del Ministerio Público para el MERCOSUR – La Rioja Mayo 2003.

⁵ MARCHISSIO, ADRIÁN, «*Principio de Oportunidad, sinceramiento del sistema y desafíos para el Ministerio Público Fiscal*», en Revista del Ministerio Público Fiscal, XVI° Jornadas Nacionales de Ministerio Público, pág. 165.

⁶ MARCHISSIO, ADRIÁN, «*Principio de Oportunidad, sinceramiento del sistema y desafíos para el Ministerio Público Fiscal*», en Revista del Ministerio Público Fiscal, XVI° Jornadas Nacionales de Ministerio Público, pág. 165.

⁷ MARCHISSIO, ADRIÁN, obra citada pág. 167.

⁸ EDWARD, CARLOS- DANIEL ACOSTA; «*La Ley de Implementación Progresiva del nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe*», Análisis de la Ley 12912, Editorial

Zeus SRL Rosario, año 2009, pág. 73.

⁹ DEU ARMENTA, TERESA, *Estudios sobre el Proceso Penal*, Colección Autores Derecho Penal, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, pág. 81/115, año 2008

¹⁰ ARMENTA DEU, TERESA; «*Criminalidad de Baga-tela y Principio de Oportunidad*», PPU, Barcelona, 1991, pág. 69 y 205.

¹¹ MARCHISIO ADRIÁN; Director General de la Oficina de Investigaciones y Estadísticas Político Criminales e integrante del grupo de trabajo que elaboró el proyecto sobre principio de oportunidad que se elevó el Procurador General al Congreso de la Nación en el 26-04-02 bajo exp. 195-0V- 02 (en la XV Reunión de Procuradores Fiscales y Defensores Generales – VII Encuentro del Ministerio Público para el Mercosur) La Rioja, 28 al 30 Mayo 2003.

¹² CAFFERATA NORES, JOSÉ; «*El principio de Oportunidad en el Derecho Argentino*» en Cuestiones Actuales del Derecho Procesal Penal, Ed. Del Puerto, págs. 1/29.

¹³ FRANK OSORIO, opinión vertida en *www.facebook.com*, en grupo «*Reorganización Penal Mexicana*».

¹⁴ HERRERA, CRISTINA, «*La estructura Administrativa es el sustento fundamental para la concreción de la Normativa procesal penal en el Juicio Oral*», Tesis de Maestría en Derecho Procesal Penal, disponible

en la Biblioteca de la U.N.R., Facultad de Derecho de Rosario, año 2011; pág. 175.

¹⁵ CARNELUTTI, FRANCISCO. *Cómo se hace un proceso*. Ed. Temis, Bogotá, Trad. SANTIAGO SENTIS MELENDO y MARINO AYERRA REDÍN, 4 reimpresión de la 2 edición, 2004, p. 164.

¹⁶ CARNELUTTI, FRANCISCO. *Cómo se hace un proceso*. Ed. Temis, Bogotá, Trad. SANTIAGO SENTIS MELENDO y MARINO AYERRA REDÍN, 4 reimpresión de la 2 edición, 2004, p. 165 .

¹⁷ CARNELUTTI, FRANCISCO. *Cómo se hace un proceso*. Ed. Temis, Bogotá, Trad. SANTIAGO SENTIS MELENDO y MARINO AYERRA REDÍN, 4 reimpresión de la 2 edición, 2004, p. 166.

¹⁸ HERRERA, CRISTINA, «*La estructura Administrativa es el sustento fundamental para la concreción de la Normativa procesal penal en el Juicio Oral*», Tesis de Maestría en Derecho Procesal Penal, disponible en la Biblioteca de la U.N.R., facultad de Derecho de Rosario, año 2011, pág 211.

¹⁹ BAYTELMAN, ANDRES Y OTS; «*Evaluación de la Reforma Procesal Penal en Chile*», editada por la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile; año 2003.

DR. HERNÁN FERNANDO POSTMA
Juez de Primera Instancia de Distrito
en lo Penal de Instrucción de la 11a.
Nominación, Rosario

Analogía y Derecho Penal

I. Introducción

El Derecho Penal objetivo se manifiesta en toda su amplitud a través de las normas jurídicas determinantes de un orden jurídico preestablecido, cuya significación es la de obtener una ubicación general cada vez más próxima a la idea de la justicia: el deber ser del derecho.

La conformación total de ese orden jurídico penal muestra dos aspectos dignos de consideración: por un lado, se lo debe conocer en cuanto a su *constitución* y por el otro, en cuanto a su *realización*, lo que en cierta manera coincide con la estática y la dinámica del orden, pero no con lo sustantivo y lo procesal (material y formal).

Resulta de interés analizar un aspecto que se vincula con la interpretación e integración de la ley: la analogía, que si bien atañe a la aplicación de la ley como extensión de la voluntad de la norma para captar lo que en realidad ella no comprende, también se vincula con los aspectos ya señalados y tiene relativo interés frente a la ley procesal penal.

Para ello hay que tratar de ubicarla en nuestro Código Procesal Penal de Transición -apareciendo claramente en el

art. 591- y también en el art. 15 del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe -Ley 12.734-, ya que a la analogía en el Derecho Procesal Penal se la utiliza eficazmente aun con respecto a normas de otras ramas jurídicas, salvo cuando esté en peligro la libertad u otra garantía individual.

Este suplemento analógico se toleraría en el Derecho Penal sustantivo si se la aplicara *in bonam partem*, siempre y cuando no significara apartamiento del derecho vigente ni lesionara el principio constitucional de legalidad y reserva.

Es por ello que en este trabajo se analizarán estos puntos de partida, señalados conjuntamente con la relación existente entre los principios generales del derecho y el derecho penal, por resultar todos de interés para su aplicación en la práctica jurídica cotidiana, no sólo por parte de los magistrados sino también por los profesionales actuantes.

II. Analogía procesal

El modelo esbozado de un sistema jurídico racional muestra que las fronteras del discurso jurídico no son algo externo

o ajeno a la racionalidad práctica. Desde el punto de vista de la racionalidad discursiva, dichas fronteras no sólo son admisibles, sino que son una exigencia de la misma. Que el derecho sea en realidad un medio necesario para la realización de la razón práctica es una cuestión de alcance general. Ello significa que el discurso jurídico no expresa sólo una variante especial del discurso práctico, necesaria para llenar racionalmente las lagunas del sistema jurídico, es más bien -en su estructura global- un elemento necesario de la racionalidad discursiva realizada. La racionalidad discursiva no puede ciertamente determinar ya el contenido de una decisión, pero conforma la razón para su incorrección y la medida para su crítica, y dicha razón consiste en la incrustación de la argumentación jurídica en el contexto de una racionalidad discursiva que comprende la totalidad del sistema jurídico.

El artículo 591 relacionado con la arbitración de trámite y contenido en el Título V -Disposiciones Complementarias- del Libro V del Código Procesal Penal de Transición de la Provincia de Santa Fe -Ley 12.912-, resulta de suma importancia para resolver situaciones fácticas o supuestos en los cuales existen lagunas

normológicas, toda vez que permite la aplicación de la analogía en el Derecho Procesal Penal.

Según esta norma, contenida en el C.P.P., «...*En caso de silencio u oscuridad de este Código se arbitrará la tramitación que deba observarse, aplicándose las disposiciones análogas que concedan más amplitud a la defensa...*».

Como se puede observar claramente en la redacción del artículo en cuestión, en los casos de silencio u oscuridad del código, se permite la aplicación de disposiciones análogas en la arbitración de trámite que deba observarse. Esta analogía, prevista por el código, puede ser legal -ratio legis- que deriva de la justicia, la equidad y la utilidad social, o bien técnica -ratio iuris- propia de elementos estructuralmente jurídicos, pero cuando refiere a alguna cuestión donde se halla implicada la defensa procederá en cuanto sirva para dar mayor amplitud al ejercicio de la misma, o al menos para cuando no conspira contra dicha amplitud.

Por su parte, la Ley 12.734 contempla la arbitración de trámite en el Título I -Normas fundamentales- del Libro I -Disposiciones Generales- a través de su art. 15 del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe.

Según esta nueva norma, correctamente incorporada entre las Normas fun-

damentales del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, «...*En caso de silencio u oscuridad de este Código o de su reglamentación, se arbitrará la tramitación que deba observarse respetando las normas fundamentales o aplicando supletoriamente el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe en cuanto fuera pertinente...*».

Esta nueva norma contiene dos opciones:

1. la posibilidad de adoptar un determinado trámite, para el caso de que el mismo no esté expresamente contemplado o resulte ambiguo, respetándose las garantías del debido proceso de raigambre constitucional y la esencia del proceso acusatorio, oral y público; 2. acudir lisa y llanamente a la regulación contenida en el código de forma civil y comercial en cuanto la misma resulte compatible con el trámite penal y con las mismas condiciones ya señaladas en el punto 1.

El presente trámite, incorporado en la nueva ley, al igual que su norma antecedente contenida en el art. 591 del C.P.P., no puede afectar el derecho de defensa so riesgo de violentar el debido proceso legal con la consiguiente consecuencia nulificante que ello podría traer, ya que, si bien el principio de legalidad consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional e instrumentos internacionales impide la aplicación analógica o extensiva de la ley penal, no resulta propio del campo procesal, donde sí se admite la

posibilidad de llenar lagunas normativas a través de procedimientos analógicos o directamente valiéndose de disposiciones contenidas en otros ordenamientos.¹

La analogía se funda, no sobre la identidad de los hechos jurídicos, sino sobre la identidad del motivo de la norma; esto es, descubre que dos casos suscitan igual razonamiento jurídico, y entonces aplica a uno de ellos -no previsto- la ley dictada para otro, pues la comparación entre los dos muestra que debe haber un mismo punto de vista de regulación.²

Corresponde distinguir la analogía de las llamadas remisiones legales. En estas últimas, los códigos o leyes procesales penales hacen remisiones a otras normas del mismo código o de otros cuerpos legales, por ejemplo, cuando en materia de ofrecimiento, admisión y recepción de pruebas, internamente el Código Procesal Penal se remite expresamente al Código Procesal Civil -art. 395-, o como ocurre en casos de prioridad de juzgamiento por conexión de causas en que la ley provincial externamente se remite a la nacional -arts. 21 y 22-.

También debe evitar confundirse la analogía con la interpretación extensiva. La solución analógica contempla un caso no previsto ni siquiera implícitamente en la ley, que se resuelve según el sentido probable en que el legislador lo hubiera hecho³.

Como se ha dicho, la analogía autorizada por el código puede ser *ratio legis*, es decir, que el juez debe atender al fin de la norma -tanto genérico como específico-, a la ubicación de dicha norma dentro del conjunto del sistema y a su relación con otras normas particulares que componen el mismo sistema, a las circunstancias en que se originó la norma -«ocasión legis»- y a su evolución a través del tiempo.

No faltan fallos de tribunales argentinos que, afirmando la prioridad del método gramatical respecto del método lógico, entienden que si las palabras de la ley son claras y precisas, a ellas hay que atenerse sin más, estrictamente, aunque tampoco existan fallos que sostengan lo contrario, aseverando que el significado literal del texto no debe prevalecer sobre una interpretación finalista de la norma⁴.

La jurisprudencia ha intentado definir a la analogía. En este sentido, la Cámara Civil y Comercial de San Nicolás sostuvo que «...La analogía es un método de interpretación y aplicación de la ley legalmente inobjetable y que, con las debidas precauciones (desde luego, la condición primera para que pueda emplearse es que las situaciones que se comparan sean idénticas y/o de pronunciada similitud) puede conducir a resultados fructuosos...»⁵. Por su parte, también se ha dicho que «...la analogía consiste en la definición de una controversia no decidi-

da por la ley, argumentando con el espíritu de la misma, sobre la base de la semejanza de la relación no considerada con otra que sí lo ha sido...»⁶.

Por otra parte, el art. 591 del Código Procesal Penal de Transición al permitir la aplicación de disposiciones análogas que concedan mayor amplitud a la defensa y el art. 15 del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe -Ley 12.734-, no hacen otra cosa que corroborar la importante plataforma axiológica que provee el marco de la Constitución Nacional⁷.

En la perspectiva de los principios constitucionales, la Suprema Corte Norteamericana ha dicho que «...es muy difícil, sino imposible, dar una definición del debido proceso que comprenda todos los casos que puedan presentarse a la consideración de los tribunales, pero los jueces deben aplicar la garantía mediante el procedimiento de inclusión y exclusión, según la naturaleza de los casos...» (in re «Holden vs. Hardy»). La indeterminación por parte de la jurisprudencia norteamericana de la garantía del debido proceso ha sido obra deliberada de los jueces, que no han querido comprometer su juicio para el futuro con definiciones exactas, a fin de poder ir aplicando la garantía según las circunstancias lo vayan exigiendo. De esta forma, los tribunales hicieron de esta cláusula constitucional una institución flexible, que -en la prácti-

ca- ha demostrado ser un poderoso instrumento de protección de los derechos individuales⁸.

La importancia de lo establecido por el art. 591 del C.P.P.T. no puede dejarse de lado a la hora de buscar soluciones prácticas a través de las disposiciones análogas. En esta inteligencia, se pueden plantear supuestos en los cuales no existen soluciones taxativas impuestas por el código de rito.

Así, pueden presentarse casos en los que pese a encontrarse agotada la investigación efectuada en la etapa instructoria, el magistrado no encuentra mérito ni ha llegado al estado intelectual de sospecha suficiente para recepcionar declaración indagatoria a las personas mencionadas o sindicadas en las actuaciones, circunstancia esta que impediría *en principio* resolver definitivamente sus situaciones procesales, pese a encontrarse concluida la etapa investigativa, pero paradójicamente continuando aun las actuaciones en trámite.

Ante esas situaciones fácticas concretas, se debe recurrir a la interpretación analógica *in bonam partem* en relación a este supuesto de laguna normológica, recurriéndose en definitiva al uso de la analogía sobre la identidad del motivo de la norma, pudiéndose entonces recurrir a otras normas del mismo código que permiten disponer el archivo de las ac-

tuaciones -arts. 200 y 200 II del C.P.P.T., por no existir elementos probatorios que permitan alcanzar el estado intelectual de sospecha suficiente para indagar -art. 316 interpretado «a contrario sensu» del C.P.P.T. y resultando que ambas normas juegan en concordancia con el art. 591 del mismo código de rito, ya que esta disposición legal concede mayor amplitud a la defensa.

Como lo sostuvo la Sala Primera de la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Penal de la ciudad de Rosario, el pronunciamiento dictado se encontraría firme «*rec sic stantibus*», culminando la actuación del magistrado dentro de los alcances de dicho decisorio⁹.

Que en tal supuesto, no se violentaría el derecho constitucional de defensa en juicio ni tampoco implicaría paralización del proceso, sino la no-apertura del mismo a través de una decisión que resta entidad a lo actuado para operar tal estadio¹⁰.

Indudablemente aun extendiendo la interpretación del art. 591 del C.P.P.T., *si tal norma concede mayor amplitud al ejercicio de la defensa*, cabría plantearse si en situaciones como las descriptas, en lugar de disponerse el *archivo* de las actuaciones sería viable dictar el *sobreseimiento definitivo* de los sindicados, resolviendo de esta manera sus situaciones procesales con los alcances de la cosa juzgada y del principio del non bis

in idem. Sin duda alguna que esta última solución resultaría más beneficiosa y concedería mayor amplitud al ejercicio de la defensa que el dictado de una resolución de archivo, pudiendo fundarse también en que ninguna norma del código de rito pone como exigencia procesal que para el dictado del sobreseimiento se requiera la declaración indagatoria *previa* de los sindicados, a diferencia de lo que sucede con la resolución de procesamiento, que exige como presupuesto procesal la declaración indagatoria anterior de los imputados.

El razonamiento judicial se dirige a establecer y justificar la solución autorizada de una controversia, en la cual una serie de argumentaciones producidas en diversos sentidos y manejadas conforme a unos procedimientos impuestos, tratan de hacer valer, en situaciones variadas, un valor o un compromiso entre valores, que pueden ser aceptados en un medio y en un momento dados.

El hecho que el juez deba someterse a la ley subraya la primacía otorgada al poder legislativo en la elaboración de las reglas de derecho, mas de ello no resulta en modo alguno un monopolio legislativo en la formación del derecho. El juez posee, a este respecto, un poder complementario indispensable, que le permite adaptar los textos a los casos concretos. Si no se le reconociera este poder, no podría, sin recurrir a ficciones, cumplir su misión,

que consiste en el arreglo de los conflictos. La naturaleza de las cosas obliga a concederle un poder creador y normativo en el campo del derecho¹¹.

La argumentación jurídica cumple sólo la función de suministrar medios para el control racional del discurso jurídico. Esta limitación del discurso jurídico es muy relevante con respecto a la teoría de los principios, ya que en la aplicación de los mismos al caso concreto es necesario efectuar una ponderación, de tal manera que no es posible garantizar una única respuesta correcta, pero sí es posible, a través de un proceso de ponderación de principios adecuados, arribar a una decisión racionalmente fundamentada. La idea regulativa de la única respuesta correcta que presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta, sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta¹².

Prescindiendo de generalizaciones estériles apriorísticas cuyo único motivo de justificación es la relación terminológica, el intérprete debe atender concretamente a la situación concreta e individual protegida por la norma penal, para identificar sus elementos esenciales. No hay que dejarse desviar por presuntas exigencias del «sistema», como si este no pudiera constituirse desde fuera de las normas e independientemente de ellas, y que si no quiere fallar en sus fines, debe derivar de las normas mismas,

tal como son, aun a costa de reconocer diferencias eventuales entre las varias ramas del derecho.

Toda interpretación va más allá de la ley, de la letra de la ley, para comprender los fines que el legislador quiso alcanzar con ella. Como toda ley es un medio para la consecución de determinados fines sociales, puede estar comprendida en su realidad sólo con la consideración de éstos. Por tanto, no es un juego de fórmulas lógicas, pues no se reduce a tanto la actividad legislativa, porque la interpretación es el desarrollo de un acto legislativo en nuestro espíritu, siendo, por tanto, en este momento, actividad legislativa en sí misma. El mismo aliento cálido de vida anima la legislación y la interpretación, oponiéndolas a la fría operación sobre formas lógicas¹³.

El positivismo optó por la utilización de un método que no le permitía ver el riquísimo mundo de los principios, que deben actuar como marco referencial operativo, ya que como la justicia es parte del sistema jurídico no se trata de renunciar a un pensamiento sistemático, sino de unir pensamiento problemático y pensamiento sistemático en un «sistema abierto».

La lógica jurídica, especialmente la judicial, se presenta no como una lógica formal, sino *como una argumentación*, que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión y

de la idea que se hacen del derecho y de su funcionamiento en la sociedad¹⁴.

Hay casos en verdad excepcionales, en que el juez sólo puede mantener la decisión que le parece que se impone, recurriendo a una ficción en la calificación de los hechos o en la motivación del juicio. El llamado *recurso a la ficción* crea siempre un malestar. Revela que la realidad jurídica y las normas de derecho en vigor demuestran una inadaptación a las exigencias sociales, debiendo intentarse proceder a su modificación por la vía legislativa si ello resultara posible o, en su defecto, integrar la aplicación de la analogía.

III. Analogía en Derecho Penal

Para Antolisei, la analogía consiste en atribuir al caso no regido por las leyes la regulación de un caso similar que está previsto por ellas¹⁵. En materia penal fue utilizada en el Derecho Romano -particularmente en lo que concernía a los crímenes de *conditio extraordinaria*-, en la Carolina, en las legislaciones totalitarias y fue prevista en el art. I del Código Penal de Dinamarca. Como nos enseñara oportunamente Soler consiste en el acto de servirse de una incriminación para castigar un hecho que cae en la zona de libertad¹⁶.

Existen dos clases de analogías: la ana-

logía legis que consiste en querer aplicar otro tipo penal semejante o remisión a ley semejante, y la analogía juris o jurídica por la cual se recurre al ordenamiento jurídico total, a su espíritu y a los principios generales del derecho.

Como lo he sostenido precedentemente, en el ámbito penal se admite la analogía *in bonam partem*, siendo excluída si es *in malam partem*. La prohibición de la analogía es, por el contrario, un corolario del principio de estricta legalidad. En la medida en que sea posible afirmar de las figuras de calificación penal definidas por las leyes -gracias a su conformidad con el principio de estricta legalidad- que son verdaderas o falsas respecto a los hechos que se examinan, es obvio que no hay sitio para el razonamiento analógico. A la inversa, el uso por parte de la ley -en contraposición con el principio de estricta legalidad- de fórmulas elásticas o carentes de denotación determinada permite lo que se ha llamado «analogía anticipada». También en relación con la prohibición de analogía hay que distinguir entre las leyes penales dependiendo de que sean favorables o desfavorables al reo. La analogía está en efecto excluída si es *in malam partem*, mientras que se la admite *in bonam partem*, al estar dirigida su prohibición, con arreglo al criterio general del *favor rei*, a impedir, no la restricción sino sólo la extensión por obra de la discrecionalidad judicial de la esfera legal de la punibilidad¹⁷.

Si la interpretación consiste en aclarar la significación de las normas para hacerlas aplicables al caso particular, si se orienta a las normas teleológicamente, es evidente que esta operación no pueda realizarse con exactitud si el *fin no se toma en cuenta*. Los dos problemas de la esencia y de la interpretación de los conceptos dependen uno del otro: resuelto el primero en un determinado sentido, la solución del otro sería «prejuzgada». El jurista faltaría a su misión si prescindiera de este dato: «...Para construir debe interpretar ante todo; la jurisprudencia inferior es el escalón necesario a la superior...»¹⁸ y *para interpretar debe polarizar los varios elementos de la norma hacia el valor protegido por ésta*. Ya la moderna doctrina, para promover la eficacia del derecho penal -lato sensu-, adopta el método criminológico de la interpretación, orientando la jurisprudencia a seguir las líneas de política criminal derivadas del sistema penal íntegramente considerado, apoyado en los datos e informaciones de la criminología¹⁹.

En este orden de ideas y ante un caso por el cual se había condenado en primera instancia a una persona por lesiones leves -no obstante haber contraído matrimonio al poco tiempo del suceso con la propia víctima del hecho llevando posteriormente una feliz relación sentimental- en segunda instancia se utilizó la analogía para encontrarle al caso una solución más justa y adaptada a la realidad, aplicando la misma

en la materia de eximentes penales que, como se conoce, con la incorporación ulterior de las lesiones leves en el catálogo de delitos de acción privada no se acompañó la consecuente extensión a esta figura de la excusa absolutoria, acuñada por el art. 132 del Código Penal.

La Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario en fecha 20/12/1995 sostuvo que «...A la luz de una explicación conglobante y sistemática del derecho y de la óptica insoslayable del sentido común, una conclusión condenatoria en un caso como el aquí presentado, revelaría incoherencia lógica y quebrantamiento de una justa razonabilidad...En la especie *una solución favorable al imputado* no sólo cuenta con sustento en principios generales, como el de la necesidad de la pena y el sentido de sus fines: también el análisis de las normas particulares inclinan por idéntica conclusión... El derecho tiene como sustento básico su razonabilidad y alienta una generosa interpretación que permita la solución más justa y razonable del caso sometido a la jurisdicción. Lo vedado en el ámbito penal es ampliar hermenéuticamente el espectro incriminante, pero, en cambio, *es lícito admitir in bonam parte métodos extensivos o analógicos que no signifiquen apartamiento del derecho vigente, ni lesionen el principio constitucional de legalidad y reserva*. Así la doctrina entiende como legítima la extensión de una justificación o de una

excusa, existentes en el ordenamiento positivo a una situación no expresamente prevista pero conformada según los principios de aquéllas...»²⁰.

Esta solución que aparece como lógica, justa y digna de estudio, no hace más que aplicar la analogía en materia de eximentes penales, ya que si bien por analogía la pena no puede extenderse de un caso a otro; la excusa sí puede extenderse por analogía de un caso a otro caso, teniendo siempre en cuenta que ante cualquier duda hay que aceptar la doctrina más benigna²¹.

Teniendo en cuenta que la recepción jurisprudencial de lo que la doctrina viene sosteniendo en cuanto a la interpretación analógica en favor del reo constituye un hito muy importante en el avance del garantismo penal, pero por sobre todo constituye la realización jurisprudencial del valor justicia²², al revocarse el fallo condenatorio de primera instancia con la consecuente absolución del imputado, por analogía se solucionó una *omisión legislativa* que genera una insólita paradoja: si las lesiones hubieran sido secuela de un atentado sexual -delito mucho más grave- consumidas en el contexto de la violación, hubiera operado la exclusión de la punibilidad expresamente prevista por el Código Penal, si, en cambio, la agresión se redujera a producir lesiones de leve entidad, el casamiento no obstaculizaría continuar con el proceso y

se aplicaría una pena perturbadora de la armónica convivencia conyugal, sobreviniente al hecho originante de la causa.

IV. Analogía, Principios Generales del Derecho y Derecho Penal

Entraríamos en el campo de los principios generales del derecho positivo si definiéramos a la analogía jurídica como un procedimiento que, en la medida en que la justicia lo aconseja, extiende la aplicación de una norma a través de una inducción inicial de la que se deduce la norma inexistente²³, siempre que no infrinja algún principio jurídico positivo superior o prioritario. La analogía del derecho se referiría a la aplicación analógica de los principios generales del derecho positivo en los casos carentes de regulación legal²⁴.

La analogía aparecería como una forma específica de denominar el procedimiento de creación de la norma inexistente por aplicación de un principio general positivo. Es más, la diferencia entre la llamada analogía legis y la analogía juris -según parta de una ley o de una pluralidad de disposiciones en camino a obtener la disposición no contemplada en el ordenamiento jurídico-, quedaría reducida a la amplitud o generalidad del principio que se extrajera inductivamente, sería un problema cuantitativo y se las asimilaría a la aplicación de un principio jurídico particular o sistemático, respectivamente²⁵.

Siguiendo a Aristóteles la analogía va de lo particular a lo particular coordinado, y en consecuencia no surge de ella ningún principio general: éste se descubre por vía deductiva. Pero Maritain aclara que el raciocinio por analogía es una inducción parcial o imperfecta, en la que se va de un hecho singular a otro hecho singular, pero en el razonamiento no hay lazo directo de lo particular a lo particular, sino que siempre hay algún concepto universal, que en el razonamiento por analogía lo constituye precisamente la semejanza entre los casos. En síntesis: solo hay dos clases de raciocinio o de argumentación: el silogismo o deducción, y la inducción²⁶.

El tema de «principios generales del derecho» configura un «clásico» del pensamiento jurídico, un «asunto límite» al borde o más allá de la positividad e indispensable para entender dicha positividad. Sobre cuáles son los principios y dónde deben buscárselos es materia controvertida, ya que se han interpretado adjudicándole distintos significados -principios del derecho natural o bien principios no iusnaturalistas-. Pero los principios generales del derecho cumplen su función de puesta en forma de los sistemas jurídicos, y a ello se debe la denominación que suele dárseles en diferentes sistemas jurídicos, como por ejemplo «higer lay» -derecho más alto- en los Estados Unidos de América o «weroesnung» en Alemania. Son, en definitiva, principios trascendentes, ya que

se pueden encontrar en la ley o fuera de ella, en relación al valor justicia, actuando como marco referencial operativo.

Más allá del contenido que puedan tener tales principios -principios jurídicos positivos particulares, principios jurídicos positivos sistemáticos, principios jurídicos teleológicos o metapositivos y principios doctrinarios o filosóficos políticos- o de su clasificación como principios omnivalentes, plurivalentes o monovalentes, la cuestión es que implican tres notas bien distintivas: la principalidad -pautas primordiales de las cuales el sistema deriva y a las cuales apunta, relacionada con su causa eficiente y con su causa final-, la generalidad -no determinación de los mismos- y la juridicidad -se refieren a materia jurídica.

El acceso a esos principios básicos del derecho se da en nuestro ordenamiento a través de los arts. 15 y 16 del Código Civil.

Según el art. 15 del Código Civil «...los jueces no pueden dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes...». Este artículo es aplicable a todo el ordenamiento jurídico, y dentro de nuestro sistema penal, el juez siempre debe fallar aun en los casos de «lagunas», sin descuidar lo dispuesto por los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, de otro modo incurriría en el delito de denegación de justicia del art. 273 del Código Penal. Si el juez *debe*

Claves Judiciales

Analogía y Derecho Penal

resolver el conflicto, a falta de toda norma tendrá forzosamente que recurrir al derecho natural, o sea, en definitiva, a la solución que le dicte su sentido de la justicia.

El art. 16 del Código Civil que integra formalmente el Código Civil Argentino, verdaderamente *lo excede*. Nos enseña Jorge W. Peyrano que tal artículo consagra pautas aplicables a *todo el sistema positivo argentino*. Idéntica tesis propició Del Vecchio a propósito del art. 3 de las disposiciones preliminares del Codice Civile de 1865: dicha norma, que acogía como sabemos los principios generales del derecho, sólo accidentalmente integraba el Código Civil, pues «...no sólo refiere a él, ni sólo al Derecho Privado, sino en general a todas las leyes....».

Existen herramientas jurídicas propuestas para suplir las deficiencias de la ley procesal, que resultan ser la costumbre procesal -contra legem-, la analogía legis y los principios generales del proceso civil. La «analogía legis» es un recurso técnico consistente en resolver la situación no prevista mediante la aplicación de una norma particular que rige un caso análogo²⁷. En puridad, la analogía es ella misma un principio lógico, de alcance universal, aplicable metodológicamente dentro del sistema jurídico, y dicha metodología posee una justificación propia-mente jurídica como que analogía implica igualdad.

Un sistema penal es tanto más próximo al modelo garantista del derecho penal mínimo cuanto más está en condiciones de expresar principios generales idóneos para servir como criterios pragmáticos de aceptación o de repulsión de las decisiones en las que se expresa el Poder Judicial, en particular de disposición. La riqueza de principios de un ordenamiento está determinada no sólo por los valores de justicia sustancial por él incorporados en el plano legal, sino también por el trabajo científico y jurisprudencial realizado sobre él por los juristas.

El autor, Dr. Hernán Fernando Postma, es Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Abogado Especializado en la Magistratura, Docente e Investigador Universitario, Juez de 1ra. Instancia de Distrito en lo Penal de Instrucción N° 11° de los Tribunales Provinciales de Rosario ■

¹ ERBETTA, DANIEL, CHIARA DÍAZ, CARLOS, ORSO, TOMÁS y FRANCESCETTI, GUSTAVO, «Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe Comentado. Ley 12.734», (Rosario, 2008), Ed. Editorial Zeus S.R.L. Rosario, pág. 80.

² LUIS RECASÉNS SICHES, «Tratado General de Filosofía del Derecho», México, 1965, pág. 326.

³ SAVIGNY, I, N^o 46, pág.198.

⁴ En la primera posición, ver Cámara de Apelaciones Civil de Dolores, en Jurisprudencia Argentina, 1978, III-357, en la segunda posición, ver Cámara Nacional de Comercio, Sala c, en El Derecho, t. 77, pág. 476.

⁵ Cámara Civil y Comercial de San Nicolás, fallo del 22 de diciembre de 1981, in re Gómez, G. C/ A.G.McKee Arg. Co. S/Cobro de Pesos, en Zeus, t. 27, Sección Reseña, pág. R-54.

⁶ S.C.Bs. As., 17/10/72, L.L., 149-481.

⁷ Hemos ampliado y profundizado estos estudios doctrinarios e investigativos, cuyos resultados se reflejan en POSTMA, HERNÁN FERNANDO, «Analogía Penal», Ed. Editorial Zeus S.R.L., Rosario, 2012, libro que se encuentra actualmente en prensa y en trámite de publicación.

⁸ BOURGUIGNON, MARCELO, «El debido proceso, garantía constitucional»; en la Ley 11-11-83 punto IV B. y LENA PAZ, JUAN, «La protección de los derechos individuales en la Constitución estadounidense», en J.A. 1945-1-Secc. doctrina, pág. 90.

⁹ Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala 1^o, en «Actuaciones remitidas por el Juzgado en lo Penal de Cañada de Gómez», Expte N^o 399/99,

Resolución N^o 98, del 18/05/99.

¹⁰ Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala 1^o, en «Actuaciones remitidas por el Juzgado en lo Penal de Cañada de Gómez», Expte N^o 400/99, Resolución N^o 97, del 18/05/99.

¹¹ PERELMAN CH., «La lógica jurídica y la nueva retórica», Editorial Civitas S.A., Madrid, 1979, pág.196. Para profundizar el estudio respecto a esta temática puede recurrirse a la convincente obra de S. BELAÍD, «Essai sur le pouvoir créateur et normatif des juges», L.G.D.J., París, 1974.

¹² R. ALEXY, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Derecho y razón práctica» (trad. MANUEL ATIENZA), Ed. Fontamara, México, 1993, pág. 22.

¹³ GUARNERI JOSÉ, «Las influencias del derecho civil en el derecho penal», Ed. José Cajica Jr., Puebla (México), 1952, pág. 75.

¹⁴ PERELMAN CH., «La lógica jurídica y la nueva retórica», Editorial Civitas S.A., Madrid, 1979, pág. 233.

¹⁵ ANTOLISEI, «Manuale», 3^a Ed., 1957, pág. 66. Para ampliar estas ideas se puede ver también GÉNY FRANCISCO, «Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo», Ed. Reus, Madrid, 1925, pág. 565 y ss.; BUSO EDUARDO B. y OTROS, «Código Civil Anotado», Ed. Ediar, Bs. As., 1944, I, pág. 153.

¹⁶ TERÁN LOMAS ROBERTO, «Derecho Penal. Parte General», Ed. Astrea, Bs. As., 1980, Tomo I, pág. 121.

¹⁷ FERRAJOLI LUIGI, «Derecho y Razón. Teoría del

garantismo penal», Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 382.

¹⁸ JHERING, «Geist des römischen Rechts», V ed., 1898, III, p. 359.

¹⁹ RACZ GEORGES, «El método criminológico en la interpretación de la leyes penales», en Doctrina Penal, Año 9, 1986, N^o 35, pág. 468 y sgtes.

²⁰ C. Penal Rosario (Santa Fe), Sala 2^a, 20/12/95, W.D.G S/Lesiones Leves, en Zeus, Año XXV, 15/05/98, Boletín N^o 5927, T^a 77.

²¹ En este sentido se pronunciaron oportunamente F. CARRARA, «Programa. Parte General», cit. 890, Vol. II, pág. 361; G.P.TOLOMEI, «Elementi di diritto penale», Padua, 1866, 122 ss., pág. 88; E. PESSINA, «Elementos», cit. pp. 208-209; S. Soler, t. I, págs. 186, 188 y 189.

²² PRUNOTTO LABORDE ADOLFO, «La analogía in bonam partem en el Derecho Penal», en Zeus, Año XXV, 15/05/98, Boletín N^o 5927, T^a 77.

²³ Ver en este sentido la obra de MONTEJANO B. Y NOACO J., «Estática Jurídica», Ed. Eudeba, Bs. As., 1969, pág. 32.

²⁴ Conf. BUSO, I, N^o 101, p. 153, DE RUGGIERO, I, N^o 18, p. 152 y MESSINEO, I, N^o 17, pág. 110, entre otros.

²⁵ VIGO RODOLFO LUIS, «Integración de la ley», Ed. Astrea, Bs. As., 1978, págs. 183 y 184.

²⁶ Club de Lectores, Bs. As., 1958, págs. 218 y 363.

²⁷ PEYRANO JORGE WALTER, «El proceso civil. Principios y fundamentos», Ed. Astrea, Bs. As., 1978, págs.16/28.

DRA. VALERIA VIVIANA VITTORI
Jueza del Tribunal Colegiado de Familia
N° 7, Rosario

Volviendo a los principios. Celeridad y eficacia en la Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes.

Vulnerabilidad, celeridad y justicia pueden resultar términos relevantes que se repiten una y otra vez en los más diversos ámbitos; pero también pueden sentar las bases para la conformación de una sólida red que permita alcanzar las acciones necesarias en el momento adecuado. De las decisiones que tomen quienes tienen en su poder adoptarlas de uno u otro modo, dependerán los resultados. Se vuelve necesario revisar una vez más el procedimiento que se lleva a cabo a la hora de restituir a niños, niñas y adolescentes a su lugar de residencia; arrojar nueva luz sobre esta práctica para atender auténticamente los requerimientos que tan sensible asunto implica.

No será la primera vez que nos enfrentemos a la tan mentada frase: «cuando la Justicia es lenta, no es Justicia»; sin embargo, en la temática que proponemos, la misma alcanza una fuerza que inhibe toda indiferencia. La denominada «restitución internacional de menores» no tiene como protagonistas a Estados y Jueces, padres y abogados, sino menores. Niños, niñas y adolescentes, cuyas vidas se ven conmocionadas por el accionar de adultos; en un principio los padres, quienes toman decisiones unilaterales, luego los organismos administrativos y judiciales, quienes en

cumplimiento de los tratados internacionales llevan a cabo el procedimiento restitutorio, cuyo principio rector es la protección de los más vulnerables. Será la celeridad de la práctica la garantía de que este principio se efectivice, convirtiéndose así en un rasgo esencial e ineludible a la hora de impartir justicia.

Si la exigencia no es nueva ni exclusiva de esta temática ¿por qué insistir sobre su importancia? Simplemente porque se trata de niños, niñas y adolescentes, personas en pleno desarrollo, que se encuentran expuestos a una doble arbitrariedad: la de las decisiones tomadas por uno de sus progenitores y la de los extensos plazos de resolución del poder judicial.

Vulnerabilidad, celeridad y justicia pueden resultar términos relevantes que se repiten una y otra vez en los más diversos ámbitos; pero también pueden sentar las bases para la conformación de una sólida red que permita alcanzar las acciones necesarias en el momento adecuado. De las decisiones que tomen quienes tienen en su poder adoptarlas de uno u otro modo, dependerán los resultados.

Marco normativo

Sabido es que la *Convención sobre los*

Derechos del Niño, Ley 23.849, impone en su art. 11, que los Estados parte deben garantizar las relaciones parentales frente al riesgo de traslados y retenciones indebidas¹. Esta obligación estatal se materializa a través de tres tratados restitutorios:

1 - *Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores*, Ley 23.857² (que denominaré CLH) elaborada en el seno de la Conferencia de La Haya; si bien su aprobación data de 1980, entra en vigor en nuestro país en el año 1991. Esta convención cuenta con la ratificación de ochenta y cuatro países.

2 - *Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de menores* (CIDIP IV), Ley 25.358³ firmada por Argentina, Brasil, México, Paraguay, Uruguay, Bolivia Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Haití, Perú, Venezuela)].

3 - *Convenio Bilateral sobre Protección Internacional de menores* firmado por nuestro país y Uruguay, Ley 22.564⁴. Cabe aclarar que este último, al ser un convenio entre dos países, opera de manera diferente a las anteriores, dado que instaura un procedimiento en el cual la decisión final es tomada por el juez de la residencia habitual, mientras que en

las otras dos convenciones la decisión de restituir o no al niño o adolescente es tomada por el juez del lugar donde se produjo el traslado o retención ilícita.

Por otro lado, cabe mencionar el *Convenio Interamericano sobre tráfico internacional de menores* (CIDIP V) Ley 25.179, cuyo objetivo difiere del de las convenciones citadas, ya que su fin es prevenir y sancionar el tráfico internacional de menores cuando ocurre la sustracción, traslado o retención, o la tentativa, con propósitos ilícitos como la prostitución, explotación sexual o medios ilícitos mediante engaño o pago, para lograr el consentimiento de los padres o personas, a cuyo cargo se halle el menor.

Subrayamos entonces el objetivo primordial de las CLH, CIDIP IV y el Convenio Bilateral Argentino-Uruguayo, el cual no apunta a la sanción de la persona que traslada o retiene al menor en el país extranjero, sino a la restitución en forma inmediata al niño/adolescente a su residencia habitual.

Criterio fundante de la jurisdicción: Residencia habitual

Los casos de restitución internacional de menores se multiplican día a día. Se trata de un fenómeno ligado a la llamada «inter-

Claves Judiciales

Volviendo a los principios.

Celeridad y eficacia en la Restitución

Internacional de niños, niñas y adolescentes

nacionalización de las familias»⁵, esto es núcleos sociales compuestos por miembros de distintas nacionalidades, o parejas que deciden emigrar y por tal motivo eligen un determinado lugar de residencia en el cual criar a sus hijos. Avenidos los conflictos de los progenitores, éstos pueden derivar en decisiones unilaterales que violan el *status quo* anterior, al trasladar o retener a los hijos en lugar distinto al de su residencia habitual.

Las convenciones reflejan la tendencia existente en el Derecho Civil comparado y en el Derecho Internacional privado, que asigna especial relevancia a la **residencia habitual** de los menores como punto de conexión y como criterio fundante de la jurisdicción. Esta es concebida en base a la situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, se trata del lugar de las experiencias emocionales y diarias en el que el menor tiene o tenía su centro de vida. Es el Convenio bilateral argentino-uruguayo el que, en su art. 3º vincula ambos conceptos al definir la «residencia habitual» del menor: «en el Estado donde este tiene su centro de vida».

Resulta importante señalar que ambos conceptos se clarifican con lo dispuesto en el art. 3 inc. f) de la *Ley Nacional de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes* N° 26.061, el cual dispone que el **centro de vida** constituye un principio que rige en materia de restitución del niño, la niña

y los adolescentes, y entiende por tal el «lugar donde éstos hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia»⁶.

El Decreto Reglamentario 415/2006 unifica estas expresiones del siguiente modo: «El concepto de centro de vida a que refiere el inciso f) del artículo 3º se interpretará de manera armónica con la definición de 'residencia habitual' de los niños, niñas y adolescentes contenida en los tratados internacionales, ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad».

La conducta indebida

La Convención de la Haya establece que la finalidad del convenio es «garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier estado contratante; y velar porque los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes» (art. 1 inc. a y b).

El traslado o la retención de un menor constituyen conductas indebidas cuando se hubieran producido con infracción a un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en

el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado y retención. Este derecho de custodia puede resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho de la residencia habitual que el menor tenía (art. 3 inc. a). Junto a este «elemento jurídico», la convención exige la verificación de un «elemento fáctico»: la efectividad en el ejercicio de ese derecho al momento del traslado o la retención, o que al menos se hubiera ejercido, de no haberse producido dicho traslado o retención (art. 3 inc. b).

Las convenciones establecen que el derecho de custodia comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en particular el de decidir sobre el lugar de residencia y, por lo tanto, el de su traslado. De este modo no se define con precisión el derecho de custodia, sino que éste debe desprenderse del derecho vigente en el lugar de residencia habitual del niño. En otras palabras, la convención no define el derecho de custodia como concepto jurídico, sino que tan sólo establece un contenido mínimo para lograr aproximarse a los fines de los tratados⁷.

Si la legislación interna de un Estado parte atribuye la custodia, tenencia o guarda (cualquiera sea el *nomen juris* de la institución) a uno de los progenitores, ese derecho no es suficiente para que ese padre conviviente pueda decidir por

sí mismo la modificación de la residencia habitual del niño mediante el establecimiento de una nueva residencia. Para ello, necesariamente debe contar con el consentimiento del otro progenitor o la autorización judicial. Entonces debe concluirse que ese progenitor no tiene la custodia en el sentido de la calificación autónoma que hace la convención, por lo tanto si desplaza o retiene a su hijo comete la infracción que se califica de conducta ilícita, la cual da lugar al procedimiento de restitución⁸.

Por este motivo, a la hora de afrontar este tipo de conflictos resulta imprescindible conocer el derecho extranjero. Claramente ejemplifica este hecho, la decisión tomada por la Cámara Civil y Comercial de San Isidro, sala 1era. en la causa conocida como «el caso argentino - alemán»⁹, en el que se reconoció que, conforme el derecho alemán, la madre de la niña tenía la custodia en forma exclusiva y que ello la habilitaba a dejar el territorio alemán y modificar la residencia habitual de su hija estableciéndola en otro Estado. Por tanto, el pedido de restitución del padre de la menor, fue denegado, por cuanto no se había cometido ningún engaño y por ende no había conducta ilícita, dado que la justicia alemana había entregado a la madre el pasaporte y el derecho de tenencia exclusiva, que conforme la legislación alemana, comprendía el derecho de cambiar el domicilio de la niña.

Cabe señalar que la CLH, al describir la conducta ilícita, a los efectos de solicitar la restitución de un niño, no incluye *la violación del derecho de visita*, más precisamente el deber de comunicación, es decir, el derecho del progenitor no conviviente que quiere mantener relaciones personales, regulares y continuas con su hijo, de conformidad con los arts. 9 párrafo 3ro y 10 apartado 2do de la *Convención sobre los derechos del niño*¹⁰.

En cambio, la CIDIP IV sí contempla este aspecto, permitiendo la solicitud de restitución por violación del derecho de visita del padre no conviviente (art. 4).

