

# El Reporte

Director: Jorge Pflieger

RAWSON - CHUBUT - PATAGONIA ARGENTINA

Año 6 - N° 21 - Agosto de 2010



## SUMARIO

APUNTES PARA UNA CONFERENCIA QUE NO FUE. EL LEGADO JURÍDICO POLÍTICO DE MAYO; LA REVOLUCIÓN INCONCLUSA. <i>POR JORGE PFLEGER</i> .....	2
EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT. UN MODERNO SISTEMA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA. <i>POR FERNANDO ROYER</i> .....	4
AUGUSTO MARIO MORELLO. PROFESOR HONORARIO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PATAGONIA SAN JUAN BOSCO. <i>POR JOSÉ LUIS PASUTTI</i> .....	7
JUECES Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: UN PANORAMA DE LA CUESTIÓN JUDICIAL ESPAÑOLA. <i>POR PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ</i> .....	7
VELAR SOBRE LA JUSTICIA. <i>POR ALEJANDRO PANIZZI</i> .....	11
LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 5.810. <i>POR GUSTAVO MENNA</i> .....	14
SEGURIDAD Y SELECTIVIDAD. <i>POR ALFREDO PÉREZ GALIMBERTI</i> .....	16
LA NEGOCIACIÓN EN EL CONCURSO PREVENTIVO: LA EXCLUSIÓN DEL ACREEDOR HOSTIL Y DE INTERÉS CONTRARIO. <i>POR SILVINA RAPOSSI</i> .....	22
REGISTRO DE ANTECEDENTES PENALES (RAP). UNA REALIDAD EN NUESTRA PROVINCIA. <i>POR ALICIA PUGH</i> .....	26
LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE ENJUICIAMIENTO	
DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS EN LA PROVINCIA DEL CHUBUT. <i>POR RICARDO TOMÁS GEROSA LEWIS</i> .....	28
LA OBLIGATORIEDAD Y LA MOTIVACIÓN COMO EJES DE LA CAPACITACIÓN JUDICIAL. IMPLICANCIAS. <i>POR LUCIO HERÁN BRONDES</i> .....	33
EL VÍNCULO ENTRE POLÍTICA, PERIODISMO, Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIOS EN LA FORMACIÓN CIUDADANA. <i>POR VICTORIA GERBER</i> .....	34
EL "MOBBING" COMO CAUSAL DE DAÑO MORAL EN LAS RELACIONES LABORALES.	
CASO "BRONZETTI NUÑEZ" DEL STJ DE RÍO NEGRO. ALCANCES, LÍMITES. <i>POR ENRIQUE ANÍBAL MAGLIONE</i> .....	36
EXPOSICIÓN DE JUECES DE PAZ DE CHUBUT EN EL PRIMER "FORO PATAGÓNICO DE JUSTICIA DE PAZ", 19 Y 20 DE MARZO DE 2010, GENERAL ROCA, RÍO NEGRO .....	38
DISCURSO DEL PRESIDENTE DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, DR. ALEJANDRO JAVIER PANIZZI ANTE LA HONORABLE LEGISLATURA, SEGÚN MANDA EL ART. 181 DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL, EL 18 DE MARZO DE 2010. ....	39

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



**ESCUELA DE  
CAPACITACION  
JUDICIAL**

**Director:**

Jorge Pflieger

**Secretaria Académica:**

Nadine Isabel Laporte

**Integrantes del  
Consejo Consultivo**

(elegidos por el voto de sus pares, mandato 2008 - 2010)

**Puerto Madryn:**

Lucio Brondes

Luis Mures

**Trelew:**

Juan Gerber

Alejandro Defranco

**Esquel:**

Anabel Rodríguez

Mariela González

**Comodoro Rivadavia:**

Laura Nogués

Patricia Fernández

**Sarmiento:**

Andrea Vázquez

Daniel Camilo Pérez

**Asociación Magistrados  
y Funcionarios Judiciales:**

Daniel Pintos

María Marta Onaindia

**Defensoría General:**

Arnaldo Hugo Barone

**Editor**

Sergio Pravaz

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

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

## APUNTES PARA UNA CONFERENCIA QUE NO FUE

### El legado jurídico político de Mayo; la revolución inconclusa.

POR JORGE PFLEGER

DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL. MINISTRO DEL SUPERIOR TRIBUNAL  
DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT

Estos pensamientos fueron escritos para ser expuestos en una conferencia que tendría lugar a principios de Junio, en la Universidad Nacional de la Patagonia.

Las saturnales del bicentenario, el campeonato mundial de fútbol y la segura percepción colectiva de que el tema carecía de interés o que el expositor no era de valía, frustraron el intento.

Pero el legado de Mayo resiste a la circunstancial bullanga, al pan y circo o al mediocre autor.

Las páginas de "El Reporte", en las que escribo por última vez como director, siempre han dado cobijo a las ideas sin pregunta alguna.

De ellas saco provecho para expresar, casi un clamor, que la Revolución de Mayo no ha concluido y que somos albaceas infieles de su legado.

Aquí digo.

Escribía el año pasado en la Editorial de "El Reporte" que cada pueblo necesita de su Eneida.

De una épica que, a modo de amalgama, articule las individualidades que lo componen, tras una mística común.

De un principio fundacional legendario que le otorgue sentido a la empresa política que ese pueblo se dispone a cursar; de una forma de agrupar el sentimiento colectivo en pos de una idea común.

Del cemento a partir del que construir una institucionalidad más o menos estable.

Y está bien que así sea. Si la realidad política es una realidad cargada de símbolos y es necesaria la representación sensorialmente perceptible de una realidad, en virtud de rasgos que se asocian con esta por una convención socialmente aceptada, qué mejor que la postal maya cargada de paraguas y de mal tiempo, de héroes y villanos, de escarapelas, de negras pasteleras, de cabildos abiertos y de junta reunida bajo una augusta presidencia.

Pero, y creo haberlo señalado entonces, hay un Mayo que, por lo general, está soterrado.

Un Mayo desconocido para el gran público, púdicamente reservado, sustraído aún de las cátedras y de los artículos de circulación general. El Mayo de la construcción política, del intento de sentar bases para la formación de un nuevo Estado; el Mayo de los principios políticos que van a intentar prevalecer a lo largo de nuestra historia

institucional con fortuna esquivada y que, a decir de muchos entre los que me incluyo, no acaban de asentarse.

Augusto Mario Morello nos ha dicho que la Argentina ha construido un edificio institucional débil. Pese a nuestros doscientos años, aún la estructura arquitectónica de la Argentina no ha terminado de definirse en términos políticos.

¿Resulta entonces un acto de audacia, de temeridad o de supina ignorancia hablar de una revolución inconclusa cuando referimos al legado jurídico político de Mayo?

¿Mayo puede proyectarse a nuestros días para verificar si en la lábil edificación hemos seguido los planos originales?

¿Es lícito hablar del pensamiento de los padres fundadores, más allá de la veneración que les debemos en tanto símbolos?

Varias lecturas aseguran la legalidad de una respuesta afirmativa.

Con pluma encendida escribía Esteban Echeverría en su "Dogma Socialista": "...En Mayo el pueblo argentino empezó a existir como pueblo. Su condición de ser experimentó entonces una transformación repentina. Como esclavo, estaba fuera de la ley del progreso; como libre, entró rehabilitado a ella..." y sigue: "...El fundamento, pues, de nuestra doctrina resultaba de la condición peculiar de ser impuesta al pueblo argentino por la revolución de Mayo; el principio de unidad de nuestra teoría social del pensamiento de Mayo; la democracia. No era ésta una invención (nada se inventa en política -continúa- Era una deducción lógica del estudio de lo pasado y una aplicación oportuna. Ese debió ser y fue nuestro punto de partida en la redacción del dogma. Queríamos entonces como ahora la democracia como tradición, como principio y como institución. La democracia como tradición es Mayo, progreso continuo. La democracia como principio, la fraternidad, la igualdad y la libertad. La democracia como institución conservatriz del principio, el sufragio y la representación en el distrito municipal, en el departamento, en la provincia, en la República..."

Otro integrante de la generación del '37, Juan Bautista Alberdi, en sus "Bases", se enlaza con el pensamiento de Mayo, con la situación que enfrentaron los hombres de Mayo.

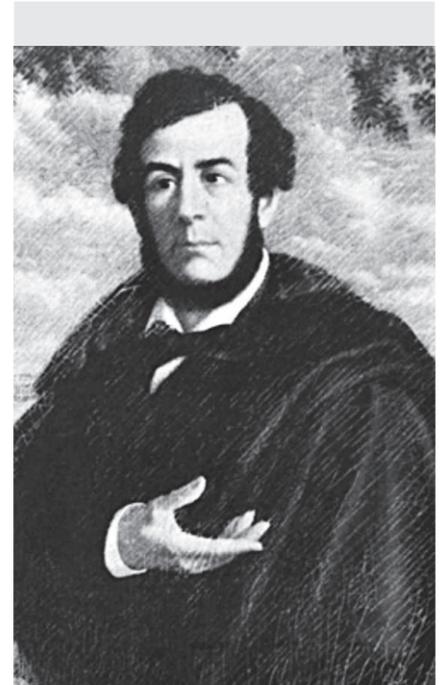


Imagen de tapa:  
Esteban Echeverría

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

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

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

Es de su tinta esto de que: "...sin que pueda decir que hemos vuelto al punto de partida (pues los Estados no andan sin provecho el camino de los padecimientos), nos hallamos como en 1810 en la necesidad de crear un gobierno general argentino y una constitución que sirva de regla de conducta a ese gobierno. Toda la gravedad de la situación reside en esta exigencia. Un cambio obrado en el personal del gobierno presenta menos inconvenientes cuando existe una constitución que pueda regir la conducta del gobierno creado por la revolución..."

Son los protagonistas de la historia nacional quienes a través de su herencia intelectual brindan el fundamento de autoridad para discurrir sobre estos puntos.

Son los dogmas consagrados en los intentos constitucionales sucedidos a partir de 1812 hasta 1853, y desde allí hasta nuestros días, quienes hablan de una constante ideológica marcada por el reconocimiento del hombre como centro de la actividad del Estado, como titular de derechos fundamentales que condicionan el ejercicio del poder, y de la subordinación de los gobernantes a la ley; todo que impone a la organización política deberes infranqueables de abstención.

Aún hoy, nutrido el pensamiento liberal con las ideas socializantes- otra continuidad- los imperativos de prestación no resultan mácula alguna a las limitaciones que apuntamos. En todo caso robustecen los derechos individuales al colocar a las personas en una posición igualitaria que permite la efectiva realización de aquellos.

Me propongo poner sobre el tapete las fórmulas políticas y los instrumentos jurídicos de Mayo para señalar, entonces, su proyección y actualidad.

Intento reivindicar la validez de los principios sostenidos en el punto de inicio; pero también marcar el paulatino apartamiento de las conductas institucionales argentinas a los preceptos de Mayo, como si ellos fueran irrelevantes.

Con perplejidad he observado que en los festejos ha estado ausente toda referencia a este tema. Se ha exaltado la epopeya, la épica, en el mejor de los casos. Pero se ha olvidado púdicamente la obra que aún está presente con la fuerza de un sueño incumplido.

Prorrogo, sin que transite en el distrito de la arbitrariedad, el ideal Mayo hasta el hito que marcan dos estatutos significativos, dictados a un año vista de la revolución: el decreto sobre libertad de imprenta y el decreto sobre seguridad individual, nacidos en 1811 bajo el calor revolucionario, porque ellos condensan un ideario y constituyen la consecuencia lógica de la tarea de las fuerzas que dieron impulso.

De esta manera, he de comenzar por el Génesis.

En la discusión del 22 de Mayo se sienta el hito inicial que perdura, pero que a lo largo de la historia ha sufrido las más ominosas malversaciones:

"...sólo es el pueblo el que confiere autoridad y mando..." principio de la soberanía del pueblo que es el pilar que vertebró nuestro actual orden constitucional.

Es cierto que esto envuelve una polémica que los historiadores y los politólogos y aún nosotros los "diletantes" no acabamos de zanjar: pueblo comunidad en sentido de Francisco de Suárez o pueblo como unidad en la voluntad general tal lo postulaba Rousseau.

Poco importa, pues reversión del pacto de sujeción o inauguración de un nuevo orden político a causa de un nuevo contrato, cierto es que en ambos supuestos la idea señera está en el reconocimiento del derecho a la autodeterminación incondicionada, característica de la soberanía popular.

Verificamos la existencia de estos principios en algunos instrumentos emitidos por la Junta a lo largo de su actividad, que fue profusa.

El primer instrumento de sesgo constitucional, brindándole a este vocablo un sentido amplio, es el del Reglamento del 25 de Mayo de 1810, que, tomado de aquél emitido por la fracasada Junta del 24 va perfilando las ideas-fuerza que anidaron en su seno.

Aquí conviene una aclaración.

Es obvio que su texto no ha de leerse bajo el prisma de las categorías actuales.

El lenguaje, en general, y el lenguaje jurídico en particular han mudado en doscientos años.

Igual ha ocurrido con ciertas nociones que expresaré denotadas de modo diferente al actual.

Pero también es cierto que son perceptibles claramente los embriones de un cuerpo que se desarrollará paulatinamente y que continúa su crecimiento en nuestros días.

Pero volvamos al reglamento.

Existe en él una afirmación del principio de la soberanía del pueblo y de la democracia, incipiente, sí, pero democracia.

En el párrafo final del acta que consagra el reglamento se deja expresamente sentado.

"... Y los señores habiendo salido al balcón de estas casas capitulares, y oído que el pueblo ratificó por aclamación el contenido de dicho pedimento representación, después de haberse leído por mí en altas, inteligentes e inteligibles voces, acordaron que debían mandar y mandaban..."

La soberanía del pueblo se cumplía fielmente, y el mandato popular erigía su primer gobierno independiente y libre.

En palabras del González Calderón "...el Cabildo promulgó el principio democrático, puesto que confirmó la designación que el pueblo directamente había hecho de los miembros del nuevo gobierno..."

Pero no fueron solamente éstos los que se proclamaron.

Recorren el documento institucional preceptos de honda raíz republicana.

La división de poderes es uno de ellos.

Reemplazando la concepción de poder realista, caracterizada por la sucesión de círculos concéntricos en cuyo punto final yacía la figura del Rey, fuente de poder y en el que se concentraban todas las funciones estatales, se estatuye la franca figura de los órdenes paralelos de gobierno, propios del sistema que se inaugura.

Situados en 1810, en esa latitud, observamos la redacción del artículo séptimo que reza: "... los referidos señores que componen la Junta Provisoria, queden excluidos de ejercer el poder judicial, el cual refundirá en la Real Audiencia, a quien se pasarán todas las causas contenciosas que no saben de gobierno..."; y el noveno, verdadera limitación al ejercicio del poder por la Junta, cuando en materia de protección del derecho de propiedad marca una cesura en las competencias gubernativas: "... que no pueda imponer contribuciones ni gravamen al pueblo o sus vecinos, sin previa consulta y conformidad de este Excmo. Cabildo..."

La responsabilidad en el ejercicio de la función pública, es otro de los postulados que, aún larvadamente, perfilan el nuevo orden.

Leemos: "... luego que los referidos señores presten el juramento sean reconocidos por depositarios de la Autoridad Superior del Virreinato, respetando y obedeciendo todas sus disposiciones, hasta la congregación de la Junta General del Virreinato; bajo las penas que imponen las leyes a los contraventores..." (lo Tercero) "... la nueva Junta ha de celar sobre el orden y la tranquilidad pública y de seguridad individual de todos los vecinos, haciéndosele, como desde luego se le hace, responsable de lo contrario..." (lo sexto).

Pero hay un precepto que de manera categórica consagra lo que es tan caro al republicanismo y que no por antiguo deja de ser una asignatura pendiente en la Argentina, ya que es parte de los imposibles en los últimos doscientos años: lo quinto, que vigorosamente impone: "... aunque se halla plenísimamente satisfecho de la honrosa conducta y buen procedimiento de los señores mencionados, sin embargo, para satisfacción del pueblo, se refieren estar muy a la mira de sus operaciones, y caso no esperado que faltasen a sus deberes, proceder a la deposición con causa bastante y justificada, reasumiendo el Excmo. Cabildo, para que este sólo caso la autoridad que le ha conferido el pueblo..."

La periodicidad de las funciones está marcada en cuanto se reconoce la provisionalidad de la Junta, lo primero en términos del acta, pues la Junta se yergue: "... mientras se erige la Junta General del Virreinato..."; lo otro en el tercero, ya reseñado, cuando a los miembros de la Junta se los inviste de poder "... hasta la congregación de la Junta General del Virreinato..."

Es posible que los hombres de Mayo careciesen de convicciones federativas. De hecho sólo Moreno,

según parece, conocía de la organización norteamericana pero era reactivo a un orden estatal de esa naturaleza.

Como lo era Rousseau, reacio a aceptar cualquier alteración que minara la unidad de la soberanía.

El Decreto sobre supresión de honores al Presidente de la Junta y otros funcionarios públicos, del 6 de diciembre de 1810, es otra demostración cabal de la fe republicana de los hombres de Mayo.

Su texto integro rezuma la ruptura con el viejo orden y confronta con las costumbres públicas contemporáneas que no han persistido en esa derrota.

El decreto, del cuño insobornable de Moreno, refleja el bullir de las ideas de libertad e igualdad que comenzaban a echar raíces. Aunque no hemos sido felices en nutrirlas o de fortalecerlas, o de extirpar la maraña.

Su texto es de una claridad meridiana y me propongo no comentarlo; sólo trato de imaginar la historia argentina si las costumbres políticas se hubieran vertebrado sobre este tutor.

"... Habrá desde este día absoluta, perfecta, é idéntica igualdad entre el Presidente, y demás Vocales de la Junta, sin más diferencia, que el orden numerario, y gradual de los asientos..."

"... Solamente la Junta reunida en actos de etiqueta y ceremonia tendrá los honores militares, escolta, y tratamiento, que están establecidos..."

"... Ni el Presidente, ni algún otro individuo de la Junta en particular revestirán carácter público, ni tendrán comitiva, escolta, ó aparato que los distinga de los demás ciudadanos..." continúa.

"... Se prohíbe todo brindis, viva, o aclamación pública en favor de individuos particulares de la Junta. Si éstos son justos, vivirán en el corazón de sus conciudadanos: ellos no aprecian bocas, que han sido profanadas con elogios de los tiranos..."

"... No se podrá brindar sino por la patria, por sus derechos, por la gloria de nuestras armas, y por objetos generales concernientes á la pública felicidad..."

"... Toda persona, que brindase por algún individuo particular de la Junta, será desterrado por seis años..."

"... Habiendo echado un brindis D. Atanasio Duarte, con que ofendió la probidad del Presidente, y atacó los derechos de la patria, debía perecer en un cadalso; por el estado de embriaguez en que se hallaba, se le perdona la vida; pero se destierra perpetuamente de esta ciudad; porque un habitante de Buenos Ayres ni ebrio ni dormido debe tener impresiones contra la libertad de su país..."

"... No debiendo confundirse nuestra milicia nacional con la milicia mercenaria de los tiranos, se prohíbe que ningún centinela impida la libre entrada en toda función y concurrencia pública a los ciudadanos decentes, que la pretendan. El oficial que quebrante

esta regla será depuesto de su empleo...”.

“...Las esposas de los funcionarios públicos políticos y militares no disfrutarán los honores de armas ni demás prerrogativas de sus maridos: estas distinciones las concede el estado á los empleos, y no pueden comunicarse sino á los individuos que los ejercen...”.

“...En las diversiones públicas de toros, ópera, comedia no tendrá la Junta palco, ni lugar determinado: los individuos de ella, que quieran concurrir, comprarán lugar como cualquier ciudadano; el Excmo. Cabildo, a quien toca la presidencia y gobierno de aquellos actos por medio de los individuos comisionados para el efecto, será el que únicamente tenga una posición de preferencia.

“...Desde este día queda concluido todo el ceremonial de iglesia con las autoridades civiles: estas no concurren al templo á recibir inciensos, sino á tributarlos al Ser Supremo. Solamente subsiste el recibimiento en la puerta por los canónigos y dignidades en la forma acostumbrada. No habrá cojines, sitial, ni distintivo entre los individuos de la Junta...”.

¡Ay de los vencidos!

Remato esta remembranza con la alusión a dos estatutos capitales.

El Decreto de Seguridad Individual del 23 de Noviembre de 1811 y el Decreto de Libertad de Imprenta del 26 de Octubre de aquél año.

Soslayo el polémico Reglamento de la Junta Conservadora y el Estatuto Provisional de 1811 pues despertarían una polémica estéril a esta altura.

Tan interesante resultan los fundamentos cuanto el articulado de ambos; del mismo modo que su actualidad.

En el proceso de construcción cultural de los derechos humanos no podemos ni debemos olvidar aquellos dictados que, de observarse con escrúpulo, hubieran contribuido, quizás,

a construir una historia institucional diferente, una cultura institucional distinta. A evitar lo que Carlos Santiago Nino llama la “anomia boba” en su magistral “Un país al margen de la Ley” y que se traduce en la inobservancia de regularidad en las acciones y pautas en la Argentina, sin ventaja ninguna para nadie.

Decía el prólogo del Decreto de Seguridad individual: “...Si la existencia civil de los ciudadanos se abandona a los ataques de la arbitrariedad, la libertad de la imprenta publicada el 26 de Octubre del presente año, no sería más que un lazo contra los incautos, y un medio indirecto para consolidar las bases del despotismo. Todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida, de su honor, de su libertad y de sus propiedades. La posesión de ese derecho, centro de la libertad civil y principio de todas las instituciones sociales es lo que se llama seguridad individual. Una vez que se haya violado esa posesión ya no hay seguridad, se adormecen los sentimientos nobles del hombre libre, y sucede la quietud funesta del egoísmo. Sólo la confianza pública es capaz de curar esta enfermedad política, la más peligrosa de los Estados, y sólo una garantía, afianzada en una ley fundamental, es capaz de restablecerla...”.

Los nueve artículos sucesivos no hacen más que plasmar los enunciados.

“...Ningún ciudadano puede ser penado, ni expatriado sin que preceda forma de proceso y sentencia legal...” (art. 1º) “... (No) puede ser arrestado sin prueba, al menos semiplena o indicios vehementes de crimen, que se hará constar en proceso informativo dentro de tres días perentorios. En el mismo término se hará saber al reo la causa de su detención y se remitirá con los antecedentes al Juez respectivo...” (art. 2º) “...Para decretar el arresto de un ciudadano, pesquisa de sus papeles, o embargo de bienes, se

individualizará en el decreto u orden que se expida, el nombre o señales que distingan su persona, y objetos sobre los que deba ejecutarse las diligencias, tomando inventario, que firmará el reo, y dejándole copia autorizada para su resguardo...” (art. 3º) “...La casa de un ciudadano es un sagrado, cuya violación es un crimen; solo en caso de resistirse el reo, refugiado a la convocación del Juez, podrá allanarse: su allanamiento se hará con moderación debida y personalmente por el Juez de la causa. Si algún motivo urgente impidiera su asistencia, dará al delegado una orden por escrito con la especificación que contiene el antecedente artículo, dando copia a ella al aprendido, y al dueño de la casa, si la pide (art. 4º) “...Ningún reo estará incomunicado después de su confesión, y nunca podrá esta dilatarse más allá del término de diez días...” (art. 5º) “...Siendo las cárceles para seguridad y no para castigo de los reos, toda medida que, a pretexto de precaución sólo sirva para mortificarlos, será castigada rigurosamente...” (art. 6º) “...Todo hombre tiene libertad para permanecer en el territorio del Estado, o abandonar cuando guste su residencia...” (art. 7º) “...Los ciudadanos habitantes del distrito de la jurisdicción del gobierno, y los que en adelante se establezcan, están inmediatamente bajo su protección en todos sus derechos...” (art. 8º) “...Solo en el remoto y extraordinario caso de comprometerse la tranquilidad pública o la seguridad de la patria, podrá el gobierno suspender este decreto, mientras dure la necesidad, dando cuenta inmediatamente a la asamblea general con justificación de los motivos, y quedando responsable en todos tiempos de esta medida...”

Si echamos una mirada a los arts. 14, y especialmente 18 y 23 de la Constitución Nacional y a los pactos que forma el Bloque Federal (art. 75

inc. 22) veremos la identidad entre los preceptos, leyes argentinas hace 200 años, promulgadas a sólo 33 años de la Declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano.

“...Tan natural como al pensamiento le es al hombre la facultad de de comunicar sus ideas. Es esta una de aquellas pocas verdades que más bien se siente que se demuestra...ese precioso derecho de la naturaleza, que le había usurpado un envejecido abuso del poder, y en la firme persuasión de que es el único camino de comunicar las luces, formar la opinión pública y consolidar la unidad de sentimientos, que es la verdadera fuerza de los estados, ha venido a decretar los que sigue...”.

De esta manera se inauguraba el decreto de la libertad de imprenta que en su artículo primero consagraba lo que, todavía, es un foco de conflicto político “...Todo hombre puede publicar su ideas libremente, y sin previa censura. Las disposiciones contrarias a esta libertad quedan sin efecto...”.

Seguramente he fatigado con la abundancia de textos.

Pero estos textos embelesan. Los he repasado una y otra vez. Comparado otra vez y una. Y no puedo sustraerme de la sensación de la república libre y democrática soñada e imposible hasta el presente.

No quiero profanar el texto con consideraciones políticas actuales.

Solamente invitar a la reflexión serena para que, a modo de auto de fe, meditemos sobre nuestras propias conductas a lo largo de doscientos años de institucionalidad.

Estos cánones son la argamasa de nuestros fundamentos; la fragua en que se moldeó la base de nuestra idea arquitectónica.

Los cimientos son sólidos, la plataforma firme. ¿Porqué hemos construido nosotros una edificación tan endeble?!



## EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT. UN MODERNO SISTEMA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA\*

POR FERNANDO SALVADOR LUIS ROYER

MINISTRO DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL CHUBUT. PRIMER PRESIDENTE DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DEL CHUBUT, CREADO POR LA CONVENCION CONSTITUYENTE DE 1994.

### 1 - UBICACIÓN METODOLÓGICA E INSTITUCIONAL

La Constitución Provincial ubica dentro de su Sección III, título I de la Parte Segunda (art. 162 al 197) al Poder

Judicial y, el artículo 162 de la C.P. cuando desarrolla la composición de éste no incluye -entre quienes lo ejercen- al Consejo de la Magistratura. No obstante, en los artículos 187 al 193, dentro del mismo esquema

constitucional, desarrolla, en el Capítulo IV, lo atinente al Consejo de la Magistratura.

Si bien de la ubicación constitucional pudiera colegirse su pertenencia al Poder Judicial, ello no es así, no

pertenece a éste ni al Poder Ejecutivo. Es un órgano extrapoder. Trataré de ir explicitando lo dicho.

### 2 - INTEGRACIÓN

Lo novedoso del Consejo de la

\*Conferencia que el Dr. Royer dictó en el marco de las “Jornadas de Derecho Judicial sobre selección y remoción de magistrados judiciales. Presente y futuro”, en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Bs. As.) el 02 de julio de 2009.

Magistratura de la Provincia del Chubut está dado por su integración, establecida en su artículo 187, el que dice: “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, y cinco ciudadanos no abogados y no empleados judiciales que reúnan los requisitos exigidos para ser elegido diputado; en todos los supuestos con no menos de cuatro años de residencia efectiva en la provincia”.

No ha abandonado la habitual integración corporativa sino que por el contrario se ha ampliado, véase que a las tradicionales de magistrados y abogados se añade la de los empleados.

Sí, como decía Mauro Capelletti, debemos considerar el acceso a la justicia como un “esencial derecho humano”, la Constitución Provincial incorporó al Consejo la visión del pueblo, el sentido común a partir de la integración del ciudadano, en minoría respecto de las corporaciones, es decir cinco sobre catorce.

Como se advierte, existe una profunda diferencia con la C.N. la que en su artículo 114 delega en la ley la composición del Consejo. Ya hemos visto que ésta puede ser modificada constantemente, ello es así dado lo laxo de la Constitución Nacional en explicitar las pautas de la ley ya que la misma establece que: “... será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos de la elección popular...”. La composición del consejo nacional con representantes del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo, jueces de primera y segunda instancia, abogados de la matrícula federal y personalidades en el ámbito científico y académico, es objetable porque se debió dejar claramente establecido la forma de integración del Consejo.

### 3 - DURACIÓN DEL MANDATO

El artículo 188 de la Constitución Provincial reza “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”.

Con esta renovación periódica por mitades cada bienio y la no reelegibilidad se buscó y se logró evitar la vocación de permanencia de los consejeros. A excepción del Presidente del Superior Tribunal de Justicia que por su condición de tal dura lo mismo que su mandato, es decir un año.

### 4 - PRESIDENTE DEL CONSEJO

En la provincia del Chubut se dejó en la voluntad soberana del propio Consejo la decisión para que democráticamente se elija a su presidente, a simple pluralidad de sufragio en votación secreta.

Es cierto que existe la posibilidad -aunque remota- de que sea presidido por el empleado judicial (uno de catorce), pero tal circunstancia sólo podría ocurrir por decisión mayoritaria de sus integrantes, sabiendo que existen cuatro jueces y cuatro abogados. Nunca ocurrió.

Lo que sí es posible y de hecho ya ha sucedido es que sea presidido por un representante del pueblo. Es cierto que no fue fácil digerir tal circunstancia porque, imbuidos como estamos en la noción de que la justicia es cosa de técnicos, fue difícil aceptar que el Consejo de la Magistratura fuese conducido por un geólogo.

No ha previsto, asimismo la duración del mandato, circunstancia que fue resuelta por la ley, al decir que será elegido con cada renovación parcial de sus miembros, es decir cada dos años y que puede ser reelegido.

La Constitución y la Ley 4086 -por su redacción- han vedado prácticamente la posibilidad de que el Presidente del Superior Tribunal de Justicia presida el cuerpo, dado que éste dura solo un año y aquél dos. Si bien hubo otro proyecto presentado ante la Convención Constituyente que establecía que el Consejo de la Magistratura fuera presidido por el Presidente del Superior Tribunal de Justicia, la redacción final ha sido egoísta para con el Poder Judicial, pues en su afán de evitar la corporación, ha creado esta capito diminuto.

### 5 - QUÓRUM Y MAYORÍAS

Dado que el Consejo consta de 14 miembros, se estipuló en nuestra Constitución Provincial que el quórum sea de 8 miembros y la asistencia carga pública.

Las decisiones se adoptan por simple mayoría. Sin embargo queda pendiente una cuestión esencial como lo es la exclusión de algún miembro del Consejo, circunstancia que no fuera resuelta por la Constitución. La ley ha previsto que la asistencia a la reunión es carga pública, el presidente debe hacer constar la inasistencia injustificada de alguno de sus miembros y ante la reiteración de dicha falta, el Consejo con el voto de 10 de sus miembros puede excluirlo definitivamente. En éste supuesto el Presidente convocará al suplente quien integrará el período hasta la finalización del mandato del excluido.

### 6 - ELECCIÓN

Los integrantes del Consejo de la Magistratura en la provincia del Chubut, a excepción del presidente del Supe-

rior Tribunal de Justicia, que ocupa el cargo de pleno derecho en su condición de tal, son elegidos: **a)** el representante de los magistrados y funcionarios judiciales, aún entre los jubilados, por sus pares mediante votación secreta y a simple pluralidad de sufragios, en un total de 3; el acto eleccionario debe realizarse el mismo día en todas las circunscripciones; **b)** los consejeros abogados en un total de 4; se eligen de la misma manera que los magistrados, aún entre los jubilados y retirados; **c)** los consejeros populares en un total de 5; se eligen en oportunidad de las elecciones generales, no necesariamente deben ser partidarios, deben presentarse con cada agrupación política autorizada a participar de las elecciones provinciales; **d)** el representante de los empleados judiciales; lo eligen sus pares de toda la provincia en un acto eleccionario convocado al efecto el mismo día en todas las circunscripciones.

La representación tradicional de magistrados y abogados quedó asegurada con la supremacía de éstos sobre aquellos, cuatro abogados y tres jueces, no alcanzando a suplir la presencia del Presidente del Superior Tribunal de Justicia, cuya integración tiene un perfil muy distinto al de un camarista.

Aquí el constituyente, si bien se ha esforzado por mantener la ecuanimidad en la representación sectorial, no ha advertido que esta no se daba en cuanto a las regiones, ello así, dado que el artículo 167 estableció en cinco las circunscripciones judiciales y si los abogados son cuatro y los jueces son tres, ha dejado sin representación de ambos sectores a una circunscripción judicial, y a la restante, sin consejero de la magistratura, circunstancia que no puede ser salvada por la ley, y que por lo demás, en la realidad ha demostrado que, por ejemplo, la circunscripción de Sarmiento nunca haya tenido un representante de los abogados dado que fue a elecciones conjuntamente con la de Comodoro Rivadavia, y que por el número de asociados dispuso la integración de un representante por ese Colegio Público; lo mismo puede ocurrir de conformarse un órgano colegiado en la localidad de Sarmiento, al no estar previsto en la Constitución, carecería de representación ante el Consejo.

Esta es una capito diminuto insalvable al igual que la del Presidente del Superior Tribunal de Justicia; el constituyente debió dejar en el Cuerpo la designación, y por el mismo período que el resto de los integrantes.

### 7 - FUNCIONES

En ocho incisos, el artículo 192 de la Constitución Provincial, prevé las funciones del Consejo de la Magistratura.

a) Provee lo necesario para la

realización de los concursos de antecedentes y oposición destinados a la selección de magistrados y funcionarios judiciales con acuerdo legislativo. La propia Constitución prevé la posibilidad de la concurrencia de un jurista invitado, el que colabora con el concurso de oposición elaborando un informe no vinculante para con el Cuerpo. En cierta forma integra al Consejo de la Magistratura a la representación Académica, tal cual lo previsto en el Consejo Nacional.

b) La función más destacada y por la cual tiene razón de ser el Consejo de la Magistratura es la selección y designación de los magistrados y funcionarios judiciales con acuerdo legislativo. La evaluación que se haga de los concursos no es recurrible. En base a ese concurso se elabora un orden de mérito que se conforma con la opinión fundada de todos y cada uno de los consejeros, quienes votan en forma individual y seleccionan al mas votado por simple mayoría. Es dable destacar el valioso aporte de los consejeros populares, quienes, al no tener formación jurídica se dedican a indagar más sobre la vida, la ideología, la participación ciudadana de los postulante, cuestiones no técnicas pero que sirven a la hora de la selección. Ciertamente que no desplazan aquellas.

c) A los efectos de la aprobación, somete el pliego del seleccionado a la Honorable Legislatura provincial. En este tema, la Constitución de Chubut ha innovado en varios aspectos, por un lado, el pliego se aprueba con simple mayoría no pudiendo ser rechazado si no es con un voto calificado de los dos tercios del total de la cámara, es decir 18 sobre 27, el que debe ser fundado; y por otro, se ha potenciado la garantía de la transparencia de la sesión legislativa en este tópico imponiendo la publicidad de la misma y exigiendo que la sesión se realice dentro del plazo de treinta días, desde que el pliego ingrese a la Cámara, el que se considera aprobado sino fuere tratado en dicho plazo (art. 166 C.P.).

d) En el inciso 4 se le otorga al Consejo una facultad instructoria. Es quizá ésta una innovación que ha quedado a mitad de camino, según mi criterio, dado que sólo instruye el sumario administrativo en caso de: delitos, falta en el ejercicio de las funciones, incapacidad sobreviniente o mal desempeño ante denuncias formuladas contra algún magistrado o funcionario con acuerdo legislativo que pueda ser sometido a Tribunal de Enjuiciamiento. El sumario es llevado a cabo por un sumariante instructor que es un miembro del Cuerpo, y se sortea para el caso concreto excluyendo al empleado judicial, quien no podría estar instruyendo un sumario a un superior jerárquico; éste es otro de los argumentos por los cuáles es dudosa la incorporación del empleado judicial al

Consejo de la Magistratura.

Pero como el Consejo no sanciona es que sostuve que se había quedado a mitad de camino; este remite las actuaciones al Superior Tribunal de Justicia o al Tribunal de Enjuiciamiento a sus efectos, pero esa conclusión sumarial nunca podría ser vinculante ni para el Superior Tribunal de Justicia ni el Tribunal de Enjuiciamiento, es decir que estaríamos ante un híbrido que sería un sumario pre-procedimiento, el que en ningún caso supliría la voluntad de uno u otro, de llevar adelante las actuaciones con el fin sancionatorio y/o destitutivo. Ni siquiera opera como una acusación dado que no puede ser sostenida por el propio Consejo ante el organismo que intervenga.

e) Al cabo de los tres primeros años de ejercicio de la función de los magistrados o funcionarios designados por el Consejo de la Magistratura, estos son evaluados por su desempeño y aptitudes. Las conclusiones -en este caso- son vinculantes para los poderes públicos. Se remiten al Superior Tribunal de Justicia o al Tribunal de Enjuiciamiento, según corresponda y a sus efectos. El Consejo de la Magistratura selecciona y nombra magistrados y funcionarios judiciales siendo exclusivas e irrecorribles sus evaluaciones; por supuesto queda a salvo la posibilidad de la vía jurisdiccional a través de la cual se podrá peticionar sobre la vulneración del debido proceso, pero nunca la decisión del Consejo; la voluntad de los jueces nunca podrá sustituir aquella. Y en ese sentido, cuando se consagra la inamovilidad de los jueces y de los funcionarios judiciales con acuerdo legislativo, establece la Constitución que lo serán "... en las condiciones prescriptas por ésta Constitución", se refiere precisamente a que deberán sortear con éxito ésta evaluación de los tres años.

f) En su inciso 6, prevé la designación de los jueces de refuerzo y de los conjuces del Superior Tribunal de Justicia. Aquél es una novedosa consagración constitucional que viene a complementar la labor de los jueces titulares que se encontraron en un momento determinado congestionados en su tarea; la misión de quienes asumen el rol que prevé el inciso 6 ya mencionado es la de dictar sentencia a fin de evitar la sobrecarga y el retraso en la toma de decisiones jurisdiccionales.

g) En el 7º inciso, se faculta al C.M. al dictado de su propio reglamento de funcionamiento administrativo. En este supuesto, todos los años se aprueba el reglamento de concurso, se establece el modo de

llevar a cabo los mismos y demás circunstancias que hacen al funcionamiento.

h) Por último, se deja establecido la facultad que tiene según lo que dicten las leyes. Entre otras, está la de fijarse su propio presupuesto, este punto resulta también de dudosa constitucionalidad puesto que no lo previó el constituyente como una facultad, ni en el momento de consagrar la facultad colegislativa que tiene el Poder Judicial, ni ahora, al momento de enumerar sus funciones, pero dado que se trata de un órgano extra poder, no tiene dependencia de ningún otro Poder del Estado. Obviamente deberá interpretarse que le asiste esa potestad, asimismo, cabe advertir que pese a esa condición de "Órgano Extra Poder", sin embargo, la Secretaría Permanente, que establece el artículo 193, está incluida en el presupuesto del Poder Judicial, que es quien en definitiva le paga el sueldo. Creo es ésta es otra de las pocas felices soluciones que ha dado el constituyente. No se advierte claramente porqué, si lo dotó de tanta independencia, no previó la posibilidad de elaborar su propio presupuesto y la del pago de los salarios de sus dependientes.

## 8 - INCOMPATIBILIDADES

La Constitución de la Provincia del Chubut no ha regulado en esta materia. Ahora bien, creo que las incompatibilidades para ser consejero están dadas por las propias disposiciones constitucionales; no pueden ser consejeros: el legislador porque está establecido que no puede ejercer cualquier otro cargo electivo (art. 126, inc. 3); el Gobernador y el Vicegobernador (art. 153); tampoco podrán serlo los Convencionales Constituyentes ni los miembros electivos de los municipios.

## 9 - INMUNIDADES

En éste tópico, el constituyente ha omitido legislar y pareciera que el consejero no goza de ninguna inmunidad. Creo que no es así, pues debe considerarse protegida su condición de tal y gozará de completa inmunidad en su persona y domicilio desde su elección y hasta su cese (art. 248); también tendrán inmunidad de opinión y de obstáculo a la persecución penal (art. 249 y 251). En tal sentido, no dudo que el órgano competente para decidir sobre el allanamiento de sus fueros debiera ser el propio Consejo de la Magistratura.

## 10 - DESTITUCIÓN

Tampoco ha previsto el constituyente la forma en que se

determina la destitución de los consejeros; pareciera que debió incluirse en la figura del Juicio Político, por la magnitud institucional conferida. Sin embargo la ley 4086, dejó establecido que es el pleno del Consejo quien decide sobre el desafuero o la suspensión del consejero en caso de incapacidad, incompatibilidades o incumplimiento grave de los deberes del mismo, y si bien no está previsto por la ley, se supone que también ante la imputación de algún delito.

Así mismo puede excluir al Consejero que incurra en reiteradas inasistencias a las reuniones que son carga pública, ello puede hacerlo por decisión de por lo menos diez de sus miembros.

Se puede advertir que el constituyente ha omitido algunas cuestiones que son de trascendental importancia y que debieron ser paliadas por la ley, como en el caso del Consejo de la Magistratura Nacional o la Constitución española.

## 11 - SECRETARÍA PERMANENTE

La Constitución de mi Provincia previó una Secretaría Permanente dándole el nombre de Secretario a quien ejerce tal función (art. 193), el que es nombrado y removido por el propio Consejo. Aunque presupuestariamente depende del Poder Judicial (contradicción ya puesta de manifiesto) es el órgano permanente del Consejo, tiene las funciones específicamente establecidas en la Constitución. Recibe inscripciones para los concursos como así mismo recibe las denuncias contra los magistrados y funcionarios judiciales sometidos al Tribunal de Enjuiciamiento e interviene en los Sumarios que realiza el consejero sorteado a tal efecto (art. 192 inc. 4).

El Secretario tiene dedicación absoluta y su cargo es incompatible con cualquier otro excepto la docencia.

## CONCLUSIONES FINALES

El Constituyente de la Provincia del Chubut al legislar el Consejo de la Magistratura ha elegido un modelo que podríamos denominar un verdadero "fenómeno cultural" (Luis María Daniel Pintos "Una propuesta a favor del Consejo de la Magistratura", Boletín N° 9, pág. 25) con la participación ciudadana en el funcionamiento de las instituciones públicas.

La participación de los "Consejeros del Pueblo" como lo ha dado en llamar la Ley N° 4086 (reglamentaria del funcionamiento del Consejo de la Magistratura), le ha aportado al proceso de designación de magistrados y funcionarios judiciales una visión más

global, despojada en cierta manera del tecnicismo que antes tenía a partir de la Constitución de 1957, que mediante distintos mecanismos siempre estuvo presente, ya sea con el sistema de elección de ternas por medio de los abogados, y propuesta al Superior Tribunal de Justicia y la intervención de éste seleccionando uno de los candidatos y remitiendo el pedido de acuerdo legislativo a la Honorable Cámara de Diputados. Esta forma de cooptación no dejaba de ser manifiestamente corporativa pues ponía exclusivamente en manos de los abogados la posibilidad de seleccionar a los postulantes mediante una votación, y no se tenía en cuenta en ningún modo los antecedentes y la preparación de los aspirantes. Posteriormente, por Ley N° 3760, se creó la "Comisión Técnica Asesora". Por primera vez era escuchada la voz de la magistratura en la designación de los jueces y funcionarios judiciales, dado que la integraban tres representantes de magistrados y funcionarios judiciales elegidos entre sus pares democráticamente (art. 16).

En 1994, con la reforma constitucional, se dio participación a la ciudadanía y también a las agrupaciones políticas en las cuestiones de la Justicia, ni unos ni otros pueden hoy desentenderse de las materias vinculadas al Poder Judicial.

Hoy es "el pueblo" quien decide sobre la conveniencia o no de la designación de un Juez; hoy son las agrupaciones políticas quienes deben elegir a sus representantes ante el Consejo de la Magistratura, y que no debe partidizarse la elección dice la Constitución: deben ser personas "no necesariamente partidarias".

Ya nuestra Constitución Provincial al haber previsto el Juicio por Jurado y la inclusión del escabino (artículos 171 y 173 de la C.P.), en el Consejo de la Magistratura ha abierto el camino de la desprofesionalización de la Justicia, haciéndola más humana con la participación ciudadana en la selección de sus integrantes.

Cierro con una frase de mi colega y amigo, Domingo Juan Sesin, de su obra "Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica" (pág. 16) "... jamás se debe claudicar en el firme propósito de asegurar en forma efectiva la dignidad de los ciudadanos y frenar la arbitrariedad de quienes mandan. Todo esto, en el marco de la incesante búsqueda de hacer realidad lo que dice la Biblia en los Libros Proféticos: "de la Justicia brotará la paz, y del derecho la calma y la seguridad por siempre". Una y otro son administrado por los hombres que fueron seleccionados como jueces.

## AUGUSTO MARIO MORELLO

### Profesor Honorario de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco

POR JOSÉ LUIS PASUTTI:

MINISTRO DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. PROFESOR ORDINARIO DE DERECHO PROCESAL EN LA U.N.L.P.S.J.B. MIEMBRO DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO PROCESAL.

El día 8 de abril de 2010, en una ceremonia celebrada en la ciudad de Puerto Madryn, la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco otorgó el título de Profesor Honorario de la Facultad de Ciencias Jurídicas al Dr. Augusto Mario Morello, al igual que la Universidad de La Plata, su universidad, que lo había distinguido como Profesor Emérito y la de Buenos Aires que le hizo una designación similar a la nuestra. Sin su presencia, ya que había muerto poco tiempo atrás, pero sí nos acompañaron sus hijos, sus discípulos, hoy maestros del derecho: Juan Carlos Hitters, Roberto Berizonce, Eduardo De Lázzari y Eduardo Oteiza, quienes redactaron con Morello el Código Modelo Procesal Civil: Roland Arazi y Mario Kaminker; el Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Jorge Peyrano, la Profesora Mabel de los Santos, representantes de todos los poderes judiciales de la Patagonia, magistrados y abogados, especialmente de Chubut.

Fue un reconocimiento justo ya que Morello fue maestro de varias generaciones de abogados, escribió un centenar y medio de libros, fue miembro de número de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, donde ocupó el sitial Mariano Moreno, corresponsal de Academias extranjeras y su obra es reconocida en América Latina y países europeos.

Se inició como profesor adjunto de quien consideraba su maestro, Amilcar Mercader, conjuntamente con Lino Palacios y Sentís Melendo, que desarrollaron a lo largo de sus vidas, doctrinas que fueron y son la médula del Derecho Procesal Civil de nuestro país.

Para otorgar esta distinción, no sólo pesaron sus antecedentes académicos, que por sí sólo sobaban, sino que se tuvo presente también su profundo amor por la Patagonia, que recorría y conocía palmo a palmo. En nuestra Provincia nos acompañó muchas veces en encuentros y jornadas, demostrando su intención de construir una justicia más humana, más relacionada con la naturaleza de quienes a diario reciben tan preciado servicio. Colaboró desinteresadamente con las provincias de la Patagonia y nos ayudó hasta su muerte.

Este humilde título, si bien puede tomarse como un homenaje más, quienes lo propusimos sabemos que no es así y que para el maestro hubiera sido un enorme honor, por que así me lo había manifestado y por que fui testigo del amor que profesaba a esta parte de nuestro territorio nacional, donde –según él– aguardaba un futuro promisorio.

El maestro tiene, a partir de este reconocimiento, para los tiempos que vendrán, su espacio en nuestra Universidad.

## JUECES Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA:

### Un panorama de la cuestión judicial Española\*

POR PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ

JUEZ DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. FUE VOCAL DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ESPAÑOL. FUE MIEMBRO DE JUSTICIA DEMOCRÁTICA DESDE 1973 HASTA SU DISOLUCIÓN EN 1977. FORMÓ PARTE DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE LA ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA, COLECTIVO AL QUE PERTENECIÓ HASTA LA CREACIÓN DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA (JpD).

#### 1. Permanencia y contradicción

Los autores que «desde afuera» de la institución judicial han reflexionado políticamente sobre la misma, se han visto con alguna frecuencia sorprendidos por su predisposición a la estabilidad y a la permanencia, más allá de las vicisitudes, en ocasiones nada epidérmicas, experimentadas por el medio social y la organización del Estado en su conjunto.

El caso «español» puede resultar paradigmático al respecto. Y nada mejor a título de ilustración que el dato significativo de que la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870, después de regular, cuando menos formalmente, la articulación y actividad de la justicia de este país durante algo más de un siglo, pueda seguir latiendo con fuerza en aspectos fundamentales en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, supuestamente revolucionaria, siquiera en la opinión de sus autores.

Se ha aludido el carácter cuando menos formal de la vigencia de la Ley de 1870, y en ello precisamente cabe rastrear otro indicador bien elocuente de ese rasgo de lo judicial que nos ocupa. Porque aún cuando la ley de Montero Ríos incorporaba el propósito, inaugurado por la Constitución de Cádiz, de plasmar prácticamente una justicia de nueva planta, la vieja organización y, sobre todo, los viejos modos de gobierno de la misma, prevalecieron con extraordinario vigor y plena efectividad a lo largo de un todavía dilatado espacio de tiempo.

La justicia del antiguo régimen de nuestro país se había caracterizado por la complejísima trama de órganos y de instancias que hacían de ella un mosaico abigarrado y caótico. Pero al mismo tiempo es preciso reconocer se hallaba dotada en su configuración interna, de un alto grado de coherencia entre el modo de articulación y los fines ante la misma se orientaba. Era un instrumento más del poder, profundamente integrado en el contexto de todos los otros, y de indudable funcionalidad a su objeto, por lo demás siempre manifiesto. Tanto

desde el punto de vista formal como en la práctica, el poder absoluto al justiciable tenía una correspondencia lineal con la situación de dependencia del propio juez respecto del monarca, titular de la jurisdicción suprema.

El modo liberal de concebir la organización de la justicia es significativo, en el orden teórico, de un importante momento de ruptura con la situación precedente. En el plano político se proyecta un «poder» judicial, del que se predica la plena independencia, y el discurso se completa con la pretensión de reconducir la actividad del juez al campo de la más estricta aplicación de la legalidad. Función de este planteamiento es precisamente la idea de que la actividad jurisdiccional tiene un carácter exclusivamente técnico, de donde deriva la exigencia de que sean también sólo técnicos los criterios de selección de los encargados de su ejercicio.

Pero la quiebra surge y la coherencia se rompe cuando se trata de viabilizar ese nuevo concepto de independencia, poniendo como cuerpo de funcionarios, férreamente y jerarquizado y tan hermético frente al exterior como abierto a la influencia del «poder» en sentido fuerte.

Esta valencia contradictoria de la jurisdicción y de todo lo jurisdiccional, es pugna con los principios supuestamente inspiradores del modelo, posibilitará la prestación por el aparato judicial del servicio político demandado por el sistema en su conjunto, permaneciendo cuidadosamente oculta tras una densa capa de formulaciones ideológicas sobre todo para sus propios errores, preseleccionados siempre con inequívoco criterio de clase.

#### 2. Una organización para la dependencia política.

La ley orgánica de 1870 representó en su tiempo un notable esfuerzo de plasmación de conjunto de principios –y también de las íntimas contradicciones– de la idea liberal sobre la administración y justicia. Y a la vez un empeño de racionalización del caos

# El Reporte

preexistente.

En el orden de la fidelidad a esos principios se encuentra se encuentra el designio de sustraer el acceso a magistratura al descarnado arbitrio gubernamental a que se hallaba sujeto. Y para ello, se opta por el sistema de oposición como forma de acceso, «trazando con esa medida—se dice en la Exposición de Motivos— una profunda línea de separación entre lo pasado y lo futuro, cortando en su raíz el favoritismo y haciendo comprender a todos que en lo sucesivo no la influencia y sí el mérito será la puerta por la cual debe ingresarse a la Carrera judicial».

En realidad la censura con la situación preexistente nunca será del grado de la proclamada, pues aunque en la creación de un «cuerpo de aspirantes» y la formalización del procedimiento de selección entrañe un tímido principio de garantía, la forma de constitución de las «juntas calificadoras» las colocaba sin mediación entre la órbita del gobierno. Y el gobierno, los gobiernos sucesivos, encontraron simples razones para entender que no acababan de darse las condiciones precisas para abdicar en este terreno del ejercicio de una prerrogativa que podían garantizar la fidelidad agradecida de este importante sector del empleo público.

La Ley, por otra parte, hizo un diseño de organización judicial conforme al modelo que ha dado en llamarse «napoleónico». Dotó a la administración de justicia de una articulación interna de carácter rigurosamente vertical, procurando al mismo tiempo un cuidadoso entrelazamiento del orden jerárquico con el sistema de instancias.

De este modo las resoluciones de cada juez o tribunal serían siempre revisables ante otro jerárquicamente superior, no sólo en el orden funcional, sino también en el propiamente funcional. Y, además, el resultado de ese ejercicio de vigilancia, que como veremos no conocía límites, tendría siempre carácter decisivo y determinante para el futuro profesional y las posibilidades de promoción en la carrera de cada juez.

A ese respecto, vale la pena señalar que entre los datos de obligatoria constancia en el expediente personal del funcionario estaba, por imperativo del art. 170,3 de aquella ley, «el concepto que merezca a sus superiores inmediatos, fundado principalmente en haberse confirmado o revocado frecuentemente sus fallos». También debía prestarse atención a los mismos efectos a «la conducta moral» (art. 174 LOPJ).