Del procedimiento de restitución

Si bien debemos reconocer el poderoso efecto disuasivo¹¹ de estas convenciones sobre los progenitores o parientes, tentados a desarraigar al niño abruptamente de su centro de vida y de sus lazos familiares primarios, no resulta suficiente a la hora de afrontar los hechos ya consumados.

Como señalábamos, las convenciones pretenden proteger al menor de 16 años de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o retención indebida, por lo que centran su atención en garantizar la restitución inmediata al Estado de residencia habitual, al tiempo que con ello salvaguardan el derecho de

comunicación que debe tener el padre no conviviente.

Ahora bien, esta calificación de «urgente» impuesta por las convenciones, no es acompañada por una regulación específica a fin de dar tratamiento a la restitución que debe llevarse a cabo, delegando en manos de cada Estado miembro la potestad de efectivizar dicho procedimiento. Así, el art. 2do de la *Convención de La Haya* establece que: «Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumpla en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán concurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan». Resulta válido entonces formular una pregunta elemental: ¿cuál es ese procedimiento?

No caben dudas de que el criterio rector de las convenciones es la concepción de un procedimiento autónomo y restringido en su alcance, dado que la competencia de la autoridad –judicial o administrativa– del Estado de refugio debe limitarse a resolver el pedido de restitución, sin abrir juicio sobre la atribución del derecho de custodia. En otras palabras, el órgano judicial que debe resolver la cuestión no puede abordar el tema de fondo, no procura discernir cuál es el padre idóneo para convivir con el niño, ni puede cambiar la situación que tenía el mismo antes del traslado o retención ilícita, sólo debe limitarse a restablecer el *statu quo* anterior, el cual se cumple efectivizando la restitución inmediata.

Claves Judiciales

Volviendo a los principios.

Celeridad y eficacia en la Restitución

Internacional de niños, niñas y adolescentes

Observemos a continuación las normas de las convenciones. Estas prevén un procedimiento autónomo que se deslinda en dos fases (por ello se lo ha calificado como sistema mixto) una *voluntaria*, ante las Autoridades Centrales y otra obligatoria, *judicial*, ante las autoridades judiciales o administrativas competentes

La fase voluntaria

Las Autoridades Centrales, organismos designados por cada Estado parte, tienen como función cooperar entre sí, con la finalidad primordial de garantizar la restitución inmediata de los niños víctimas de un traslado o retención ilícita (art. 7 CLH y art. 6 CIDIP IV)¹². Toda persona -padres, tutores o guardadores- institución u organismo se encuentran legitimados para petitionar la restitución del menor de 16 años de edad.

Estos legitimados podrán dirigirse a la Autoridad Central, tanto de la residencia habitual del menor como a la del lugar donde se encuentre el niño luego del traslado o retención indebida. Con la sola presentación del formulario previsto queda iniciado el trámite. Para realizar esta denuncia ante la Autoridad Central, no es necesario denuncia policial ni actividad judicial previa. No se necesita abogado y el procedimiento es gratuito. Las autoridades centrales deben adoptar medidas apropiadas que permitan:

- localizar al menor (pudiendo exigir la intervención de la policía);

- prevenir que éste sufra mayores daños debiendo adoptar medidas provisionales (en torno a la idea de evitar un nuevo desplazamiento);

- garantizar la restitución voluntaria del menor, siendo la Autoridad Central la que decide en qué momento han fracasado los intentos que garanticen la restitución voluntaria;

- iniciar un procedimiento judicial con el objeto de lograr la restitución del menor y, en su caso permitir que se organice o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita. Es por ello que se encuentra habilitada para que el peticionante le confiera poderes para actuar por cuenta de éste o bien para designar a un representante habilitado que actúe en su nombre (art. 28 CLH);

- conceder o facilitar la obtención de asistencia judicial o jurídica, incluida la participación de un abogado;

- facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio;

- garantizar desde el punto de vista administrativo la restitución del menor sin peligro (art. 7 CLH);

La fase judicial

Entonces habiendo fracasado la *fase voluntaria* ante las autoridades centrales (o no habiendo optado el peticionante por recurrir directamente al tribunal competente), se inicia la *fase judicial*.

La autoridad central procederá a remitir la documentación al juez competente -juzgado de familia/distrito- para que dé cumplimiento a la solicitud de restitución.

Conforme la CLH y la CIDIP IV la decisión sobre la procedencia o no del pedido de restitución es la del Juez del Estado de refugio, es decir la autoridad judicial del Estado en el que se encuentra el niño.

El Juez, previo a emitir una orden de restitución, puede pedir que el demandante obtenga de la autoridad del Estado de residencia habitual del niño una decisión o certificación relativa al carácter ilícito del traslado o retención del menor (art. 15 CLH), la que generalmente ya viene acompañada con la demanda.

Las convenciones establecen que las autoridades judiciales actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores, debiendo resolverse la cuestión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos (CLH), y en el caso de la CIDIP IV establece que dentro de los sesenta días calendario siguientes a la recepción de la oposición, la autoridad judicial dictará la resolución (art. 12).

Son requisitos de procedencia para ordenar el reintegro del menor que:

- exista un derecho de custodia atribuido de conformidad con la ley de residencia del menor y que éste haya sido ejercido

de manera efectiva al momento del traslado o la retención del menor;

- el menor tenga la residencia habitual en el Estado requirente de la restitución;
- el traslado o retención sean ilícitos por violar un derecho de custodia atribuido según la ley de residencia del menor (art. 3 y 5 inc. a) CLH);
- el menor no haya cumplido los 16 años de edad (art. 4 CLH y art 2 CIDIP IV).

Si bien el Juez debe decidir en forma urgente la restitución del niño, niña y adolescente, esta decisión no es automática, y en resguardo a las garantías del debido proceso las convenciones prevén taxativamente cinco excepciones que podrá oponer quien hubiera trasladado al menor.

A continuación mencionamos cada una de ellas, citando casos paradigmáticos de nuestra jurisprudencia.

1. Falta de ejercicio de los derechos de custodia o haber prestado consentimiento o anuencia con posterioridad al traslado o retención. Ejemplo de esta excepción lo constituye el caso «Wilner c/ Oswald»¹³, más conocido como el caso «Daniela». Una familia que vive en Canadá; la madre junto a la menor y con el consentimiento del padre viajan a la Argentina al solo fin de pasar las Fiestas. La Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que el consentimiento efectuado por el padre no tenía los efectos previstos en esta excepción, ya que

éste sólo había consentido el traslado de la menor con el único propósito de pasar las Fiestas en Argentina, y fue la negativa de la madre a restituir a la niña al lugar de su centro de vida habitual, la que configuró típicamente el acto de retención ilícito.

En dicha causa, ambos progenitores eran co-titulares de la custodia de la niña a la luz del Derecho canadiense. No obstante ello, nuestro supremo Tribunal en su decisorio fue más allá del caso concreto, determinando que la residencia habitual de un niño, no puede ser establecida por uno de los padres, así sea el único titular del derecho de tenencia, en fraude de los derechos del otro padre o por vías de hecho.

Quince años después, la Corte Suprema de Justicia de la Nación mantiene el mismo criterio. En la causa «R.M.A. c/ F.M.B.», interpretó que un mail –prueba aportada por la progenitora para fundamentar esta excepción–, no era suficiente. Además los Ministros de la Corte valoraron la conducta asumida por el padre quien con premura inició el pedido de restitución ante la autoridad central¹⁴.

2. Grave riesgo de que la restitución exponga al menor a peligro físico o psíquico, o a una situación intolerable. Las palabras elegidas para describir los supuestos de excepción revelan el carácter riguroso, con que se debe ponderar el material fáctico de la causa, a efectos

de no frustrar la efectividad de la convención. La Corte Suprema, en los casos «W. c/ O.» y «S.A.G.A.» señaló que esta causal «no apunta solamente a rechazar el regreso ante una situación de peligro externo en el país requirente (guerra civil), sino también a ponderar si la reinsinstalación en la situación anterior a la retención ilícita coloca al menor en peligro psíquico, lo cual es un grado acentuado de perturbación, muy superior al impacto emocional que normalmente se deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con alguno de sus padres. Está claro que la mera invocación del grave riesgo o la mención genérica del beneficio del niño, no bastan para que proceda la situación excepcional que permitiría negar la restitución¹⁵.

Contemporáneamente, la Cámara Nacional Civil, sala I, en la causa «S.Z.A c/ A.D.D s/ exhorto» denegó el pedido de restitución del menor dado que en caso de restituirlo a Inglaterra se lo expondría a riesgo, no solamente de carácter externo como por ejemplo una guerra civil, sino también a riesgos concretos que podían derivarse de su reinstalación en la situación anterior al traslado ilícito. Los progenitores casados en Londres, se trasladan a Kuwait, donde nace su hijo. Hacia fines del año 1990, a raíz de la invasión de Irak a Kuwait, la progenitora y su hijo escapan a Londres, donde no se les reconoció el estatus jurídico de refugiados. La cónyuge decide viajar

Claves Judiciales

Volviendo a los principios.

Celeridad y eficacia en la Restitución

Internacional de niños, niñas y adolescentes

a Argentina junto a su hijo y el progenitor solicita la restitución del menor, en la que se expone como un «condenado a muerte por los árabes y musulmanes fanáticos», que teme por su vida, como «activista contra el movimiento árabe y el islamismo», etc. En consecuencia, el riesgo grave de exposición a peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera pusiera al menor en una situación intolerable; en el sub-examine está acreditado por el propio progenitor en su motivación para demandar. Además, el pedido se interpuso un año después de la llegada del niño a la Argentina, y se había acreditado que el progenitor no cuidaba al niño, ni tomaba decisiones para el cuidado de su persona, de modo real y verdadero¹⁶.

3. *El propio menor se «opone» a la restitución cuando éste haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.* Recordemos el art. 12 Convención sobre los Derechos del Niño, el cual establece que los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el «derecho de expresar su opinión» libremente en los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez. Este derecho a ser escuchado puede realizarse de modo directo o por medio de un órgano apropiado.

En consonancia con el artículo señalado, el art. 21 de la Ley sobre Promoción y Protección Integral de Los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N.º. 12.967 establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho en todos los ámbitos en que se desenvuelven:

a) a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos en que tengan interés, b) a recibir información necesaria y oportuna para formar su opinión (Reglas 51 y 52 de las *100 reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad*, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana 2008), c) a que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Por lo tanto en las contiendas judiciales que involucran al niño no puede –en principio– omitirse la exploración de su voluntad, si tiene edad y madurez suficientes.

¿Es posible fijar una edad determinada? Algunos autores consideran que la edad podría ser 10 años teniendo en cuenta los arts. 1.076 y 1.114 C.C., otros coinciden en los 14 años que es la edad fijada para los menores adultos (art. 127). Cabe añadir que, conforme el anteproyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, entre los 13 y los 16 años se considera adolescente, sujeto a decidir sobre tratamientos no invasivos. A los 16 años el adolescente es considerado

un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

La consistencia de la audiencia para escuchar al menor y el modo en que debe llevarse a cabo es crucial, debiendo buscarse un delicado balance entre las múltiples variables que conviven en el principio rector «el interés superior del niño». Sin embargo, estas instancias pueden promover manipulaciones por parte de los adultos, convirtiendo al hijo en objeto y no sujeto de derecho. Estas conductas involucran al menor interesadamente al litigio parental como un contradictor más y depositan un gran peso sobre una psiquis en plena formación.

La CSJN se ha pronunciado al respecto afirmando que no puede darse preferencia al deseo del menor, fundado sólo en la consolidación de su integración al nuevo medio, como consecuencia de su traslado, incausado por parte de su progenitor. Debemos procurar evitar que se frustre la finalidad de la Convención y que el transcurso del tiempo premie al autor de una conducta indebida. En dicho sentido, en la causa «R.M.A. c/ F.M.-B.» se entendió que dada la corta edad del niño (2 años y medio) no se pudo atender a su voluntad, encontrándose suficientemente representado con la Defensora del Menor (art. 59 CC). El interés superior del niño en el marco de los tratados de restitución es respetado por el derecho a no ser trasladado o retenido indebidamente y a visitar al

padre no conviviente y en la inmediata restitución, para que sea el Juez Natural el que decida la cuestión de fondo sobre custodia o visitas. La Corte Suprema de la Nación ha destacado que existe un derecho esencial del niño a no ser desarraigado de su medio habitual de vida familiar, social por una vía de hecho, y que la Convención de restitución parte de la presunción de que el bienestar de aquél se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento.

Es evidente que en el Derecho Internacional las convenciones de restitución armonizan y complementan la Convención sobre los derechos del niño, pues preservan el interés superior del niño mediante el cese de la vía de hecho.

4. Integración del menor al medio nuevo al que fuera llevado y el procedimiento de restitución se hubiera iniciado luego de vencido el plazo de un año del acto del traslado o retención sin haberse requerido la restitución (art. 12 párrafo 2do). Se trata de preservar el interés superior del niño, debiendo concurrir simultáneamente la inacción de la persona que vio menoscabado su derecho de custodia, durante un año, a partir del traslado o retención ilícita y la integración del menor en su nuevo medio.

El caso resuelto por la CSJN (10/2/12) autos: «F.R. C/ L.S» trata el pedido de restitución de dos menores retenidas en la Argentina por su progenitora. Esta fa-

milia vivía en Perú, una de las menores padece *síndrome de Down* y otras afecciones graves. El padre había autorizado a la madre a viajar con las niñas facultándola además a realizar los trámites para obtener la nacionalización argentina. El padre inicia el procedimiento de restitución antes de haber transcurrido el año desde el momento en que se produjo la retención. La Procuradora General de la Corte sostiene que las niñas estuvieron en la Argentina en forma ilícita, contraviniendo la oposición del padre, la sentencia se dictó tres años después de iniciado el reclamo, de manera que esta demora no puede computarse en contra de los intereses de las niñas y el reclamante, alentando así que otros retengan ilícitamente a sus hijos dilatando la tramitación del proceso legal.

La Corte Suprema de la Nación revoca la decisión de la Cámara, retoma los argumentos del procurador, señala que no le resulta ajeno que la menor que padece de *síndrome de Down* y una anomalía rectal severa, se encuentra debidamente cuidada e integrada al medio social en que vive, dicha adaptación es lograda a partir de la retención ilícita que considera configurada en el caso, así como las nuevas dificultades en la evolución que podrían producir su traslado, no resulta óbice para aplicar la CLH, porque además de las constancias de la causa surge que cuando vivía en Perú el padre se ocupaba de la salud y desarrollo edu-

cativo de su hija. Fundamenta su postura en el 1er. párrafo del art.12, dado que el procedimiento se inicia antes del año de haberse producido el traslado o retención. La restitución será inmediata, por tanto no considera el tema de la integración al nuevo medio priorizando el carácter ilegítimo de la retención; a esto se suma el hecho de que el padre se ha ocupado y puede seguir ocupándose de la salud y educación de la niña. En definitiva, el arraigo del niño en el país de refugio no constituye un motivo autónomo de oposición ni excusa el incumplimiento de la devolución inmediata¹⁸.

5. El art. 20 afirma que la restitución podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de Derechos Humanos y de las libertades fundamentales. Esta norma es consecuencia de la conciliación entre dos posiciones contrapuestas dentro de la Conferencia de La Haya. Algunos delegados eran partidarios de incluir una cláusula de orden público internacional, que funcionara como límite a la aplicación del derecho extranjero, mientras otros entendían que un instituto como éste no debía incorporarse a una convención de esa naturaleza. Esta excepción también debe ser interpretada restrictivamente, ya que su invocación sistemática vulneraría los principios que sienta la Convención como su propia razón de ser. Se considera que las excepciones consagra-

Claves Judiciales

Volviendo a los principios.

Celeridad y eficacia en la Restitución

Internacional de niños, niñas y adolescentes

das en la convención como los principios que inspiran a la misma son suficientes para proteger los derechos y libertades fundamentales de las partes interesadas en la restitución.

Finalmente, la interpretación de todas estas excepciones debe ser «extremadamente restrictiva», encontrándose la prueba a cargo de quien invoca la excepción¹⁹.

Si las excepciones opuestas no son fehacientemente acreditadas, el mecanismo de la convención establece que el juez deberá ordenar la restitución en forma inmediata cuando desde el momento en que se produjo el traslado o retención a la fecha de iniciación del procedimiento en sede judicial (interposición de la demanda) hubiera transcurrido un período menor a un año. También deberá restituir al menor cuando el procedimiento se hubiera iniciado luego del año de producido el traslado o retención, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio (art. 12 CLH).

Igualmente las autoridades judiciales no encuentran limitadas sus facultades pudiendo ordenar la restitución en cualquier momento.

Estado de situación en Argentina

Observemos ahora el cuadro de situación en nuestro país, como consecuencia direc-

ta de la ausencia de un procedimiento específico y especial para tramitar los casos de restitución de menores o adolescentes. La disímil jurisprudencia con que contamos pone en evidencia la falta de un criterio uniforme respecto al trámite procesal que se imprime a estas causas. Tal como reflejan los siguientes pronunciamientos:

La Cámara Nacional Civil, Sala I. en la causa «S.Z.A.A. c/ A.D.D». consideró que la tramitación de la restitución no comporta un juicio de *exequátur* sino que la sumaria caracteriza a este proceso especial, el cual no debe transformarse en un juicio de conocimiento, ya que esto desnaturaliza el propósito de la convención que resulta el garantizar la pronta restitución de los menores trasladados o retenidos ilícitamente a su residencia habitual²⁰.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa «W.E.M. c/ O.M.G.», se expidió afirmando que el pedido de retorno de un menor al lugar de su residencia habitual, mediante el procedimiento establecido en la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores, es un procedimiento autónomo respecto del contencioso de fondo. La misma Corte, en otros casos, entendió que se trata de una solución urgente y provisoria²¹.

Doctrina autoral

También la doctrina se expidió sobre el

tema; así es que Ignacio Goicochea afirma que el propio texto de las Convenciones de Restitución nos sugiere que el procedimiento se asemeja más a una medida cautelar que a un proceso de conocimiento, donde el actor debe probar determinados extremos para que se disponga la inmediata restitución, existiendo inclusive discrecionalidad de parte del juez para ordenar la ejecución de la medida en forma inmediata²². En el mismo sentido, Luciana Beatriz Scotti señala la similitud de este procedimiento con el de una medida cautelar²³; como también, Ricardo Pérez Manrique, Coordinador de la Ley Modelo, quien considera a la restitución una medida de naturaleza cautelar.

Por su parte, Operti Badan sostiene el carácter autónomo de la acción de restitución en lo que respecta a su objeto, en cuanto puede agotarse con la propia restitución, evitando el abuso de derecho de una de las partes vinculadas al menor y la innovación inconsulta del derecho de la otra parte y específica acerca de su perfil procesal, ya que participa de la naturaleza del recurso de no innovar²⁴. Según Droz, la Convención fija simplemente una obligación de resultado: el retorno del niño²⁵. La profesora Elisa Pérez Vera considera que de lo que se trata es de lograr una solución de urgencia, con miras a evitar la consolidación jurídica de situaciones inicialmente ilícitas²⁶. La profesora Inés Weinberg sostiene que se trata de evitar que la solución de las

disputas entre progenitores en torno a la guarda o tenencia de menores se logre mediante vías de hecho²⁷ frustrando maniobras de *fórum shopping*. Rubén Santos Belandro destaca el carácter sumario de este proceso, diseñado con la única finalidad de devolver al menor al entorno natural²⁸.

Por su parte, Jorge Walter Peyrano considera que el requerimiento de restitución es una medida urgente, que admite con carácter restrictivo la alegación de causales de excepción mencionadas en el art. 13 de la CLH. Todo lo cual revela que se trata de un procedimiento atípico que, si bien reconoce contradicción, no admite el despliegue de un derecho probatorio irrestricto que venga a colisionar con la celeridad que le es inherente²⁹. Mientras que Osvaldo Ortemberg, se remite al juicio sumarísimo³⁰.

En lo que respecta a la Autoridad Central de aplicación de las Convenciones, ésta sostiene que dicho proceso puede ser tanto sumarísimo como el de una medida cautelar, y añade que erróneamente se imprime trámite ordinario, alargando los plazos y desvirtuando el espíritu de las convenciones³¹.

Análisis jurisprudencial

Al análisis de esta disparidad impresa en los procesos de restitución, debemos complementarlo con la observación de los

plazos de efectivización en la restitución de los sujetos especialmente protegidos.

Desde esta perspectiva no podemos dejar de mencionar la causa «B.S.M c/ P.V.A» (CSJN 2010), en la que tres menores, todos de nacionalidad argentina, residen en nuestro país hasta el año 2002, cuando sus progenitores deciden trasladar su residencia habitual a la ciudad de Rubí (Barcelona, España). En abril de 2005 los todavía cónyuges firman un convenio que tenía por finalidad regular las consecuencias de la separación personal o divorcio vincular. Denuncian su residencia dentro de dicha ciudad y expresan «que cualquier cambio de residencia deberá ser notificado al otro cónyuge, a fin de tener conocimiento del lugar en el que se encuentran los menores en todo momento». Asimismo acuerdan que los hijos de 5, 8 y 11 años de edad, permanecerán bajo la guarda y custodia de la madre. También especifican que ambos ejercerán la patria potestad. Meses después, durante las vacaciones, la madre y sus tres hijos se trasladan a la Argentina, con expresa autorización del padre, al solo efecto de viajar por el período de vacaciones. Sin embargo, vencido el plazo, la progenitora retiene a los hijos en nuestro país y decide no volver a España. En consecuencia, el padre solicita la restitución al lugar de residencia habitual: España. La decisión del Tribunal de Familia N° 3 del Departamento Judicial de Morón ordenó la inmediata restitución. La Suprema Corte de Buenos Aires (por mayoría, con una di-

sidencia) revocó esta decisión por considerar que la madre goza de la guarda jurídica de los menores y, por tanto, esa guarda reconocida a la madre, impide calificar el traslado objeto de autos como ilegítimo en los términos de la Convención. Además consideran que los menores se manifestaron en diversas oportunidades durante el proceso y que la sentencia del Tribunal *a quo* omitió hacer mérito de los dichos de los niños que poseen un grado de madurez suficiente. Entienden por ello que su superior interés se halla conculcado. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revoca la sentencia recurrida. Transcurridos cinco años de la retención de los niños la Justicia argentina decidió en forma definitiva la restitución de dos de los jóvenes, que aún no habían cumplido 16 años de edad³².

Citamos a continuación algunos casos que ponen en evidencia la prolongación de los plazos establecidos, indicando las acciones que dilatan en cada caso los tiempos previstos por las Convenciones.