Otro precepto, el contenido en el art. 734,5 del mismo texto, completaba el arsenal de medidas de control, al disponer que «los jueces y magistrados serían corregidos disciplinariamente... cuando por la irregularidad de su

conducta moral, o por vicios que les hicieren desmerecer en el concepto público, comprometieren el decoro de su ministerio».

Después, la ley aportaba un elemento de cierre del sistema cuando establecía la posibilidad de una libérrima apreciación de las circunstancias que podrían ser determinantes de la destitución. Sobre todo al contemplar entre ellas la misma de faltar a las etéreas exigencias impuestas por «la dignidad de su ministerio» o «el concepto público» y la de observar «conducta viciosa» o «comportamiento poco honroso» (art. 224, 2 y 5). Y, en fin, para garantizar la intangibilidad del amplio margen de apreciación ofrecido por categorías tan sumamente abiertas, concluía por limitar las posibilidades de impugnación de las resoluciones administrativas en materia de destitución a los casos en que una u otro se hubieran producido «sin hacer expresión de la causa» (art. 244, 2).

Así las cosas, el juez de la Ley Orgánica, con una existencia profesional y privada absolutamente transparente a los ojos de la superioridad jerárquica, terminaba encontrándose en situación de franca disponibilidad frente al arbitrio gubernamental. Porque, en efecto, el régimen de progresión en la carrera y de ascenso a los puestos de mayor rango y significación dentro de la misma quedaba en manos de la administración, que así mismo gestionaba, como hemos visto, el sistema de selección y de acceso al ejercicio de la jurisdicción.

La situación fruto de semejante diseño orgánico se vería perpetuada en sus términos generales a lo largo de más de un siglo. Y pudo ser igualmente funcional a las necesidades de las dos experiencias republicanas, a la Restauración y al régimen del 18 de julio.

### 3. Hacia la quiebra del modelo

El modelo representado por la Ley de 1870 vino en su momento a superponerse a la realidad preexistente sin incidir en ella de manera fundamental.

Ya hemos dicho que como paradigma organizativo estaba rigurosamente orientado a promover la plena integración de la corporación judicial en el marco más general del poder en su conjunto.

Y en este sentido, el margen de autonomía a que el juez podía llegar a acceder en su ámbito estaba siempre circunscrito por el hecho de darse sobre la base de invariable homogeneidad política previa.

Así la permanencia de las prácticas arbitrarias de la designación y destitución de los jueces y una justificada consideración de su actividad como puro subrogado de la acción gubernamental y como ella misma regida por criterios de oportunidad y de interés, contribuyeron a mantener y realimentar incluso la visión terriblemente negativa

de lo judicial con profundo arraigo en la opinión.

Opinión que una de las mayores cotas de expresividad en el discurso de Lucas Mallada, a cuyo entender, próximo ya el fin del siglo, «... el odio, y cuando no odio prevención y cuando no prevención reparo, y cuando no reparo asco a la administración de justicia han sido, son y serán proverbiales en el país... (en el que) sigue creyendo la muchedumbre que el favor, la recomendación y el dinero influyen en las sentencias tanto como la razón y la verdadera justicia; que no hay tribunal enteramente libre de la presión de la política y del caciquismo...».

No existen «trabajos de campo» sobre el quehacer de la judicatura en España durante el período a que se está haciendo mención. Mientras, por el contrario, abunda la opinión—siempre profundamente desfavorable— sobre la justicia en la voz de los políticos, generalmente mientras hablan de la oposición, o a raíz de su acceso al gobierno y para referirse a la actuación de sus antecesores en la materia. En cualquier caso, lo que siempre queda definitivamente claro es que, como ha escrito Aparicio Pérez (p. 567) «nuestra administración de justicia no solo siguió las pautas del funcionariado español, sino que, en determinados momentos, fue el espejo más claro del movimiento en el juego político: sus miembros y sus puestos han variado con igual cadencia y regularidad que los gobernadores civiles».

Al fin, siempre el juicio resultará profundamente negativo, sea cual fuere la posición del observador. Porque, efectivamente, tanto da acudir a Beceña (1928, p. 416), para el que «lo que hay que destruir es la tradición de la sometimiento, de abandono y desinterés por la función...». Como a Ruiz Villaplana (1937, p. 154) años después, a cuyo criterio, «formado en la burguesía, cerrada su carrera, costosa, al pueblo, que difícilmente conseguía llegar a la universidad; rodeaba la función judicial de un falso prejuicio autoritario, nacido de los dogmas de la jerarquía social, el juez desconectado del elemento popular, buscaba su influencia y su apoyo en el halago de las clases sociales preponderantes».

Sobre la base de todo lo expuesto, puede decirse que, a partir de la evocada situación de dependencia política y de miseria funcional, el esfuerzo de alcanzar una cierta independencia que puede registrarse en el interior del propio orden judicial es siempre, como ha escrito también Aparicio Pérez (p. 506), «una lucha por la autonomía corporativa».

Dentro del marco general de objetiva sumisión y dependencia política la magistratura había ido alcanzando su definitivo nivel de institucionalización y adquiriendo una cierta apariencia de organización «independiente» dentro del Estado. A ello contribuiría la ya aludida

consolidación de la garantía de inamovilidad. Ésta supuso la eliminación del más grosero de los medios de control que había venido siendo el cese de los jueces como de todos los demás funcionarios cada vez que lo hizo necesario hubo un cambio de gobierno. Pero supuso también la discreta permanencia de todos los demás dispositivos que el modelo de organización inaugurado por la Ley de 1870 había puesto en juego para situar sin mediaciones a la magistratura en el área del ejecutivo.

Ello hizo, como también se ha apuntado, que, situándonos ya en los antecedentes más inmediatos del momento presente, el régimen franquista no tuviera problema alguno con la justicia como institución. Pudiera haber encontrado dificultades con algunos jueces individualmente considerados, pero las solventó con la misma agilidad y desenvoltura que lo hizo en otros cuerpos del funcionariado estatal. Incluso, en seguida, encontró entre los jueces una cantera importante de la que nutrir su *staff* en la primera hora. Y también después, de manera más formalizada, a través del mecanismo de la «excedencia especial», a la que se accedía mediante «nombramiento, por decreto, para cargo político o de confianza».

El proyecto político de aquel régimen respecto de la justicia tiene una formulación extraordinariamente sincera y desde luego bien elocuente en las palabras del ministro de Justicia, Aunós, dirigiéndose a las cortes en 1944, para defender la Ley creadora de la Escuela Judicial: «queremos forjar una milicia del derecho, una milicia de la justicia, ágil, tensa, unida a los ideales firmes del Estado nacional que está construyendo el caudillo, vibrante, y siempre dispuesta...».

Por eso, y puesto que de «milicia» se trataba, no resultó preciso introducir modificación alguna en la configuración orgánica de la «carrera». No en vano, ya lo hemos dicho, nuestra ley de 1870 había recibido el modelo «napoleónico» y así estructurado a la magistratura en «une série d'échelons... quelque peu analogues à ceux que l'on rencontre dans l'armée» (Rousset, 1957, II, p. 130).

Ni tales precedentes, ni una política de nombramientos de la máxima fidelidad a idénticos presupuestos, impidieron la consolidación en el juez medio de una vivencia de su actividad profesional como exquisitamente independiente y ajena al plano político probablemente apuntalada también porque el que podría haberse valorado en los medios profesionales como trabajo, sino sucio, al menos contaminante, resultó siempre encomendado a aquellos jueces que podrían resultar más seguros, como fue el caso del Tribunal de Orden Público.

Esa consideración forma parte de

un complejo ideológico que generalmente gira en torno a la estima de la propia función como ordenada a la prestación de un servicio trascendente. Así, el juez, en la obra seguramente autobiográfica de Baltazar Rull (1959, p. 55), «presintió que su conducta había de ser el ejemplo de un partido entero que la sociedad le exigía, como a los sacerdotes, una vida diamantina, llena de austeridad y de sacrificios, una tarea ingrata de luchar contra la injusticia y el crimen, contra la codicia y la arbitrariedad de los poderosos y el desenfreno de los miserables, la tarea de mantener un orden jurídico sin el cual no hay paz ni progreso en los pueblos».

Por otra parte, si la justicia es «sacerdocio», no tiene nada de particular que el período de formación tenga algo de experiencia monacal que se vive «encerrado en casa sin salir mas que a misa los domingos y demás fiestas de guardar, hasta nueva orden...» (Ríos Sarmiento, 1956, p. 15). Y debe entenderse como algo normal, dentro de la misma lógica, que Rull Villar (p. 71) diga de su juez que «soñaba con interpretar las leyes de la tierra mirando a las del cielo».

Podría quizás tratar de rebajarse la significación ese tipo de apreciaciones en consideración al carácter mas bien literario de las obras donde se encuentra. Sin embargo, la objeción no sería atendible, si se piensa que en un ensayo filosófico-jurídico sobre la independencia judicial, Martínez Calcerrada (1970, p. 207) ha entendido que «no se encuentra otra ordenación orgánica, que ubique a su titular, en un reducto tan pristino y purificado del concierto social, como la judicial». Apreciación contenida en un epígrafe que lleva por título: «El Juez cómo ciudadano modélico: su vitalismo estamental. "El Juez solo y siempre es Juez"».

Pues bien, siendo tal la función, no tiene nada de particular que el sistema de reclutamiento, mas que un vulgar procedimiento de selección de personal, tuviera la condición de verdadero rito iniciático. Lo expondrá con extraordinaria claridad De Miguel Garcilópez (1970, p. 16), precisamente en el prólogo del último libro citado: «el proceso de la Magistratura mediante rigurosa oposición confiere ya desde un principio al elegido cierto halo carismático para salvaguardia de su independencia.»

Esa valoración autoestimatoria y mitificadora profesada en general por los jueces encontró durante mucho tiempo cierta correspondencia en la actitud de la opinión pública, o al menos en amplios sectores. Quizás como puro reflejo del alto coeficiente de conformismo y resignación inducidos por sucesivas formas de poder autoritario; tal vez por la menos transparencia de la institución y la

escasísima cultura política sobre la misma, en un medio social en el que en general reinaba una notable falta de cultura política; o, en fin, porque esa visión sacralizada y sacerdotal del juez hubiera producido como consecuencia alguna forma de integración de imagen en ese fondo arcano en que el pueblo ha solido guardar todo lo relacionado con la fe. Lo cierto es que un buen observador de la realidad como es Manuel Vicent (1976) opinaba hace ya algunos años sobre el tema en términos bien significativos. Veía cómo «un hecho cierto que el recelo o la repulsa con que nuestra cultura popular reacciona frente a la maquinaria legal o judicial no se observa cuando se trata del caso concreto y específico de la figura del juez. Puede pensarse que la Administración de Justicia es mala, cara, lenta e incierta, pero está decidido que nuestros jueces son honrados, honestos, incorruptibles e imparciales».

También Toharia (1975, p. 192) llegaba al mismo resultado, y no de manera intuitiva, sino a través de un elaborado trabajo de investigación: «Por lo general los jueces han tendido, tradicionalmente, a ser percibidos en nuestro país como honestos e independientes».

El complejo ideológico-institucional altamente cohesionado ha que nos estamos refiriendo, comienza a erosionarse y a ser blanco de una cierta crítica política a lo largo, o mejor ya al final de los años sesenta. Con anterioridad, la misma había incidido de manera casi exclusiva en la actuación de las jurisdicciones especiales, dando lugar al mismo tiempo a que el resto del aparato jurisdiccional pudiera mantenerse relativamente a salvo.

Y esa actitud crítica curiosamente, tiene su origen en los propios medios judiciales y toma cuerpo en la organización «Justicia Democrática». O al menos la que comienza a hacerse con algún grado de sistematicidad y rigor y que va más allá de los aspectos epidérmicos y de mayor visibilidad.

Esta nueva actitud cobra por primera vez expresión en el texto titulado *El Gobierno y la Justicia en 1971*, y se mantendrá a lo largo de otras publicaciones.

Es precisamente en estos años cuando los temas de la justicia comenzarán a ser objeto de debate y progresivamente pasarán a ocupar mayor espacio en los medios de comunicación. En tal sentido podría hablarse de un cambio de cualidad con respecto a la situación precedente, por lo que tiene de significativo el hecho de que se hace definitivamente explícita la existencia de una evidente fractura de la unidad y la coherencia corporativa. Es decir, del sustrato que había hecho relativamente fácil ofrecer a la opinión y promover la imagen ideologizada de una justicia fuera del tiempo, como función esencial de valores trascendentes, permanentemente igual

a sí misma.

#### 4. La transición democrática: magistratura y sistema político

Si hubiera que concretar en unas pocas palabras lo más relevante que la transición democrática ha supuesto para la justicia en nuestro país, habría que pensar en su extracción de la misma del ámbito cerrado del conjunto de relaciones internas al aparato estatal, para proyectarla de lleno en el ámbito del «sistema político».

En efecto, ya hemos visto cómo en la situación preconstitucional el alto grado de integración en condiciones de subalternidad y dependencia de la administración de justicia en el estado del franquismo, privó a aquella en su dimensión institucional de algún grado de existencia política autónoma por mínima que esta fuera.

Por otra parte, también se ha visto cómo en general el *modus operandi* al uso entre los profesionales de la justicia carecía de la suficiente entidad significativa como para singularizarse en el contexto burocrático general.

Sin embargo, el fenómeno de contestación representado en su momento por «Justicia Democrática» fue a suponer la inserción con carácter ya permanente de un interesante factor de discontinuidad en la situación. En efecto, a partir de entonces, el debate y la confrontación político-culturales tomarán carta de naturaleza en el ámbito judicial en el que un sector de los operadores asumirá actitudes de contestación y de crítica, dando vida a un relevante momento de contradicción y de dinamismo en el interior del sistema, y a una nueva forma de presencia de los jueces en la vida civil.

Las fuerzas políticas que protagonizaron la transición fueron concordes en la necesidad de extraer la gestión político-administrativa de la organización judicial del área del ejecutivo y en confiársela a una institución de nuevo cuneo con participación parlamentaria. Fue ésta el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), cortado por el patrón del *Consiglio Superiore della Magistratura* italiano y concebido por la constitución cómo «órgano de gobierno» del «Poder Judicial».

La mayoría parlamentaria centrista, que produjo la Ley Orgánica 1/1980, reguladora del CGPJ, al dar entrada en el mismo a representantes de la magistratura elegidos por sufragio en el interior de la misma, trató de configurar un marco adecuado a la composición del espectro político-judicial del momento. Lo hizo poniendo un límite mínimo del 15 % de afiliación sobre el total del escalafón para poder constituirse en asociación, cerrando así el paso al sector minoritario.

La entonces oposición socialista vio en aquella ley y en esa actitud política un tratamiento empobrecedor de la institución y un cierto fraude al espíritu

de texto fundamental. Autores como Peces Barba (1981, p. 166) y Ledesma (1983, p. 502) entendieron que el Consejo estaba llamando a absorber las competencias que el Ministerio de Justicia había venido detentando en el ámbito de la justicia. Era el alcance «revolucionario», dijeron, de la Constitución en la materia, que se había visto frustrado.

La sola irrupción del CGPJ como proyecto en el horizonte institucional, simultáneamente al debate en las Cámaras, abrió en el marco de la judicatura una nueva dinámica.

Los sectores más conservadores de la magistratura en los que el movimiento asociativo de carácter renovador y democrático no había encontrado ningún eco, fueron a encontrar en el control de aquel nuevo instrumento de poder un notable estímulo.

Como por generación espontánea, pero con la complacencia y el impulso de la jerarquía, dispuesta a asumir la estética democrática, dispuesta a asumir la estética democrática, surgen nuevos líderes, «profesionales puros», en todos los territorios, que agrupan en torno a sí movimientos asociativos de urgencia, y se dan cita en Sigüenza (Guadalajara) en diciembre de 1979. Es el germen de la Asociación Profesional de la Magistratura, que se dotará unos estatutos, simple versión «asociativa» del modelo organizativo y las pautas de funcionamiento propias de la «carrera», de la que quería ser un mero apéndice. La AMP trataba de dotarse de una articulación pesadamente burocrática orientada a evitar en su seno posibles agrupaciones o convergencias de carácter ideológico y cualquier forma de democracia directa en los debates internos y en los niveles de decisión, limitando drásticamente la participación del voto en un reducido número de compromisarios. Al mismo tiempo, se cerraba cuidadosamente el paso de la CGPJ, mediante la adopción de un sistema mayoritario de sufragio.

Como cabía esperar, el estado mayor de la AMP pasó a ocupar la nueva institución de gobierno.

El período de tiempo comprendido entre 1980 y 1983 se caracterizará por una cierta atonía en la vida político-judicial, debida en una buena medida a que el «sector progresista», integrado en la APM por menor del 15 %, no acababa de «encontrarse a sí mismo».

El congreso de la AMP celebrado en febrero de 1983 tendría una importancia fundamental. Sobre él se cernía un descontento generalizado motivado por la atenuación de la vida asociativa, y al mismo tiempo el temor de la mayoría a la repercusión que en la situación de la justicia podría llegar a tener el todavía reciente triunfo socialista. A partir de esta base, el sector minoritario juega fuerte y reclama como condición indispensable para su permanencia en la APM el reconocimiento de corrientes en su in-

terior y el establecimiento con carácter general del sistema proporcional de sufragio.

Al amparo de esta incipiente liberalización del movimiento asociativo, se constituye *Jueces para la Democracia*, dentro de la APM. Es mayo de 1983 y el hecho encuentra un amplio eco en los medios de comunicación. Pero también provocará un gran descontento en el sector mayoritario de aquella, para el que el precedente congreso habría autorizado sí «corrientes», pero nunca «organizadas» (!).

A finales de 1983 nacerá *Francisco de Victoria*, que en seguida convergerá con *Grupo Judicial*.

Esta nueva incidencia y el peligro de una pérdida posible de su hegemonía que aquello podría representar, lleva al núcleo dirigente de la APM, con el refuerzo que supone la colaboración intensísima de algún cualificado miembro del CGPJ, a una convocatoria de urgencia cargada de sensacionalismo para frenar el peligro –sobre todo «rojo»– que se avecina. De este modo, se provoca el IV Congreso de la APM, que investido de verdadero «espíritu de cruzada» fue a representar quizás el punto máximo de involución de una trayectoria no precisamente marcada por la apertura.

Con carácter preparatorio, un grupo altamente significativo de magistrados, de entre los más beligerantes de la mayoría reaccionaria, había hecho pública una ponencia destinada a orientar el debate congresual en materia estatutaria, con tres propuestas fundamentales: prohibición expresa de las corrientes de opinión organizadas, limitando la libertad de expresión al margen de los cauces formalmente previstos en los estatutos; reinstauración del sufragio mayoritario; y establecimiento de un régimen disciplinario, que se ofrecía perfecta y prolijamente articulado, de exquisita sensibilidad inquisitorial.

Un debate «pro forma», convirtió esa ponencia en conclusiones, que acabarían haciendo mención expresa al reconocimiento de corrientes de opinión, pero «en el seno interno (sic) de la Asociación», con una redacción, como se ve, que deja pocas dudas acerca del plano subterráneo y oculto en el que se quería configurar cualquier posibilidad de pluralismo conflictual y de debate.

«El sector conservador fuerza la salida de progresistas y centristas de la Asociación de Jueces», titularía *El País* del 12 de marzo de 1984. Pero siendo ésta una afirmación fundamentalmente exacta, no refleja en su verdadero alcance todo lo que para el futuro de la justicia fue a significar bien pronto el punto de inflexión producido en la dinámica asociativa.

En efecto, las vicisitudes brevemente reseñadas estaban teniendo lugar precisamente en momentos en que el

Ministerio de Justicia preparaba el proyecto de reforma de la Ley Orgánica de 1870, mientras la mayoría parlamentaria «calentaba motores» en la perspectiva inmediata de una operación que se adivinaba con algunos matices de «ajuste de cuentas» con esa magistratura resistente a entrar en el álveo de la democracia. Fue una época de frecuentes comparecencias en los medios de comunicación en términos de confrontación, bien con la ocasión de resoluciones concretas de algunos jueces o tribunales, o a causa de algunos acuerdos del CGPJ. Pues bien, lo sucedido en el IV Congreso fue interpretado en los medios de la mayoría como una actitud de resistencia antidemocrática que confirmaba a sus responsables la necesidad de un cambio profundo en el marco legal.

El Proyecto, publicado el 19 de septiembre de 1984, resultó ser escasamente innovador y desde luego nunca «revolucionario». Un recorte importante a las facultades del CGPJ que arriesgaba a convertirlo en un órgano puramente decorativo; un cambio de la edad de jubilación de los magistrados, que recortaba las expectativas de vida activa de quienes ocupaban la cúpula jerárquica, sobre todo; y un nuevo sistema de acceso, en la línea del histórico «cuarto turno». En lo demás, salvo la incorporación de algunas declaraciones de principio y de ciertas mejoras de orden más bien procesal, continuaba moviéndose dentro de los mismos parámetros que la ley decimonónica a la que venía a sustituir.

Con todo era evidente que el tema de la edad de jubilación y la modificación del régimen de reclutamiento respondían al propósito evidente de modificar la correlación de fuerzas existente en el seno de la carrera judicial, y la derecha judicial y extrajudicial tardó poco en darse por aludida. Y lo hizo lanzando una dura ofensiva supuestamente en defensa de la independencia judicial –que nunca por lo visto había corrido riesgo semejante– oponiéndose a un proyecto que algún miembro del CGPJ calificó de «deleznable y totalitario».

Lo cierto es que, vistas las cosas con alguna perspectiva, puede justamente decirse que la pobreza del texto remitido a las Cortes tuvo enfrente la miseria de una contestación de principios lo que no pasaba de ser una simple amalgama de intereses corporativos. Que podrían haber sido muy dignamente defendibles, pero sólo y simplemente como tales.

El desarrollo de los acontecimientos y el *in crescendo* del nivel de la conformación dio lugar a que la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, al dictaminar el Proyecto, en su sesión del 5 de marzo de 1985, se pronunciase por la aceptación de la que se conoce como «enmienda Bandrés» y a favor

de la elección parlamentaria de todos los vocales del CGPJ.

La decisión fue presentada a la opinión como el paso definitivo en la línea de reconducción de la justicia al ámbito de la soberanía popular, y contestada por la oposición como el embate definitivo a la independencia de los jueces.

El debate suscitado por esta cuestión tuvo en la mayor parte de los casos un alto grado de visceralidad y de simplismo, consecuencia de que más que diseñar el futuro del «tercer poder» se estaba buscando salida a una situación de conflicto en la más inmediata coyuntura, y cerrando el círculo de la «governabilidad». Con la particularidad de que cualquier posible duda al respecto sobre la significación real del nuevo sistema de elección tardaría en verse disipada lo que tardó en producirse la renovación del CGPJ.

Lo ocurrido en el período a que se refieren las incidencias de que se ha dado cuenta tiene una significación global que llega bastante más allá de lo que pudieron representar en su singularidad los diversos acontecimientos. Y es la definitiva inserción de «lo judicial» en el marco del «sistema político» a que antes nos habíamos referido. El desbordamiento del que habían sido su tradicional marco de referencia y la integración de un mundo de interrelaciones notablemente más amplio y multidimensional, compartido con una diversidad de sujetos políticos.

## 5. La justicia española de los años 50, entre la deslegitimación y la ineficacia

Uno de los rasgos quizás más llamativos de la situación de la administración de justicia en España a estas alturas de la transición democrática es sin duda, como se ha visto, su complejidad. Aquella realidad judicial monocorde y monótona de los años del franquismo, apenas alterada a última hora por un movimiento de oposición interna, importante por lo que simbolizaba, pero de proyección poco más que testimonial, es hoy uno de los sectores más conflictivos de la realidad española. Y desde luego el más caracterizado de esa perspectiva dentro del marco de las instituciones del Estado.

Los factores que han contribuido a la conformación de tal estado de cosas son de diversa índole. Pero podría decirse que entre los fundamentales cuenta, tal vez más que ningún otro, la incapacidad objetiva del aparato judicial para afrontar con eficacia una cada vez más exigente demanda social y una cada vez mayor conflictividad. Al propio tiempo, es constatable un crecimiento de la contestación interna y la apertura perceptible en el movimiento judicial de un frente reivindicativo de carácter estrictamente sindical-profesional, descuidado hasta la fecha por la orientación hacia cuestiones de ámbito

más político-general.

La contestación externa encuentra expresión habitual en todos los medios de comunicación, desde los que se vierte una casi obsesiva preocupación por la justicia como tema de debate. La ineficacia del servicio que presta la jurisdicción es quizás uno de los temas capaces de suscitar más amplio consenso.

Por otro lado, la situación de los operadores judiciales se ha hecho particularmente incómoda en los últimos años. A ello ha contribuido una serie de factores entre los que cuentan: la presión justamente reivindicativa que llega desde la calle y que se dirige mucho más hacia los jueces que sobre los responsables políticos del desastre; una jurisprudencia constitucional muy exigente en tema de garantías procesales que trata, también justamente, de conducir la actividad jurisdiccional al ámbito de los principios constitucionales, con lo que ello respecta de mayor personalización de las tareas y de asunción de un mayor compromiso profesional; en fin, las exigencias «productivas» del Consejo. Todo ello montado sobre la base de una carga competencial por cada juez tribunal que en la mayoría de los casos desborda con amplitud los límites de lo razonable y en muchos otros entra de lleno en el terreno del disparate y de la irracionalidad más absoluta.

Con respecto a este último particular, nada más elocuente que poner en relación los datos ministeriales con lo que Martínez Lázaro (1987, pp. 11 y ss.) ha llamado recientemente «los otros números de la justicia». De ellos resulta que la administración de justicia «ha visto multiplicarse por más de tres la demanda judicial en los últimos catorce años, con un incremento en los últimos cuatro años superior al 50 %, que en números absolutos es igual al de los diez años anteriores, sin que existan datos que permitan prever una disminución de la tendencia, con una plantilla judicial prácticamente congelada en este último período».

Junto a los aspectos reseñados, merece también una consideración particular la actitud de la mayoría parlamentaria y del Gobierno sobre el particular. No sólo en el orden presupuestario, en el que todo se ha dicho ya, sino desde un punto de vista político. Pues bien, ha sido una actitud ambivalente y equívoca y no siempre exenta de oportunismo.

Así, se ha reprochado a los jueces cosas tan difícilmente componibles entre sí como el fracaso de una reforma progresiva de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en material de libertad provisional y la no colaboración en la lucha contra el terrorismo, con la torpe e irresponsable sugerencia, en ocasiones, de oscuras connivencias objetivas con ETA o sus epígonos en el frente político. Y el Ministerio de Justicia, con la solidaridad de todo el gabinete, no vaciló en declarar ilegal a través de la

televisión estatal la orden de una juez para la comparecencia de un elevado número de agentes de la Guardia Civil, en un sumario por tortura que, finalmente, ha dado lugar al procesamiento de varios encausados.