- «S.A.G» Corte Suprema de Justicia de la Nación 20/12/2005. La menor S.A.G. de 3 años de edad, de nacionalidad paraguaya, es trasladada por su progenitora en fecha 27/11/2001 a la ciudad de Córdoba. El progenitor solicita la restitución tramitando la causa en el Juzgado de Familia de la 1era. Nominación de la ciudad de Córdoba, el cual en fecha marzo de 2003 deniega la restitución. Dicha sentencia es apelada y da lugar al pronunciamien-

Claves Judiciales

Volviendo a los principios.

Celeridad y eficacia en la Restitución

Internacional de niños, niñas y adolescentes

to del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba del 23/07/2003, que ordena el regreso de la niña a Paraguay. La madre interpone recurso extraordinario federal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelve la restitución de la menor en fecha 20/12/2005. Desde la retención a la resolución final transcurrieron más de tres años y medio³³.

- «C.L.C. c. L.M.E.» Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 07/12/2011. El progenitor requiere judicialmente la restitución de su hijo de 8 años de edad, nacido en España, lugar de su residencia habitual. Denuncia en su petición que los progenitores del menor se encontraban separados desde el año 2003 y que gozaban de custodia compartida. En agosto de 2008 la progenitora manifiesta su deseo de trasladarse a la Argentina con su hijo y el progenitor se opone, inicia entonces una acción de medidas cautelares en virtud de la cual la justicia de Barcelona decreta el 7 de agosto de 2008 la prohibición de salir del país, en relación al menor. Sin embargo, una semana después, el padre toma conocimiento -por una llamada telefónica- de que su hijo y la madre se encontraban en la Argentina. El Tribunal de Familia de Instancia única N° 1 de La Plata hace lugar a la restitución del menor en fecha 07/04/2009. Funda su decisión en que la residencia habitual del niño era Barcelona y que existiendo una resolución judicial que prohibía su salida de Espa-

ña, el traslado dispuesto era ilegal. La progenitora apela y argumenta que se vio privada de ejercer su derecho constitucional de defensa en juicio ya que no se le dio traslado del exequátur y que no se agregaron a los autos las causas sobre tenencia, régimen de visitas y protección contra la violencia familiar. La decisión de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires considera que en la causa, las garantías que integran el paradigma del debido proceso legal han sido debidamente respetadas, por cuanto fue convocada junto al menor a una audiencia ante el juez y con patrocinio letrado, con el propósito de lograr la restitución voluntaria y a los fines de que oponga excepciones (art. 13, 20 y 12 párrafo 2°). La propia naturaleza de la institución y la falta de regulación procesal en nuestro Derecho explican suficientemente la manera en que tuvo lugar la notificación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en fecha 07/12/2011 desestima el recurso. Desde el desplazamiento transcurrieron más de tres años³⁴.

- «R.M.A. c/ F.M.B.» Corte Suprema de Justicia de la Nación 21/12/2010. El niño de 2 años y medio de edad nace en Miami. En agosto de 2008 viaja junto a su madre por un período de cinco meses con autorización del padre, quien también autoriza que la madre tramite la nacionalidad argentina del hijo. Vencido el plazo, el niño no vuelve al lugar de residencia habitual. En febrero de 2009 el padre inicia ante la

Autoridad Central de los Estados Unidos el trámite de restitución, presentando en junio de ese año el pedido de restitución ante el Juez local. En todas las instancias se hace lugar al pedido de restitución del menor, que es retenido por su madre en la Argentina, más allá del tiempo en el que el progenitor había autorizado. La Corte Suprema se expide en diciembre de 2009. Esta causa coincidiría con datos estadísticos oficiales que revelan que el promedio de cinco causas iniciadas en el año 2007 han sido resueltas en un plazo aproximado de siete meses y medio³⁵.

Por último, vale mencionar que en el caso más reciente resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación «F.R F. c/ L.S. y U.», el pedido fue interpuesto el 26/03/2008 y la sentencia restitutoria está fechada el 8 de noviembre de 2011, más de tres años y medio después.³⁶

Este sucinto recorrido, botón de muestra del modo en que se encaminan los casos de restitución en nuestro país, revela que el plazo de tramitación de las causas excede ostensiblemente las seis semanas que fija la Convención de La Haya (art. 11)³⁷ y los sesenta días calendarios que establece la Convención Interamericana (art. 12)³⁸. El principio de «inmediatez» se desdibuja burdamente y, si ampliamos la perspectiva, vemos cómo este vaciamiento de contenido, que sufre la fijación de los plazos, altera y corrompe el espíritu mismo de las Convenciones.

Conclusiones

¿Qué ocurre entonces con el tan mentado «interés superior del niño»?

Recordemos que la «celeridad» que habría de caracterizar el procedimiento de restitución tiene como razón y fundamento resguardar al niño, retornándolo a su centro de vida. El supuesto sobre el que se basa, confirmado por estudios e investigaciones de diversas disciplinas que contemplan los aspectos psicológicos de los principales afectados en este tipo de conflicto, es el de que «el alejamiento del lugar de residencia perjudica notoriamente al menor involucrado».

Lamentablemente, la justicia no da respuesta rápida ni eficaz en esta materia. Así los casos citados, en que la restitución lleva años, ponen en evidencia una falla en el procedimiento, cuyas consecuencias afectan de modo directo a estos niños, niñas y adolescentes a quienes, se supone, debemos proteger. Sin dejar de lado a los progenitores y al núcleo familiar y afectivo más próximo, como ser hermanos, abuelos, tíos etc. quienes también se ven obligados a atravesar un difícil proceso que, en verdad, no es sino la antesala de aquel que ha de iniciarse en el país de residencia.

Es más, cuando los trámites se exceden tanto en el tiempo, no sólo no se evitan los perjuicios que sufre el niño fuera de su comunidad, sino que luego aumen-

tan los daños al llevarse a cabo fuera de tiempo, cuando el menor se está integrando a su nuevo contexto.

Todos los operadores debemos hacernos cargo del sinsentido que esto conlleva e intentar por todos los medios de mejorar la actuación en estas situaciones para que la finalidad de la Convención no se convierta en papel mojado.

Si estudiamos con atención los casos, advertimos cómo la restitución desborda los plazos estipulados por las Convenciones. El proceso autónomo que refieren las mismas no establece plazo alguno, para oponer excepciones, para contestarla, para ofrecer pruebas, ni su producción. O lo que es aun más grave, no surge de cuáles son las vías recursivas, propiciando que los litigantes puedan transitar todas las instancias hasta llegar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, provocando así que el proceso se prolongue durante varios años. Ello conlleva a que se permitan estrategias dilatorias, abusivas y premeditadas con el objetivo implícito de lograr el arraigo del niño/adolescente obtenido por vías de hecho.

No podemos dejar de señalar que en este accionar, hoy día los abogados se encuentran amparados por la ley, no por explícita mención, sino porque no contamos con un procedimiento que fije y regule los pasos a seguir, posibilitando que cada instancia judicial pueda demorarse

en la resolución de estos casos durante el tiempo que sea.

Es por esto que resulta imprescindible contar con un procedimiento especial (ni el oral, ni el sumario, ni el sumarísimo, ni el verbal y no actuado, ni las medidas autosatisfactorias) que eviten estos excesos, de los cuales devienen luego flagrantes contradicciones y que, realmente, preserve a quienes son más vulnerables.

Atendiendo a lo dicho, y procurando contribuir a la aproximación de tan valiosos principios como el de proteger a los niños, niñas y adolescentes y, con esto, hacer verdaderamente justicia, se expone la siguiente propuesta. Tomando como punto de partida la «Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños» elaborada por un grupo de expertos, conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes (organismo de los Estados Americanos) que data del año 2002, como así también las propias pautas procedimentales que se infieren de las CLH, la CIDIP IV y el *Convenio bilateral argentino uruguayo sobre restitución*, el informe explicativo de la profesora Elisa Pérez Vera contemporáneo del Convenio de La Haya, la *Guía de las buenas prácticas*, elaborada por la Oficina Permanente de la Conferencia de La

Haya, la presentación que en el carácter de *amicus curiae* efectuó la Oficina Permanente de la Honorable Conferencia de la Convención de la Haya ante la Suprema Corte de los Estados Unidos en la causa «Abbott c/ Abott», los estándares interpretativos básicos elaborados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad* y el Anteproyecto de Unificación del Código Civil y Comercial.

Esbozo para una Ley sobre procedimiento en la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. SUBTITULO

Art. 1. **Objeto:** Establecer un procedimiento urgente y especial a fin de garantizar la **restitución inmediata** de niños, niñas y adolescentes trasladados o retenidos de manera indebida por violación a un derecho de custodia y de visita.

Art. 2. **Fuentes:** La Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. La Haya 1980 (Ley 23.857), la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores (Ley 25.358), Convenio Bilateral sobre Protección Internacional de Menores (Argentino-Uruguayo) Ley 22.546, la Constitución Nacional, Convención de los derechos del Niño (ley 23.849), Ley de Promoción y Protección Integral de niños, niñas y adolescentes (Ley 12967 y decreto reglamentario).

Art. 3. **Reglas de interpretación:** a) Los Convenios de restitución deben ser interpretados teniendo en cuenta su objeto y finalidad. (Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados del año 1969 art. 31 ap. 1ero). b) Deber de aplicar, interpretar y cumplir la ley del estado de residencia habitual del niño o adolescente. (Derecho vigente del estado de residencia habitual) c) Deber de armonizar las convenciones de restitución con la Convención sobre los Derechos del Niño. d) Deber de aplicar el superior interés del niño como principio interpretativo y módulo de valoración de las normas aplicables. e) Las excepciones son de interpretación restrictiva.

Art. 4. **Principios:** a) Cooperación internacional: Impone al Estado argentino el deber de aplicar las disposiciones a las que adhirió, a fin de evitar que la responsabilidad argentina quede comprometida por su incumplimiento (art. 26 Convención de Viena sobre los derechos de los tratados), además refiere a la asistencia mutua que deben prestarse los órganos administrativos y judiciales de cada Estado parte para que cada uno cumpla su cometido en el proceso que actúa. b) Efectividad de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes siendo que el procedimiento concluye cuando se ejecuta la sentencia. c) Interés superior del niño: se respeta garantizando el retorno inmediato de los hijos trasladados o retenidos indebidamente, se preserva

mediante el cese de la vía de hecho, restableciendo en forma inmediata los lazos perturbados por el desplazamiento o la retención indebida. d) Inmediatez, celeridad y economía procesal. e) Flexibilización de la prueba del derecho extranjero. (no requiere proceso de reconocimiento de la legislación ni las decisiones extranjeras) f) la restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia.

Art. 5. **Legitimación activa:** Los titulares de la acción de restitución son el padre, tutor, guardador u otra persona, institución u organismo que ejerza el derecho de custodia, conforme el régimen jurídico del país de residencia habitual del menor inmediatamente antes de su traslado o retención.

Art. 6. **Legitimación pasiva:** Persona que ha trasladado o retenido indebidamente al menor del lugar de su residencia habitual entendida como el centro de vida.

Art. 7. **Procedimiento Judicial de Restitución:**

a) Competencia: ante el Juez de trámite de los Juzgados Colegiados de Familia o Distritos.

b) La **demanda** deberá cumplir con los requisitos del art. 130 del CPCC (datos de identidad del demandante, demandado, menor, objeto) será deducida por escrito y expresará específicamente:

- hechos relativos al traslado o retención, la presunta ubicación del menor,

las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado extranjero o el vencimiento del plazo autorizado.

- indicación de medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.
- los fundamentos de derecho respectivo aplicable.

Deberá acompañar los **documentos** en que ella se funda:

- copia auténtica y traducida que acredite la legitimación del solicitante (vínculos).
- copia íntegra y auténtica de la resolución judicial, administrativa, acuerdo si lo hubiera.
- certificado o información en relación al Derecho vigente en la materia expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor u otra autoridad competente.
- toda la documentación deberá ser traducida y no requiere legalización cuando se tramite por vía diplomática o consular o autoridad central.

El mismo día de interpuesta la demanda el juez se expedirá sobre la admisibilidad o no de la misma.

En caso de rechazo fundado de la demanda, el demandante podrá expresar su disconformidad fundada contra dicho auto dentro del plazo de un día, debiendo elevarse en consulta las actuaciones a la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial. Esta deberá previa vista al Defensor General y noticia de su integración, resolver de inmediato.

No se admiten cuestiones previas, recusación sin expresión de causa, incidentes ni reconveniones que obsten a la prosecución del trámite.

c) Admitida la demanda, el Juez dispondrá inmediatamente de medidas provisionales y cautelares tendientes a localizar, proteger e impedir la salida del territorio por parte del menor. También ordenará la prohibición de salida del país de éste y del demandado, imponiendo la obligación de fijar domicilio dentro de la jurisdicción, hasta tanto finalice el proceso. Para ello dará intervención a la División Asuntos Internacionales del Departamento *Interpol* de la Policía Federal, a la Policía Federal, a Gendarmería Nacional y a la Dirección Nacional de Migraciones.

d) Localizado el menor, el Juez dará intervención al Defensor General, despachará mandamiento de restitución, para que en el término de veinticuatro horas, el menor, actor y demandado comparezcan a la audiencia presidida por el Juez. El Juez escuchará en primer lugar al menor, siempre que la edad y grado de madurez lo permitan. El menor será representado de manera promiscua por el Defensor (art. 59 CC). En segundo lugar escuchará al actor y demandado. El objetivo de esta audiencia será arribar al cumplimiento voluntario de la restitución del menor al lugar de su residencia habitual. Se labrará acta a dicho efecto, y se dispondrán de todas las medidas adecuadas para el reintegro seguro del menor.

e) En caso de fracasar el acuerdo, se dejará constancia en el Acta y se citará al demandado con prevención de que si no opone excepciones en el término de seis días, se llevará adelante la ejecución, quedando notificado en dicho acto.

Las excepciones son (arts. 12, 13 y 20 de la Convención sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (y arts. 11 y 25 de la Convención sobre Restitución interamericana sobre restitución internacional de menores) son taxativas y de interpretación restrictiva, debiendo ofrecer las pruebas.

f) Opuestas las excepciones, se correrá traslado al actor por el término de tres días.

g) Si no fueran opuestas excepciones, quedará firme el mandamiento de restitución y se mandará llevar adelante la restitución.

h) Contestado el traslado o vencido éste, se proveerán las pruebas ofrecidas por las partes, pudiendo el juez rechazar *in limine* toda aquella prueba inadmisibles, inconducente o manifiestamente impertinente, o que tendiera a acreditar la idoneidad de los padres para el ejercicio de la responsabilidad parental.

La prueba de los presupuestos fácticos de la aplicación del régimen de las excepciones contemplados en el inc. e) se encuentran a cargo del excepcionante.

Claves Judiciales

Volviendo a los principios.
Celeridad y eficacia en la Restitución
Internacional de niños, niñas y adolescentes

La prueba deberá limitarse a:

- Documentos extranjeros (los del Estado de la residencia habitual) y en su caso, prueba pericial psicológica o psiquiátrica.

La resolución que admita o deniegue el despacho de pruebas será irrecurrible.

i) Se proveerán la pruebas y se fijará audiencia en el plazo máximo de diez días de contestadas las excepciones.

En la audiencia deberán comparecer las partes, el menor, el defensor y la autoridad central. Se instará a las partes, a fin de que arriben a un acuerdo, a fin de proceder a la restitución voluntaria del menor. En caso de fracaso se recepcionará la totalidad de la prueba, las partes deberán alegar sobre el mérito de la misma y el Juez deberá dictar resolución en dicha audiencia. La sentencia deberá limitarse a decidir si ha existido traslado o retención indebida, ordenando en su caso la restitución y no implicando prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo, la que deberá ser resuelta por el Juez de la residencia habitual.

Se dará lectura de la misma y las partes quedarán notificadas en dicho acto.

j) Contra la sentencia definitiva pronunciada por el Juez, las partes, y en su caso el defensor del menor, podrán interponer en el plazo de dos días **recurso de apelación acelerado** ante el Juez interviniente. El recurso se sustanciará con un traslado por el término de dos

días. El recurso de apelación acelerado se concederá con efecto suspensivo y se elevarán inmediatamente los autos al superior.

k) El Tribunal de Alzada se expedirá dentro del tercer día de recibido los autos. Contra esta sentencia no se admitirá recurso alguno.

. Art. 8. **Costas:** Los gastos causativos serán a cargo del demandado si procediera la restitución del menor.

. Art. 9. **Modifíquese el Título IV-Capítulo II, Sección I**, art. 68 de la Ley 10.160 al que se le agregará el inciso 9 el que quedará redactado de la siguiente manera: en los asuntos de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes el procedimiento urgente y especial creado por la Ley. A los fines dispuestos en el art. 67, compete al juez de trámite los litigios enunciados en los incisos 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 9. ■

¹ Art. 11 establece: «1) Los Estados partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2) Para este fin los estados partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes».

² En el seno de la Conferencia de la Haya fue aprobada el 25 de octubre de 1980, entró en vigor para nuestro país el 1º de junio de 1991, cuenta con la ratificación y adhesión de 81 Estados.

³ Entró en vigor el 4 de noviembre de 1994 entre Brasil y México. Paraguay la ratificó el 8 de octubre de 1996 y Argentina lo hizo el 15 de febrero de 2001 y Uruguay el 31 de agosto de 2001, hoy la han ratificado 14 países.

⁴ Tratado bilateral con la República Oriental de Uruguay en vigor desde el 31/7/81.

⁵ HERZ, MARIANA; «El proceso de restitución de niños, niñas, y adolescentes, víctimas de sustracción parental internacional», en Revista de Derecho Procesal, Año 2010, Vol. 1, pág. 176.

⁶ La provincia de Santa Fe adhirió a la Ley Nacional 26.061 a través de la Ley 12.967.

⁷ SCOTTI, LUCIANA B.; «Un destacable pronunciamiento de la Corte Suprema en materia de Restitución Internacional de menores», en Revista de derecho de familia de las personas, Ed. La ley, agosto 2010, pág. 75.

⁸ NAJURIETA MARÍA SUSANA, «La restitución internacional de menores y el principio del interés superior del niño», J.A., 2006-I-43

⁹ Un caso Argentino-Alemán, resuelto por la Cámara

Civ. y Com. San Isidro, sala 1era. del 31/8/2000
«M.V. c/ G.B J.A. 2001 IV pág. 660, con voto de la Dra. Medina.

¹⁰ NAJURIETA, MARÍA; «Restitución internacional de menores», *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países Asociados*, Lexis Nexis, pág. 413.

¹¹ NAJURIETA, MARÍA; ob cit, pág. 408

¹² Nuestro país ha designado Autoridad Central de Aplicación del CLH y CIDIP a la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional que funciona dentro de la órbita de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, sito en calle Esmeralda 1212, 4to piso de la ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹³ La Ley, Tomo 1996 – A, pág. 257.

¹⁴ *Revista de derecho de familia de las personas*, Ed. La Ley, enero- febrero 2011, pág. 53.

¹⁵ La Ley, Tomo 1996- A, pág. 263 y J.A. 2005/1, pág. 57.

¹⁶ La Ley, Tomo 1996- E, pág. 163.

¹⁷ *Revista de derecho de familia de las personas*, Ed. La Ley, enero- febrero 2011, pág. 54.

¹⁸ Diario El Derecho de 10/5/2012.

¹⁹ GOICOECHEA, IGNACIO; «Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores», *Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de familia.*, Lexis Nexis, marzo-abril 2005, N° 30L pág.65.

²⁰ La Ley, Tomo 1996- E, pág. 163.

²¹ La Ley, Tomo 1996- A, pág. 257.

²² GOICOECHEA, IGNACIO; ob cit., pág. 54.

²³ SCOTTI, LUCIANA; «La garantía del debido proceso en un caso de restitución internacional de menores» *Revista de derecho de familia y de las personas*. Ed.l La Ley, Setiembre 2011, pág. 66

²⁴ OPERTTI BADÁN, «*Secuestro y restitución de menores*». Documento de antecedentes del Proyecto de Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, elaborado por el Comité Jurídico Interamericano. Preparado por la Secretaría General. CIDIP IV. OEA/Sec-K/XXI.4 CIDIP-IV/ Doc. 4/88. 14 de junio de 1988, pág. 8.

²⁵ DROZ, «*Travaux du Comité*», *Années 1981-82*. Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1985, pág. 131.

²⁶ PEREZ VERA, ELISA «*Rapport explicatif de Mile. Elisa Perez Vera*» N° 40.

²⁷ WEINBERG DE ROCA, INÉS «*Sustracción y restitución internacional de menores*» *La Ley 1995 C 1281*.

²⁸ SANTOS BELANDRO, RUBÉN, «*Minoridad y ancianidad en el mundo actual. Un estudio desde el Derecho Internacional Privado comparado. El testamento vital*». Asociación de Escribanos de Uruguay, Montevideo 2007, pág. 123.

²⁹ PEYRANO, JORGE WALTER, Sala Tercera integrada de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Rosario, Sentencia N°. 340 del 10/8/11 causa: «Purcell Brett s/ pedido de restitución de menor».

³⁰ La Ley Gran Cuyo abril 2006.

³¹ Disponible en <http://www.hcch.net/uploas/abd2006.ar.pdf> (julio 2011).

³² *Revista de familia y de las personas*. Ed. La Ley, Agosto 2010, pág. 75.

³³ Primer caso que la Corte Suprema de Justicia de la Nación debió aplicar la Convención Interamericana sobre restitución de Menores. J.A. 2005-1-57.

³⁴ *Revista de derecho de familia y de las personas*, Ed. La Ley, setiembre 2011 pág. 66.

³⁵ *Revista de derecho de familia y de las personas*, Ed. La Ley, enero-febrero 2011, pág. 53.

³⁶ *Diario El Derecho* del 10/5/2012.

³⁷ Art.11 CLH: «Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de la iniciación de los procedimientos el demandante o la Autoridad Central del estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora. Si la Autoridad Central del estado requerido recibiera una respuesta, dicha autoridad la transmitirá a la Autoridad central del estado requirente o, en su caso, al demandante».

³⁸ Art. 12 Convención Interamericana. «...Dentro de los sesenta días calendarios siguientes a la recepción de la oposición la autoridad administrativa dictará la resolución correspondiente».



DRA. LILIANA CARMEN REYNOSO
Secretaria del Juzgado de Primera
Instancia de Distrito en lo Civil
y Comercial de la 2º Nominación,
Rosario



DRA. MARÍA BELÉN BACLINI
Secretaria del Juzgado de Primera
Instancia de Distrito en lo Civil
y Comercial de la 6º Nominación,
Rosario

Algunas reflexiones sobre el Art. 25 del Código Procesal Civil

Celeridad, economía procesal, deber de colaboración... Algunos artículos de nuestro Código Procesal Civil nos brindan herramientas útiles al momento de poner en práctica esos principios. Quizás el «siempre fue así» impide que todos nos beneficiemos con sólo hacer una simple lectura de esos artículos. El art. 25 del CPC que hoy nos ocupa -en concordancia con los art. 26 y 27- nos brinda esa posibilidad. El presente trabajo pretende mencionar algunas opiniones doctrinarias en cuanto a su operatividad (sólo a modo de lectura, pues su consulta es accesible a todos), la recepción que tiene en la actividad judicial y en su aplicación en nuestros Juzgados.

Artículo 25

Será también deber de los defensores, como auxiliares de la justicia, colaborar en el desarrollo e impulsión de los procesos en que intervengan. Con ese objeto, sin perjuicio de las funciones del secretario, los abogados y procuradores podrán realizar los actos siguientes:

1) Firmar y diligenciar los oficios dirigidos a Bancos, oficinas públicas o entes privados, sólo con respecto al pedido de informes, saldos o estados de cuentas; así como solicitudes de certificados y liquidaciones;

2) Solicitar a los registros públicos, certificados, informes, y la inscripción de poderes para juicios o de actos judiciales previamente autorizados;

3) Firmar las cédulas de notificación, con excepción de las que se refieran a medidas precautorias, entrega de bienes o modificación de derechos y las que el juez expresamente ordene que sean firmadas por el secretario. Las cédulas serán firmadas por el abogado o procurador de la parte que tenga interés en la notificación, pero deberá previamente, bajo pena de nulidad, notificarse a este último o, en

su caso, el litigante que patrocine el abogado. Si hiciera uso de la notificación por correo, la pieza respectiva podrá también ser expedida por el profesional firmante bajo las mismas condiciones.

Firmar y diligenciar oficio

Se procura «disminuir el trabajo material del órgano jurisdiccional, evitar pérdidas de tiempo y dar al abogado una atribución que le corresponde de acuerdo con la función que tiene en el proceso, con lo cual queda implícitamente establecido que ha de tratarse de aquellos informes, certificados, etc., que en caso de ser solicitados en juicio serían ordenados por el juez de conformidad». «La facultad de requerir informes, testimonios o certificaciones, debe ser interpretada limitativamente, en tanto y en cuanto las contestaciones que se obtengan estén destinadas a valer como elementos en juicios contradictorios...desde que las solicitudes de los letrados, en esos casos, no podrán ser diligenciadas sin haber sido previamente ordenadas por el juez interviniente. De lo que se desprende la imposibilidad de ser recabadas fuera del juicio». «Cuando, por el contrario, los requerimientos que se formulan no tengan por finalidad concre-

ta la de hacerlos valer en juicio contradictorio como elemento de prueba, sino que solamente estén dirigidos a brindar al interesado un conocimiento cabal de circunstancias inciertas con miras a tener certeza sobre determinada situación de hecho, la restricción ya no se justifica». Es el ejemplo de los pedidos de certificación sobre las condiciones de dominio de algún bien, gravámenes o inhibiciones, informes a las autoridades policiales o electorales, recabando el domicilio o los datos filiatorios de alguna persona, pedidos de partidas al Registro Civil, etc. Si el abogado «...careciera... de facultades discrecionales en el requerimiento de tales elementos, se vería cercenado el ejercicio de su profesión y quebrantado el derecho de defensa a él encomendado». «La ley, al acordar las facultades mencionadas precedentemente, ha impuesto algunos requisitos que constituyen también resguardos para que no se malogren o subviertan sus propósitos, y por ello, el art. 26 dispone que las firmas de los defensores en los oficios y demás actos para los que han sido autorizados solo han de corresponder a las causas en que los mismos intervienen...». »Deberán asimismo individualizar el expediente con indicación de su registro, juzgado y secretaría a que pertenece... aclarar la firma mediante el sello profesional... y contener también su domicilio.

Dice el artículo 25: los abogados y procuradores podrán, es decir, que es una

facultad y no un deber; y sólo respecto de determinados actos en relación a la suscripción de oficios y con mayor amplitud respecto de cédulas, estableciendo sólo las excepciones, es decir, las que no pueden ser suscriptas por los abogados o procuradores.

Letrado que firma cédula

Las mayores dudas surgen con respecto a la firma de cédulas notificadoras, en especial, lo referido a la firma por parte de los abogados intervinientes de la notificación de sentencias. Con respecto a ello, Alvarado Velloso sostiene que la norma, al prohibir la firma de providencias que impliquen modificaciones de derechos, se refiere a aquellas que sean susceptibles de ser cumplidas ante la mera notificación, cambiando el estado de las cosas existentes hasta el momento. De esta manera, adscribimos a esta postura y la sustentada por Casella, dejando establecido que los autos interlocutorios y sentencias, en general, pueden ser notificados por cédulas firmadas por el abogado o procurador interviniente.

El art. 400 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece: «Atribuciones de los letrados patrocinantes»: Los pedidos de informes, testimonios y certificados, así como los de remisión de expedientes ordenados en el juicio, serán

requeridos por medio de oficios firmados, sellados y diligenciados por el letrado patrocinante con transcripción de la resolución que los ordena y que fija el plazo en que deberán remitirse. Deberá, asimismo, consignarse la prevención que corresponda, según el artículo anterior...

Dicha normativa atiende -como se ha observado- al principio de economía procesal, además de otras razones prácticas, con la jerarquía reconocida al abogado, quien se encuentra asimilado en el desempeño de su profesión, a los magistrados. (art. 58) Véase Morillo-Sosa-Berizonce, Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentado y Anotado (ed. 1998, t. V-A, P. 501L.)

Conclusión

En la práctica diaria la secuencia sería más o menos la siguiente: el abogado debe concurrir al Juzgado e ingresar un pedido de suscripción de oficio por el Secretario y Juez del juzgado, en manifestación o por escrito, en cuyo caso se carga y pasa a despacho. Una vez suscripto, se sube al sistema informático y se ubica en el casillero de la mesa de entrada. El abogado debe volver a buscar el oficio para ser diligenciado. Cuando la contestación del oficio es devuelta al Juzgado, se agrega al expediente si se encuentra en casillero, o se reserva como escrito

suelto, si el expediente fue retirado (en este último caso se deberá cargar el oficio contestado). Por lo general las reparticiones oficiadas no responden inmediatamente y el abogado deberá regresar varias veces.

En el caso de las cédulas la situación es similar, con la diferencia de que éstas necesariamente serán devueltas a la Oficina de Mandamientos y Notificaciones en los plazos legales por el Oficial Notificador.

Si el oficio es suscripto por el abogado en las condiciones antedichas, como bien lo señala el art. 26, «Enseguida que éste obtenga los informes solicitados o el aviso de recibo de las cédulas que expida por Correo y telecomunicaciones, deberá presentarlos al juzgado y hacerlos agregar a las actuaciones que correspondan». Así el profesional sabrá exactamente el momento en que es respondido y de su contenido, permitiéndole incluso pedir en consecuencia.

Esta normativa hace posible una agilización de la tarea de los juzgados y de los profesionales, y por lo tanto bien vale intentar su aplicación práctica. Algunas reparticiones son renuentes a dar curso a los oficios y cédulas firmados por los abogados y procuradores con esa facultad, alegando que la firma del magistrado «tiene autoridad», siendo aconsejable transcribir este artículo para co-

nocimiento de quienes están obligados a conocer la legislación (la ley se presume conocida por todos) pero aun sin ese conocimiento, se debe informar, a fin de acatar sus normas.

Es decir que para que el sistema de administración de justicia sea eficaz, se requiere como premisa básica, previa e imprescindible, que los elementos integrantes del subsistema humano que le dan vida y sustento cumplan de modo cabal con su cometido y estén a la altura de las exigencias de sus respectivos roles.

La implementación del art. 25 en los Juzgados Civiles de la 2da. y 6ta. Nominación, donde nos desempeñamos como Secretarías Subrogantes, ha traído una buena recepción por parte de muchos profesionales que entienden que el beneficio es mutuo, pero como la idea es de colaboración y no de entorpecimiento de la labor, ante el reclamo de suscripción de oficios y cédulas por los profesionales que aún no han experimentado ese beneficios y de las exigencias de algunas reparticiones, los mismos son atendidos por el Juzgado ■

• *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe. Análisis exegético. Jurisprudencia. Legislación. Doctrina.* Tomo 1, arts. 1/325. (Director: PEYRANO, JORGE W.; Coordinador: VÁZQUEZ FERREIRA, ROBERTO A.). Editorial Juris. (3ra Edición reelaborada).

• *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe. Comentado, con doctrina procesal especializada.* Editorial Juris. (2da Edición actualizada).

• *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial.* (Dirección: HIGHTON, ELENA I.; AREÁN, BEATRIZ A. Tomo 8. Artículos 396/498. Coordinación: ELENA HIGHTON; SOLEDAD DÍAL DE VIVAR). HAMMURABI, JOSÉ LUIS DESALMA, Buenos Aires, 2007.

• KIELMANOVICH, JORGE. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado.* Tomo 1 (art. 1 a 498). ABELEDO PERROT. (5ta Edición ampliada y actualizada).

• PRIVIDERA, JORGE A. (con la colaboración de Ariana G. Netri). *Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe. Anotado y Concordado.* Tomo 1. Zeus S.R.L. Rosario, 2003.

• CHIAPPINI, JULIO. *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe. Comentado.* Tomo 1. FAS-Rosario, Abril 2009. (3era Edición Actualizada y ampliada).

• ALVARADO VELLOSO, ADOLFO. *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe.* Rubinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001. (5ta Edición actualizada).



DRA. MARÍA SILVIA BEDUINO
Secretaria de la Cámara
de Apelación en lo Civil
y Comercial, Sala III,
Rosario



DRA. SABRINA CAMPBELL
Abogada Relatora de la Cámara
de Apelación en lo Civil
y Comercial, Sala III,
Rosario

La función del Secretario en el acto de la subasta pública

I. Introducción

El presente trabajo constituye una reflexión acerca de la importancia del desempeño del Secretario Judicial, en el acto de la subasta pública.

Recordando a Alvarado Velloso: cuando el deudor no cumple con la condena ordenada, al acreedor le queda expedita la subasta de los bienes embargados como una vía de resarcirse y cobrar la deuda pendiente de cancelación.

Así la jurisprudencia y la doctrina han definido a la subasta como «el acto procesal mediante el cual se enajenan -por un auxiliar del juez que actúa en representación de éste- el bien o bienes embargados, con el objeto de satisfacer, con su producido, el importe del crédito que dio origen a la ejecución». (Cám. Apelac. Civil y Comercial. Trelew, Saba B, 20/8/99, el Dial-BC-DA2; Web Rubinzal procesal 18.2.8.r2; Lexis, nº15/7371)

Es decir que en la subasta, al realizarse la venta del bien objeto de la misma, opera por mandato del juez en ejercicio de su función de jurisdicción y el procedimiento público abierto con fiscalización del Secretario, que da fe del mismo.

Pero para poder lograr el acto de la subasta pública debe realizarse una serie de procedimientos previos para que la misma finalice con la venta, al mejor postor. De manera somera se puede sintetizar que, una vez individualizado el o los bienes que son objeto de la misma, se expidan informes previos, se libren mandamientos de constatación, a los fines de hacer público el estado en que se encuentra el mismo.

Por lo tanto, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos, el juez designará lugar, día y hora de la celebración de la misma; como también en qué condiciones saldrá a la venta. Dicha orden judicial se hará conocer mediante la publicación en el Boletín Oficial y un diario de amplia difusión.

II. La subasta como acto público

Dado que las subastas judiciales constituyen supuestos incluidos en el Código Civil como ventas forzosas (Art. 1324 inc. 4º) son alcanzadas por las normas de la compra-venta (postura en la que tanto la doctrina como la jurisprudencia no son uniformes); siendo que nos encontramos ante una de las formas de trasmisión de

dominio, el acto debe estar dotado de cierta solemnidad.

Conforme lo prevé nuestro Código de Procedimientos en su Art. 493 la presencia del Secretario en la celebración del acto es tan imprescindible que, ante la ausencia del mismo, el acto será nulo.

Antes de dar comienzo al acto, el Actuario deberá cerciorarse de que la publicación de los edictos de ley se haya concretado durante los días correspondientes en cada caso y de que los informes previstos en el Art. 488 del CPCC se hayan cumplido. Es importante que se tome conciencia de las facultades y deberes que la ley consagra en cabeza del Actuario, y éste es uno de los pocos actos donde cuenta con el pleno ejercicio de facultades para ese cometido, puesto que de su voluntad depende la aprobación o no del remate.

Seguidamente el Martillero actuante comienza el acto dando lectura al edicto, para luego pasar a detallar las deudas que gravan al bien, y en caso de que el bien a subastar sea un inmueble podrá describir detalladamente el mismo, explicando sus cualidades. Asimismo, dará a conocer las condiciones con las que saldrá a la venta el bien, que deberán ser acatadas por el

adquirente, dado que las mismas son consideradas parte de la «oferta» y, por ende, no pueden ser cuestionadas con posterioridad a la adquisición.

A partir de la base establecida comenzará a recibir las ofertas por parte de los asistentes.

III. Posibles vicisitudes que pueden surgir en el acto de la subasta pública

Si bien en la mayoría de las subastas realizadas el acto se desarrolla regularmente, también existen supuestos -acrecentados en la actualidad- donde el Secretario se enfrenta a diversas situaciones que deberá resolver.

Una de las inconductas más reiteradas en las celebraciones de las subastas son las señas amenazantes e intimidaciones que puede llegar a padecer el oferente, afectando su esfera de libertad. Frente a dichas situaciones, los funcionarios que presiden el acto se encuentran en la obligación de hacerlas cesar, a los fines de la celebración del mismo, y que las ellas no sean la causa del vicio de la voluntad, que determine su nulidad.

Conforme las facultades de las que se encuentran dotados dichos funcionarios por el Art. 493 in fine de nuestro Código de Rito, pueden ejercer distintas medidas, a los fines hacer cesar dichas conductas.

Las medidas disciplinarias que podrán ejercer parten desde la prohibición de ingreso de aquellas personas que -con su accionar- perturben la realización de la subasta, hasta la expulsión del recinto, pudiendo solicitar la colaboración de la fuerza pública.

Otra vicisitud que se puede presentar en la subasta es que quien resulte comprador manifieste que no posee la totalidad del dinero para abonar la comisión del rematador y el 10% del precio. Ante dicha situación, es conveniente que el Secretario disponga que -tanto el anteúltimo postor, como la totalidad de los asistentes- no se retiren del recinto, ya que deberá reabrirse el acto, partiendo la puja desde la penúltima postura, conforme lo prevé el Art. 497 in fine del CPCCSF.

Tan reiterada fue dicha situación que dio origen a un reclamo presentado por el Colegio de Martilleros de Rosario ante la Presidencia de la Cámaras de Apelación en lo Civil y Comercial de dicha ciudad, que estableció mediante Acuerdo, que la norma citada deberá ser anunciada al comienzo del acto por parte del Martillero, a fin de que la subasta se realice regularmente.

IV. Conclusiones

Creemos que las realizaciones de las subastas judiciales están íntimamente vinculadas con el momento social y económico por los que atraviese el país.

Así pudimos observar que, si bien la causas judiciales que daban origen a las mismas, eran escasas (incluso se realizaban en el hall del Juzgado y en horarios de oficina), y se acrecentó con el aumento de las causas con falencias en la etapa liquidadora de las mismas.

A posteriori, con la crisis económica de los años 2000/2002, se dispusieron diversas normas de emergencia económica que suspendían las ejecuciones y, sobre todo, las de vivienda única. Así fueron prorrogándose dichas normas hasta, incluso, el año 2011.

Creemos necesario destacar la importancia del rol del Secretario Judicial en la subasta pública, dada la envergadura del acto y las consecuencias que puede evitar con su desempeño.

Tenemos la convicción de que es necesaria una adecuada preparación para poder llegar a ocupar dicha función y cumplirla eficazmente. Consideramos que la carrera judicial logra formar y preparar al aspirante a dicho cargo, ya que desde sus comienzos puede observar los trámites previos para realizar la subasta, como también los posteriores ■

• CARBONE, CARLOS A. «*Las Delictivas Ligas de Compradores de Remate: Un aporte desde el derecho procedimental y el derecho penal para lograr su erradicación en 'Subasta Judicial'*» en Revista de Derecho Procesal 2006-1, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 2006.

• CARRILLO, HERNÁN. «*Comentario al Art. 497*» en Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Tomo II. (Dirigido por Jorge W. Peyrano).

• HIGHTON, ELENA I. *Juicio Hipotecario 3*, 2a. edición actualizada y ampliada con la colaboración de Beatriz A. Areán. Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

• Nota al fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, MAINTENU, MIGUEL y otros c. SACRIPANTI, ANTONIO - 10/02/1966. Publicado en: *Colección de Análisis Jurisprudencial Elementos de derecho Procesal Civil*. (Director: Osvaldo Alfredo Gozaíni). Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002. (384, con nota de AA.VV; cita online: AR/JUR/31/1966).



DRA. AGUSTINA FILIPPINI
Secretaria del Juzgado de Distrito
en lo Civil y Comercial de la 12^{va}
Nominación, Rosario.

Breve comentario acerca de la improcedencia de la acción de división de condominio entre los coherederos

Es frecuente encontrar en los juzgados de distrito procesos llevados adelante, e incluso finalizados con obtención de sentencia sobre división de condominio obrantes por cuerda como conexos a autos sucesorios y/o directamente el ingreso de nuevas causas sobre divisiones de condominios, que al ser revisadas para otorgarle el primer decreto de trámite, advertimos que son entabladas por coherederos con la finalidad de «dividir» el condominio que dicen tener contra los demás coherederos dentro de una sucesión.

Este es uno de los problemas jurídicos que surge como consecuencia de -a mi leal saber y entender- una confusión sobre el carácter del estado de indivisión que genera el sucesorio y hasta cuándo continúa su subsistencia.

Discutida históricamente por numerosos autores y por jurisprudencia, ha sido la

naturaleza jurídica del estado de indivisión generado como consecuencia del fallecimiento del titular del acervo hereditario, a lo cual personalmente poco puedo agregar.

Sin embargo, más allá de esta discusión teórica, no hay duda alguna -según el análisis del articulado del Código Civil -de que los herederos del causante no logran adquirir la calidad de titulares registrales de los distintos inmuebles correspondientes al acervo hereditario, ni con la inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro General de Propiedad Inmueble, ni con la mal llamada «transferencia» de los mismos (operatoria esta última que novedosamente ya varios juzgados no efectúan), y que esta situación perdura hasta la partición, único momento en el cual finaliza la comunidad entre sucesores.

Es decir que, a pesar incluso de que se efectúe el trámite de transferencia de inmuebles, en vez de optar sólo por inscribir la declaratoria de herederos y luego sí transferir por tracto abreviado, no nos encontramos con los titulares registrales de los inmuebles componentes del acervo hereditario (por más que los informes de dominio expedidos por el registro así lo expresen). Por lo cual, a los fines de realizar actos de disposición de cada inmueble del sucesorio, igualmente se debe efectuar tal operación en conjunto y con voluntad unánime de todos los herederos, no pudiendo cada uno de ellos disponer de su «parte» en forma unilateral, ya que cada uno de ellos no posee una parte concreta del inmueble sino una cuota parte ideal que sólo se concreta con la partición.

Así, los herederos no tienen un derecho sobre bienes particulares, sino sobre una cuota en la indivisión.

Por ello, «...cada heredero tendrá derecho a una porción del patrimonio hereditario y no a una porción de cada una de las cosas determinadas que forman parte de aquél, puesto que puede suceder que -al hacer la partición- cualquiera de dichas cosas resulte adjudicada por entero a otro coheredero. Por eso ha dicho Belluscio en recordado voto como miembro de la sala C de la C. Nac. Civ. [06/08/1974, JA 27 1975 215...] que aun cuando se hubiere inscripto la declaratoria, un coheredero no puede demandar a otro la división del condominio, mientras no se haya operado la adjudicación por partición.

En sostén de lo antes dicho, vemos que el fuero de atracción regulado en el art. 3284 del CC, fija el mismo hasta la par-

tición. En relación a este tema, personalmente he concurrido a charlas en el marco de las reuniones del Instituto de Derecho Privado del Colegio de Magistrados, donde magistrados de nuestro fuero han efectuado un análisis profundo del tema como ponencia -el cual se encuentra íntimamente vinculado con el presente- (Dres. Güeiler y Oroño, magistrados de los Juzgados de distrito en lo civil y comercial N°s. 18 y 10, respectivamente, titulado «Nuevo alcance propuesto al «fuero de atracción del sucesorio a la luz de los principios de seguridad jurídica, economía y celeridad procesal, cooperación y derecho al tribunal especializado), abriendo paso a un cambio de paradigma a tener en cuenta a la hora de proveer y tramitar las sucesiones en los juzgados de distrito en lo civil y comercial de nuestra ciudad.

Concretamente entonces, y específicamente en el tema que tratamos hoy, podemos remarcar que los coherederos no tienen legitimación activa para entablar una acción de división de condominio mientras no se haya efectuado partición en el sucesorio con la consiguiente asignación a cada heredero, según lo acordado. Ello, ya que no existe un condominio a dividir.

Es el art. 2675 cc el que establece las fuentes del derecho real de condominio, careciendo de asidero legal que la sola prolongación en el tiempo de una indivisión comunitaria nacida por la muerte de una persona titular de bienes, dé lugar al nacimiento de un derecho real de condominio entre sus sucesores.

El Código no autoriza tal mutación. La opción que queda para quien pretenda

impulsar el fin del estado de indivisión es la de nombrar a un perito partidario (en el caso en que no sea posible directamente una partición privada), el que establecerá el inventario y avalúo para, posteriormente, inscribir las hijuelas correspondientes a cada heredero o legatario, así como a los acreedores: hijuelas que serán sometidas al control de todos los interesados¹ ■

¹ Así existe jurisprudencia plenaria, que refuerza lo dicho precedentemente, al pronunciar que «Corresponde que la acción de división se sustancie en los autos sucesorios, -en los cuales es competente la justicia civil- por no estar configurada la existencia de un condominio entre las partes y mantenerse el estado de indivisión hereditaria» (C. Nac. Esp. Civ. y Com. en pleno 18/5/87, Silva Dora B y otro v. Silva Rodolfo O. 1989-1-400). En igual sentido, se ha dicho que «...la prolongación de una indivisión hereditaria no constituye condominio no obstante lo expresado por el codificador en la nota al art. 2675 Cód. Civ., pues el condominio sólo puede constituirse por contrato, por acto de última voluntad o por la ley, formas entre las cuales no se halla la prolongación de la indivisión. Además, no son absolutamente iguales los derechos de los condóminos sobre la cosa en condominio que los de los comuneros sobre las cosas en indivisión» (C. Civ., Sala C, LL 1981-B-307, y ED 93-466).