Resulta de una evidencia incontestable que en la situación actual la magistratura se ha presentado a la poderosa mayoría gobernante como algo en buena medida incontrolable y, en cierto modo, desasosegante, por paradójico. Porque la derecha judicial, que ha contestado con dureza ciertos aspectos de la política socialista para la justicia, es la que, sin embargo, puede resultar y resulta, de hecho funcional a la política de seguridad ciudadana y en materia de orden público, de corte rigurosamente conservador y con medidas de muy dudosa constitucionalidad en ocasiones. Mientras, por otra parte, la izquierda de los jueces, si acepta algunos aspectos de aquella política judicial, lo hace con reservas, denunciando sus insuficiencias, en tanto disiente con frecuencia abiertamente del ejecutivo, que continúa sirviéndose de una política con hábitos predemocráticos.

En cualquier caso, y, en fin, el medio judicial no es ya ni con mucho el heredado del franquismo. Sus cuadros han experimentado una importante modificación, por la entrada masiva de nuevas generaciones de jueces y la jubilación también masiva de los más viejos. No faltan actitudes residuales que surgen de manera ocasional, pero que encuentran inmediatamente contestación, en unos términos y con una receptividad en los medios de la opinión, que permiten seriamente afirmar que se ha roto definitivamente el muro de silencio levantado en otra época en torno al «palacio de justicia». Por otro lado, la propia corporación judicial se ha diversificado en su composición de modo notable y conoce un debate interno como no se da probablemente en otras áreas de la burocracia estatal.

Pero al fin, siendo todo eso cierto, hay una cosa fundamental que también lo es: el «tercer poder» en la España de los últimos 80 dista mucho de estar en términos objetivos a la altura de las exigencias que sobre él vierte la sociedad española. No sólo y no tanto las que brotan de la conflictividad y la litigiosidad que cabría llamar «ordinarias», como, sobre todo, las derivadas de los que De Cabo (1986, p. 75) ha llamado la judicialización del conflicto sociopolítico. O, lo que es lo mismo, de la circunstancia de que, en palabras de López Garrido (1988), «el Estado traslada al Poder Judicial la recomposición de un desequilibrio de proporciones históricas que la instancia gubernamental y parlamentaria no ha podido resolver».

## VELAR SOBRE LA JUSTICIA

POR ALEJANDRO JAVIER PANIZZI

MINISTRO DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CHUBUT

### I. Prestigio secreto

Cierta vez, entre amigos, en una de esas conversaciones que sólo pueden tener lugar durante madrugadas infinitas, discutíamos acerca del tiempo. La conjetura que yo hice en aquella ocasión—vaya uno a saber de qué razonamientos pude valerme para sostenerla—fue que si el tiempo no es lineal, tampoco es circular, como conciben algunas corrientes antiguas de pensamiento.

Pues, ¡miren ustedes por dónde, encuentro una confutación!

Me refiero a que hay determinados sucesos que vuelven a acontecer, a ciertos episodios—que repercuten en la estructura y el funcionamiento de las sociedades—que reaparecen, especialmente, después de oscuros procesos, cuando está en crisis la continuación de una política de gobierno.

De esa manera, los vituperios expresados plural y públicamente contra la Justicia, dan la impresión de retomar al lugar en donde nacieron. Son como aquellas secuencias discontinuas en las que cualquier término se puede establecer conociendo los precedentes.

El prestigio que otrora supo ganarse el Poder Judicial y del que gozaban sus integrantes, si acaso perdura, se mantiene cuidadosamente reservado y oculto a los ojos de la ciudadanía, de los destinatarios del servicio de justicia, de la prensa y de los gobernantes.

Las mujeres y los hombres de toga—y aun la institución—tienen un renombre y buen crédito construido a lo largo de la historia. Pero hoy, merced a un pertinaz trabajo, esa reputación no ha desaparecido sino que permanece oculta por una abundancia de palabras vanas y ociosas, que tienden a desfigurar la percepción de la calidad del Poder Judicial y, más importante aun, de la función de gobierno que le asigna la Ley Suprema.

El Poder Judicial cuenta con un prestigio secreto: dos conceptos de significado opuesto, que originan un nuevo sentido.

El constitucionalista Gregorio Badeni, explicó al respecto que “El tradicional respeto a los miembros de la Corte, y por añadidura al Poder Judicial, se quebró en 1947. Con motivo de un deplorable juicio político, similar al que se intentó en 2002, fueron separados de su seno tres jueces y aceptada la renuncia de un cuarto por mantener una línea independiente frente a las exigencias del Poder Ejecutivo. Los cargos consistieron en obstaculizar la presunta política social del órgano ejecutivo y en haber convalidado actos

inconstitucionales que habrían forjado los gobiernos anteriores. Todo ello, a criterio del nuevo presidente, había desprestigiado a los jueces de la Corte, con la salvedad de uno de ellos, cuya afinidad con el gobierno era manifiesta.

A partir de entonces rigió la intolerancia y el afán por contar con un Poder Judicial sensible a las demandas del órgano ejecutivo. Cada vez que se constituyó un nuevo gobierno, de jure o de facto, fue alterada la composición de la Corte con la incorporación de jueces comprometidos, total o parcialmente, con la política del presidente de turno”<sup>1</sup>.

La cita que antecede omite un acto execrable sin precedentes: La “Acordada de reconocimiento del gobierno provisional de la Nación”, fechada el 10 de septiembre de 1930, por la cual, la Corte Suprema de Justicia de la Nación—integrada por Repetto, Figueroa Alcorta, Sagama y Guido Lavalle—declaró válidos los actos de la dictadura del nefario Uriburu.

En esa ominosa Acordada, con inusitado apresuramiento, en lugar de renunciar, los ministros de la Corte reconocieron que el gobierno de facto detentaba la fuerza pública (militar y policial) necesaria para “... asegurar la paz y el orden de la Nación y por consiguiente para proteger la libertad, la vida y la propiedad de las personas, y ha declarado, además, en actos públicos que mantendrá la supremacía de la Constitución y de la leyes del país, en el ejercicio del poder”.

En el texto, se reconoce expresamente a “... un gobierno de *facto*, cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza como resorte del orden y seguridad social”.

Para quien no pueda creer en tan precipitada elusión del altruismo o en la vileza de esta decisión política de la Corte, sugiero la lectura del libro de Arturo Pellet Lastra, “Historia Política de la Corte (1930-1990)”<sup>2</sup>.

No tengo duda acerca de que la ineficaz defensa de la independencia permanente y verdadera del Poder Judicial—uno de sus objetivos primordiales—, ha permitido la creación del ambiente propicio para que prospere el menoscabo de su reputación. Lo cual, dota de cierta legitimidad a quienes critican a la Justicia con dureza.

Esta circunstancia, acumulada a otras de las que ya hablamos, es una de las partes que forman una situación de deterioro de la imagen de la Justicia y determina un

nuevo debate con respecto a la labor específica del Poder Judicial, su independencia y los factores que la condicionan.

La idea de que cualquier otro poder del Estado pueda determinar la política judicial debe ser desaprobada de plano, no por absurda, sino por desacertada. Pero esencialmente, por inaceptable.

La independencia judicial puede incomodar a sectores del poder de las más variadas tonalidades. Los jueces deciden asuntos graves que afectan directamente a quienes ejercen la actividad política y a otros factores de poder. Muchas veces, la función del Poder Judicial, ejercida con independencia trastorna el orden y el sosiego de quienes incurren en prácticas políticas perversas o en ingenierías forzadas del poder.

He allí la sencilla razón de que recurrentemente se pretenda condicionar la independencia judicial.

La eficacia de las presiones del poder político contra el Poder Judicial mucho dependerá de los anticuerpos que éste pueda generar, para reaccionar específicamente contra tales presiones.

Basta con acceder a cualquier medio periodístico para comprobar la habitualidad con que se ponen en acto las campañas políticas con las que se pretende (con todo éxito) desacreditar al Poder Judicial. El ejemplo emblemático es la responsabilización que pretende atribuirsele, con respecto al aumento de los delitos, desviando la discusión de tan delicado asunto, del punto preciso en donde debe llevarse a cabo.

Esta situación se repite como ejemplo modélico de lo que sucede en todo el país. Se acomete impetuosamente contra los tribunales, para crear artificialmente un telón, con el cual dificultar la visión del fracaso de las políticas públicas para paliar el aumento de la violencia.

Fuera de las ilícitas presiones sobre los jueces, las críticas fundadas en los principios de su funcionamiento, permiten censurar el servicio de justicia con argumentos genuinos y verdaderos.

Tales apreciaciones no deben ser repelidas desde el interior del Poder Judicial. Todo lo contrario. Éste debe ejecutar las tareas que le son propias de un modo a través del cual puedan verse claramente todos sus actos. Lo cual, tendría dos efectos aparentemente contradictorios. Por un lado, haría que esas críticas, en el caso de ser falaces o desacertadas, fueran fácilmente refutables. Por el otro, cuando las reprobaciones son atinadas, las dotarían

<sup>1</sup> Badeni, Gregorio: La función institucional de la Corte Suprema de Justicia: un órgano del poder estatal, p. 14-15. Abogados:

Revista del Colegio de Abogados de la Capital Federal N° 66, Buenos Aires; CPACF, Mayo - Junio 2003.

<sup>2</sup> Pellet Lastra, Arturo, “Historia Política de la Corte (1930-1990). Primera edición Buenos Aires: Ad Hoc, 2001.

de legitimidad.

Nada de eso tiene por qué afectar la independencia del Poder Judicial, a la sazón, el único modo posible de asegurar el estricto cumplimiento de separación de poderes como elemento preservador del Estado Democrático de Derecho.

## II. Los límites de ciertos propósitos

En la Argentina, muchas personas tienden a plantear un nuevo sistema de control social, con preceptos que la democracia, en sentido tradicional, prohíbe de modo concluyente.

Este tipo de designios propuestos, en algunos casos, con apariencia de profundidad, pero sin mucho fundamento, son generalmente adoptados por nuestros gobernantes —y otros factores de poder— y no se corresponden a un verdadero sentimiento cívico conciente, a una voluntad popular inequívoca y sólida. Carece de signos precisos que la determinen, pero sería una necedad negar que los ciudadanos sean lo suficientemente lúcidos como para formar su opinión acerca de cuestiones institucionales.

Nuestro querido y joven país fue alcanzado por varias dictaduras fascistas, y creo que es difícil mantener, por esa razón —nada menos— una democracia sana o, al menos, lograr que ésta permanezca en su estado natural.

He allí algunos de los factores que probablemente constituyan la más importante de las razones de que se reduzca la reputación de la Justicia, y el valor y consideración de sus actos de gobierno —las sentencias.

En el país argentino, las cosas, los resultados y las soluciones de los problemas esenciales no terminan como debieran. El lector puede tener la impresión de que, en un texto jurídico, me refiero a cuestiones ajenas al derecho, pero no: apunto, precisamente, a la desobediencia del orden legal, del sistema de leyes, del pacto preexistente de convivencia entre los conciudadanos —bien lo sabía el tempranamente fallecido Carlos Santiago Nino.<sup>3</sup>

En tales casos, no es posible ejercer una vida colectiva, sustentada en la doctrina política que tiende por naturaleza a la influencia del pueblo en el gobierno del Estado —a la preeminencia del pueblo en el gobierno—. Esto es, que el poder real reconozca y admita el influjo dominante y la soberanía que tiene el pueblo sobre el gobierno constituido legítimamente.

¿Es acaso posible que la ciudadanía tome parte en los asuntos del Poder Judicial y en los intereses de la república, como si fuesen propios? Hablo del predominio del derecho en la vida del pueblo —en sentido lato, sin torcerse a un lado ni a otro— evitando la peripecia del Dante que, en su Divina Comedia, cometió el error de

haberse apartado del Camino Recto y cayó en esa selva oscura.<sup>4</sup>

O sea, la vida democrática debe ejercerse de modo que los actos propios que relacionan al gobierno —los actos de las autoridades— con los gobernados, se ciñan a las reglas del derecho público, a esa capacidad de desplegar las cualidades de un sistema democrático. Lo cual, no es otra cosa que poner en práctica las formas de comportamiento regidas y ceñidas a una condición democrática, reguladas por el derecho.

La aptitud de una sociedad, su potencia material y moral de poder exigir el cumplimiento de todo aquello que la ley establece a su favor, es el principio natural del Estado de Derecho, que gobierna las relaciones de las personas entre sí y de éstas, con respecto al Estado.

Los principios y las normas jurídicas que lo rigen, cuentan con una propiedad común: la de constituir las características aceptadas de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad jurídicamente organizada y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva.

El ordenamiento jurídico reglamenta, por un lado, el funcionamiento del gobierno del Estado, su ordenación, sus servicios, y sus relaciones con los ciudadanos; y, por el otro, las relaciones privadas de éstos entre sí. Es lo que se ha propuesto la Constitución: el plan de nuestros “Padres Fundadores”.

En ese modelo sistemático de actuación pública, la Ley Suprema, también ha previsto el contingente ejercicio abusivo del poder por parte de las autoridades, de cualquiera de los tres Poderes del Estado.

Es decir, que las leyes promulgadas por la Constitución, a diferencia de las establecidas por tradición o por costumbre, tienen por cometido principal realizar el derecho positivo y ajustan el funcionamiento del sistema jurídico a los fines específicos de la Constitución, determinando precisamente el orden y marcha de los Poderes del Estado, sus relaciones con los ciudadanos y el modo de corrección de sus posibles desarreglos en el desarrollo normal de la función que le compete a cada uno de ellos.

Nadie que suscriba el modelo que procede por principios, y basado con rigidez en la ideología de la Constitución —que adhiera a éste, teniéndolo por cierto, indubitable y, en cierto modo, infalible— puede seriamente contradecir, rebatir, o impugnar con razones lo que la ideología republicana propone.<sup>5</sup>

Dicho de otro modo, en la concepción republicana tradicional, el sistema jurídico no puede ser tachado de injusto.

## III. Apenas, mujeres y hombres

Nadie es un santo. Los seres humanos

no lo somos, por que, precisamente, somos humanos. Es que todos cometemos infracciones, en mayor o menor medida. Eso es propio e inherente a la condición humana.

Por que la voluntad de las personas no se regula directamente por la razón, sino por intriga, acción moral, ambición o, acaso, por el capricho que se pone en acto infundadamente, por un antojo, por humor o por otra razón.

Pero tenemos el poder de actuar con pensamiento y elección, sin restricciones ni condiciones ajenas a nuestros principios morales. Es decir, podemos acomodar nuestras acciones a ellos, de suerte que no haya discrepancia entre ambos.

Significa que podemos elegir el bien y rechazar el mal.

Es una verdad irrefutable que el Poder Judicial es acreedor de severas críticas, pero no debe perderse de vista que sus integrantes sólo son hombres y mujeres, en general, agobiados por un trabajo que los desborda y cumplen lo mejor posible.

El ínclito Cueto Rúa anotó con respecto a ello: “El juez como integrante de la comunidad, participa de su suerte y destino, comparte con sus conciudadanos sus horas de goce y expansión y padece las limitaciones y las estrecheces provocadas por las inevitables carencias de la existencia humana”.<sup>6</sup>

En una resolución judicial los factores sociológico y psicológico tienen una influencia decisiva en la voluntad, el ánimo, la atención y el pensamiento del magistrado que debe adoptarla. Pero no debería tenerla en la serie de elementos que determinan los fundamentos del fallo.

La psique humana, ese mecanismo fundamental por el que las personas proceden discurrendo para llegar a una conclusión, que da sentido y ordena la actividad sensitiva e intelectual, es un elemento principal que determinará el contenido de una sentencia.

Anoto —aunque esta certeza es notoriamente sabida— que el juez está condicionado por la naturaleza dinámica de su propia estructura de valores —no son dinámicos los valores, se imponen por su contenido intrínseco, pero sí la estructura y el orden con que está compuesta esa estructura.

Además del elemento cognitivo de cada juez hay otros factores que determinarán los términos y los alcances de su resolución.

No es posible establecer con precisión lo que piensa un juez, señalando la diferencia que hay entre un modo u otro de arribar a una decisión judicial, ni proponerlo como norma general que sirva para instituir una regla.

Hay problemas que conciernen a la filosofía que se ocupa del alma humana, a sus facultades y dispositivos mentales que

influyen en la selección ética de la decisión.

En los procesos contradictorios, adversativos —en los que se procura la dilucidación de la verdad, de modo que no haya duda en ello—, los sentenciadores deben demostrar, con claridad, que el descubrimiento de lo que es real se deduce como consecuencia natural de un proceso racional, basado en pruebas y derecho que fundamenta la consecuencia. Es decir, deben exhibir, el menor margen de contradicción posible en el desenlace del juicio.

Es preciso que el sentenciador haga una interpretación jurídica conformes a las normas y principios aplicables a cada caso concreto. “Ese juez no debe tener una personalidad dogmática, con ignorancia del destino de su resolución, pero tampoco pretoriana o de un activismo ejercido con olvido del orden jurídico al que debe responder su solución. Debe tener suficiente conocimiento para insertar su decisión con equilibrio, prudencia y buena fe en las normas jurídicas existentes...”<sup>7</sup>

Aunque ello no significa que su decisión esté libre de tachas ni de correcciones ulteriores.

Pero la conclusión de un proceso con justicia depende siempre menos de la aptitud subjetiva del magistrado, que de la capacidad de las normas jurídicas que rigen el proceso, para la determinación de los hechos, que son su objeto.

El problema no lo disipa con el imperativo de que los tribunales adoptarán siempre la misma decisión en todos los casos semejantes, como parecen inspirar razones de seguridad jurídica y uniformidad del derecho. Mucho dependerá de las proposiciones de las partes —por su propia iniciativa— y de la verdad demostrada o que se procure demostrar en cada proceso. Es decir, la solución final que adopte el magistrado estará subordinada y condicionada por el modo en que se pretenda persuadirlo.

El filósofo y sociólogo francés Gilles Lipovetsky reflexionó que “como la jurisdicción no actúa, a no ser por medio del derecho procesal, la cuestión que se impone es saber si los actores que le imprimen movimiento tienen capacidad para permitirle tratar de problemas hipermodernos”.<sup>8</sup>

Los jueces tienen el deber de, mediante sus razones, mover a los justiciables —y a la sociedad— a creer en la justicia de su decisión para afianzar la fiabilidad del Poder Judicial.

Ricardo Lorenzetti, en su “Teoría de la decisión judicial”, explicó que la decisión que toman los jueces sobre el objeto procesal, después de haberse ventilado el asunto, debe, necesariamente:

“Partir del nivel más bajo posible, es decir, partir de la validez formal y dentro de ella seguir la escala de justificación

<sup>3</sup> Consultar: “Un país al margen de la ley”, Carlos Nino, Editorial: Ariel ISBN: 950-9122-91-2.

<sup>4</sup> La selva oscura: empleada por Dante, en La Divina Comedia, como símbolo de las pasiones. Para algunos comentaristas, también representa la confusión imperante

en Italia, por razón de sus divisiones internas.

<sup>5</sup> Debe prestarse especial cuidado a esta aseveración, ya que da por cierta la aquiescencia del sistema democrático como el mejor de los modelos de sociedad jurídicamente organizada; o, como dicen

algunos, el menos malo de los sistemas de gobierno.

<sup>6</sup> Cueto Rúa, Julio, “Perfil ideal del juez”, (La Ley, T° 1999-C, Secc. Doctrina, pag. 1204-1209).

<sup>7</sup> Fucito, Felipe, “Algunos aportes al perfil del juez y al diseño de la escuela judicial”.

Publicado en: La Ley 1999-D, 1117.

<sup>8</sup> La expresión corresponde a la concepción del autor de la “sociedad hipercomplejos”. Ver “El imperio de lo efímero: La moda y su destino en las sociedades modernas”, Ed. Anagrama (ISBN 978-84-339-6778-7), 1989, pág. 157.

jerárquica, lo cual se justifica porque de lo contrario estaría fallando contra la ley.

Si no encuentra en ello la solución puede recurrir a criterios de validez material, es decir principios y valores.

El criterio material se aplica para llenar los espacios de indeterminación, y para la inconstitucionalidad de las leyes<sup>9</sup>.

Sin embargo, es posible tomar la decisión de antemano, con precedencia al estudio del caso y que hará que la resolución final dependa o proceda de esa determinación previa, para luego revestirla de un ropaje jurídico y dotarla de argumentos, darle razones convincentes de los hechos que tiene por acreditados, de la prueba que se vale para hacerlo y de las normas que aplica para arribar a la sentencia, como requiere la ley.

No hay nada que sea lo suficientemente sagrado como para no ser discutido. La tarea del juez y el modo en que construye su fallo, desde luego, se incluye en esa categoría.

Que el juez no tome partido por ninguna de las opciones del conflicto sometido a su jurisdicción no significa que sea neutral con respecto a las ideologías jurídicas en pugna en el ámbito de ese conflicto. Mauro Cappelletti anotó que "Son demasiados conocidos... los abusos y las flagrantes injusticias que por siglos se han ido cometiendo en nombre de una absoluta neutralidad y apartamiento del juez y de una igualdad puramente formal... en la que el juez desempeña el papel de un mero árbitro que asegura que se observen las reglas del juego"<sup>10</sup>.

En todo caso, los jueces deben contar con la capacidad de lograr el efecto que de ellos espera el designio de la Constitución. "El buen juez, hombre o mujer, es una persona caracterizada por la intensidad de su propia vida en el seno de la comunidad, por la apertura de su espíritu a las ricas vivencias del pasado, a las expectativas de un futuro que se anticipa para acoger, con buena voluntad e interés, las múltiples opciones del presente"<sup>11</sup>.

La autoridad que tienen los jueces para juzgar las causas sometidas a su jurisdicción y hacer cumplir lo juzgado—el poder con el que cuentan para gobernar—ha cobrado una ostensible preponderancia con respecto al cuerpo de leyes por las cuales se rige el Estado. Es por esta razón que acertó Calamandrei cuando afirmó que es preferible contar con buenos jueces que con óptimas normas cuando resulte intrincada la simultánea presencia de ambos.<sup>12</sup>

Es decir que las decisiones judiciales juegan un papel cada vez más predominante con respecto al de las leyes.

#### IV. Los jueces y las organizaciones

Los actuales esquemas formales en que

deben instituirse las diversas organizaciones y estamentos del sistema de jueces y tribunales obligan a que las mujeres y los hombres que revistan en sus filas, cuenten con una formación que excede los confines del Derecho. De manera, que los jueces hoy deben ser versados en administración de organizaciones, en informática, en comunicación y en política.

Deben también saber adaptar sus decisiones a las características de los momentos históricos. Una sentencia no es justa eternamente. Así, por ejemplo, conflictos sometidos a los estrados, tales como la contaminación del Riachuelo, la interrupción del embarazo no punible, el "corralito", recibieron sentencias ajustadas a un tiempo histórico con características particulares.

Queda mucho por hacer para poner en funcionamiento un sistema de justicia realmente eficiente. Es preciso aplicar nuevos métodos, incorporar nuevas tecnologías a las diligencias procesales—tarea que no se limita a la compra de computadoras—, adoptar medidas esenciales, etcétera.

Para que el Poder Judicial cuente con la capacidad de obtener los resultados que se esperan de él, es preciso que disponga de los recursos necesarios para mejorar su grado de eficiencia.

El déficit es grave: el acceso a la justicia no es sencillo para todo el pueblo, la gestión de los procesos suele ser engorrosa y las causas culminan con sentencias que se dictan mucho tiempo después de lo que se las necesita o espera.

La administración eficiente y democrática—escrupulosa y transparente—de los recursos económicos, es un elemento principal para cumplir con el cometido de mejorar el servicio.

Es preciso que se aglutinen los esfuerzos de todas las agencias del Poder Judicial—las propias y las que orbitan a su alrededor—para lograr una consecuencia que supere la suma de los efectos individuales de cada una de ellas. "Si entendemos por organización un procedimiento que permite que el grupo exista y que arribe a resultados distintos, superiores o inferiores a los que alcanzarán los individuos por sí solos, podemos admitir el concepto"<sup>13</sup>.

A pesar de lo dicho, en los últimos años se han logrado algunos avances que dan cuenta de una ostensible mejora en la calidad de la administración de justicia.

Existe un estupendo cambio cultural en marcha con relación a las "tecnologías de la información". La aplicación de nuevas técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico, con una visión estratégica, debe orientar el enfoque político hacia una justicia moderna y ágil, que tienda a la digitalización plena

de los procesos.

#### V. Justicia y Poder Judicial

La justicia, una de las cuatro virtudes cardinales, propende a conceder a cada uno lo que le corresponde o pertenece.

El derecho, la razón y la equidad son valores ajenos al Poder Judicial. Los jueces sólo pueden contar con la destreza y la disposición del ánimo que los mueve a dar a cada uno lo que merece, en cada caso concreto, inspirados en esos valores, es decir, a hacer justicia.

La función principal—al menos, la más evidente—de los jueces es la de considerar atenta y razonadamente los motivos de una decisión, antes de adoptarla; sentenciar los asuntos traídos a su competencia y hacer cumplir lo resuelto, para garantizar el ejercicio y la tutela de los derechos de acuerdo con la ley, y la conservación de la convivencia pacífica en el marco de la sociedad jurídicamente organizada.

Sin embargo, cierta información parece dar cuenta del propósito de oponerse a esa competencia, de hacerle frente y neutralizar el designio de la Constitución.

La imagen desprestigiada del Poder Judicial se encuentra a cada minuto en los medios periodísticos. Hay encuestas que señalan que apenas tres de cada diez consultados creen que un juez es ecuaníme. La absoluta mayoría los ve politizados, dependientes de otros poderes y poco éticos. Siete de cada diez argentinos consideran que los jueces no son ecuanímes y que la Justicia no funciona bien. Además, según la encuesta en los últimos años declinó la independencia de los jueces con respecto al poder político. Más del cincuenta por ciento de las personas consultadas cree que sería positivo que se les tomara un examen cada cuatro años y una mayoría neta considera que, si se toma ese examen, los magistrados no perderían independencia.<sup>14</sup>

En tales condiciones sociológicas es de esperar que se pongan en crisis cada uno de los caracteres, naturales y adquiridos, que distinguen al Poder Judicial e, incluso, la probabilidad del buen funcionamiento de su servicio.

Hay una imperturbable aquiescencia en que los jueces no deben entrar en cuestiones políticas del Estado, que sólo les corresponde limitarse exclusivamente a las jurídicas. Esta teoría goza de un pleno crédito que se presta como indiscutible o, tan claro y evidente que la sociedad admite sin necesidad alguna de demostración.