La forma de constitución de derechos reales está taxativamente enumerada en nuestro Código y la interpretación de las partes que inscriben una declaración de herederos no se encuentra prevista como una manera válida de constituir derechos reales (Código Civil y leyes complementarias Zannoni- Kemelmajer de Carlucci, T° X, pág. 675; Conf. E.D. 181-723; esta Sala I, «Azzolini, Sergio s/ Sucesión», 20-12-2011, Reg. Sent. Int. 341).



DR. HERNÁN CARLOS GUTIÉRREZ
Secretario del Juzgado de Primera
Instancia de Distrito en lo Civil
y Comercial de la 15ª Nominación,
Rosario



DRA. MARÍA FABIANA GENESIO
Secretaria de la Cámara de Apelación
en lo Civil y Comercial, Sala I,
Rosario.

Impuesto de sellos.
Tasa de Actuación
y Proporcional de Justicia:
Base Imponible para
inscribir la declaratoria
de herederos.

El art. 13 del Decreto N° 10.204/58 exige la reposición de las respectivas tasas retributivas de servicios judiciales para actuación gravada, estableciendo el rechazo por parte del funcionario interviniente de aquellos escritos que no hayan sido debidamente repuestos o, en su caso, reteniéndolos hasta que se cumplimente la obligación fiscal.

Así, dentro del cúmulo de funciones que desempeña el Secretario, la de controlar el cumplimiento de las reposiciones fiscales quizás sea la que genera mayor grado de controversia con los profesionales que diariamente asisten a sus despachos. Ello sucede, fundamentalmente, como consecuencia de verificarse, en la práctica, criterios disímiles que son aplicados ante idéntico supuesto de hecho. Esta circunstancia, inevitablemente, conduce a la confrontación entre el funcionario -que debe velar por la aplicación de las normas fiscales- y quienes resultan obligados al pago de tales erogaciones.

Tan pronto se detectan discrepancias en torno a la exigencia de la satisfacción del tributo, se originan incidencias que conspiran contra la economía y celeridad que exige la tramitación del proceso,

dado que normalmente habrá de diferirse el tratamiento de la cuestión principal hasta que el Tribunal se expida respecto del pago del sellado, sin olvidar, también, el mayor costo derivado de los gastos causídicos, que se generan a partir de la sustanciación del incidente.

Otro aspecto a tener en cuenta, en la tarea diaria de conminar el cumplimiento de las normas fiscales, es justamente la carencia de una adecuada hermenéutica que permita desentrañar sin mayor dificultad la solución para cada supuesto que se presenta. En efecto, al examinar las disposiciones del Código Fiscal (Ley N° 3456) se debe agudizar el análisis acudiendo a una interpretación sistemática de todo el ordenamiento pues muchas veces la respuesta a cada interrogante no aparece manifiesta en el articulado del Código, sino que surgirá después de conjugar principios y disposiciones contenidos en el mismo con otros que derivan de la Ley Impositiva Anual, decretos y demás normas que lo complementan.

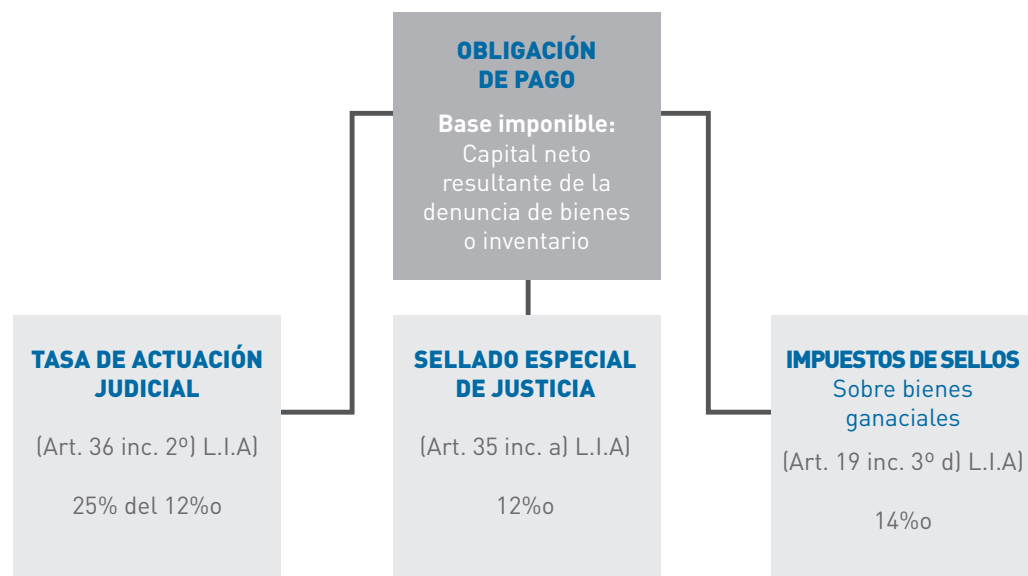
Todo ello sin soslayar la responsabilidad que la ley pone en cabeza del Actuario de controlar el cumplimiento cabal de las obligaciones fiscales. Responsabilidad

plasmada en los artículos 19, 20, 28, 30, 241 y 243 del Código Fiscal (t.o. 1997 y modificatorias) y que, además, convierten expresamente al Secretario en deudor solidario por la falta de ingreso de tales tributos a las arcas del fisco¹.

En este marco que describimos, debemos señalar que la tasa de actuación judicial, el sellado especial de justicia y el impuesto de sellos, denominados genéricamente como «sellados de justicia», deben oblargarse porque son tributos exigidos por el Estado a quienes se hallan en situaciones consideradas por la ley como hechos imponibles.

La tasa de justicia constituye una retribución en concepto de prestación de un servicio por parte de la Provincia (artículos 3 y 223 del Código Fiscal). Esto es, la retribución por prestación del servicio de justicia. El cumplimiento y su control están a cargo de hombres de derecho, tarea que -como se ha dicho- recae esencialmente en el Secretario.

El Código Fiscal de la Provincia de Santa Fe, en su artículo 223, define los servicios administrativos y judiciales retribuíbles de la siguiente manera: «Por los servicios que presta la administración o



CUADRO 1

la justicia provincial y que por disposición de este Título o de leyes especiales, estén sujetos a retribución, deberán pagarse las tasas cuyo monto fija la Ley Impositiva Anual, por quien sea contribuyente, de conformidad con el artículo 3 de este Código, salvo la disposición del artículo 3138 del Código Civil y sin perjuicio de la incidencia expresa del impuesto previsto en este Código. Salvo expresa mención en contrario, el pago deberá efectuarse en oportunidad de solicitarse la prestación del servicio...».

De tal modo, el hecho imponible es la prestación del servicio de justicia. Y los contribuyentes serán, en este caso, los actores, los demandados o terceros, los procesados; es decir, todos aquellos que exigen o reclaman la intervención jurisdiccional.

La llamada tasa de justicia que habrá de exigirse con carácter previo a la inscripción de la declaratoria de herederos y posterior transferencia de los bienes que integran el acervo sucesorio, se compone de dos conceptos: 1º) la Tasa de Actuación Judicial prevista por el artículo 35 inciso a) de la Ley Impositiva Anual (L.I.A.): «Por los juicios de valor determinado o determinable, se pagará una reposición de fojas únicas, del veinticinco por ciento (25%) de lo establecido en el artículo siguiente»; y, 2º) el Sellado Especial de Justicia, contemplado en el artículo 36 del mismo cuerpo legal que textualmente reza: «Además de las tasas de actuación que correspondan con arreglo a las disposiciones precedentes, las actuaciones judiciales que se inicien ante los Tribunales de la Provincia o ante la jurisdicción arbitral, están gra-

vados de la siguiente forma:... inciso 2) el doce por mil (12%) por: Los juicios sucesorios y de declaratoria de herederos, sobre el valor de los bienes ubicados en jurisdicción provincial, siempre que no resulte inferior al avalúo fiscal, que deberá fijarse de acuerdo con la reglamentación que, a tal efecto, establezca el Poder Ejecutivo».

A ello debemos agregar el impuesto de sellos fijado en el artículo 19 inciso 3º d) L.I.A. que establece una alícuota del 14% para la disolución de la sociedad conyugal, siendo la base imponible las normas sobre valuación de bienes que establece el propio Código Fiscal. (ver cuadro 1)

El vencimiento para el pago del tributo será de treinta días hábiles desde la

aprobación judicial de la denuncia de inventario de los bienes (aprobación tácita: regulación de honorarios).

Dentro de este panorama, e ingresando en el tema a tratar, una cuestión que suscita permanentes consultas por parte de los abogados es la que refiere a la base imponible, a los fines de la reposición del sellado de justicia en el marco del juicio sucesorio. Esto ocurre esencialmente cuando se denuncian como bienes del acervo inmuebles urbanos o rurales, existiendo un dictamen de Caja Forense que fija un monto –a los fines regulatorios- no tomando en consideración el avalúo del impuesto inmobiliario sino conforme a las alícuotas establecidas en el Acta de su Directorio N° 2988 de fecha 4 de abril de 2011, cuya entrada en vigencia se produjo a partir del 1° de junio de 2011.

El fundamento de los nuevos valores mínimos obligatorios para la determinación de activos, y/o acervos en las denuncias de bienes y liquidaciones de sociedad conyugal, a los fines regulatorios, dado por dicha institución, ha sido el considerable desfase que registran los avalúos inmobiliarios rurales y urbanos en nuestra provincia, lo que tiene una incidencia directa en los montos correspondientes a las regulaciones de honorarios.

Por el Acta del Directorio de Caja Forense N° 2988 del 04 de abril de 2011, cuya

entrada en vigencia se produjo el 01 de junio de 2011, se establecieron las siguientes pautas:

- Inmuebles urbanos: 2 veces y media el avalúo fiscal. (Ej. Valor terreno + Valor edificado x 2,5).
- Inmuebles rurales: U\$S1.500.- por hectárea. Superficie por hectárea U\$S1.500.- (a la cotización del día de despacho de caja forense).
- Terrenos baldíos: \$20.- el metro cuadrado. Superficie del terreno \$20.-

Resulta preciso puntualizar que en el ámbito de la Justicia en lo Civil y Comercial de Rosario, existe un marcado consenso a la hora de aplicar como base para la imposición de los tributos el valor fijado por la Caja Forense al acervo hereditario. Criterio que compartimos. Ello responde no sólo a la necesidad de adecuar la tributación en función de valores inmobiliarios más cercanos a la realidad, sino que deriva también de la interpretación que reiteradamente ha efectuado la propia Administración Provincial de Impuestos al tomar intervención en las incidencias donde se ha controvertido la base utilizada para calcular la tasa de justicia correspondiente a los juicios sucesorios.

La Administración Provincial de Impuestos ha dictaminado que «La base imponi-

ble para determinar dichos impuestos en este caso surge de la determinación que hace la Caja Forense respecto de los inmuebles más el 5% que le suma por los bienes muebles, todo esto de acuerdo al decreto N° 2996 del 28/9/1976, el cual vino a reglamentar la ley 7884, por la que se dispuso la derogación del Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes, y en el que en su Art. 1° dispone: «El importe de la Tasa Retributiva de Servicios... se establecerá sobre el capital neto resultante de la denuncia o inventario de los bienes activos y pasivos dejados por el causante, aprobado por la autoridad judicial pertinente. A dichos efectos, la valuación fiscal será el límite mínimo de tasación para los inmuebles declarados. La tasa mencionada será ingresada mediante reposición, que deberá efectuarse en los autos sucesorios respectivos dentro de los 30 días hábiles de la aprobación judicial de la denuncia o inventario de bienes» [Cfr. Informe N° 892/2010 del 5 de agosto de 2010 de la Administración Provincial de Impuestos – Expediente Administrativo N° 13302-0757926-5].

El organismo recaudador fiscal, en diferentes dictámenes, ha venido sosteniendo que respecto de la base imponible deberá tenerse en cuenta para el cálculo del impuesto de sellos y las tasas retributivas de servicios, siempre el «mayor valor» resultante de la comparación entre el monto que surja de las constancias de autos –consentido y aprobado por las

partes- y el avalúo fiscal que detenten el/los inmueble/s y/o bienes en cuestión. Tal idea -como vemos- deriva de la interpretación del artículo 1° del decreto 2996/76, en lo que hace a la tasa retributiva de servicios y del artículo 3° de dicho decreto, en lo que refiere al impuesto de sellos por disolución de la sociedad conyugal, el cual establece para los sucesorios, declaratorias de herederos y divorcios que la valuación fiscal será el límite mínimo de tasación para los inmuebles declarados. Hablar de un mínimo supone que de existir o configurarse un valor mayor, será este último el que se tome. Por ello, existiendo en autos una valuación mayor, corresponde liquidar los impuestos y tasas en función de ésta [Cfr. Informe N° 42/2012 de fecha 28 de febrero de 2012 de la Administración Provincial de Impuestos – Expediente Administrativo N° 13302-0801098-3].

De lo expuesto, y conforme a una interpretación integral de las normas, dictámenes y reglamentaciones señaladas concluimos que, frente a la valuación fiscal de los bienes inmuebles denunciados -hoy inequívocamente exigua, desactualizada y que, además, no constituye la base de imposición del tributo conforme lo explicado precedentemente- en el supuesto de acreditarse una valuación mayor en el expediente sucesorio como la que se origina a partir del dictamen de la Caja Forense, corresponderá liquidar los impuestos y tasas en función de ese

mayor valor dado a los bienes del acervo. Es nuestra responsabilidad -marcada expresamente por la Ley N° 3650- controlar el efectivo cumplimiento de dicha obligación fiscal ■

¹ • Artículo 19 Código Fiscal.

Terceros responsables. Están obligadas a pagar los impuestos, tasas y contribuciones en cumplimiento de la deuda tributaria de los contribuyentes en la forma y oportunidad que rijan para aquellos o que expresamente se establezca, las personas que administren o dispongan de los bienes de los contribuyentes; *las que participen por sus funciones públicas o por su oficio o profesión, en la formalización de actos u operaciones que este Código, o leyes fiscales especiales consideren como hechos impositivos o servicios retribuíbles o beneficios que sean causa de contribuciones y todos aquellos que este Código o leyes fiscales especiales designen como agentes de retención y de percepción.* Sin perjuicio de lo dispuesto precedentemente, están obligados a pagar los impuestos, tasas y contribuciones en cumplimiento de la deuda tributaria de los contribuyentes en la forma y oportunidad que rijan para aquellos o que expresamente se fijen para tales responsables, y bajo pena de sanciones de este Código o leyes especiales...»

• Artículo 20 Código Fiscal.

Solidaridad de Agentes de Retención y Terceros. Responden con sus bienes propios y solidariamente con los deudores de los impuestos, tasas o contribuciones, y si

los hubiere con otros responsables, sin perjuicio de las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas:

1) Todos los responsables enumerados en los cinco primeros incisos del Artículo anterior, por incumplimiento de cualesquiera de sus deberes impositivos, salvo que demuestren que el contribuyente los haya colocado en la imposibilidad de cumplir correcta y tempestivamente con su obligación. 2) Sin perjuicio de lo que el inciso anterior dispone con carácter general, los síndicos o liquidadores de las quiebras y concursos que no hicieren las gestiones necesarias para la determinación y ulterior ingreso de los impuestos, tasas o contribuciones adeudadas por el contribuyente, por períodos anteriores o posteriores a la iniciación del juicio, derivadas de situaciones que le sean conocidas, por aplicación de principios de auditorías vigentes. 3) Los agentes de retención por el impuesto que omitieron retener o que retenido dejaron de pagar a la Administración Provincial de Impuestos dentro de los términos establecidos para ello, si no acreditaren que los contribuyentes han pagado el gravamen, y sin perjuicio de la obligación solidaria que para abonarlo existe a cargo de éstos desde los vencimientos estipulados, además de lo establecido en el Título VIII, Libro I de este Código. 4) Los obligados y responsables de acuerdo con las disposiciones de este Código o leyes

especiales, lo son también por las consecuencias del hecho u omisión de sus factores, agentes o dependientes, incluyendo las sanciones y gastos consiguientes.»

• Artículo 28 Código Fiscal.

Deber de información de funcionarios públicos. Todos los funcionarios y empleados de la Provincia o de los Municipios, están obligados a comunicar a la Administración Provincial de Impuestos, con o sin requerimiento expreso de la misma, dentro de quince días de conocerlos, todos los hechos que lleguen a su conocimiento en el desempeño de sus funciones públicas específicas, y que puedan constituir o modificar hechos imponibles salvo cuando se lo prohíban otras disposiciones legales expresas. Comprobado alguno de los hechos a que se refiere el presente, el empleado que, debiendo conocerlo por el cargo, no lo comunicó oportunamente, se hará pasible de sanción.»

• Artículo 30 Código Fiscal.

Constancia de Cumplimiento. Ningún escribano otorgará escrituras y ninguna oficina pública o Juez realizará tramitación alguna con respecto a negocios, bienes o actos, relacionados con obligaciones fiscales, cuyo cumplimiento no se pruebe con certificación de

la Administración Provincial de Impuestos.»

• Artículo 241 Código Fiscal.

El actuario deberá confeccionar en el respectivo expediente en todos los casos y sin mandato judicial ni petición de parte, una liquidación de la tasa proporcional de justicia, sellado, estampillas profesionales y demás gravámenes creados por esta ley que se adeudaren en el expediente. La liquidación será puesta de manifiesto en la oficina por el término perentorio improrrogable de tres días, pasado el cual el juez la aprobará de oficio o reformará si fue bien observada por las partes durante el manifiesto. El auto mandará intimar al deudor el pago dentro de cuarenta y ocho horas bajo apercibimiento de que si no paga sufrirá ipso facto una multa del décuplo.»

• Artículo 243 Código Fiscal.

En los casos del Artículo 241 el actuario deberá expedir testimonio de la planilla aprobada y constancia de las multas en que haya incurrido el deudor por falta de pago, todo lo cual remitirá dentro del tercer día a la Administración Provincial de Impuestos o a sus oficinas de la jurisdicción del Juzgado para que confeccione el título para el apremio que prescribe este Código. El incumplimiento de esta obligación convierte al actuario en deudor solidario.»



DRA. MYRIAN HULJICH
Secretaria del Juzgado de Primera
Instancia de Distrito en lo Civil
y Comercial de la 18ª Nominación,
Rosario



DR. RICARDO LAVACA
Secretario del Juzgado de Primera
Instancia de Distrito en lo Civil
y Comercial de la 17ª Nominación,
Rosario

Organización y Gestión Judicial en Fuero Civil

Para empezar este trabajo debemos primero decir sin tapujos que la organización y la gestión debe darse -como siempre- desde el ejemplo de las autoridades del Juzgado hacia abajo en el organigrama jurisdiccional, que palabras como consenso, practicidad unidad y grupo de trabajo, soluciones, metodología, sean términos comunes en el Tribunal.

Definir y conceptualizar va a servir para identificar el rumbo hacia donde queremos llevar nuestra labor como Actuarios diariamente -nada fácil por cierto- si dentro de un Tribunal desorganizado y caótico, o por el contrario, en un lugar en donde se pueda trabajar codo a codo, dando a cada uno lo que le corresponde, es decir, ser parte verdaderamente de un sistema que hace justicia real y no sólo formal.

Este trabajo no tiene como finalidad tocar todas las aristas de nuestra labor como Secretarios, sino ser un puntapié para compartir experiencias y soluciones prácticas, llevadas a cabo por muchos de nosotros como opción irremediable para conseguir la meta final.

Para encauzar esta muestra de ideas identificaremos los conceptos básicos, a nuestro entender:

Gestión. Acción y efecto de gestionar. Acción y efecto de administrar.

Organización. Acción y efecto de organizar u organizarse. Asociación de personas regulada por un conjunto de normas en función de determinados fines. Disposición, arreglo, orden.

Eficiencia. Capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado.

Eficacia. Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.

Gestionar. Hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera.

Administrar. Ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes. Desempeñar o ejercer un cargo, oficio o dignidad.¹

Además de estas definiciones, existen otros conceptos que pueden utilizarse en cada organización y que se encuentran a veces en conflicto, otras veces desarticulados, la mayoría de ellas en un supuesto ajuste que no es más que parte de una ideología.

Uno, es el de organización manifiesta, la formal que surge del organigrama de cargos y competencias legales.

Otro, es el de organización informal que sus miembros conocen y perciben como real, y que discrepa siempre con la primera.

El tercero es la organización comprobable por un investigador externo, que no coincide en sus apreciaciones con lo que resulta del primero y segundo concepto, ya que toma en cuenta la organización manifiesta o formal, la supuesta por los que en ella actúan, y la informal o no oficial, que observa desde un punto de vista externo, a través de resultados comprobables de las acciones desarrolladas.

El último concepto es el de organización requerida, el modelo ajustado a ciertos objetivos formulados por la organización o por los centros externos de poder social, si es que presta un servicio a la comunidad o ésta se interesa en la organización

En el Congreso Internacional de Derecho Procesal de 1950, realizado en la ciudad de Florencia (Italia), Piero Calamandrei señalaba una «limitación» de la doctri-

na procesal civil: «*su excesivo acento en los conceptos, los principios y las normas procesales; y, en contrapartida, su descuido acerca de los órganos y las personas encargados de aplicar tales principios y normas*».

Hoy podríamos afirmar que esos temas -otrora tal vez descuidados- en la tarea diaria como Jefes de Personal del Juzgado, empiezan a tener cierta consideración para nosotros.

Vemos cómo el sistema jurídico se «expande», sobre todo la competencia en el fuero civil y comercial, ya que hay más derechos subjetivos y, consecuentemente, existen mayores presiones para que el Poder Judicial responda a problemas jurídicos y sociales tan complejos como en permanente crecimiento, a veces sin contar con todas las herramientas.² Por otro lado, existe una inercia característica de la organización y de la cultura judicial corriente («rutinas institucionales»), que se constituye en una dificultad adicional, no sólo para la implementación de las reformas procesales,³ sino también para promover nuevas estructuras y valores organizacionales⁴.

Como parte de nuestra experiencia profe-

sional en los años que tenemos en el Poder Judicial de la Provincia y con el camino que hemos recorrido en otras ciudades (Venado Tuerto y Villa Constitución) -previamente a nuestro desempeño como funcionarios en Rosario- podemos hacer un compilado de pequeños *tips* administrativos para tender al mejor funcionamiento de los Juzgados que componen el Fuero Civil y Comercial, sin dejar de aclarar que existen realidades laborales y funcionales en las distintas localidades que componen el Poder Judicial, que no son iguales a las de nuestra ciudad:

- a) Detectar los problemas jurídicos y extra jurisdiccionales.
- b) Ponerlos en la mesa de trabajo de todos.
- c) Hacer un plan para erradicarlos de manera permanente.
- d) Que ese plan sea integral con el grupo de trabajo para que todos estemos concientizados y seamos responsables de las soluciones.

Ya en detalle podemos agregar:

- e) Llevarlo a la práctica con convencimiento.

f) Destruir el material jurisdiccional inutilizable o que el tribunal estime para ese fin.

g) Archivar expedientes que estén paralizados y/o terminados que no tengan movimiento alguno durante los dos últimos años o un año, según sea el caso, sin contar el año en curso mediante la pc.

h) Devolver a los Síndicos la documental y los informes individuales una vez utilizados.

i) Mandar a encuadernar los protocolos de autos y sentencias, previa confección del índice alfabético por duplicado.

j) Remitir los protocolos de autos y sentencias todos los años y luego enviarlos al Archivo General de Tribunales.

k) Devolver documental y pliegos en general a las partes, previo libramiento de orden de pago.

l) Chequeo mixto: manual e informático realizado por todos los integrantes del Juzgado.

m) Cambios de radicación: Los días viernes los Juzgados deben (es un derecho

para mantener la compensación) informar a la Mesa de Entrada Única, por duplicado, la nómina de expedientes que recibió de otros Juzgados por recusación, excusación, acumulación, prórroga, fuero de atracción o cuestión de competencia.

n) Los expedientes que los juzgados piden *ad effectum videndi* -como medio de prueba documental- **no** pasan por la MEU, **no** los caratula el juzgado, se cargan como escrito relacionado en la opción 1-24, se reservan en un casillero especial y oportunamente se devuelven al Juzgado de origen, que tiene a su cargo el archivo.

ñ) Las copias de legajos de las ejecuciones se deben agregar al principal, una vez vueltos los mismos al Tribunal. No debe ponérsele un número nuevo de expediente (art. 484 CPCC).

En las anotaciones del expediente se registra que fue elevado a Cámara (9-408) sin cambiar la ubicación física. Se debe registrar que se armó legajo de copias en la anotación correspondiente (9-36).

Nada de lo expuesto anteriormente es gracioso ni divertido, pero sí necesario para que podamos desarrollar nuestra

tarea profesional de una manera natural, dedicados a ser los profesionales del derecho en los que los jueces puedan confiar, hacia adentro, con el personal y, hacia afuera, con los curiales que ejercen la profesión ■

«Todo es darse cuenta, tener ganas, encontrar la forma.»

TORIBIO ENRIQUE SOSA

¹ Diccionario de la Real Academia Española.

² VARAUT, JEAN-MARC, *«El derecho al derecho»*, Buenos Aires, 1989, p. 97.

³ Esto quedó manifiesto en la III Jornada de Profesores realizada por la Asociación Argentina de Derecho Procesal, en la Provincia de San Juan en el mes de noviembre de 2008.

⁴ OTEIZA, EDUARDO, *«Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente»*, organizado por la Asociación Internacional de Derecho Procesal en noviembre de 2008, en la ciudad de Valencia (España).



DRA. MARÍA LAURA MARTÍNEZ
Secretaria del Juzgado de Primera
Instancia de Distrito en lo Laboral
de la 5ª. Nominación, Rosario

Los socios vitalicios

El Jefe

–Pasame más diario –dijo Yago al Jefe. El fuego no iba a encenderse nunca, ya no era época para la parrilla, pero la garrafa se nos había acabado una semana atrás.

Pederneschi decía que iba a recibir un dinero de sus parientes de Italia y que con eso se solucionaría lo de la garrafa. Pero el dinero –lo sabíamos– no llegaba nunca: cumplía la función de relevarlo de buscar trabajo.

Salíamos todos los días. Pasábamos por el kiosco a mirar los clasificados, después iniciábamos el ritual de la derrota: una cola de una o más cuerdas compuesta por un cuarenta por ciento de fracasados, un treinta de hombres y mujeres jóvenes con buena presencia, un veinte de «niños bien» en conflicto con sus padres, un diez de nuevos profesionales a la deriva.

Estábamos entre el cuarenta por ciento: nos ofrecíamos tanto para *delivery*, serenos, porteros de edificio, como para telefonistas, administrativos o vendedores de lanchas. El grupo de jóvenes con buena presencia era mutante: chicas bien vestidas, uñas prolijas; chicos de corte de pelo moderno, todos con conocimientos de inglés y computación. Los «niños bien», si hacía frío o llovía no salían a

buscar trabajo. Y los profesionales no hablaban con nadie, a veces hacían cola un par de horas y se iban.

El Jefe ya casi no salía. No le decíamos nada. Le debíamos el estar ahí, tener casa y comida. Él había decidido la ocupación del club, después de estudiar la situación legal; había dispuesto las normas de organización, que aceptábamos y respetábamos.

Nuestra vida en el club era provisoria, pero era la única que teníamos. Era cierta el agua que nos mojaba los pies esa noche. Pero era mejor que la intemperie y así estábamos acompañados hasta que pudiéramos enderezarnos.

Entonces volvíamos al mediodía, en verano con sed y gusto a sal, después de haber olido los asados de los albañiles, y deseado los daiquiris de las señoras que pasean sus perros por los bares de la ciudad. Ahora –en el invierno– con voracidad por un plato caliente: ravioles con estofado, una sopa.

–No hay más –dijo el Jefe.

El Mono

–¿Y cómo hago? Esto no prende. Vamos a comer a las tres de la mañana –dijo Yago.

–Vos sos el encargado. Deberías tenerlo

previsto –dijo el Mono.

–No sé a quién le tocaba hoy, pero los chicos tienen hambre. Vos, Mono, hacé algo, no los quiero llevar otra vez a lo de mi tía –dijo Mirta, mientras untaba panes con picadillo.

Los chicos comieron los panes y el Mono y Pederneschi seguían con el truco.

El Mono hacía lo que podía. Con el truco había desarrollado un refugio eficaz contra la balacera de Mirta. Miré las brasas agonizantes sabiendo que no iba a haber cena. Los chicos corrían alrededor de la sombrilla de *Sprite* que servía de paraguas y de sarcasmo: no era verano, no había sol, no podíamos comprar una *Sprite*.

Silvio

Sin cena y con el frío iba a ser más difícil dormir. Desde que mi mujer se había ido me costaba más. Los primeros días la llamaba, aunque no la extrañaba, no le perdonaba que se hubiera llevado a Santi sin decirme nada; ella decía que allá tenía un futuro, que su hermana la podía ayudar, y que apenas ahorrara unos pesos me lo traería; que estaba lindo y ya dibujaba muñecos con dedos y pantalones. Del desalojo no le conté nada. El Jefe me había aconsejado así, por si había alguna esperanza de volver.

Después empezó a atender la hermana, y yo gastaba mucha plata en llamadas. Así que en lugar de llamarla para que me explicara que allá tenía un futuro empecé a tratar de entenderlo yo. Y a Santi podría verlo si me salía algo en el hipódromo, podría ir en tren en las vacaciones y ayudarle a buscar una buena escuela.

Faena

Mientras Yago trataba de avivar el fuego, mirábamos a Zoca amamantar. *Trasmiten una paz oceánica*, dijo Faena.

A Faena le gustaba decir cosas como esa, lindas y complicadas. Las decía con impunidad, como si fuera lo más natural del mundo decirlo una noche como esa, en medio del frío y la lluvia, el fuego que no se encendía, Pederneschi que seguía prometiendo lo de la garrafa, el Jefe que no había podido comunicarse con el síndico. Le habíamos puesto Alan Faena porque decía esas cosas.

–Pero ése es un tipo de la moda –había protestado Yago.

–Por eso, cuando se pongan de moda esas frases, él pasa al frente como Alan Faena –determinó el Jefe.

Zoca y Pederneschi

Zoca acostó al bebé. Pederneschi apoyó la cabeza en sus rodillas y ella le acariciaba la frente. No sabíamos cómo era la historia entre esos dos. No sabíamos si

ella tenía permiso de residencia, ni de su pasado, ni si el chico era de Pederneschi. Pero Mirta la había aceptado, eso bastaba. Al principio lo habíamos hecho por Pederneschi, pero después le tomamos cariño. Y un bebé era como una promesa que todavía podía cumplirse.

Me gusta, es decorosa, me había dicho Faena una vez. Lo único que nos faltaba, le dije, *un quilombete sentimental. No jodamos con eso, ya tenemos bastante de todo*. Me contestó que era *una opinión desde el punto de vista contemplativo*. Pero yo lo conocía bien y no le creí. Para contemplar uno iba al balneario o a la peatonal. Pero no se mira a la mujer de un amigo.

Yago

–Silvio, andate hasta lo del viejo y pedile diarios, y si tiene algo de alcohol –me pidió Yago.
–¿En qué sentido? –pregunté.

–Alcohol etílico, –digo– para el fuego, mirá si vas a ir a las diez de la noche a pedirle whisky escocés, y ya que estás algo para la sobremesa también y el *Corriere della Sera*. Dale, nene, andá, dale.

–No me da más la cara. Y el viejo no se enoja nunca, eso es peor. Preferiría que me dijera *andate a la mierda*, o que no atendiera. Qué se yo. Pobre viejo.

Mirta

–Y si no tiene con quién hablar –dijo Mir-

ta- lo mejor que le puede pasar es que vayas vos y le pidas algo; él te cuenta que no ganó a la quiniela y que el ferretero tiene la vereda que es un desastre; y vos traés más diario, un poco de alcohol y vemos qué pasa con el fuego. Y vos, Yago, ¿así andás con las mujeres? No pegás una entonces.

Escuché los últimos ecos de las voces que se perdían en la noche con el punto del foquito y la sombrilla de *Sprite*. Salí del club. Levanté el cierre de la campera y me peiné con los dedos. Caminé hasta lo del viejo.

Me apoyé en la reja y encendí un cigarrillo.

No había luz en la casa, el viejo no estaba o dormía. Casi seguro dormía. Cualquiera –fácilmente– podría saltar la verja y entrar por el patio, sacar lo que quisiera, y hasta entrar en la casa. El viejo ni se enteraría.

La llovizna ondulaba en ráfagas plateadas.

Pasó el 110 con tres pasajeros. Uno era un chico con auriculares, me miró hasta que nos perdimos de vista. Pensé que ése iba a ser el único cruce de nuestras vidas, en cuántos cruces de esa clase componen una vida. Eso era una frase para Faena y no tenía para anotar.

Apagué el cigarrillo en la vereda. Toqué el timbre y esperé. El viejo se asomó por detrás de la cortina floreada, abrió la puerta, me sonrió.



DRA. MARÍA GABRIELA ROMÁN
Secretaria Penal, Juzgado de Primera
Instancia de Distrito de Menores
de la 1ª Nominación, Rosario



DRA. MARIELA VERÓNICA OLIVA
Secretaria, Oficina de Certificaciones,
Distrito Judicial N° 2, Rosario

La función básica
del Secretario.
Antecedentes
históricos.

Ante mí...

Ya se ha advertido que la figura actual del Secretario se ha incrementado en importancia y volumen, pero es nuestra intención avocarnos a aquella tarea, si bien primigenia y antigua, que ha trascendido las épocas, y tal es la labor como «certificante o fedatario del proceso», con sus consiguientes diferenciaciones.

La función básica del Secretario Antecedentes históricos

Cuando se trata de buscar los orígenes del Secretario y de la fe pública, tenemos que remontarnos a los antecedentes que existen de la figura de los Notarios y, por tanto, a la Edad Media. No obstante, su origen histórico, se remonta a los pueblos más primitivos cuando aparecen los signos de la escritura. Sin embargo, va a ser con el Derecho Romano cuando esta figura quede realmente plasmada.

En Roma se conocían los *escribanos* o *escribas*, título común que se daba a todos los que sabían escribir, recibían además otros nombres como *notarii*, *actuari* y *charlutari*, según escribieran por medio de notas o minutas, tablillas o actas

públicas o custodiaran los instrumentos de carácter público, aunque al no disponer de la facultad de documentación no podemos hablar de un antecedente inmediato del Secretario, a excepción del actuari que era el redactor de las actas públicas.

En los pueblos germánicos existían las figuras del *referendarius* y del *cancellarius* que, aunque al principio eran colaboradores de los jueces, más tarde pasaron a tener competencias propias, ya que el *referendarius* intervenía en los tribunales del Rey cuidando los documentos reales, y el *cancellarius* era un cargo creado como escribano judicial, para que estuviera siempre presente en el Tribunal y cuidara de los documentos.

Pero la figura del Secretario va a ser realmente introducida en el año 1216 con el Derecho Canónico por una Decretal de Inocencio III, *De probat*, en la que se recoge »Para que la falsedad no perjudique la verdad o la maldad prevalezca sobre la equidad, establecimos que tanto en el juicio ordinario como en el extraordinario, el juez presente siempre una persona pública o dos personas idóneas que fielmente suscriban todos los autos del juicio, señalando lugares,

tiempos y personas». Con este precepto, se introduce en el proceso la facultad de documentación -a través del Secretario- como garantía para que prevalezca siempre la verdad y la equidad.

En nuestro sistema santafesino todas las actuaciones llevan la intervención del actuari. Esta autorización encuentra su fundamento en la función fedataria.

Desde esta órbita interviene en la recepción de todos los actos y diligencias que se presentan en el tribunal, convirtiendo de este modo a los -escritos presentados por las partes o terceros- en verdaderos instrumentos públicos que se integran al proceso.

Entre la normativa existente, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe N° 10.160 expresamente dispone cuáles son las atribuciones y deberes de los secretarios, como así también la responsabilidad en que incurren en caso de incumplimiento de los mismos, más allá de sus funciones como fedatarios y conductores del procedimiento.

El Secretario Judicial es miembro del órgano jurisdiccional; es decir, forma parte de los Juzgados y Tribunales de justicia,

a quienes se atribuye la potestad jurisdiccional en la Constitución. La potestad jurisdiccional consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; sobre este orden de ideas, para juzgar rectamente es necesario -como paso previo- dotar de seguridad jurídica y ordenar adecuadamente los actos procesales que conforman el juicio debido, a que todos tienen derecho.

De las facultades que componen la potestad jurisdiccional, la documentadora (fe pública judicial) corresponde a quienes son Secretarios.

La **fe pública** judicial es la potestad del Estado que tiene por finalidad dotar de seguridad jurídica a los actos procesales (dimanantes del órgano judicial o producidos por las partes del proceso o quienes tengan interés legítimo), principio reconocido constitucionalmente. El logro de la seguridad jurídica o certeza del derecho está en relación de medio a fin con la cosa juzgada, de manera que ambas se encuentran indisolublemente unidas. La finalización de la controversia procesal mediante resolución firme, goza a su vez de la presunción de verdad de lo acontecido y ello se logra con la actuación del secretario judicial, siendo éste *«el único funcionario competente*

para dar fe con plenitud de efectos a las actuaciones judiciales». La plenitud de la fe pública en los actos en que la ejerza el Secretario no precisa de la intervención adicional, como podría ser el caso de presencia de testigos.

Al decir de Giménez Arnau, la fe pública es la *«función específica, de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos y actos sometidos a su amparo»*. Es la calidad de que gozan determinados documentos, suscriptos por funcionarios, cuyas aseveraciones -cumplidas determinadas formalidades- tienen la virtud de garantizar la autenticidad de los hechos narrados y, por consiguiente, se encuentran garantizadas su validez y eficacia jurídica. Reposa entonces en la conjunción de determinados requisitos: la existencia de un autor material del documento, que es el sujeto investido por el estado de la posibilidad de «dar fe» de los hechos que pasan en su presencia y que la materialización de tales actos se concrete dentro de un marco de solemnidad donde la forma es impuesta por la ley, siendo tales documentos de carácter público.

La **fe pública judicial** se plasma en documentos, instrumentos o soportes mate-

riales, en los que se deja constancia de la autenticidad e integridad de lo acontecido, emitido o recibido en el Juzgado o Tribunal, de tal modo que la fe pública judicial no podría ejercerse sin *la facultad de documentación* que se atribuye, en el art. 174 de la LOPJ, al Secretario Judicial.

El Fedatario del órgano judicial no documenta tan sólo actos de parte o de aquellos que ostenten interés legítimo, sino también actos procesales del Juez o Magistrado, autorizándolos con su firma. Esta intervención no tiene carácter de supervisión en cuanto a la corrección de la aplicación que del Derecho se haga en la resolución que se autentifica, pero sí dota de legalidad formal a las providencias, autos y sentencias en cuanto otorga la seguridad jurídica atinente a su autoría, lugar, fecha e integridad de su contenido, dotando a la resolución de la certeza necesaria para dejar instituido, sin lugar a dudas, cuál es la declaración de voluntad del Juez o Magistrado en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, en un lugar y fecha determinados.

El secretario da fe de lo actuado en actas que tienen por objeto la realización de un acto o un hecho con trascendencia procesal, dejando constancia de inter-

venciones de parte -acreditando como se produjeron- las peticiones, manifestaciones y, en su caso, la resolución del Juez o Magistrado.

El acta de las actuaciones orales es la modalidad de documentación más relevante y donde la fe pública judicial despliega toda su virtualidad, pues en ella se plasma la prueba que se va practicándose en el proceso, encaminada a demostrar los hechos alegados por las partes o, en la jurisdicción penal, averiguados de oficio por el Tribunal, ya que a través de aquella quedará patente lo sucedido, no sólo para los interesados, sino también para el propio órgano judicial y, sobre todo, a los efectos de valoración ulterior en sede de apelación, casación o jurisdicción constitucional.

Los fedatarios están sujetos en forma directa y personal a responsabilidad desde el punto de vista civil, administrativo y penal, pudiendo encuadrar el incumplimiento de las innumerables obligaciones, no sólo en sanciones disciplinarias sino también en una causal de destitución.

El Secretario -al intervenir en actuaciones no jurisdiccionales- certifica, no trata de autenticar el *contenido* del acto

sino de dar fe acerca de la identidad de las personas que firman un documento, o bien de que se lo ha exhibido y que el mismo es idéntico al que obra ante él.

Miguel Montoro Puerto define a la certificación como «*documento en el que bajo la fe y palabra de la persona que la autoriza con su firma, se hace constar un hecho, acto o cualidad, a fin de que pueda surtir los correspondientes efectos jurídicos, es una función de la fe pública derivativa, en cuanto se acredita un hecho ya producido o el contenido de otro documento preexistente*».

Autenticar es autorizar jurídicamente alguna cosa que se relaciona con la certificación que implica un documento que, según su origen público o privado, hace plena prueba respecto de los terceros en cuanto a la veracidad de un acto o hecho. Así que también en este ámbito habrá de ser necesario distinguir cómo se narrará lo que ha pasado por ante el oficial público, y lo que las partes le expresan.

Entre las normas que indican cuáles son las responsabilidades de los Secretarios, la función autenticadora, surge de los arts. 174 inc. 4 y 20 de la LOPJ, arts. 49 y 54 CPCC y más específicamente de

la ley Provincial 8703/80 creadora de las Oficinas de Certificaciones en Santa Fe y Rosario, otorgando al Actuario **facultades** de fedatar **actos no jurisdiccionales**; de la Acordada n° 52 punto 7 del 13.12.2000, que establece la creación de los turnos vespertinos para certificaciones y del reglamento de la Secretaría de Certificaciones aprobado por Acuerdo 6.11.85 Acta N° 175 punto 1 y sus modificatorias, que, en su art. 4 determina las facultades de quienes son fedatarios de actos no jurisdiccionales. Las funciones primordiales están establecidas en el *inc. a)* de ese art. «Certificar la autenticidad, previo cotejo con los originales *de toda copia o fotocopia de documentos de cualquier naturaleza que les fuesen presentados a tal fin*» y del *inc. b) Certificar, previa acreditación de identidad del firmante, las firmas estampadas en su presencia, en formularios del Registro Nacional de la Propiedad Automotor; de las Cajas de Jubilaciones y Pensiones y cualquier otro ente con fines previsionales; en documentos a presentar ante la Caja de Asistencia Social Lotería de Santa Fe; en los que se autoriza a menores de edad a viajar fuera del país; en los que se instrumentan contratos de compraventa; en los actos de asambleas de clubes, asociaciones u otro tipo de sociedades y,*

en general, en todo caso en que tal facultad esté conferida por leyes provinciales o municipales a autoridades judiciales u otros funcionarios públicos.

El documento certificado por el fedatario se considera instrumento público, según los alcances del art. 979 inc. 2 del Cód. Civil, sólo en lo atinente a la identidad de los firmantes y no al contenido desarrollado, independientemente de la obligación del funcionario de observar *prima facie* si el contenido del acto es portador de juridicidad, es decir, si se encuentra dentro de la normativa imperante, pues no podrán autenticarse firmas, por ejemplo, en una compraventa que tenga por objeto uno prohibido, siendo además indispensable que el acto sea trascendente jurídicamente. Estos presupuestos determinarían la admisibilidad del trámite a realizar.

En cuanto a las copias y testimonios de los documentos públicos o emanados de otras autoridades, no se da fe sobre el contenido del documento, pues existen otros medios para lograr dicho alcance, y deberán ser ventilados en el ámbito jurisdiccional; pero, a modo de control de admisibilidad del trámite, habrá que observar cautelosamente sus caracte-

rísticas de autenticidad, comprobando si cuentan con las medidas de seguridad establecidas para cada tipo de documento, (por ejemplo los respaldos notariales o documentación automotor, que al ser sometidos a luz ultravioleta, reaccionan demostrando signos no visibles que permiten advertir su legitimación). Esta labor se realiza, a fin de no caer en las redes del engaño y dar andamiaje a un posible acto delictual comprendido, entre otros, en el art. 292 del Cód. Penal y que podría generar graves consecuencias al ser presentado jurisdiccionalmente. Además, en estos últimos deberá encontrarse presente la firma ológrafa de las partes (art. 1012 CC) o su equiparación con la denominada firma digital (ley 25506) sin las cuales no se configurará ninguna clase de instrumento, salvo en aquellos casos en que el Código de Comercio admita la existencia de documento aun sin firma, como puede serlo, por ejemplo, el caso de una factura, pues la estampa realizada con un sistema de copia o escáner carece de los requisitos que prevé la normativa y no podrá ser considerada válida a los efectos de la certificación.