Pero si se aceptara sin resguardo de las observaciones que deben hacerse, para señalar sus falacias y defectos, se perdería de vista que las Cortes encabezan uno de los Poderes del Estado y que la política judicial, por su naturaleza, está unida

de tal manera a la actividad de los Tribunales, que no se puede separar de ellos.

Pero el efectivo ejercicio de esa política requiere de la consolidación del poder con el que dota la Justicia, el Reglamento del Estado, la Carta Magna. Principalmente, debe contar con la capacidad real de refrenar la propensión de los otros poderes—y aun los factores de poder— a tenerlo bajo su dominio, a sujetarlo o contenerlo, de modo que no pueda cumplir con el designio constitucional. Es decir, las cortes deben contar con la aptitud para contrarrestar competentemente el efecto de las injerencias.

Desde luego, no significa ello proponer un irracional quiebre de lanzas en la relación entre el Poder Judicial y el Ejecutivo. Todo lo contrario, en determinadas ocasiones, es preciso que esa relación sea fluida y sinérgica, con ventaja para los intereses del Estado. Así, por ejemplo, en temas como la seguridad pública, el estado de las cárceles, la implementación de reglamentos procesales más modernos, el presupuesto del Poder Judicial, su infraestructura, etcétera.

Pero el Poder Judicial, que—como anoté al principio—poco a poco ganó un reconocido prestigio, con el que su independencia y legitimidad permanecían fuera del alcance de todo cuestionamiento, debe evitar, con los mecanismos constitucionales con los que cuenta, que se incremente su descrédito, merced al vituperio sistemático de los miembros de los otros dos poderes.

Es preciso disipar toda distracción que pueda ofuscar la claridad o transparencia de lo dicho en el párrafo anterior. La independencia real del Poder Judicial no se corresponde con la que consta en el plan de la Constitución o, en el mejor de los casos, tiene una independencia condicionada o que se pretende condicionar.

Este problema tiene una razón plural, además de la falta de una visión estratégica, entre la que cuenta que el Poder Judicial gobierna de un modo celular y hermético; pero, además, sus miembros no somos políticos profesionales, sino jueces.

Aquellos proclaman el pleno ejercicio de las reglas de juego republicanas y éstos, se quejan de que no se cumplen. Los gobiernos proclaman la independencia judicial como algo terminantemente afianzado por la democracia. Pero los jueces continúan padeciendo presiones provenientes de ese mismo sector.

Es lícito que los políticos y los jueces ejerzan de modo diferente la facultad racional para analizar los problemas de la Justicia y los datos para evaluarla.

Lo que no puede tolerarse es que ninguno de ellos tenga un doble discurso.

<sup>9</sup> Lorenzetti, Ricardo L., "Teoría de la decisión judicial: Fundamentos de derecho", Editorial: Rubinzal Culzoni, 2006, ISBN: 950-727-721, pág. 451.

<sup>10</sup> Cappelletti, Mauro, "Proceso oral y proceso escrito", en: "La oralidad y las

pruebas en el proceso civil", Buenos Aires 1972, Ejea, página 79/81.

<sup>11</sup> Cueto Rúa, Julio, *ibidem*.

<sup>12</sup> Calamandrei, Piero, "También los jueces son hombres", traducción de Niceto Alcalá-Zamora, Revista de la Facultad de

Derecho de México, t. VI, 1956, N° 24, pág. 66-67.

<sup>13</sup> Lorenzetti, Ricardo L., ya citado, pág. 342.

<sup>14</sup> Kollmann, Raúl; Jueces mal vistos que son cada vez peor vistos, Diario Página/

12, Buenos Aires, 4 de abril de 2010. Los datos, según la fuente citada, surgen de una amplia encuesta sobre la Justicia realizada por la consultora Opinión Pública, Servicios y Mercados (OPSM), que dirige Enrique Zuleta Puceiro.

## LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 5.810

### Sobre la imposibilidad de que el Poder Ejecutivo designe al Procurador General Adjunto o que de cualquier modo se obvие la designación por el Consejo de la Magistratura de cualquier fiscal distinto del Procurador General.

POR GUSTAVO MENNA

ABOGADO (FAC. DE DERECHO Y CS. SOCIALES, UBA). PROFESOR ADJUNTO POR CONCURSO DE LA CÁTEDRA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. FAC. DE CS. JURÍDICAS, SEDE COMODORO RIVADAVIA. UNPSJB.

Constituye propósito de este trabajo analizar la validez constitucional de la ley 5.810<sup>1</sup>, mediante la cual la Legislatura del Chubut introduce modificaciones a la ley 5.057<sup>2</sup>, insertando una nueva figura en el universo del Ministerio Público Fiscal: la del Procurador General Adjunto.

El diseño de Ministerio Público Fiscal que instituyó la reforma constitucional de 1994 solo contempló la creación y regulación de uno de los cargos componentes de este órgano en la propia Constitución: el del Procurador General, estructurado como cabeza del Ministerio Fiscal.

A este órgano la Constitución provincial de 1994 lo mantuvo con las mismas características de la Constitución del '57: independiente, designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura y dotado de inamovilidad *ad-vitam*.

Puede decirse que, fuera de lo relativo al desarrollo de sus atribuciones y competencias, la innovación más significativa producida por la Reforma Constitucional en lo concerniente al Procurador General Adjunto, vino dada por el hecho de agravar la mayoría legislativa para el acuerdo, al pasarse de la mayoría simple computada sobre el quórum para sesionar, a la de dos tercios contabilizada sobre el total de diputados que componen la Legislatura.

En lo que respecta al resto de los fiscales, es decir, a los situados por debajo del Procurador General, la Constitución delegó su creación y regulación en la Legislatura, tal como acontecía con la Constitución histórica.

El programa constitucional que alumbró la Reforma de 1994 encomendaba al Poder Legislativo la sanción de una ley orgánica del Ministerio Fiscal, lo que a la postre dio lugar a la aprobación de la ley 5.057<sup>3</sup>, escindiendo la regulación de este ámbito funcional de la del resto del Poder Judicial, hasta entonces comprendido como un bloque junto a la judicatura y el Ministerio Pupilar en la histórica ley 37.

Por supuesto que esta competencia ha sido llevada adelante por la Legislatura con la sanción de una ley orgánica del Ministerio Público Fiscal, la ley 5.057 -ahora denominada Ley V-94 luego de la sanción del Digesto Jurídico-, y leyes posteriores, algunas de las cuales vinieron a modificar el texto de la ley orgánica.

Empero, lo que no dejó librado la Constitución a la ley, es el mecanismo de designación de los fiscales inferiores al Procurador General.

En todos los casos, su designación es del exclusivo resorte del Consejo de la Magistratura creado en la reforma constitucional de 1994, con acuerdo de la Legislatura, bien que este último con las particularidades establecidas para el caso. Así lo establece clara y taxativamente el art. 166 párrafo segundo de la Constitución del Chubut.<sup>4</sup>

Formuladas estas necesarias precisiones, que permiten contar con las premisas imprescindibles para el análisis constitucional de la ley que nos proponemos considerar, podemos intentar despejar los interrogantes a que

da lugar la cuestión propuesta al comienzo de este trabajo.

¿Cuenta la Legislatura con potestades para instituir el cargo de Procurador General Adjunto?

¿Resulta constitucionalmente ajustado que sea el Poder Ejecutivo el órgano al cual la ley 5.810<sup>5</sup> le atribuye la capacidad para designar el Procurador General Adjunto?

Sobre lo primero entendemos que la respuesta es afirmativa. La Legislatura está atribuida de competencia para organizar el Ministerio Público Fiscal y crear los órganos que resultan necesarios para dar cumplimiento al programa que contempla esa normativa.

Debe tenerse presente que las misiones esenciales y principales del Ministerio Fiscal consisten en preparar y promover la acción judicial en defensa del interés público, custodiar la jurisdicción y competencia de los tribunales provinciales, promover y ejercitar la acción penal pública, dirigir la policía judicial y las demás funciones que leyes determinadas le atribuyan, ello según lo ha dispuesto el art. 195 de la Constitución del Chubut.

En tal sentido, la ley será la que defina el número, clases, grados y competencias de los integrantes del Ministerio Fiscal.

Y ello variará, fundamentalmente, conforme el modelo de persecución penal que se adopte y el modo en que el legislador decida darle forma orgánica al sistema de enjuiciamiento penal.

En este sentido, un rápido repaso histórico nos muestra desde esquemas

estáticos en que cada fiscal estaba ligado a un órgano jurisdiccional y en el que además los grados estaban claramente anclados (v.g.: determinada fiscalía con determinado juzgado de instrucción; fiscal de Cámara con el respectivo Tribunal), empleando nomenclaturas tales como procurador fiscal y fiscal de Cámara; hasta el actual sistema insinuado en diversas disposiciones de la Constitución del '94, plasmado en los hechos con la sanción de la ley 4.566<sup>6</sup> y definitivamente adoptado con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal (ley 5.478<sup>7</sup>).

En este sistema, e incluso antes, desde la vigencia de la ley 5.057 como así también de la denominada -y ahora derogada- Ley de Transición (ley 4.743<sup>8</sup>), los fiscales actúan indistintamente ante cualquier órgano jurisdiccional y se abandonó la nomenclatura mencionada para pasar a emplearse denominaciones tales como fiscal general y fiscal jefe.

Como toda solución legal, este esquema es esencialmente temporal y mutable. Por tal razón, no existe ningún impedimento para que a este entramado orgánico la ley le incorpore un nuevo sujeto al cuerpo de fiscales que actúan en el ámbito del Ministerio Público: el Procurador General Adjunto, el que según se desprende de la ley de su creación, está jerárquicamente ubicado por debajo del Procurador General y por encima de los fiscales jefes y de los fiscales generales.

La segunda cuestión es la que, a nuestro juicio, marca el desajuste

<sup>1</sup> Boletín Oficial, 5 de diciembre de 2008.

<sup>2</sup> Actual Ley V-94 del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut.

<sup>3</sup> Boletín Oficial, 27 de octubre de 2003. Previamente, mediante la ley 4.920 (B.O. 24 de octubre de 2002), la Legislatura había cumplido con el mandato del art. 195 de la Constitución Provincial al sancionar la Ley Orgánica del Ministerio de Pobres, Ausentes, Menores e Incapaces.

<sup>4</sup> Las particularidades consisten en que

por un lado, la Legislatura debe reunir dos tercios del total de sus diputados para rechazar la designación del Consejo de la Magistratura. La otra nota destacada del sistema de acuerdo legislativo, es que la falta de tratamiento del pliego y de rechazo expreso en el término de treinta días provoca la aprobación del mismo.

<sup>5</sup> Incorporada en la actualidad al texto de la ley V n° 94 del Digesto Jurídico.

<sup>6</sup> Boletín Oficial, 4 de enero de 2000. Esta

ley aprueba el denominado "Código Maier" por ser Julio B. Maier quien preparó especialmente la norma para la Provincia del Chubut, adoptando el sistema acusatorio pleno para el enjuiciamiento penal. En la sesión que tuvo lugar la sanción de la norma, expuso su fundamentación el propio Maier, empleando a tal fin una banca del recinto legislativo. La invitación de la Cámara tuvo su fundamento constitucional en la

previsión del art. 134 inc. 7° de la Constitución del Chubut.

<sup>7</sup> Boletín Oficial 5, de mayo de 2006.

<sup>8</sup> Boletín Oficial, 27 de agosto de 2001. Esta norma pretendía tender un puente entre el "Código Levene" aprobado por la ley 3.155 y su sucedáneo "Código Maier", aprobado pero sin vigencia (de hecho jamás entró en vigencia pues finalmente el sistema acusatorio fue implementado por la ley 5.478).

constitucional de la ley que comentamos.

Decimos esto porque no se advierte con qué fundamento pudo la norma haber sustraído al Consejo de la Magistratura la potestad para designar a este fiscal (el Procurador General Adjunto).

Los arts. 187 a 192 de la Constitución del Chubut crearon el Consejo de la Magistratura y estas cláusulas, conjuntamente con el art. 166 párrafo segundo, le dieron a este organismo la atribución exclusiva de designar a jueces, fiscales y defensores oficiales de rango inferior a los integrantes del Superior Tribunal de Justicia, Procurador General y Defensor General.

Ello no deja margen alguno para que una norma de nivel infraconstitucional adopte una solución por la cual esta especie del género "fiscal de rango inferior al Procurador General", pase a ser nombrado por el Poder Ejecutivo.

Esa solución choca de lleno con el mandato constitucional de atribuir esta clase de designaciones al Consejo de la Magistratura. La claridad de la cláusula exime de mayores comentarios, ya que ni al más desprevenido de los intérpretes de la Constitución podría suscitársele duda alguna.

La designación así confiada al Poder Ejecutivo quebranta palmariamente el principio de supremacía constitucional.

El diseño de poder de nuestra Constitución suprime la discrecionalidad política para nombrar a estos magistrados integrantes del Poder Judicial pues, a diferencia del sistema federal, no interviene en absoluto el Poder Ejecutivo en el trámite.

Más aún, tampoco participan del organismo representantes del Poder Legislativo.

Solo se integra con representantes de los abogados, de los magistrados judiciales, de los empleados del Poder Judicial y representantes del pueblo.<sup>9</sup>

Es el Consejo de la Magistratura el que selecciona al más meritorio de los postulantes, sobre la base de un concurso público de antecedentes y oposición.

Posteriormente, el pliego del candidato así seleccionado es remitido al acuerdo legislativo. La Legislatura debe expedirse en el plazo de treinta días. El no tratamiento del pliego

equivale al acuerdo y el rechazo requiere de una mayoría calificada de dos tercios del total de los diputados.

Como puede advertirse, la injerencia política en el sistema de designación fue acotada al máximo por la Reforma de 1994, pues en el Consejo de la Magistratura no existen representantes de ninguno de los dos Poderes políticos del Estado, la designación la efectúa el Consejo sin intervención alguna del Poder Ejecutivo y la Legislatura debe reunir una mayoría agravada para bloquear el acuerdo. Por si esto fuera poco, el no tratamiento del pliego dentro de los treinta días de su ingreso importa su aprobación automática.

Este sistema ha sido reconocido como uno de los más aptos y transparentes de todo el país en orden a estructurar un Poder Judicial independiente y de excelencia, y por supuesto, no solo rige para el Ministerio Fiscal, sino también para la judicatura y para el Ministerio Pupilar.

Los únicos magistrados exentos por la Constitución de este sistema son los jueces del Superior Tribunal, el Procurador General (jefe de los fiscales) y el Defensor General (jefe de la defensa pública).

Solo para estos casos previó la Constitución confiar la designación al Gobernador con acuerdo legislativo posterior.

Así lo establece taxativa y claramente el art. 166 de la Constitución del Chubut.

Si bien la Legislatura está dotada de competencias para organizar el Ministerio Público Fiscal y crear los demás cargos de fiscales y funcionarios (art. 195), no puede desbaratar el sistema creado por la Ley Suprema, precisamente por la supremacía de la Constitución.

La Legislatura está entonces facultada para crear el cargo de Procurador General Adjunto. Lo que no puede hacer válidamente es atribuir al Gobernador la potestad para designar a este funcionario, pues el art. 166 párrafo primero solo se la confiere a este para los casos ya mencionados. El segundo párrafo de esta cláusula claramente establece que el resto de los jueces, fiscales y defensores son nombrados por el Consejo de la Magistratura.

Como se expresó, una ley de rango inferior a la Constitución no puede trastocar un mandato de esta última.

Si a excepción de los jueces del Superior Tribunal, Procurador General y Defensor General -que son nombrados por el Gobernador con acuerdo de la Legislatura-, todos los demás jueces, fiscales y defensores deben ser nombrados por el Consejo de la Magistratura con acuerdo de la Legislatura, una norma infracoconstitucional no puede válidamente alterar tal sistema de designación.

Nos adelantamos a acotar que, analizada la cuestión desde el otro costado, tampoco podría argumentarse válidamente que, dado que el Poder Ejecutivo tiene la atribución de designar al Procurador General, también la tiene para nombrar al Procurador General Adjunto.

Ello no es así.

En primer lugar porque la Constitución solo previó que nombre al Procurador General. A falta de mención, el Procurador General Adjunto -cargo de rango legal, no constitucional- ha de entenderse como comprendido en el universo del "resto" de los jueces, fiscales y defensores que menciona el art. 166 párrafo segundo.

En este orden, resulta del caso señalar que no cabe ampliar por vía legal las competencias asignadas por la Constitución a un órgano determinado.

Además, debe también tenerse presente que los órganos del poder solo pueden actuar en el marco de sus competencias, ya que al contrario de lo que acontece con las personas físicas, para las que la regla es la libertad y solo tienen prohibido realizar aquellos actos que la ley expresamente veda (cfr. art. 19 de la Constitución Federal); aquellos solo pueden actuar dentro de las atribuciones constitucional o legalmente conferidas.<sup>10</sup>

En segundo lugar porque no solo el Poder Ejecutivo se encuentra constitucionalmente limitado a la designación del Procurador General en lo que a Ministerio Fiscal respecta, sino también porque el hecho de que la competencia para nombrar esté expresamente atribuida a otro órgano -el Consejo de la Magistratura-, viene a sortear toda duda: no podría el Gobernador ejercer una atribución conferida en forma exclusiva a aquel

organismo.

Finalmente, hay que atender también a una interpretación finalista de la Constitución, de cuyo texto se desprende muy claramente la búsqueda de un Poder Judicial independiente y meritorio, en el que para su conformación se ha procurado la casi nula intervención de los poderes políticos y sobre todo del Poder Ejecutivo, no solo en la integración del Consejo de la Magistratura sino también en el camino que debe seguir el pliego del funcionario que resulte nombrado por el Consejo, y en las mínimas chances -tanto temporales como de mayorías calificadas-, que tiene la Legislatura para rechazar tal pliego. Comentando el concepto de la interpretación finalista sostiene Badeni que "*La finalidad de toda constitución democrática generada por el movimiento constitucionalista reside en limitar y controlar el poder en salvaguarda de la libertad y dignidad del ser humano. Todas las instituciones constitucionales responden a esa finalidad, de modo que su interpretación debe ser realizada de la manera más eficiente posible para garantizar la plena vigencia de la libertad y dignidad de las personas, tanto en un marco individual como en un plano social*".<sup>11</sup>

En consecuencia, la ley así sancionada es inconstitucional y la designación efectuada en la misma sesión en que se aprobó esa reforma (realizada antes de que la ley entrara en vigencia, pues para ser tal restaba aún la comunicación al Poder Ejecutivo, la promulgación de este y la publicación en el Boletín Oficial -cfr. art. 145 de la Constitución Provincial-), es inválida, ya que la designación del funcionario no emanó del órgano constitucionalmente competente para ello, que es el Consejo de la Magistratura.

Más allá del apartamiento constitucional en que ha incurrido la Legislatura, cabe preguntarse por qué razón se ha privilegiado un sistema de designación política por parte del Poder Ejecutivo en lugar de posibilitar el concurso público del cargo, en dónde podría disputar el acceso al mismo todo interesado que reuniera las condiciones constitucionales y legales, y en cuyo marco demostrara tener los mejores antecedentes y condiciones de

<sup>9</sup> La integración se encuentra taxativamente definida en el art. 187 de la Constitución: el presidente del Superior Tribunal de Justicia, tres magistrados con rango no inferior a camarista elegidos por sus pares, cuatro abogados elegidos por sus colegas, un empleado no abogado del Poder Judicial elegido por sus compañeros

y cinco ciudadanos no abogados ni empleados del Poder Judicial, elegidos por el cuerpo electoral en elecciones generales.

<sup>10</sup> "Cuando el art. 19 establece que nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, es errado hacerle decir que los órganos de poder pueden hacer lo que la

ley no les prohíbe hacer. Y lo es porque la cláusula citada no está dirigida al poder sino a las personas, y el poder necesita tener competencia para hacer algo, de modo que debe omitir todo aquello para lo cual carece de competencia". BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, segunda

reimpresión, Buenos Aires, 2005, Tomo III, pág. 12.

<sup>11</sup> BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. La Ley, 2da. edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2006, Tomo I, pág. 108.

idoneidad.

La ley así aprobada impide también que el Consejo de la Magistratura integrado en forma pluralista por representantes de magistrados, abogados, empleados del Poder Judicial y del pueblo elegidos en comicios, realice el control de idoneidad y mérito que el sistema supone. También ha impedido la intervención del jurista que en todos los casos invita el Consejo en orden a la previsión contenida en el art. 192 inc. 1° *in fine* de la Constitución Provincial. Esta ley los excluye absolutamente (e inconstitucionalmente) en el trámite de designación.

A modo de conclusión, puede afirmarse que esta ley no solo importa una grave afectación de los principios que informan la Constitución del Chubut de 1994, especialmente el de independencia del Poder Judicial, sino que también es susceptible de generar ulteriores nulidades en aquellos casos

en que intervenga el Procurador General Adjunto, en atención a su origen viciado y la sanción de nulidad que el art. 10 de la Constitución prevé para aquellas normas de tan notorio desajuste constitucional como esta.

En este sentido, resulta inevitable traer al caso la doctrina que emerge del caso "Rosza"<sup>12</sup>, en donde la Corte invalidó la Acordada 7/05 del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, que habilitaba la actuación como jueces federales subrogantes de quienes jamás habían obtenido el acuerdo del Senado.

La Corte sostuvo en aquella oportunidad que "*La designación de los magistrados integrantes del Poder Judicial de la Nación, según la pauta constitucional, exige la participación del Consejo de la Magistratura de la Nación, del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo mediante la intervención del Senado*

*(art. 99, inc. 4°) y tal sistema de designación encierra la búsqueda de un imprescindible equilibrio político*".

La doctrina es absolutamente aplicable porque en definitiva en ambos casos falta un requisito sustancial para el nombramiento. En el caso "Rosza" el acuerdo del Senado, en el caso del Procurador General Adjunto del Chubut, la designación por parte del Consejo de la Magistratura. Y en verdad, con un condimento que agrava este último caso, cual es la invasión del Gobernador en un campo privativo de aquel organismo.

Como también sostuvo el Máximo Tribunal en el caso mencionado "*El nombramiento de los jueces de la Nación con arreglo al sistema establecido en la Constitución se erige en uno de los pilares esenciales del sistema de división de poderes sobre el que se asienta la República*".

La ley comentada y la posterior designación de un fiscal, el Procurador General Adjunto, por parte del Poder Ejecutivo pulverizando la competencia exclusiva del Consejo de la Magistratura en la materia, ha venido a quebrantar gravemente el equilibrio de poderes y el diseño institucional estructurado por la Constitución del Chubut, sentando además un precedente de sumo riesgo para la división de poderes y la independencia del Poder Judicial de la Provincia.

Por absurdo que pueda parecer, ¿quién puede asegurar que por esta misma vía no se creen en el futuro jueces adjuntos del Superior Tribunal o un Defensor General Adjunto, designados por el Poder Ejecutivo?

En definitiva, la conjetura no es más disparatada que el quebrantamiento institucional operado por la ley que comentamos.

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos 330:2361. Sentencia del 23 de mayo de 2007 en autos "Rosza, Carlos Alberto y Otro".



## SEGURIDAD Y SELECTIVIDAD<sup>1</sup>

ALFREDO PÉREZ GALIMBERTI:

MIEMBRO DE LA JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES Y SOCIALES (INECIP)

### 1. Los huesos de dáttil

En la primera de las mil y una noches, Sarhazad le cuenta esta historia al sultán Suriyar:

Había una vez un rico comerciante que, fatigado por la jornada, descabalgó y se sentó a descansar en un oasis; para reconfortarse se puso a comer pan y dátiles, arrojando luego los huesos mondos sobre el hombro izquierdo. Pensaba, entonces, cómo vendería su mercadería, y qué haría con sus ganancias. De pronto se apareció frente a él un enorme y horrible ifrit -un genio maligno- que lleno de ira lo acusó de haber dado muerte a su hijo.

El era de naturaleza sutil -le dijo- y

le has dado muerte golpeándolo en el pecho con los huesos de dáttil que arrojabas sobre tu hombro. Ahora yo te mataré a ti.

El comerciante le pidió un año de gracia para poner sus asuntos en orden, y el ifrit se lo concedió. Al año el hombre regresó. Y esperó.

El comerciante no dijo: "*Yo no podía saberlo, no pude verlo ni oírlo, ¿cómo puedo ser responsable de su muerte?*" Aceptó simplemente la responsabilidad por el resultado de sus acciones.

Esta historia refleja la paradoja del moderno operador de los sistemas penales. Me explico:

Sabemos que, en el proceso de

criminalización secundaria, las agencias que se ocupan de seleccionar los casos apuntan a los delitos burdos, cometidos en flagrancia, reprochados en general a sujetos desaventajados; jóvenes de los suburbios, con escasa instrucción, sin inserción laboral estable. Esto está escrito, no en obras de consulta para investigadores, sino en los manuales canónicos de Derecho Penal que utilizan los estudiantes de derecho, y que son la primera fuente de consulta, tanto de los abogados que ejercen la profesión de modo liberal, como de los que reportan a las agencias fiscales y de la defensa, y los magistrados judiciales.<sup>2</sup>

Sabemos que la posición social, la instrucción, e incluso la mera apariencia

física determinan si un sujeto será o no sometido a la coerción penal, y también sabemos que, en caso de que un sujeto no perteneciente al colectivo de los sujetos habitualmente seleccionados deba enfrentar una investigación penal y un juicio, el sistema de garantías se desplegará en toda su plenitud.

Sabemos que esto es injusto, pues los delitos de escritorio que suelen producir un daño social de gran envergadura quedan impunes, mientras que la atención de los esfuerzos estatales se vuelca sobre la prevención y castigo de delitos contra la propiedad, de menor cuantía, perpetrados en el espacio urbano.

Proyectamos leyes y organizamos

<sup>1</sup> Sobre la exposición realizada en el Congreso Binacional de Derecho Procesal Penal Argentina - Uruguay, XX años de INECIP, Rosario, 4 al 6 de Noviembre de 2009.

agencias de investigaciones complejas; estudiamos, capacitamos personal, nos reunimos en congresos -como éste- y damos conferencias donde describimos una vez más, y muy prolijamente, el fenómeno de la selectividad. Todo con el firme propósito de modificar esta constante.

Un buen día miramos dentro de la cárcel. ¿Y que vemos? Gente pobre, que hemos encerrado nosotros. Mientras pensábamos en las magníficas investigaciones complejas de grandes casos de corrupción económica que nunca logramos concluir, la fuimos encerrando sin darnos casi cuenta, por simple inercia burocrática.

Entonces:

Que el sistema penal es selectivo no es ningún descubrimiento. Las cárceles están llenas de pobres y esa evidencia es inapelable. Podríamos citar estadísticas sobre instrucción, antecedentes laborales, rango de ingresos, y otros factores ponderables y no haríamos más que reafirmar esta primera impresión, que es la que recibe cualquiera que visite hoy una cárcel.