Al certificar firmas ocurre similar situación. Previo confronte de los documen-

tos idóneos para acreditar la identidad de los peticionarios, se establece una fuerte presunción de autoría de las mismas, mas el funcionario sólo se limita a corroborar la identidad del firmante y no el contenido del documento, aunque habrá situaciones en las cuales no podrá procederse a la certificación por su contenido, pues corresponde a actos que deben dilucidarse jurisdiccionalmente (por ejemplo, declaraciones juradas de concubinato que deben tramitarse en sede judicial).

El norte a tener en cuenta en las certificaciones no jurisdiccionales es la seguridad jurídica, por lo que todo instrumento en el que intervenga el fedatario deberá ser cuidadosamente controlado a tales fines, pues la fe pública se traduce en la confianza colectiva que se tiene en los documentos como instrumentos destinados a probar un hecho, porque emanan de las instituciones creadas por el Estado, debiendo extremarse tal cuidado en estos actos toda vez que puedan implicar -como hemos dicho según la legislación vigente- no sólo responsabilidad civil sino también y, eventualmente, responsabilidad penal para el fedatario. Según la reglamentación vigente, (vide Acta N° 175 punto 1, inc. b) se certifica el

contenido en aquellos casos de transcripciones fieles de las actas que se presenten al Secretario y, previo cotejo de la misma, se expide un testimonio donde aquél afirma y da fe de que cada uno de los términos que allí se expresaron es fiel del original que se ha tenido a la vista.

Otro tópico a tener en cuenta es que la fe pública no es absoluta y es atacable por vía de redargución de falsedad, que sólo procede en principio cuando se impugnan aquellos hechos en los que el oficial público dice haber realizado, o que han ocurrido en su presencia. Será necesario determinar el valor probatorio del instrumento en cada una de sus partes, pues cada una de ellas tiene su propia virtualidad. Habrá que distinguir los *hechos* que han pasado en presencia del oficial público o que él mismo hubiere realizado (ejemplos: lugar, fecha, identidad de las partes y su presencia) que gozan de plena fe, de la *sinceridad de las manifestaciones* vertidas por los intervinientes en el acto, donde la fe sólo puede alcanzar al hecho de haberse formulado tales manifestaciones ante el oficial, mas no a la exactitud de las mismas, de cuya veracidad no puede dar fe el oficial, salvo que conociere su insinceridad. Estos hechos, en principio, gozan de presunción

de autenticidad, pudiendo ser impugnados a través de la acción de simulación o fraude, y no a través de la redargución de falsedad.

Es decir, la fe brindada por el funcionario lo será respecto de la verdad material, de los actos cumplidos en su presencia y no de la realidad o sinceridad de esa verdad material expresada por las partes, que en caso de ocultamiento bastará con el simple desconocimiento, quedando librado a la prueba que pueda producirse en contrario (C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala I, 19-3-91) «Lanza di Casalanza, Hugo c. s/ incidente de redargución de falsedad en autos Lanza di Casalanza c/ Club San Lorenzo s/ incumplimiento de contrato».

Atento lo hasta aquí expresado, no cabe duda de que la conclusión a la que indefectiblemente se arriba es que a los Secretarios nos son propias las funciones de fedatarios públicos, siendo asimismo los colaboradores directos del juez, aun en aquellos casos en que se procede sencillamente a certificar. Organizamos la labor diaria de un juzgado conforme a las pautas establecidas en las normas legales y por los propios magistrados, por lo cual debemos contar con la capacidad necesaria para detectar situaciones irregulares y atender tanto a lo urgente como a lo importante.

En un Estado de Derecho es necesaria e imprescindible la fe pública judicial, y de esta forma lo recoge la Constitución cuando se garantizan principios fundamentales para el derecho, entre ellos el de seguridad jurídica, convirtiendo *nuestra* intervención en una de las garantías procesales más importantes al actuar como fedatarios públicos.

Por ello remontando la historia de que el Secretario aseguraba con su firma que el juez había proveído o resuelto ante él («ante mi...») y era una suerte de fedatario especializado en atestiguar la autenticidad de las firmas y la autenticidad de los testimonios de las resoluciones adoptadas por el juez, defendamos orgullosos esta generosa función de ser el engranaje esencial del funcionamiento jurisdiccional ■

«El precio de la grandeza es la responsabilidad»

WINSTON CHURCHILL

• BORDA, GUILLERMO A. *Tratado de Derecho Civil. Pte. General*, Duodécima Edición Actualizada. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999.

• DORO URQUIZA, MARIA EUGENIA. «Certificación de firmas en el ámbito registral del automotor» en www.infojus.gov.ar

• GARRONE, JOSÉ ALBERTO. *Diccionario jurídico Abeledo Perrot*, Tomo I y Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986.

• GHERSI, CARLOS ALBERTO. *Prueba en el derecho de daños*. Buenos Aires, Novatesis, 2009.

• GHERSI, CARLOS ALBERTO. *Nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires, Ed. Universidad, 2005.

• PEYRANO, JORGE W.; EGUREN, MARÍA C. *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe (Doctrina y jurisprudencia)*, 1era Edición. Novatesis Editorial Jurídica, Rosario, 2002.

A black and white photograph of a classical statue, likely a female figure, shown from the chest up. The statue has a serene expression, looking slightly upwards and to the right. Her hair is styled in large, tight curls. She is wearing a draped garment with a decorative floral or scrollwork element at the neckline. The lighting is dramatic, highlighting the contours of her face and the texture of the stone. The background is a plain, light color.

NOMBRAMIENTOS

NOMBRAMIENTOS

Funcionarios Titulares de Rosario y Zona Sur (Período 01-07-11 Al 31-07-12)

APELLIDO Y NOMBRE	Nº DEC.	FECHA NOM.	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Alessio, Laura	1146/11	12/09/11	Juz. Civil, Com. y Lab.	San Justo
Dalla Fontana, Santiago	1794/11	04/10/11	Cámara Civil, Com. y Lab.	Reconquista
Candioti, Gabriel	2299/11	22/11/11	Juz. Correcc. 1 ^{ra} . Nom.	Santa Fe
Mascheroni, María Amalia	2299/11	22/11/11	Juz. Sentencia 2 ^{da} . Nom.	Santa Fe
Pegassano, Jorge	2299/11	22/11/11	Juz. Instrucción 1 ^{ra} . Nom.	Santa Fe
Fiz, Cristian	2299/11	22/11/11	Juz. Sentencia 3 ^{ra} . Nom.	Santa Fe
Falkenberg, Nicolás	2299/11	22/11/11	Juz. Instrucción 2 ^{da} . Nom.	Santa Fe
Nisnevich, Norberto	2299/11	22/11/11	Juz. Sentencia 1 ^{ra} . Nom.	Santa Fe
Carraro, Sergio	2299/11	22/11/11	Juz. Instrucción 6 ^{ta} . Nom.	Santa Fe
Luna, Susana	2299/11	22/11/11	Juz. Instrucción 4 ^{ta} . Nom.	Santa Fe
Ercole, Elido	553/12	13/03/12	Juz. Civil Com. y Lab. 1 ^{ra} . Nom.	Rafaela
Alvarez Tremea, María	553/12	13/03/12	Juz. Civil Com. y Lab. 4 ^{ta} . Nom.	Rafaela
Azvalinsky, Alejandro	554/12	13/03/12	Trib. Colegiado Flia.	Santa Fe
Boleas, Silvina	554/12	13/03/12	Trib. Colegiado Flia.	Santa Fe
Herz, Mariana	554/12	13/03/12	Trib. Colegiado Flia.	Santa Fe
Valenti, Sandra	661/12	22/03/12	Juz. Correcc. 6 ^{ta} . Nom.	Santa Fe
Silva, Luis	661/12	23/03/12	Juz. Instrucc. 3 ^{ra} . Nom.	Santa Fe
Cracogna, María Luz	1510/12	19/06/12	Juz. Laboral	Reconquista
Marchese, Juan Carlos	1510/12	19/06/12	Juz. Circuito Nro. 29	San Vicente

NOMBRAMIENTOS

Magistrados Titulares de Rosario y Zona Sur (Período 01-07-11 Al 31-07-12)

FUNCIONARIO	Nº DEC.	FECHA NOM.	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Quaglia, Marcelo	1146/11	18/07/11	Juz. Civil y Com. 14 ^{ta} . Nom.	Rosario
Perkins, Susana Victoria	1146/11	18/07/11	Juz. Laboral 1 ^{ra} . Nom.	Rosario
Sgoifo, Gustavo	1146/11	18/07/11	Juz. Laboral 5 ^{ta} . Nom.	Rosario
García, Néstor Osvaldo	1795/11	11/10/11	Juz. Civil y Com. 6 ^{ta} . Nom.	Rosario
Bellizia, Fabián Eduardo	1795/11	11/10/11	Juz. Civil y Com. 12 ^{da} . Nom.	Rosario
Mondelli, María Andrea	1795/11	11/10/11	Juz. Civil y Com. 1 ^{ra} . Nom.	Rosario
Topino, Gabriela	2299/11	06/12/11	Trib. Colegiado Flia.	Rosario
Brunetti, Andrea	2299/11	06/12/11	Trib. Colegiado Flia.	Rosario
Vittori, Valeria	2299/11	06/12/11	Trib. Colegiado Flia.	Rosario
Sabatier, María Laura	2662/11	06/12/11	Juz. Instrucción 14 ^{ta} . Nom.	Rosario
Donnola, Juan Andrés	2662/11	06/12/11	Juz. Instrucción 7 ^{ma} . Nom.	Rosario
Salvador, Gustavo	2662/11	06/12/11	Juz. Sentencia 5 ^{ta} . Nom.	Rosario
Prunotto, Luciana	2662/11	06/12/11	Juz. Ejecución Sentencia	Rosario
Vienna, Juan Carlos	2662/11	06/12/11	Juz. Instrucción 4 ^{ta} . Nom.	Rosario
Suárez, José Luis	2662/11	06/12/11	Juz. Correcc. 8 ^{va} . Nom.	Rosario
Manfrin, Ismael	2662/11	06/12/11	Juz. Sentencia 1 ^{ra} . Nom.	Rosario
López Quintana, Gonzalo	2662/11	06/12/11	Juz. Correcc. 4 ^{ta} . Nom.	Rosario
Pérez de Urrechú, Gustavo	2662/11	06/12/11	Juz. Instrucción 13 ^{ra} . Nom.	Rosario
Mascali, José Luis	2662/11	06/12/11	Juz. Sentencia 7 ^{ma} . Nom.	Rosario
Bilotta, Irma Patricia	2662/11	06/12/11	Juz. Instrucción 10 ^{ma} . Nom.	Rosario

NOMBRAMIENTOS

Canavesio, Marcela	2662/11	06/12/11	Juz. Correcc. 10 ^{ma.} Nom.	Rosario
Leiva, Carlos	2662/11	06/12/11	Juz. Correcc. 5 ^{ta.} Nom.	Rosario
Fertitta, Edgardo	2662/11	06/12/11	Juz. Sentencia 3 ^{ra.} Nom.	Rosario
Zvala, Rodolfo	2662/11	06/12/11	Juz. Correcc. 6 ^{ta.} Nom.	Rosario
Negroni, Alejandro	2662/11	06/12/11	Juz. Instrucción 15 ^{ta.} Nom.	Rosario
Más Varela, María Isabel	2662/11	06/12/11	Juz. Sentencia 2 ^{da.} Nom.	Rosario
Davini, Oscar	2299/11	06/12/11	Juz. Unipersonal Flia.	Villa Constitución
Jaimovich, Carlos	2299/11	06/12/11	Juz. Menores	Villa Constitución
Escola, Marcelo	2299/11	24/02/12	Juz. Unipersonal Flia.	San Lorenzo
Juárez, Luciano	553/12	08/03/12	Juz. Civil y Com. 8 ^{va.} Nom.	Rosario
Cignoli, Luis	553/12	08/03/12	Juz. Civil, Com. y Lab.	Rufino
Rosso, María Celeste	553/12	08/03/12	Juz. Civil, Com. y Lab.1	Venado Tuerto
Bertram, Federico	553/12	08/03/12	Juz. Civil, Com. y Lab. 2	Venado Tuerto
García, Silvina	1510/12	18/06/12	Trib. Coleg. Flia. 3 ^{ra.} Nom.	Rosario

Magistrados Subrogantes de Santa Fe y Zona Norte (Período 01-07-11 al 31-07-12)

APELLIDO Y NOMBRE	Nº DEC.	FECHA NOM.	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Bornia, Celia	1852/11	04/10/11	Juz. de Circuito Nro. 27	San Justo
Bottero, Javier	2808/11	20/12/11	Juz. Sentencia	Rafaela
Berzano, Irineo	2776/11	20/12/11	Juz. Instrucción	Vera
Urdiales, Gustavo	243/12	22/02/12	Juz. Sentencia 4 ^{ta.} Nom.	Santa Fe
Troncoso, Néstor	1339/12	16/05/12	Juz. Instrucc. y Correcc.	San Jorge

NOMBRAMIENTOS

Magistrados Subrogantes de Rosario y Zona Sur (Período 01-07-11 al 31-07-12)

APELLIDO Y NOMBRE	Nº DEC.	FECHA NOM.	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Otegui, Patricia	1453/11	10/08/11	Juz. Laboral 6 ^{ta} Nom.	Rosario
Sansó, Paula	2058/11	31/10/11	Trib. Colegiado Extracont.1	Rosario
Verna, Jorge	2214/11	14/11/11	Juz. Laboral	Venado Tuerto
Paleari, Delia	478/12	08/02/12	Juz. Instrucción	Cañada de Gómez
Della Siega, Fabio	241/12	08/02/12	Trib. Colegiado Flia. 3	Rosario
Igarzabal, Susana	241/12	08/02/12	Trib. Coleg. Extrac. 6	Rosario
Klebkar, Mónica	241/12	08/02/12	Trib. Coleg. Extrac.1	Rosario
Bertune, Stella Maris	241/12	08/02/12	Juz. Circuito 5 ^{ta} Nom.	Rosario
Vacca, Ignacio	478/12	08/02/12	Juz. Correcc. 3 ^{ra} Nom.	Rosario
Usandizaga, Marisol	478/12	08/02/12	Juz. Correcc.	Villa Constitución

Funcionarios Titulares de Santa Fe y Zona Norte (Período 01-07-11 al 31-07-12)

APELLIDO Y NOMBRE	Nº DEC.	LOCALIDAD	CARGO
Deb, Leonardo Dario	05/12/11	Santa Fe	Secretario Letrado Presidencia (Cat. Juez)
Giraudó, Susana Raquel	08/11/11	Rafaela	Secretario Letrado Camara
Hail, Duilio Maximiliano Francisco	08/11/11	Reconquista	Secretario Letrado Camara
Lujan, Leandro Ariel	08/11/11	Santa Fe	Secretario Judicial Proc. Gral. (Cat. Fiscal)
Brown, Claudia Rafaela Rita Maria	08/11/11	Esperanza	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} Inst. de Distrito
Defagot, Ernesto Eugenio	08/11/11	Rafaela	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} Inst. de Distrito
Dellamonica, Mercedes Viviana	08/11/11	Rafaela	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} Inst. de Distrito
Naveda Marco, Viviana Elisabeth	08/11/11	Rafaela	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} Inst. de Distrito

NOMBRAMIENTOS

Zanutigh, Marcela Hilda	08/11/11	Rafaela	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} Inst. de Distrito
Weiss, Fabricio Dante	08/11/11	Reconquista	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} Inst. de Distrito
Chiappero, Hector Ignacio	08/11/11	Santa Fe	Secretario de Juzg. De 1 ^{ra} Inst. de Distrito
Mazzi, Patricia Laura	08/11/11	Santa Fe	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} Inst. de Distrito
Oggiuni, Juan Manuel	08/11/11	Santa Fe	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} Inst. de Distrito
Romero, German Anibal	08/11/11	Santa Fe	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} Inst. de Distrito
Salvatierra, Raul Ignacio	08/11/11	Santa Fe	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} Inst. de Distrito
Colandre Orgnani, Maria Jose	05/12/11	Santa Fe	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} Inst. de Distrito
Gasser De Franzen, Olga Raquel	16/02/12	Santa Fe	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} Inst. de Distrito
Rossetti De Iglesias, Maria Eugenia	21/03/12	Santa Fe	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} Inst. de Distrito
Bernacchia, Eduardo Alberto	19/06/12	Rafaela	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} Inst. de Distrito
Burgi, Marta Elisa	19/06/12	San Jorge	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} Inst. de Distrito
Gioda, Maria Alejandra	19/06/12	San Justo	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} Inst. de Distrito
Gioria, Ana Laura	19/06/12	Santa Fe	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} Inst. de Distrito
Ferrero, Heriberto Ramon	19/06/12	Tostado	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} Inst. de Distrito
Vega, Susana Guillermina	19/06/12	Tostado	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} Inst. de Distrito
Mudry, Cristian Andres	08/11/11	Avellaneda	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} Inst. de Circuito
Diaz, Ileana Andrea	08/11/11	Santa Fe	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} Inst. de Circuito
Molina, Corina Abigail	19/06/12	Santa Fe	Secretario De Juzg. de 1 ^{ra} Inst. de Circuito
Guerrero, Fernanda Guadalupe	15/05/12	Santa Fe	Secretario de Informatica (Cat. Fiscal)
Lopez, Luis Oriel	19/06/12	Santa Fe	Secretario Certificaciones (Cat. Sec. Dist.)
David, Mirian Graciela	19/06/12	Reconquista	Secret. Registro Pub. Comercio (Cat. Sec. Dist)

NOMBRAMIENTOS

Echague, Patricio	08/11/11	Santa Fe	Secret. Procuracion Gral. (Cat. Juez)
Drago, Fernanda Guadalupe	05/12/11	Santa Fe	Prosecretario Corte Suprema (Cat. Fiscal)
Fruh, Elena Beatriz	06/07/12	San Cristobal	Fiscal
Cavallero, Adriana Marisa	05/12/11	Santa Fe	Abogado Relator Corte Suprema (Cat. Juez)
Pagliano, Luciano Francisco	05/12/11	Santa Fe	Abogado Relator (Cat. Fiscal)

Funcionarios Titulares de Rosario y Zona Sur (Período 01-07-11 Al 31-07-12)

APELLIDO Y NOMBRE	Nº DEC.	LOCALIDAD	CARGO
Badino, Raquel Alejandra	18/07/11	Rosario	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} . Inst. de Distrito
Gesualdo, Monica Liliana	01/11/11	Rosario	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} . Inst. de Distrito
Pangia, Carolina Andrea	13/12/11	Rosario	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} . Inst. de Distrito
Alvarez, Carlos Gabriel	13/02/12	Rosario	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} . Inst. de Distrito
Roman, Maria Gabriela	13/02/12	Rosario	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} . Inst. de Distrito
Romano, Susana Carolina	13/02/12	Rosario	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} . Inst. de Distrito
Sobrino Aranda, Maria	13/02/12	Rosario	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} . Inst. de Distrito
Martinez, Maria Laura	05/03/12	Rosario	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} . Inst. de Distrito
Gomez, Clelia Carina	24/05/12	Casilda	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} . Inst. de Distrito
Barro, Marcela Norma	24/05/12	Rosario	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} . Inst. de Circuito
Di Paolo, Yanina	24/05/12	Rosario	Secretario de Juzg. de 1 ^{ra} . Inst. de Circuito
Falconi, Ignacio Jose	10/05/12	Rosario	Prosecretario Corte Suprema (Cat. Fiscal)
Granato, Angel Miguel	14/11/11	Cañada de Gómez	Fiscal
Marull, Nora Maria	14/11/11	Rosario	Fiscal
Paz, Enrique Hernan	14/11/11	Rosario	Fiscal

NOMBRAMIENTOS

Corbella, Guillermo Carlos	06/12/11	Rosario	Fiscal
Covani, Carlos Enrique	06/12/11	Rosario	Fiscal
Herrera, Cristina Noemi	06/12/11	Rosario	Fiscal
Busaniche, Pablo Osvaldo	10/05/12	Rufino	Fiscal
De Luca, Marcela Julia	24/05/12	Rosario	Defensor Gral. de Camaras de Apelación
Castellan, Cecilia Fatima	14/11/11	Cañada de Gómez	Defensor General
Bortolotto, Juan Carlos	14/11/11	Rosario	Defensor General
Donato, Sergio Francisco	14/11/11	Rosario	Defensor General
Llonch, Mirtha Eladia	14/11/11	Rosario	Defensor General
Planas, Alberto Mario	14/11/11	Rosario	Defensor General
Sanmiguel, Graciela Maria	14/11/11	Rosario	Defensor General
Torielli, Claudia Patricia	14/11/11	Rosario	Defensor General
Vecari, Maria Rosa	14/11/11	Rosario	Defensor General
Colmegna, Marcela	05/03/12	Rosario	Auxiliar Social
Borgarello, Carlos	14/11/11	Venado Tuerto	Asesor de Menores
Ayarza, Soledad	01/08/11	Rosario	Abogado Relator (Cat. Secret. Distrito)
Fior, Danisa	01/08/11	Rosario	Abogado Relator (Cat. Secret. Distrito)
Nardin, Juan Pablo	01/08/11	Rosario	Abogado Relator (Cat. Secret. Distrito)
Sarrias, Mariela	01/08/11	Rosario	Abogado Relator (Cat. Secret. Distrito)
Aliau, Mariano Manuel	01/08/11	Rosario	Abogado Relator (Cat. Ofic. de Justicia)
Superti, Cecilia	01/08/11	Rosario	Abogado Relator (Cat. Ofic. de Justicia)
Algarra, Alejandra Maria	01/09/11	Rosario	Abogado Relator (Cat. Ofic. de Justicia)

NOMBRAMIENTOS

Campbell, Sabrina	01/09/11	Rosario	Abogado Relator (Cat. Ofic. de Justicia)
Gerbaudo, Lisandro	01/09/11	Rosario	Abogado Relator (Cat. Ofic. de Justicia)
Gervasoni, Maria Laura	01/09/11	Rosario	Abogado Relator (Cat. Ofic. de Justicia)
Mazza, Giselle Lyde	01/09/11	Rosario	Abogado Relator (Cat. Ofic. de Justicia)
Penno, Mariela Josefina	01/09/11	Rosario	Abogado Relator (Cat. Ofic. de Justicia)



Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

myf

REVISTA DEL COLEGIO
DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE SANTA FE



Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