Que la cárcel goza de buena salud es otra comprobación empírica que no parece discutible. Esto dicho en el sentido de que no sólo no tiene mala prensa, sino que nada anuncia que se aproxime a su desaparición; antes bien, la información que circula a escala planetaria indica que su empleo sigue vigoroso y en ascenso en términos cualitativos: las sanciones no privativas de libertad retroceden, la magnitud de las penas de prisión aumenta. Por esta razón y paralelamente también acrece la prisión en términos cuantitativos y proporcionales. Finalmente, su razón de ser viene virando desde las propuestas de rehabilitación hacia el retribucionismo puro y duro. Encierro, destierro, inoculación, separación, clausura.<sup>3</sup>

Siempre, claro está, con un sistema que se reproduce y mantiene apuntando en la selección secundaria a los mismos sujetos; con algunas pocas excepciones que confirman la regla cuando sujetos

no incluidos en la bandeja de la vulnerabilidad son alcanzados por incurrir en la comisión de los llamados delitos grotescos, o por perder cobertura política.

Estos sujetos que tradicional y sistemáticamente eluden la punición, protagonizan conductas que se muestran como operaciones comerciales o bancarias lícitas. Como ejemplo vale la reciente crisis financiera. No es suficiente la evidencia de que un grupo de gerentes y ejecutivos de compañías financieras, inmobiliarias y de aseguradoras ha provocado una conmoción económica de tal envergadura que sus consecuencias no son todavía ponderables en volumen, pero que sabemos que significan muerte, hambre, desempleo y violencia. No serán juzgados, no habrá castigo. De hecho, no hay ley penal para ellos.<sup>4</sup>

Entonces, ¿por qué siempre y solamente castigamos a los pobres?<sup>5</sup>

Hay un aparato cultural crítico que describe con mucho detalle lo que acabo de referir, pero los operadores de los sistemas penales seguimos, con buenos discursos, eso sí, encerrando a las desaventajados en la cárcel.

Como el comerciante que arrojaba sobre el hombro izquierdo los huesos de dáttil, pretendemos que el hijo del ifrit es invisible.

Pasaré revista a algunos problemas que dan marco a la selectividad del sistema penal, y a las propuestas desde el diseño del enjuiciamiento penal para controlarla.

## 2. La seguridad civil y la seguridad social. Las inscripciones de la cultura.

“Encuestas recientes nos presentan una realidad que todavía no se ha erradicado en Europa y España, sin que nos refiramos a la tercera parte de la humanidad, que continúa sumida en la mayor precariedad. Parecen dar la razón a Jesús de Nazaret, cuando Judas y otros se escandalizaban del gesto de la Magdalena, derramando en los

pies del maestro un pequeño frasco de perfumes de enorme precio, que vendido, habría solucionado la necesidad de muchos pobres. A cuyas insinuaciones el maestro respondió: A los pobres siempre los tendréis con vosotros. Y así se entendió en la cristiandad durante la Edad Media, que la voluntad de Dios era que los pobres durasen hasta el fin del mundo. Lo único que de alguna manera nivelaba con cierto grado de igualdad y consuelo a esa estructura de acentuadas diferencias, era La Rueda de la Fortuna, que cíclicamente ponía a unos arriba y a otros abajo”.

José Rodríguez Molina  
Universidad de Granada

Se pueden distinguir dos grandes tipos de protecciones: la protección civil, para garantizar las libertades fundamentales, la seguridad de bienes y de las personas en el marco del Estado de Derecho; y la protección social; aquella que provee protección contra los riesgos que pueden degradar la situación de un individuo: enfermedades, accidentes, una vejez empobrecida.

El las sociedades premodernas el mundo se articulaba de modo que sólo podía proveer seguridad en términos de grupo: lo que Castel, citando a DUBY, llama *sociedades enmarcadas*.<sup>6</sup> Se trata de los sistemas de protección de proximidad, y comprende a la familia, las relaciones de vecindad, de linaje; es la pertenencia a una comunidad. En este universo de fuerte imprimitura teocrática el vasallaje, el clientelismo y la servidumbre jugaban relaciones de poder, pero también de protección.

El hombre comienza a pensarse como individuo en el Renacimiento; antes sólo podía pensarse como miembro de un *colectivo*. Por eso, la pena de destierro era la pérdida de la paz, la condición de hombre-lobo. En la ciudad las cofradías, gremios, corporaciones, inscriben a sus miembros en sistemas fuertes de protecciones que garantizan su

seguridad, al tiempo que fijan obligaciones de dependencia en relación al grupo de pertenencia. El respeto del estatuto, la práctica del juramento, establecen una regla de lealtad que da cohesión al colectivo.

En estas sociedades hay *seguridad interna*. La guerra es una amenaza externa, como la hambruna y la epidemia. En cuanto a la *inseguridad interna*, el vagabundo (sus formas abarcan al bandido, al salteador, al fuera de la ley) cristalizaba el concepto de sujeto desafiado, fuera de las inscripciones del territorio y del trabajo. Contra este sujeto amenazante la comunidad se revuelve y lo expulsa o lo incapacita.

Hobbes traza el esquema de una sociedad diferente, una *sociedad de individuos*, que es, en principio y por esa misma razón, una *sociedad de inseguridad total*. Proclama que, sin embargo, renunciando a una porción de libertad, los hombres pueden obtener seguridad; esta renuncia se refiere a la posibilidad -derecho- de obtener la felicidad por cualquier medio disponible y a costa de cualquier otro individuo. Se permite entonces conservar la libertad interior, pero a cambio resigna dos ámbitos: abstenerse de cualquier ejercicio de libertad que suponga afectar la esfera de disposición de otro individuo, por un lado, y el sometimiento al poder del Estado por el otro.<sup>7</sup> Para que este sistema funcione debe erigirse el *Leviatán*, el Estado absoluto. La *seguridad civil* y la *seguridad social*, mutuamente implicadas, se abastecen a cambio de una cuota de libertad, que implica renunciar a la participación en la toma de decisiones públicas.<sup>8</sup>

Estar protegido no es una condición natural, dice Castel, es una situación construida. La sociedad civil, amén de sus méritos, es por naturaleza una amenaza si no hay un poder que armonice los intereses, deseos o voluntad de poder de los individuos. Por esta razón el Estado absoluto es imprescindible para llevar la paz a individuos que se encuentran en estado

<sup>2</sup> Zaffaroni Raúl E., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 8 y ss.

<sup>3</sup> Garland, “*La Cultura del Control*”, Gedisa, Barcelona, p. 42 y ss.

<sup>4</sup> Colombo, Ariel, *Si de Keynes se trata – Las razones de la crisis*; en Cash, suplemento de Página 12, edición del 8 de febrero de 2009, p. 4.

<sup>5</sup> Roberto Gargarella, *Carcelarias*, nota publicada en Página 12, 12 Abril 2006. “*Estamos, teóricamente, ahogados en doctrinas acostumbradas o resignadas a convivir con el delito y con la cárcel. ¿Qué explicará, en definitiva, que luego de siglos*

*sigamos equivocándonos una y otra vez? ¿Cómo entender que se sigan impulsando políticas que no sólo son injustas e inhumanas, sino que además son –y esto es lo que resulta más llamativo- irracionales respecto de los propios fines que ellas se fijan? ¿Cuántas veces más deberemos ver ratificada la idea de que la cárcel sólo educa en la delincuencia, que la venganza estatal sobre el condenado sólo trae más resentimiento y crueldad por parte de éste? ¿Cuántos motines más tendrán que sacar a la luz la locura del sistema que amparamos? ¿Cuántas nuevas violaciones de la Constitución deberemos seguir contemplando –a cada día, a cada hora–*

*hasta que algún juez se decida a poner fin a una historia de cárceles “insanas y sucias,” que “castigan y humillan” contra lo que exige explícitamente la letra de la ley fundamental? ¿Será acaso que interesa mantener ciertos niveles de delito? ¿Será que la cárcel cumple una función simbólica que necesita ser preservada? ¿Será que es necesario mantener un ámbito de terror desatado para mirar de modo más complaciente las miserias propias de nuestras vidas?”*

<sup>6</sup> Castel, Robert, *La Inseguridad Social*, Ed Manantial, Buenos Aires, 2004, p. 19 y ss.

<sup>7</sup> “*Que uno acceda, si los demás consienten también, y mientras se considere necesario para la paz y defensa de ñ mismo, a renunciar a este derecho a todas las cosas y a satisfacerse con la misma libertad, frente a los demás hombres, que les sea concedida a los demás con respecto a él mismo*” Hobbes, Thomas, *Leviatán*, 1994, Fondo de Cultura Económica, México, p. 107.

<sup>8</sup> “*Los mandatos de quien tiene derecho a mandar, no deben ser censurados ni discutidos por sus súbditos... En todos los Estados, el poder soberano debe ser absoluto*”. Hobbes, op. cit. p. 169.

de naturaleza (*el hombre es el lobo del hombre*). En este estado de naturaleza, no hay ley, no hay derecho, no hay instituciones sociales, y la competencia es desenfrenada. El Estado Absoluto viene a liberar a los individuos del miedo, y respeta el fuero interno.

La sociedad de individuos de Hobbes es un punto de partida desde el cual Locke, poco más tarde, articula una nueva propuesta, que sí permite la participación individual en las decisiones políticas. Ahora el individuo virtuoso, a través de la *propiedad*—que el Estado garantiza— se hace dueño de su propia persona y de su trabajo. Ya no depende de un amo o de la caridad. Para preservar la propiedad hace falta un Estado, pero este Estado se va a limitar a garantizar la libertad para que cada individuo desarrolle sus empresas. Así entendida, la propiedad es un concepto que abarca vida, libertad y bienes, y tiene una dimensión antropológica. Los revolucionarios franceses la defienden y sueñan, como Saint Just, con una república de pequeños propietarios, que gozarían de independencia y libertad, incluso para defender a la patria con las armas. “*Las propiedades de los patriotas son sagradas*”. Este Estado está concebido para defender la propiedad, pero no inmiscuirse en otras cuestiones económicas y sociales.<sup>9</sup>

Si la seguridad del individuo propietario está así sostenida, ¿qué pasa con el *no propietario*? El problema de la igualdad de derecho estaba aparentemente resuelto en la revolución francesa. Pero, ¿y la igualdad de hecho?

Porque si bien los Derechos del Hombre son proclamados de modo universal, a estos derechos, a diferencia de lo que sucedía en el mundo del derecho romano, no se le adicionan acciones; hacerlo hubiera implicado una transformación violenta en la estructura económica y social. Entonces, si hay derecho pero no hay acciones, la formulación de los derechos no es más que una pauta de progreso dirigida al Parlamento, para que oriente la legislación del Estado en este sentido; pero estos derechos no pueden ser reclamados ante los jueces. Este es el origen de la distinción entre las cláusulas *programáticas* y *operativas* de las Constituciones.

A principios del siglo XIX se descubre el problema del *pauperismo*, es decir, de aquellas personas sin propiedad. Pero no se enfrenta como problema político, sino que se hace un

abordaje filantrópico. Inclusive la campaña por el cese de la trata de esclavos, definida como la primera campaña por los Derechos Humanos, es orientada desde Inglaterra a partir de la filantropía. Es más, algunos de sus principales referentes, de origen noble, se retraen al producirse la revolución en Francia, temiendo que esta campaña se contamine políticamente y pretenda un avance hacia la nivelación social.

Bruno Díaz y su alter ego, Batman, encarnan hoy en el imaginario colectivo al héroe filántropo. De día protege la seguridad social con generosas contribuciones económicas a los pobres, los huérfanos y los enfermos, celebrando fiestas de caridad en su mansión. Por la noche es el paladín de la seguridad civil, protegiendo la propiedad, y con ello la libertad de disponer de ella, frente a aquellos que no respetan el pacto asociativo. Los villanos también hacen su tarea: no cuestionan el orden instituido, no quieren fundar *otra ley*; reconocen que obran mal.

La modernidad liberal se construye con una doble exclusión: la de las clases populares en las naciones de Europa y en EEUU, y fuera de ese perímetro la exclusión del resto de la humanidad. Es decir, el Estado liberal no se ocupa de proteger a todos los miembros de la sociedad, como lo hacía el Estado absoluto de Hobbes. Necesariamente se produce una separación entre *propietarios* (sujetos de derecho) y *no propietarios* (no sujetos de derecho) que condiciona su participación política.

En la Argentina lo social como cuestión surge recién después de 1880, con la irrupción de las clases trabajadoras como un movimiento artificial, un mal que debe ser prevenido. “*Las clases populares pasan a ser consideradas clases peligrosas*”, señala Juan Carlos Portantiero.<sup>10</sup>

Se advierte entonces cómo la seguridad y la democracia juegan un delicado equilibrio. Las sociedades modernas están construidas sobre la relación entre una alta promesa de protecciones, que generan expectativa, y un grado variable de capacidad efectiva para ponerlas en funcionamiento. Porque, además, la aspiración de estar protegido no se mantiene estática; se incrementa y plantea nuevos objetivos a medida que se alcanzan los anteriores.

Para advertir los cambios en el comportamiento social basta con repasar los cuadernos de Mafalda. En

la Argentina de los sesenta que ilustra Quino los chicos de seis años salen de su casa solos. Sin vigilancia juegan en la plaza, hacen compras, van y vuelven de la escuela, visitan a sus amigos en sus casas, se sientan en el cordón de la vereda. Atienden a los vendedores que llegan hasta la puerta del departamento, interpelan por la calle a los adultos. Hoy esto bastaría para privar de la patria potestad a sus padres por negligencia, al exponer a sus hijos a una inaceptable cuota de riesgo.

Pero el dilema central es que un Estado democrático no puede ser protector a cualquier precio, porque ese precio sería el que señala Hobbes, el absolutismo del poder del Estado. La crítica del laxismo de las autoridades responsables de mantener el orden, tiene su fuente profunda en esta distancia entre la preocupación del Estado de ser eficaz, y para ello utilizar la fuerza, y la exigencia de respetar las formas legales<sup>11</sup>. Cuando más complejo el andamiaje jurídico de un Estado, más corre el riesgo de defraudar la exigencia de protección absoluta de sus miembros.

La Administración repite una vez y otra el mismo discurso: más inversiones en hombres, en armamento y equipos para controlar la amenaza. Y transfiere en cuanto puede la responsabilidad por la inseguridad a los Jueces, que no encierran a los peligrosos para siempre. El fantasma de las leyes de *estado peligroso* regresa, de la mano del estatuto del *derecho penal del enemigo*, que supera largamente los límites del terrorismo para dirigirse hacia el enemigo interior, y la presión sobre las diferentes agencias del Estado lleva a que los legisladores modifiquen una vez y otra las normas penales con penas draconianas. Los Jueces, a su vez, las aplican y llenan las cárceles a un ritmo que se incrementa de año en año.<sup>12</sup>

Es que para superar esta contradicción sin afectación de los valores protegidos todos los ciudadanos deberían ser virtuosos, o deberían ser obligados a serlo. Si la virtud no es espontánea, y uno se niega a imponerla por la fuerza, hay que admitir que la seguridad absoluta nunca estará asegurada en un estado de derecho.

En el campo de la seguridad civil, estas fuerzas que se enfrentan son, por un lado, la eficiencia del Estado en la ejecución de su política criminal, que se expresa en la persecución de los delitos. Por el otro, la protección de la libertad

en el despliegue de las garantías individuales en la construcción y verificación de la imputación.

*Estar protegido es también estar amenazado*, dice Castel.<sup>13</sup> Cada acción emprendida para reforzar la protección lo es sobre una amenaza que limita nuestra vida, lo que genera además una industria de la protección que estimula el sentimiento de inseguridad. Vale como ejemplo la propaganda de puertas blindadas que podemos ver hoy en la televisión, en la cual se muestra la peligrosidad de un sujeto que reúne el estereotipo estético y gestual del agresor urbano. La industria del miedo es uno de los mayores negocios del momento, creando ejércitos privados y generando un volumen de negocios sideral.<sup>14</sup>

Sin embargo, objetivamente puede afirmarse que vivimos en la época más segura que podamos recordar.

Hay una distancia enorme entre la obsesión acerca de las amenazas para la seguridad de hoy en día, y lo que sucedía hace un siglo o sucede hoy en la mitad del planeta. Esto se relaciona con la sobre valoración del individuo, y su demanda al Estado en defecto del auxilio de grupos de pertenencia. La sociedad desarrolla, paralelamente, demandas antitéticas: *protección absoluta*, por un lado, y *respeto absoluto de la libertad y autonomía de sus miembros*, por el otro. El hombre moderno quiere de forma absoluta que se le haga justicia en todos los dominios, incluso en su vida privada; y al mismo tiempo quiere que se garantice absolutamente su seguridad cotidiana; estas dos aspiraciones no pueden cumplirse, pues el legalismo y la demanda de protección se exageran y llevan a vías opuestas. Esto pone en riesgo a los gobiernos democráticos, pues el aumento de autoridad siempre pone en riesgo las libertades individuales. El ejemplo más dramático del siglo pasado lo describe Erich Fromm en *El Miedo a la Libertad*.

### 3. Sociedad de riesgos. El poder del Estado.

Si la *seguridad civil* podía considerarse atendida por el modelo de Estado liberal, no sucede lo mismo con la *seguridad social*, en cuanto esta significa estar a salvo de imponderables que podrían degradar el estatus social de un individuo: una vejez pobre, accidentes, enfermedades, desempleo.

Para enfrentar el problema de la

<sup>9</sup> Castel, op. cit, p. 27.

<sup>10</sup> Portantiero, Juan Carlos, *Estado, clases dominantes y cuestión social en la*

*Argentina*, en Marí –Bergalli, op. cit, p. 403 y ss.

<sup>11</sup> Castel, op. cit, p. .

<sup>12</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006.

<sup>13</sup> Castel, Robert, op. cit, p. 13.

<sup>14</sup> Binder, Alberto, *El control de la criminalidad en una sociedad democrática. Ideas para una discusión conceptual*.

asimetría entre el propietario que da trabajo y el no propietario, se dispuso la protección del trabajo. Esto significa transformarlo en *empleo*, y rodearlo de protecciones legales, de un estatuto. En segundo lugar, se construyó propiedad social. El ejemplo, en este caso, es la jubilación. Esta sociedad salarial es fuertemente diferenciada, no establece la igualdad de hecho, pero es fuertemente protectora.

Si bien no puede decirse que el Estado social asumiera una función *redistributiva*, sí tomó un rol protector, inscribiendo al individuo en colectivos protectores. Así, la negociación salarial no es individual, sino que se asume en colectivo, donde el sindicato adquiere un rol protagónico. Esta función protectora se desdibuja cuando comienzan las diferencias entre categorías, y la desestandarización del trabajo. La competencia entre iguales afecta la solidaridad que presidió la formación de los colectivos, y lleva al deterioro de la protección social respecto de los individuos.

Las *fábricas virtuales* de hoy día, cuya localización depende de factores volátiles, ha precarizado el empleo antes seguro. La masa de personas desocupadas, que en el industrialismo conformaban el llamado *ejército de reserva*, ahora es por completo innecesaria, prescindible.

El sentimiento de frustración por el deterioro de expectativas, y la pérdida de visión del futuro en un mundo en el que el cambio se ha tornado velocísimo, afecta a grandes sectores sociales antes contenidos, y produce un sentimiento de injusticia que se traduce en reclamos en busca de responsables. Esto es lo que se vivió y se vive en la Argentina de las cacerolas y de los piquetes.

Porque en paralelo con las transformaciones en la tecnología, y con ellas en la organización de los factores económicos, la *empresa*, esa organización económica fundada por los holandeses en el siglo XVII ha cobrado tal importancia en el mundo globalizado que el Estado nacional ya no tiene capacidad para regular los principales parámetros económicos, y en consecuencia para garantizar un conjunto coherente de protecciones a sus habitantes.

El Estado Nacional ha perdido capacidad, poder de configuración del espacio social en su territorio. Los gobiernos de los Estados, como se ha visto en la reciente crisis mundial, son impotentes para enfrentar las consecuencias de la ruleta rusa

económica que disparan unos pocos agentes económicos privilegiados. Con ello, el poder de configuración de la vida cotidiana, de las expectativas domésticas, ha escapado del poder local.

Ahora bien, ¿es perceptible esta comunicación directa entre seguridad social y seguridad civil?

Enrique Marí, hace veinte años, escribía acerca del control social, explicando los mecanismos de negación de las ideologías, para velar el nexo entre desigualdad social y seguridad. “Sin embargo, -decía- el vínculo de *causación entre desigualdad social y seguridad es un vínculo necesario, en el sentido de que deriva de las relaciones objetivas instaladas entre los agentes económicos y, en el plano político los ciudadanos potenciados o despotenciados según el lugar que ellos ocupen en el espacio del conflicto social*”... “Si el régimen de representaciones que las ideologías dominantes producen es operante, individuos, sectores, y segmentos sociales no asociados a los beneficiarios de la desigualdad deben asociarse, en cambio, a la lógica de estas ideologías en la construcción de la seguridad como un valor supremo de la sociedad. Pero este valor no se puede construir como supremo, si al mismo tiempo no se lo construye como autónomo, es decir, como variable independiente de las causas que la reclaman y generan”<sup>15</sup>

Es así como el reclamo de seguridad se independiza y se asume como materia autónoma. Esta racionalidad aislada impide vincular la seguridad con una racionalidad general de diseño de sociedad.

Pero si en algún momento el reclamo social pudo condensarse en la propuesta *menos Estado*, porque el Estado oprime, ahora ha sido completamente reemplazado por el reclamo de *más Estado*,<sup>16</sup> para que el Estado proteja. Sin embargo este Estado ha sido desautorizado. El poder y la política ya no confluyen en el Estado, porque el poder se ha desplazado, en el mundo globalizado, a la empresa.

Entonces, por un lado se instala en la sociedad una *aversión al riesgo*, que lleva a pretender dominar todas las contingencias posibles de la vida para estar en paz; y por el otro la *desocialización*, que hace que los sujetos excluidos conformen *colectivos* y no colectivos de individuos, ya que no tienen nada en común más que las carencias que

comparten.

El resentimiento se hace general en franjas de población ya convencidas de que han sido dejadas a un costado, y que se ven impotentes para imaginar su porvenir en un mundo cada vez más cambiante. Por eso miran hacia el pasado y no hacia un futuro que asusta. El miedo al futuro induce una actitud defensiva, que rechaza la novedad, el pluralismo y las diferencias.

Este sentimiento de miedo, envidia y desprecio se enfoca sobre categorías sociales muy próximas (Castel ejemplifica con los blancos pauperizados del Sur en EEUU de la posguerra civil contra los negros liberados). En los suburbios pobres se superponen la inseguridad social y la inseguridad civil: desempleo, hábitat degradado, actividades marginales, promiscuidad, jóvenes inactivos e *inviabiles*.

El futuro es semejante a un carro de montaña rusa desbocado, al que vamos aferrados hundiéndonos en la oscuridad. Los adolescentes de los sectores marginados no logran imaginar su vida luego de los dieciocho años.

Las *clases peligrosas*, representadas en el siglo XIX por los proletarios, son ahora los jóvenes desempleados, sin instrucción, que viven en barrios donde el comercio y consumo de drogas es visible, estigmatizados por una estética que los etiqueta.

El Gobernador de la Provincia de Buenos Aires, en los primeros días del mes de noviembre de 2009 anunció por los medios de prensa que en su provincia había quinientos mil jóvenes que no estudian ni trabajan. Cualquier persona con un mínimo de sentido común puede interpretar que esta situación es explosiva, y que ninguna política de seguridad puede ser pensada racionalmente sin conexión con el modo de construir políticas públicas para proporcionar a estos jóvenes un anclaje en el colectivo social. Sin proyecto de vida, sin proyecto de futuro, no hay sociedad posible.

Pensar la seguridad con independencia de los factores sociales que inciden sobre la etiología de la conducta desviada es un ejercicio de autismo de previsible y crueles consecuencias.

Ahora bien, ¿cuál ha sido la respuesta del gobierno bonaerense frente a esta evidencia? La propuesta de modificación de la legislación contravencional, recuperando viejas figuras del siglo XIX, creando jueces administrativos, estableciendo penas de

prisión fuera del Código Penal. Es decir, más punición, más fetichismo legislativo.

#### 4. El Estado, el riesgo, y la criminología actuarial.

Este Estado desautorizado, cruzado por las demandas de protección de amplios sectores afectados por el deterioro de su estándar de vida, da nacimiento a una criminología que debe servir a las políticas eficientistas y suministrar sostén a las doctrinas neoliberales. Este nuevo paradigma, al decir de Young, pretende una racionalidad sistémica para reducir las políticas públicas, y obtener el mayor nivel de eficiencia en aquellas actividades que todavía queden reservadas al Estado. La *criminología actuarial* calcula y evalúa el riesgo que supone la ubicación de cada persona en una gradación social, cuyos extremos señalan mundos agudamente segregados, sea el de los muy ricos o el de las colecciones de excluidos. Esta criminología se ocupa de la minimización del daño, pero le son indiferentes por completo las causas del delito; atiende a las probabilidades de ocurrencia delictual exclusivamente, porque no pretende un mundo libre del delito sino otro en el cual las prácticas para la limitación del daño sean claras.

Al contexto social producto de la prevalencia del mercado (Tatcher – Reagan) lo denomina Young *orden social “bulímico”*: la inclusión que resulta de la creciente diversidad y pluralismo culturales se ve acompañada por una sistemática exclusión estructural, que convierte a numerosos sectores de la población en ‘*residuos*’ inasimilables a la sociedad. Se consolida un modelo de administración de la exclusión y se abandona paulatinamente el proyecto rehabilitador y resocializador, que cae ante el carácter irremediable de la desafiliación social de individuos que ya no son evaluados en virtud de alguna norma, sino *manejados* de manera eficiente y económica. La *actitud actuarial* da por hecho que ha aumentado el riesgo, tanto para los individuos como para las colectividades, mientras el delito se ha convertido en una parte normalizada de la vida cotidiana, de forma que el delincuente puede estar en cualquier lado. Se desconfía de todo y de todos. La inseguridad se convierte en el eje de cualquier actividad, motivo por el cual lo más trascendente es hacer seguro cada momento para evitar lo riesgoso, aunque ello no se alcance y todo sea meramente probabilístico.

Esta tendencia actuarial causa un

<sup>15</sup> Marí, Enrique y Bergalli, Roberto (coordinadores), *Introducción...*, en

*Historia del Control Social España-Argentina*, EEd. PPU, Barcelona, 1989, p.

CCCXCV y ss.

<sup>16</sup> John Gray, *De vuelta a Hobbes*, en

*Contra el progreso y otras ilusiones*, Paidós, Barcelona, 2006, p. 119 y ss.

aumento de presión sobre el sistema de justicia criminal para que alcance un mayor grado de eficacia, y se orienta no ya a tratar con individuos para establecer sus responsabilidades y procurar su rehabilitación sino a elaborar y aplicar técnicas para identificar y clasificar grupos sociales en función de su peligrosidad y de la inseguridad que generan. La policía no lleva a cabo tareas dirigidas a obtener la prueba de la culpabilidad, y la cárcel a ejecutar las penas de forma útil, con miras a la rehabilitación del condenado, sino que ambas se ocupan de cuantificar, agrupar y clasificar a los individuos por su peligrosidad. Esta es la base de la *New Penology* que Young analiza, describiendo y criticando el discurso actuarial sostenido por Malcolm Feeley y Jonathan Simon.<sup>17</sup>

Para gestionar el riesgo se procura dificultar materialmente la *actividad desviada*, y aislar a quienes resultan criminalizados por pertenecer a contingentes humanos que actualmente representan un riesgo o un peligro para la seguridad. Estos colectivos —o colecciones— comprenden a los inmigrantes, los drogadictos, los sin techo, etc.

Al sistema carcelario se le encomienda la función exclusiva de *neutralizar sujetos peligrosos*. Esto agrava la situación actual de vulneración de derechos humanos de las personas que se encuentran privadas de libertad, en tanto son consideradas no sólo como peligrosas sino también irreversibles, y con ello pierden cada vez más su estatus de seres humanos.

La legitimación de la modernidad parte de dos axiomas: la idea del progreso indefinido, y el contrato social en su forma clásica. Este progreso indefinido, instalado en el centro del sistema ético del mundo occidental, era definido por Condorcet de este modo: *“El motor del progreso es la ciencia. El avance de la sociedad guiada por el conocimiento científico implicará, al mismo tiempo, un avance paralelo en la moral, a la que Condorcet engloba bajo el nombre de virtud”*<sup>18</sup>

Sin embargo, si es posible hoy aceptar que el conocimiento científico es acumulativo, no parece posible respecto de la ética. Marí no podía saber que en el siglo XXI la primera potencia del mundo dictaría el Acta

Patriótica, y en el mundo intelectual se discutiría *cuanta tortura es aceptable*, pero con toda ironía comparaba el enlace ética-capitalismo con la parábola borgeana: el jardín de los senderos que se bifurcan.<sup>19</sup>

Desde diferentes perspectivas se apunta a la importancia de fortalecer el papel del Estado, y al mismo tiempo aceptar que el programa de la modernidad con su idea de progreso moral debe quedar atrás, por su incapacidad de cumplir sus promesas.<sup>20</sup> En paralelo, el sujeto se desinteresa del Estado, salvo para un reclamo de *justicia* que se formula siempre en papel de víctima. En la Argentina, nada se ha vuelto más importante que el fútbol; el interés del público se desplaza de la política al entretenimiento.<sup>21</sup>

El *Estado Social* se desliza hacia un *Estado de la Seguridad*. Pero no afronta el conjunto de los factores que producen inseguridad. Seguridad civil y seguridad social no constituyen dos esferas separadas.

¿Cómo enfrentar el problema? Castel propone dos acciones: en primer lugar, *denunciar la inflación de la preocupación por la seguridad*, que instala el miedo en el centro del escenario social, y con él las respuestas paroxísticas que conocemos. En segundo lugar, *afirmar la importancia esencial de la necesidad de protecciones*.

Vivir en inseguridad es no poder hacer sociedad, es vivir bajo el signo de la amenaza, atenazados por el miedo. El miedo provoca reacciones instintivas e irracionales, y se paga con moneda de libertad, como bien lo explicó en su momento Erich Fromm refiriéndose a la Alemania nazi.

Esto significa que, para que el pacto social funcione, todos los individuos deberían contar con la satisfacción esencial de sus necesidades mínimas, para que esto les permitiera independencia. Esta es la matriz de la sociedad sin exclusiones.

Castel propone una política de *domesticación del mercado*. Ya ha dado muestras, y recientes, de que por sí es incapaz de contenerse. El Estado de Derecho y el Estado Social son interdependientes; no puede construirse uno sin el otro. Para esto habrá que reunir de nuevo *poder y política*, una cuestión que deberá ser enfrentada a

escala planetaria.<sup>22</sup> Es necesario un nuevo orden global solidario, reclama Boaventura de Souza Santos.<sup>23</sup>

*Es ridículo decir que no se puede hacer nada. Se puede hacer más que en cualquier momento del pasado*, dice Alain Touraine, reivindicando a la educación como el factor de crecimiento más importante en el mundo.<sup>24</sup>

## 5. Globalidad y políticas públicas en América Latina: La reforma judicial y las versiones en competencia del Estado de Derecho

Las inversiones realizadas por los países desarrollados en la transformación de los sistemas judiciales de América Latina ha sido significativa, en una apuesta a la mejora de la gobernabilidad para favorecer el desarrollo económico.

En América Latina se vienen jugando dos posiciones o versiones sobre el Estado de Derecho, relacionadas con la economía del desarrollo, cuyo examen no puede ser excluido cuando se analiza la selectividad en las respuestas punitivas, pues de estas posiciones deriva también el diseño de la política criminal, sus objetivos y sus programas, la organización de las agencias estatales relacionadas con el delito y el desarrollo de instituciones judiciales, policiales y carcelarias.

En este sentido, tiene particular importancia el análisis de cómo han luchado los actores en este campo para definir la teoría y la práctica del estado de derecho.

Simplificando la variedad de concepciones y proyectos políticos subyacentes, Rodríguez Garabito distingue dos concepciones diferentes. Por una lado una concepción *ligera*, que privilegia la función estabilizadora del Estado de derecho. Aquí se hace hincapié en la previsibilidad, de las reglas de juego y la seguridad jurídica. En formulación clásica de Friedrich Hayek el Estado de *Derecho* *“significa que todas las acciones de gobierno estén restringidas por reglas fijas conocidas de antemano; reglas que hacen posible, por un lado, prever con un grado de certidumbre razonable cómo la autoridad usará*

*sus poderes coercitivos en circunstancias concretas y, por otro, planear los propios asuntos teniendo en cuenta ese conocimiento”*<sup>25</sup>

Del otro lado se encuentran las concepciones *densas* del estado de Derecho, que privilegian la mayor capacidad del ciudadano para realizar la vida que desea, sintetizada en la declaración de Delhi de 1959 por la Comisión Internacional de Juristas: *“El Estado de Derecho debería utilizarse no sólo para garantizar y proveer los derechos civiles y políticos del individuo en una sociedad libre, sino también para establecer las condiciones sociales, económicas, educativas y culturales en las que sus aspiraciones legítimas y su dignidad pueden hacerse realidad”*.

El proyecto neoliberal global ha promocionado la versión ligera del ED, a través de sus agencias USAID, BID y Banco Mundial, apoyando la modernización de las instituciones que contribuyen a mejorar el funcionamiento del mercado, a partir del llamado *Consenso de Washington*. De las políticas públicas englobadas en el programa, con centro en la disciplina fiscal, la reducción del gasto público, etc, se giró, a partir de la crisis asiática de 1997, hacia una ampliación de objetivos incluyendo el fortalecimiento de los organismos administrativos para la supervisión del mercado y la puesta en marcha de políticas sociales para sectores específicos de la población.

En la versión *neoliberal global* los tribunales civiles y comerciales tienen que hacer cumplir los contratos y abstenerse del activismo redistributivo. Los tribunales penales y las demás agencias estatales de control social deben ser eficientes para prevenir y castigar el delito.

El Consenso de Washington se desplomó con la crisis Argentina del 2001, que mostró los efectos de la reducción radical de la capacidad regulatoria del mercado.<sup>26</sup>

Por otro lado el *proyecto neoconstitucional global* se ha apoyado en el movimiento por los Derechos Humanos que se incorporó a las constituciones en las últimas décadas, junto con mecanismos de control constitucional como los tribunales constitucionales y su proactividad para hacer efectivos los derechos sociales.

<sup>17</sup> Bergalli, Roberto; presentación del libro *El nuevo paradigma criminológico de la exclusión social*, de Jock Young (2003)

<sup>18</sup> Marí, Enrique, *Ética y capitalismo*, en Papeles de Filosofía II, Biblos, Buenos Aires, 1996, p. 217 y ss.

<sup>19</sup> John Gray sostiene que la idea del progreso moral acumulativo no sólo es

errónea sino también peligrosa, pues conspira contra una visión realista de los problemas a enfrentar. Op. cit. p.27 y ss.

<sup>20</sup> Boaventura de Souza Santos, Entre la represión del neoliberalismo y la imaginación utópica de los pueblos, reportaje de Raphael Hoetmer para Alai AMLATINA.

<sup>21</sup> Daniel Guebel, *Un deporte tan misógino...*, en Perfil, edición del 18 de Octubre de 2009, Deportes, p. 8.

<sup>22</sup> Bauman, Zygmunt, *Tiempos Líquidos*, Tusquets, 2009, p. 41.

<sup>23</sup> En Página12, *Consensos Problemáticos*, 31 de Marzo de 2009. Agrega: *el mercado debe volver a ser un servidor, ya que como*

*soberano se ha revelado terrible.*

<sup>24</sup> *El fin de la Ola Liberal*, en *Desigualdad y Globalización*, Manantial, Buenos Aires, 2001, p. 49.

<sup>25</sup> Rodríguez Garabito, *La globalización del estado de Derecho*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2009, p. 15 y ss.

<sup>26</sup> Stampa y Rock, citados por R.G. op. cit. p. 32.

## 6. Control de la selectividad. Legalidad y oportunidad

La selectividad del sistema penal es una nota estructural, que paradójicamente ha venido ligada al llamado principio de legalidad del régimen de la acción penal, lo que supone, en su formulación teórica, que la política de persecución penal atiende de modo igualitaria a todas las infracciones sobre el programa de política criminal.

Cuando comenzó a plantearse en Argentina la discusión legalidad-oportunidad, se entendió que el recurso de dejar librado a criterios-reglados por lo general- la promoción de la acción penal por parte del Fiscal era un reconocimiento a la imposibilidad material del Estado de hacerse cargo de la demanda de intervenciones coercitivas, demanda inflacionada vertiginosamente en la última década. Pero esta mirada, dice Binder, encubre que el principio de legalidad es una expresión de un modelo de política criminal autoritario, y que esta incapacidad fáctica del Estado es un modo de encubrir la selectividad. Y por esta razón el principio de legalidad procesal debe ser controvertido en sus mismos fundamentos.<sup>27</sup>

Con el fracaso de las respuestas reales a los problemas sociales, por ausencia de una política integral de gestión de la conflictividad, aumenta la necesidad de dar respuestas simbólicas y por eso el fenómeno de la inflación penal. El principio de legalidad procesal juega así como una justificación para impedir el desarrollo de otros modelos de intervención estatal en los conflictos sociales, que no consista en el ejercicio de la coerción penal, siempre finalmente enderezada hacia los mismos sujetos.

El principio de *última ratio* permite dar fundamento a la selección de casos por oportunidad, sin necesidad de hacer derivarla del principio de legalidad. La misión del principio de *última ratio* es la de reducción de la violencia, y por tanto de tracción de los conflictos hacia modos de solución con menor o nulo contenido de violencia.

Así, dice Binder, el esquema se invierte; la selección rigurosa de casos debe partir de un criterio de oportunidad, siendo excepcional la aplicación de la legalidad procesal.

## 7. Mínima intervención, resolución alternativa de conflictos e impunidad.

La selectividad del sistema penal, con la consecuencia de imputar delitos y consentir la impunidad siempre a los mismos -y diferentes- sectores de población se presenta como una cuestión estructural que depende de factores múltiples y que, en este momento, alcanza una escala global. Sin embargo esta constatación no tiene por qué reducirnos a la inmovilidad determinista; el espacio de transformación de la realidad es todavía lo suficientemente amplio como para que podamos plantearnos líneas de trabajo que vayan en sintonía con la mayor *densidad* de que podamos dotar al estado de derecho.

Y en esta línea de trabajo, toda reforma de la justicia penal debe plantearse el problema de la reducción de conflictos como su núcleo político central.

Si desde una perspectiva política, entonces, se aprecia que la legalidad procesal sólo afirma la selectividad del sistema, desde una mirada utilitaria también se advierte que los recursos de la justicia son limitados. Si se pretendiera asumir toda la demanda de derecho penal que se ha instalado en el plano simbólico, las agencias penales devorarían los presupuestos de educación y salud. Por eso no es inentendible que las burocracias judiciales sigan defendiendo la legalidad procesal, en lugar de concentrar los esfuerzos y los recursos en los casos significativos que ingresan al sistema. Significativos por múltiples aspectos, incluyendo -especialmente- el interés preponderante de las víctimas. Y derivar los restantes casos hacia formas de intervención menos formales.

Esta es la diferencia entre la *respuesta caótica* y la *respuesta racional*. La respuesta caótica se ocupa de mantener la apariencia de funcionalidad del sistema de investigación e imputación permitiendo la acumulación de casos sin respuesta hasta que las contingencias - fundamentalmente el paso del tiempo- muestran que puede remitirse al archivo sin quejas del público. La selectividad depende entonces de las agencias

policiales, del historial del imputado, de la menor dificultad para construir el caso y de diferentes imponderables como la menor o mayor dedicación de aquel a quien se haya delegado la investigación. Aquí no hay una orientación de política criminal expresa, que sea fruto de una decisión que fija prioridades, y de una ponderación de costo-beneficio.

Un modo de diferir la resolución de casos es derivarlos nuevamente hacia la agencia policial para reclamar mayor insumo de evidencia, con lo que los pases y devoluciones mantienen ocupada a una parte importante de la fuerza de trabajo de las agencias policial y fiscal. Pero la energía que debe ponerse en el mantenimiento de esta masa de casos maltratados es enorme; y produce dos efectos perniciosos: por un lado, consume recursos económicos y horas de trabajo sin ninguna utilidad social; por el otro, impiden desafectar recursos para concentrarlos en los casos que sí requieren esfuerzo, por tratarse de criminalidad de gran impacto social, con invisibilidad de víctimas, dificultades probatorias y cobertura política.

La *respuesta racional* debe enlazar las prioridades de la agenda del Fiscal con los intereses ponderables de la víctima; a mayor interés de la víctima, mayor relevancia del caso. Es completamente hipócrita seguir sosteniendo que, por el principio de *legalidad procesal*, todos los casos *deben* investigarse y, más aún, que todos los casos *se investigan*.

Estas prácticas serán más racionales, darán mayor satisfacción a las víctimas que reclaman atención, y no provocarán molestias a las víctimas que interpretan que la ocurrencia de delito es una expresión más del *destino*, y por ello no sólo se desentienden del proceso judicial sino que lo rechazan.

Plantearse las tareas posibles y las tareas imposibles de la justicia penal ayudaría en mucho al control de la selectividad, porque significaría dar a los organismos que conforman el sistema judicial una tarea razonable, alejada de la sobrecarga endémica -Binder dixit- con la que se justifican muchos de sus debilidades. *Es el cúmulo de trabajo*, todavía se escucha decir, como justificación regular para impedir cualquier control sobre eficiencia del servicio.

Los mecanismos de control de

gestión son imprescindibles para hacer transparente la inversión y a partir de este resultado establecer programas que permitan racionalizar la selección de casos sobre el cumplimiento de políticas orientadas por el principio de mínima intervención.

Es cierto que es más fácil perseguir a los pobres. Los procesos son estandarizados, las exigencias emocionales e intelectuales comparativamente mucho más sencillas. Y por lo demás la inercia del sistema, que empuja hacia los casos fáciles, especialmente en flagrancia, permite limpiar la conciencia con la fórmula *se hace lo posible*, aunque el resultado sea previsiblemente el mismo: los mismos enjuiciados, los mismos presos.

Sobre qué casos pueden ser referidos a otras instancias de solución, podemos incluir, en principio, las cuestiones desarrolladas bajo el rubro de *insignificancia* del hecho, o de la participación del imputado. Esto no se refiere únicamente a las construcciones de la dogmática penal, sino a razones de política criminal.

Este espacio es compartido con los intereses de la víctima, a quien deberá dejarse una oportunidad de llevar adelante su pretensión, pues no se puede pensar en doblegarla a las razones estatales, que no siempre tienen que ser coincidentes con las propias.

Luego corresponde abrir el espacio del acuerdo, donde privan las razones de equidad, y no de verdad. Así, los mecanismos de conciliación, mediación, reparación.

En el campo de la infancia y adolescencia, el sistema penal debe ser también entendido como recurso de última ratio. En este sentido, la abstención de medidas punitivas con adolescentes

Finalmente, una política de fortalecimiento de la organización fiscal para la investigación compleja, que cuestione la impunidad -también estructural- de los sectores económicos y políticos comprometidos con la corrupción endémica.

¿Por qué el comerciante no intentó refutar al ifrit? No sería, en verdad, porque el muerto no era invisible, al fin y al cabo?

Playa Unión, noviembre 2009

<sup>27</sup> Binder, Alberto, *Legalidad y Oportunidad*, en *Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje a Julio B. J. Maier*, AAVV, Del Puerto, 2005, p. 207 y ss.

# LA NEGOCIACIÓN EN EL CONCURSO PREVENTIVO: LA EXCLUSIÓN DEL ACREEDOR HOSTIL Y DE INTERÉS CONTRARIO

POR SILVINA RAPOSSI

ABOGADA, EGRESADA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES. ESPECIALISTA EN DERECHO ECONÓMICO EMPRESARIAL. DOCENTE DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES EN DERECHO COMERCIAL Y SOCIEDAD Y ESTADO. MAESTRÍA EN DERECHO COMERCIAL Y DE LOS NEGOCIOS (TESIS EN ELABORACIÓN) DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES. EX DOCENTE DE LAS MATERIAS VERIFICACIÓN DE CRÉDITOS EN EL CONCURSO PREVENTIVO Y LA QUIEBRA (PERTENECIENTE AL DEPARTAMENTO DE DERECHO EMPRESARIAL) Y EN PRÁCTICA CONCURSAL (CURSO TEÓRICO PRÁCTICO DESTINADO AL ABORDAJE TEÓRICO PRÁCTICO DEL DERECHO CONCURSAL). DOCENTE DE EDUCACIÓN A DISTANCIA. COORDINADORA ACADÉMICA DE DIARIO JUDICIAL.COM.

## Introducción

Para el abogado que se dedica, en su práctica habitual al Derecho Concursal no debe haber cuestión que lo preocupe más que la determinación del pasivo concursal a los fines del cómputo de las mayorías. Definir la magnitud cierta de las pretensiones y la real dimensión de la masa de acreedores a quienes debe dirigirse la propuesta es absolutamente relevante ya que una determinación errónea de ese universo puede generar más de un inconveniente, en ocasiones insalvable. No nos olvidemos de que una de las causales de impugnación del acuerdo es el error en el cómputo de las mayorías. Si bien esta cuestión se refiere, generalmente, a un supuesto de índole aritmética, no es menos cierto que para saber si obtuvimos la conformidad de la porción mínima que la ley exige, resulta indispensable determinar con absoluta fidelidad y sin ninguna clase de hesitaciones cuál es el alcance preciso de la masa.

El tema que nos convoca, en definitiva, apunta a dilucidar la exacta dimensión de ese universo de acreedores, cuya conformidad resulta crítica para alcanzar la sentencia de existencia de acuerdo. La homologación del acuerdo dependerá de otras variables, tales como la ausencia de configuración de abuso del derecho

reflejado en las condiciones de la propuesta o bien, en la inexistencia de un eventual fraude a la ley en el trámite del proceso de obtención de conformidades, entre otras.

Comencemos, entonces, por recordar los parámetros que el legislador ha tenido en cuenta a los fines de determinar la magnitud del pasivo computable, que no es, en definitiva, otra cosa que el **universo de acreedores** a los cuáles se les deberá dirigir la propuesta concordataria y cuyas conformidades son relevantes a los fines de obtener las mayorías legales exigidas para constatar la existencia de acuerdo.

La LCQ establece un mecanismo verificadorio<sup>1</sup> a través del cual, los pretensos acreedores, deberán acreditar su carácter de tales y la magnitud de sus créditos, procediendo, para ello, al examen y comprobación de los créditos a fin de decidir su incorporación al pasivo concursal. A los fines del abordaje que estamos encarando, el análisis se focalizará en un aspecto del reconocimiento del carácter de acreedor en el proceso concursal constituido por la participación en el proceso de conformación de la mayoría concursal, es decir, en la formación de ese universo de acreedores al que hacíamos referencia en el párrafo anterior.<sup>2</sup> Con la decisión judicial prevista en el art. 36<sup>3</sup>

de la LCQ se pone fin a la etapa tempestiva de verificación de los créditos, dándose, de esta manera, por terminada la fase que la doctrina coincide en calificar como necesaria. Este pronunciamiento constituye una *sentencia* que hace cosa juzgada material respecto de los que han participado del proceso, en virtud de que dirime la cuestión en forma definitiva en torno a la determinación del pasivo computable.

El **art. 36** incorpora la denominada “clasificación tripartita” que consiste en reconocer tres categorías diferenciadas en las que el juez debe subsumir a los acreedores que atravesaron el proceso de verificación de créditos,

Es por ello que, en lo que respecta al contenido y a los efectos jurídicos que

se derivan de la sentencia, resulta conveniente poner de manifiesto que el juez debe, necesariamente, pronunciarse y de manera expresa sobre cada crédito o privilegio insinuado tempestivamente y clasificarlos de acuerdo a las categorías que el legislador ha previsto.

Las categorías alternativas que la ley prevé en orden a los decisorios posibles son las siguientes: **verificados, admisibles e inadmisibles**.

El universo de acreedores que conformaran la base computable del pasivo concursal está formado por aquellos, cuyos créditos han sido declarados “verificados” y “admisibles” y aquellos que fueran declarados privilegiados pero que devinieron quirografarios por renuncia al privilegio.

$$\text{Pasivo computable} = (\text{créditos verificados} + \text{créditos admisibles})^4 + \text{privilegiados que renunciaron a su privilegio}^5$$

Esta ecuación, aparentemente, sencilla puede verse sometida a sufrir algunas modificaciones de importancia, si contrastamos su alcance con las disposiciones contenidas en el art. 45 2º parte.<sup>6</sup>

La Dra. Lidia Vaiser sostiene que: “el art. 45 LCQ 24522 adecuadamente refiere a la “exclusión” (del cómputo de las mayorías).- Donde debe entenderse

que la misma está referida a la **supresión del capital** de los créditos comprendidos en la norma, de la base de cómputo de las mayorías.”

De lo expuesto se desprende que, por imperio legal, serán excluidos del cómputo de las mayorías y consecuentemente detraídos del pasivo computable a los efectos analizados los sujetos enumerados en el art. 45, 2º

<sup>1</sup> La verificación de crédito es entonces el mecanismo que enderezado a asegurar el tratamiento igualitario de todos los acreedores bajo reglas que garantizan su control recíproco, suplanta a las acciones individuales con fundamento en el principio de unidad de acción, propio del concurso y su carácter universal. **C.N.Com. Sala C, Patanian, Jorge c/Hot Tur s/quiebra, del 7/3/77**

<sup>2</sup> Cabe señalar que, preferimos, a los fines de esta exposición hacer hincapié en los

acreedores, a sabiendas de que la ley prefiere centrar su atención en los créditos.

<sup>3</sup> Dejamos constancia de que el mecanismo verificadorio descrito en el art. 32 y siguientes de la LCQ no es el único procedimiento previsto por la ley a los fines de la incorporación de créditos al pasivo concursal, pero sí es determinante a los fines de la participación en la negociación concursal orientada a la obtención del acuerdo.

<sup>4</sup> Art. 45 La mayoría de capital dentro de

cada categoría se computa teniendo en consideración la suma total de los siguientes créditos:

a) Quirografarios verificados y declarados admisibles comprendidos en la categoría.

<sup>5</sup> Art. 45 inc. b Privilegiados cuyos titulares hayan renunciado al privilegio y que se hayan incorporado a esa categoría de quirografarios.

<sup>6</sup> **Art. 45 2º Parte:** Se **excluye** del cómputo al cónyuge, los parientes del deudor dentro del cuarto grado de

consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos, y sus cesionarios dentro del año anterior a la presentación. Tratándose de sociedades no se computan los socios, administradores y acreedores que se encuentren respecto de ellos en la situación del párrafo anterior, La prohibición no se aplica a los acreedores que sean accionistas de la concursada., salvo que se trate de controlantes de la misma.

parte. De esta forma, la ecuación se conformaría de la siguiente manera:

Para las **personas físicas**:

**Pasivo computable** = {(créditos verificados + créditos admisibles) + privilegiados que renunciaron a su privilegio} – Excluidos.<sup>7</sup>

Para las **personas jurídicas**:

**Pasivo computable** = {(créditos verificados + créditos admisibles) + privilegiados que renunciaron a su privilegio} – Excluidos.<sup>8</sup>

Hemos podido establecer esta ecuación, siguiendo los criterios que, **expresamente**, el legislador consagrara en el art. 45. Pero cabe plantearse un primer interrogante: esta enumeración ¿es taxativa? O simplemente estamos frente a una definición enunciativa que puede ser ampliada por vía de la interpretación analógica.

Y en segundo lugar: claramente, el legislador ha intentado aprehender el fenómeno de los acreedores denominados “**complacientes**”. Actitud esperable, por otra parte, de los parientes del deudor, quienes conmovidos por la situación por la que atraviesa se solidaricen con él y se encuentren más proclives a aceptar condiciones de pago menos rigurosas de las que les exigirían a un extraño. Es por ello que, para evitar que se contrapongan los intereses de estos acreedores -que presume serán funcionales a los del deudor- con los del resto de la masa, el legislador optó por excluir a los primeros, que podría generar un efecto distorsivo en las condiciones del acuerdo.

Parece evidente que la *ratio legis* del art. 45 recogería la exclusión del voto **proclive a favorecer el interés del deudor**, que pueda enturbiar la transparencia de las mayorías.

La jurisprudencia se ha pronunciado en ese sentido al afirmar que “puesto que el art. 45 de la LCQ solo es aplicable con relación a aquellas exclusiones dirigidas a los casos de voto connivente, cabe concluir que aquellas posibles exclusiones que pudieran fundarse en un interés contrario frente a la solución concordataria deberán ser analizadas a la luz del art. 1071 del cciv

que da letra a la llamada teoría del abuso del derecho, o el fraude a la ley, según las probanzas de caso.<sup>9</sup>

Este antecedente nos permite inferir que existe otro fenómeno, que constituye la otra cara del reflejado por el art. 45 y que excede el supuesto del voto connivente o complaciente: el voto contrario a la solución concordataria ejercido de manera disfuncional y contraria a derecho.

A los fines de ingresar en esta problemática, debemos, preliminarmente, formularnos algunos interrogantes que se encuentran sobrevolando la cuestión: ¿cuáles son los intereses en juego en un concurso preventivo?, ¿de qué manera repercuten en la obtención de las conformidades?, ¿puede el ejercicio de derechos signados por intereses contrarios a los del deudor, devenir en un abuso del derecho, en los términos del art. 1071 bis del Código Civil?

Todos tenemos claro que, en ocasión de encarar el proceso de negociación resulta indispensable identificar adecuadamente las características y los perfiles de cada una de las partes intervinientes. Esa información deviene indispensable habida cuenta de condiciona necesariamente la elección del estilo de negociación y en muchas ocasiones determinan el fracaso, en este caso del concurso preventivo, por la imposibilidad de arribar a un acuerdo.

La tendencia extremadamente internalizada entre los profesionales del Derecho de incurrir en generalizaciones inapropiadas, consecuencia de la influencia recibida del tratamiento legislativo respecto de los acreedores, puede generar diagnósticos errados que

frustran cualquier intento de cumplir con los objetivos perseguidos mediante el desarrollo de un proceso de negociación racional.

Pero el problema no tiene su génesis en la negociación concursal, sino, como señaláramos precedentemente, en la determinación del pasivo concursal relevante para el cómputo de las mayorías.

El ordenamiento concursal alude de manera constante a los acreedores quirografarios<sup>10</sup> como un conjunto definido y homogéneo que comparten intereses comunes y que deben recibir, por lo tanto, idéntico tratamiento.

La única referencia que hace el legislador, de manera expresa, es a intentar identificar a aquellos acreedores, que, por poseer un vínculo afectivo o de intereses comerciales, cercano y funcional al deudor, requieren un tratamiento diferenciado. La ley presume que, en una situación de esta naturaleza los intereses afectivos se impondrán a los económicos o al menos, estima que esta circunstancia somete a quien debe otorgar su conformidad a la propuesta, a una decisión excluyente en la que entren en conflicto la base sustentatoria del vínculo familiar y los intereses de demás acreedores, cuya protección, ley concursal propicia y consagra como principio rector del ordenamiento normativo.

De hecho, resulta coherente que así sea, habida cuenta de que las diferencias que pondera la norma resultan funcionales al sistema. Es decir, que en el marco referencial que nos proporciona, la principal discriminación que la ley efectúa se orienta a garantizar el respeto de las diferencias evidentes que se registran entre algunos acreedores, como consecuencia de los roles que desempeñan en la estructura vincular del deudor concursado.

Este comentario, lejos de pretender ser una crítica de la norma concursal o una propuesta de reforma *lege ferenda* apunta a transmitir que el hecho de que la ley no efectúe discriminaciones en el tratamiento de los acreedores quirografarios ello no implica que los mismos conformen un universo homogéneo, con intereses comunes.

La asimilación amorfa e indiscriminada de los intereses de los acreedores producto de una lectura reduccionista del conflicto, contribuye,

fatalmente, a encarar de manera inapropiada la negociación.

Podremos observar que resulta indispensable apreciar esos contrastes y discrepancias porque ello facilitará considerablemente la determinación del pasivo concursal computable y el consecuente diseño de la estrategia de negociación.

### Los intereses en el proceso concursal.

Resulta oportuno señalar que un buen negociador, y el abogado que se dedica a esta rama del derecho, necesariamente debe tender a convertirse en uno, estará atento a las verdaderas necesidades y deseos de la contraparte, que en general se encuentran enmascaradas debajo de las posiciones que son otra cosa que los cursos de acción, los medios utilizados para alcanzar los objetivos, que, habitualmente, reflejan visiones rígidas e inflexibles del problema que redundan en limitar las alternativas de soluciones posibles que cristalizarán en acuerdos satisfactorios para ambas partes.

Podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos que la **clave del éxito en la negociación reside en saber qué será lo que quiere la contraparte** para delinear, a partir de allí, una estrategia adecuada.

Es por ello que deviene necesario explorar en los intereses de los acreedores para poder establecer ciertas bases objetivas que facilitarán el proceso de negociación y contribuirán a arribar a acuerdos que resulten recíprocamente beneficiosos.

Esta tarea analítica no resulta fácil ya que las personas adoptan, asiduamente, posiciones de no cooperación, competencia con el fin de adaptarse a los patrones culturales estereotipados en los que el triunfador es aquel que no respeta al prójimo, el que avasalla, el que impone su voluntad. Pareciera que conforme nuestra idiosincrasia quién tiende a encontrar soluciones alternativas que privilegien las ventajas recíprocas evidencia falta de carácter o debilidad. Si a esto le adicionamos la habitual incapacidad para escuchar al prójimo y le agregamos la inhabilidad para ponernos en el lugar del otro, en comprender sus limitaciones, sus condicionamientos y sus propias incapacidades, las

<sup>7</sup> **Cónyuge** – CNCom, Sala D. “FARJAT, Carlos S/ CONCURSO PREVENTIVO” (LL 7.4.08, F. 112366). 14/11/07... podría ser considerada comprendida in genere en la prohibición de voto del cónyuge, la prohibición de voto del concubino o concubina; pues, si bien entre ambos no existe vínculo familiar alguno, lo cierto es que la comunidad de vida que supone el

concubinato con sus caracteres de estabilidad, singularidad y permanencia (conf. Belluscio, A., “Manual de Derecho de Familia”, Buenos Aires, 2002, t. 2, p. 503, n° 616), pone seriamente en duda la sinceridad del pertinente voto, configurándose entonces la misma *ratio legis* que justifica la exclusión del cónyuge mentada por la lc: 45,- **parientes y sus**

**cesionarios** – conforme el art. 45 LCQ-.

<sup>8</sup> Socios, administradores y acreedores que sean cónyuge, parientes o sus cesionarios del deudor - acreedores accionistas controlantes de la sociedad. – conforme el art. 45 LCQ-.

<sup>9</sup> Banco Suquia SA s/ concurso preventivo. (ED 27.6.05, f° 53425)\*. (JA 9.11.05). 24/02/05

<sup>10</sup> Cabe señalar que el ordenamiento concursal admite reflejar las diferencias que pudieran existir en la categoría general de acreedores quirografarios al permitirle al deudor concursado formular una propuesta de categorización que contemple propuestas diferenciadas.

posibilidades de éxito se ven sustancialmente disminuidas.

Pero, como señaláramos precedentemente, para poder superar estos obstáculos, debemos, necesariamente, responder a los siguientes interrogantes: ¿Quiénes son los acreedores con los que deberemos negociar durante el período de exclusividad?, ¿todos?, ¿algunos?, ¿a quienes excluimos?, ¿a todos?, ¿sólo a los que el legislador enuncia?

Para poder responder esta pregunta, resulta indispensable que conozcamos las diferencias que pueden presentarse en los intereses de aquellos acreedores respecto de los cuales, el legislador no se ha pronunciado.

**¿Quiénes son los acreedores quirografarios?** Conformando la categoría que el legislador ha determinado de manera genérica podemos encontrar a un universo heterogéneo de sujetos y realidades: estarán aquellos condicionados por la magnitud de sus acreencias, por la importancia relativa que el deudor detenta respecto del acreedor, el impacto que el cese de la actividad comercial del concursado genere en la economía del acreedor, el grado de dependencia respecto del vínculo comercial que se ha establecido con el deudor, su propio grado de exposición e innumerables variables que impactan de maneras diversas. Habida cuenta de la inmensa cantidad de variables en juego es que consideramos indispensable practicar algunas discriminaciones que se reflejarán en propuestas diferentes y en estilos de negociación diferentes, personalizados conforme cada interés.

Es que, siguiendo este esquema de razonamiento que realizamos algunas disquisiciones analizando los intereses de dos acreedores quirografarios típicos, en todo concurso preventivo: los acreedores financieros y los comerciales, sólo a modo de ejemplo y con el objetivo de reflejar las complejas texturas de la trama.

#### • LOS INTERESES DE LOS ACREEDORES FINANCIEROS:

Estos acreedores conforman el universo más temido por el concursado porque, *a priori*, presiente cierta hostilidad y rigidez por parte de las entidades crediticias—bancos y banca de hecho—quienes, parecieran compartir una tendencia a rechazar las propuestas de acuerdo. Ahora bien, más allá de esta primera apreciación que responde a percepciones subjetivas, que carecen de fundamento lógico, en ocasiones, no podemos afirmar, sin hesitaciones, que los intereses de las entidades bancarias

y de la banca de hecho resulten coincidentes. Ni siquiera para las entidades bancarias la visión de la crisis es idéntica. Existen ciertas variables que nos permiten percibir diferentes intereses y que se proyectan en distintos estilos de negociación. Así, la conducta adoptada variará conforme el grado de exposición y de riesgo en cada conflicto; su posición se flexibilizará o se tornará rígida dependiendo de la situación económica y financiera en que se encuentre la propia entidad; la visión será distinta y consecuentemente también lo será la estrategia escogida de acuerdo al valor relativo de la acreencia frente al universo de la deuda del conjunto de sus clientes, o del valor total de la deuda concursal. Esta información será relevante en la toma de decisiones racionales e impactará decididamente en la estrategia seleccionada. Algunos previsionarán la acreencia y cerrarán el caso; otros lucharán denodadamente por encontrar una salida concertada, porque no pueden darse el lujo de asumir tal actitud. Si la institución financiera está dirigida por un directorio elegido por los accionistas, y se encuentra en plena actividad, la protección de los créditos tendrá determinadas prioridades; si se trata de instituciones financieras en liquidación administradas por funcionarios públicos, o por fiduciarios que tienen a su cargo fideicomisos de liquidación, las características de la negociación también se modificarán, si se trata de instituciones financieras de carácter público, de inversión o de fomento, las decisiones pueden llegar a tener más relación con los objetivos de la entidad orientado a la promoción, por ejemplo, de la actividad que desarrolla el concursado. El producto financiero que constituya el título justificativo del crédito, también constituye una variable que debe ser adecuadamente valorada a la hora de definir la estrategia y el acercamiento con la entidad.

#### • LOS INTERESES DE LOS ACREEDORES COMERCIALES O PROVEEDORES:

éstos también compartirán notas discordantes en sus intereses determinados por la magnitud de la deuda, la conmoción que la misma provoca en sus propias economías, la pretensión de continuar el vínculo contractual con la concursada, lo que a su vez estará condicionado por la forma en que el volumen de las operaciones realizadas impacta en su estructura de ventas. En aquellos casos en los que los créditos resultan irrelevantes en función de la magnitud del volumen del negocio es posible que el acreedor esté dispuesto

a negociar en términos más flexible habida cuenta de su grado de exposición es menor y su riesgo se encuentra visiblemente acotado. Resulta indispensable tener en cuenta la siguiente premisa a la hora de elaborar una estrategia: el empresario orienta sus acciones hacia la maximización de los beneficios. Esto nos permitirá ofrecer una propuesta alternativa interesante que compatibilice intereses contrapuestos. Los términos en lo que debe proyectarse la negociación también variarán conforme la importancia que revista el acreedor en el mercado. En aquellos casos en los que nos enfrentamos a un mercado oligopólico en el que el acreedor participa de manera directa o a través de empresas controladas un alto porcentaje de las operaciones detentando una posición de privilegio que le permite ser formadora de precios y establecer criterios de comercialización en su ámbito de influencia, la cuestión vinculada con el poder y su uso es clave.

El poder que detentan ciertas empresas hace que su impacto en la obtención de las conformidades necesarias para el acuerdo sea crítica y sensible. Pero también es cierto, que, en general toda persona que entra en un proceso de negociación supone que su contraparte tiene mayor poder que el que en realidad posee, y por el contrario suponemos tener mucho menor poder que el que en realidad nos asigna la otra parte. Esta percepción de poder disminuido en nosotros y aumentado en los otros nos hace perder muchas oportunidades de mejorar para ambos dentro del proceso de negociación.

#### EL INTERES CONCURSAL:

Más allá de tratar de elucidar el interés personal y subjetivo que cada uno de los actores de este proceso tiene, lo cierto es que, estamos en condiciones de afirmar que podemos percibir un “interés concursal” ya que todo sistema jurídico busca resguardar un interés propio que le da razón de ser y que encuentra su justificación en el sistema al que, adicionalmente, contiene y enmarca.

Es este interés propio y funcional al sistema el que lo dota de coherencia y le permite una adecuada armonización con el contexto que integra.

El Derecho Concursal reconoce como condición necesaria la armonización de intereses dispares y contrapuestos, de manera de alcanzar un punto de equilibrio en el que se contemplen las pretensiones individuales pero en función de un

entramado que refleje una solución que conjugue las posiciones, aparentemente, irreductibles. Este interés no es ni ha sido unívoco a lo largo del tiempo pero encuentra en los principios rectores algunos elementos que permiten delinearlos con cierta precisión.

Más allá de las evidentes diferencias que se reflejarán en normas de contenido disímil y en ocasiones, ubicadas en las antípodas filosóficas, lo cierto es que podemos afirmar que hay una finalidad básica seguida por el ordenamiento concursal en la que confluyen también los intereses plurisubjetivos en juego: la superación de la insolvencia.

Sin perjuicio de este acuerdo liminar, las diferencias superan a las similitudes y es por ello que deviene indispensable abordar la noción de interés contrario, como necesario paso en pos de desentrañar el alcance de esta cuestión.

#### EL INTERÉS CONTRARIO:

Los supuestos analizados nos permiten inferir que no existe, por definición, un interés unívoco y homogéneo que permita encolumnar a todos los acreedores quirografarios detrás de él.

Si podemos afirmar que, en términos generales, encontraremos que no existe coincidencia, al menos, inicial, entre los intereses del concursado y de los acreedores.

Todo acreedor tiene un interés personal que se refleja en el otorgamiento de la conformidad o en el rechazo de la propuesta. Esta circunstancia se enraza en el derecho que lo asiste y su regular ejercicio es amparado por el ordenamiento jurídico.

Algunos acreedores se encuentran remisos respecto a la aceptación de la propuesta, lo que, en términos generales, se ajusta a sus intereses y constituye un ejercicio regular de sus derechos.

La cuestión deviene jurídicamente relevante cuando la voluntad del acreedor remiso se encuentra enderezada a **frustrar el acuerdo** por la existencia de un **interés propio** cuyo ejercicio resulta **disfuncional o contrario** al derecho vigente o a sus principios generales.

Estos acreedores se tornan **hostiles**, cuando haciéndose valer a través de los derechos que asisten a los acreedores en punto a la aceptación de la propuesta, producen una **ruptura del orden jurídico**.

Barreiro sostiene que “dicho obrar abusivo es aquel ejercido por el acreedor que actúa en “manifiesto interés contrario”<sup>11</sup> al proceso concursal, que como proceso

<sup>11</sup> Dictámen de Fiscalía en “Supercanal Holding SA s/ concurso preventivo s/ incidente de apelación art. 250 CPCC 14.02.2001. y fallo “Telearte SA s/ concurso preventivo” de Primera Instancia no firme 7/03/06.

plurisubjetivo tiende a tutelar los intereses de un universo amplio de sujetos superador y a la vez contenedor de los intereses particulares de cada uno de los involucrados, que en nuestro criterio puede englobarse bajo el nombre de “interés concursal”.

Ante este fenómeno, cabe interrogarse acerca de la estrategia que debe implementarse para neutralizar a los acreedores hostiles.

### LA CARTA DE PODER: LA EXCLUSIÓN DEL ACREEDOR HOSTIL.

Hemos podido detectar una tendencia que se ha incrementado sensiblemente en los últimos tiempos y que ha tenido su correlato en algunos pronunciamientos judiciales: el reconocimiento de la controvertida facultad que se le reconoce al deudor de solicitar la exclusión de un determinado acreedor por considerarlo hostil, de la base del cómputo de las mayorías fundado en ciertos acontecimientos que se revelan como críticos en el proceso de negociación.

Como ya hemos señalado precedentemente, el art. 45<sup>12</sup> de la LCQ regula el fenómeno de los acreedores **conniventes** o **complacientes**, es decir, de aquellos que por las particulares características que reviste su relación con el deudor puede sospecharse un apoyo incondicional traducido en un voto positivo, pero no pareciera arrojar luz sobre el supuesto que nos convoca. La lectura de la norma nos permite señalar que se ha omitido legislar respecto de los acreedores que tienen un manifiesto interés en que el deudor no pueda alcanzar las mayorías

exigidas para obtener el acuerdo preventivo. Respecto de estos acreedores, a los que denominaremos “hostiles” devenía necesario encontrar un marco regulatorio que impidiese perpetrar maniobras ilegítimas orientadas a malograr un acuerdo exitoso.

El maestro Mafia había advertido el conflicto cuando señala la conveniencia de proveer al sistema de un régimen que diese respuesta a la problemática que lleva a la solicitud de exclusión de un voto potencialmente hostil en los casos de sociedades vinculadas respecto de su controlante.<sup>13</sup>

Una serie de creaciones pretorianas fueron las que comenzaron a definir una tendencia que merece ser destacada.

Un antecedente digno de ser considerado fue el recaído en autos “**Schoeller Cabelma SA s/ concurso preventivo**” en los que el juez de primera Instancia, Dr. Miguel Bargalló resolvió la cuestión no privando de su derecho a voto a las sociedades controladas, sino que prefirió categorizar las mismas por separado en una categoría propia.

Así, se ha planteado un antecedente interesante en “**Equipos y Controles**”: es el caso de una sociedad que se encontraba en flagrante competencia en el mercado con la concursada, de la que era acreedora: “La deudora solicitó la exclusión del voto. El Sr. Juez de grado<sup>14</sup>, mediante pronunciamiento copiado en fs. 21/4, consideró que la conducta del acreedor se enmarca dentro de los parámetros de la “competencia desleal” por cuanto el “voto negativo” integraba una serie de actos que, en su conjunto, importan una práctica desleal de exclusión de un

competidor del mercado o cuanto menos de grave peligro relevante, por lo que estimó que correspondía privar de efectos a su voto para no convalidar la configuración de un ilícito.- Sin embargo, la Cámara no convalidó la sentencia de primera instancia porque entendió que: “el Art. 45 de la ley 24.522 -antes Art. 51 de la ley 19.551- enumera los créditos que deben ser excluidos del capital computable por corresponder a ciertos sujetos ligados con el deudor ya sea por parentesco o vínculos societarios. La jurisprudencia y doctrina mayoritaria han destacado el carácter taxativo de estas excepciones que en principio, se encuentran limitados a aquellos casos en que cabe presumir el sentido favorable del voto (cfr. esta Sala, 7.3.83, en “Zunino, Marcelo A”, ver E.D. 105-163), y aún aquellos que admiten que la prohibición pueda extenderse a ciertos supuestos no incluidos expresamente, no contemplan casos de voto negativo sino exclusivamente aquellos en que, como consecuencia del voto complaciente podría verse afectado el interés de los acreedores minoritarios, por un acuerdo aprobado en colusión por quienes tienen algún interés en favorecer al deudor”<sup>15</sup>.

Mientras que el *a quo* propició una aplicación extensiva del art. 45 LCQ, la Cámara, en voto dividido, y por mayoría se manifestó por una interpretación restrictiva de la norma mencionada.

El voto del Dr. Monti, en disidencia<sup>16</sup>, que encarna la posición contraria con una prodigiosa claridad ha sido crítico para el avance en el sentido de aprehender un fenómeno que estaba imponiéndose, con la

contundencia de los hechos, en la práctica.

En **Telearte** (7/3/06) el *a quo* sostiene que: “la decisión de frustrar la obtención del acuerdo preventivo como medio para obtener una ventaja particular en el plano comercial, que en principio puede ser considerada legítima, puede pasar a ser ilegítima o irregular cuando causa daños a terceros ajenos a esa actividad, como son los restantes acreedores que conforman la masa pasiva, el deudor, los trabajadores de la empresa y la comunidad en general que se vería privada de los beneficios generales que emanan de la existencia de una unidad económica productiva. Pero lo que no es admisible –dicho esto no ya desde la perspectiva del acreedor sino desde la del interés general de la comunidad y de los terceros que pueden verse afectados por la decisión- que aquel haga todo eso destruyendo una unidad productiva y una fuente de trabajo, causando un daño al interés general y a los restantes acreedores –a quienes condena a la pérdida de sus créditos- y todo aquello a cambio de nada –sólo por eliminar a ese competidor o captar el mercado en el que desenvuelve su actividad. Esto es lo **que torna irregular el ejercicio del derecho**.”

En suma, todos estos antecedentes no hacen más que confirmar que el cuestionamiento acerca de la taxatividad de la norma contenida en el art. 45 se ha instalado en la doctrina y en la práctica profesional.

Pregonar que no podemos apartarnos de los supuestos previstos en la norma citada parece no adecuarse a la problemática de la empresa actual

<sup>12</sup> Se excluye del cómputo al cónyuge, los parientes del deudor dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos, y sus cesionarios dentro del año anterior a la presentación. Tratándose de sociedades no se computan los socios, administradores y acreedores que se encuentren respecto de ellos en la situación del párrafo anterior. La prohibición no se aplica a los acreedores que sean accionistas de la concursada., salvo que se trate de controlantes de la misma.

<sup>13</sup> Se aconseja la lectura del comentario al fallo “La Razón SA efectuado por el Dr. Osvaldo Mafia publicado en LL 1988-D,413. “Las sociedades vinculadas y el art. 52 de la ley 19.551.”

<sup>14</sup> Eduardo Favier Dubois (h)

<sup>15</sup> CNCOM - SALA C - 27/12/2002. Equipos y Controles SA s/concurso preventivo s/ incidente de apelación” -

<sup>16</sup> “La inteligencia estricta que suele predicarse en punto a las causales de exclusión del voto de ciertos acreedores en el concurso, no puede conducir a hacer de ellas un *numerus clausus* que impida correlacionar esa regla con otras normas

del ordenamiento jurídico, dentro o fuera del propio régimen concursal. En especial si se trata de normas cuya incidencia no podría postergarse en tanto reflejen principios indisponibles, imperativos y vinculantes para los jueces por ser inescindibles del orden público, la moral, la buena fe y las buenas costumbres, que ellos deben resguardar (Arts. 21, 502, 530, 542, 872, 953, 1047, 1071, concs. del Cód. Civil). De modo que si en la emisión de voto se percibe una infracción a tales normas y principios, la consecuencia no puede ser otra que la ineficacia de dicho acto, como acto jurídico que es (Art. 18. C. Civil)., situación que conduce a la exclusión del cómputo de ese voto que es precisamente su efecto propio (Art. 1050, C.Civil), mas allá de otras consecuencias que puedan derivarse de él, tanto en el ámbito administrativo como jurisdiccional (Art. 1056, C.Civil).- Es el criterio seguido en **Supercanal Holding SA** por el dictamen de la Fiscalía a través del cual se postula la “exclusión de los acreedores por “manifiesto interés contrario de los

competidores en colisión de interés con el concursado que constituye una condicionante de la voluntad en sentido negativo.”

De su lado, tampoco es razonable dar al referido Art. 45 una inteligencia que lo relegue a un anacronismo distanciado de la realidad contemporánea. No es dable circunscribir las inhabilidades para participar en la decisión donde se juzga la suerte futura de la empresa en crisis, a las seculares hipótesis de parentesco con el deudor individual o con los directivos de la persona jurídica concursada. Tal esquema interpretativo pecaría de un doble defecto. Por una parte, importaría tomar ese texto aislado del resto del orden jurídico, camino contrario a una sana hermenéutica y que la Corte Suprema ha descalificado en innumerables ocasiones (Fallos: 303:278, 696, 1041; 304:1181; 307:518; 311:1614, 1833, 2091, 312:193, 295, 1461, 1604, 1849; entre muchos otros). Por otra, cerraría los ojos a una compleja realidad de relaciones económicas que trasciende la simplificada bipolaridad

“acreedor-deudor”. Las sutiles prácticas orientadas a procurar una posición dominante en un mercado mediante la supresión a todo trance de una competencia significativa, no puede quedar al margen de la evaluación que el juez del concurso debe hacer cuando se trata de examinar la idoneidad para participar en la votación del acuerdo.- Es cierto que, tradicionalmente, los supuestos de exclusión de voto para el cómputo de las mayorías previstos de un modo explícito en la ley, han estado orientados a prevenir o evitar el voto complaciente originado en la connivencia con el concursado -de allí, v. gr., la exclusión de los parientes mas próximos-, tendiente a forzar la aprobación de la propuesta; vale decir, una suerte de “*concilium fraudis*”. Pero no es extraño que también puedan configurarse maniobras de signo inverso, esto es, la acción concertada de ciertos acreedores con miras a obstaculizar un acuerdo, procurando de ese modo desplazar a un competidor.”

ni a la compleja realidad económica por la que atraviesan. Sin embargo, la solución contraria, es decir, la de propiciar las soluciones analógicas de manera irrestricta y sin que medie un análisis profundo de las circunstancias que rodean el hecho alegado acreditado conforme probanzas acordes,<sup>17</sup> resulta peligrosas habida cuenta de que implicaría un eventual cercenamiento injustificado del derecho a no aprobar la propuesta que asiste a todo acreedor, apartándose de la *ratio legis*, cuyo

fundamento radica en evitar la acción concertada de ciertos acreedores con miras a obstaculizar el acuerdo.”<sup>18</sup>

Compartimos y propiciamos, la posición intermedia que aconseja prudencia en el examen de la cuestión. Somos proclives a la adopción de una posición que favorezca el apartamiento del rígido principio de taxatividad de la norma pero que lo contemple sólo con carácter restrictivo.<sup>19</sup>

Por lo expuesto, cabe concluir que el abordaje de la problemática

analizada debe ser integral y abarcativo. Las interpretaciones rígidas y reduccionistas, que se niegan, sistemáticamente, a explorar los matices que el fenómeno encarna ofrecen respuestas inadecuadas a los interrogantes que nos planteamos. Las herramientas que nos proveen esos esquemas de pensamiento nos impiden desentrañar las profundas diferencias que se evidencian en el proceso concursal y cuya armonización deviene indispensable para arribar a una solución

superadora que contemple los intereses plurisubjetivos como integrantes de un entramado que se construye sobre las convergencias.

El ejercicio regular del derecho debe ser amparado por los operadores jurídicos siempre. Para ello, debemos despojar a los fenómenos de los ropajes que desdibujan su esencia y confunden nuestro criterio. La mejor herramienta reside en el análisis profundo de las temáticas que nos permitirán separar el trigo de la mala simiente.

<sup>17</sup> CNCOM, Sala C. Pitrezza S.A. 03/06/08. Cabe rechazar la pretensión de la concursada de excluir del acuerdo los votos de tres acreedores. ello así, toda vez que la concursada había sostenido que los mencionados acreedores pretendían que fuera declarada en quiebra, pese a una ventajosa propuesta de pago a su respecto. por ese motivo, el voto de ellos sería un voto “hostil” o abusivo. sin embargo, la pretensión de la concursada no se basó en ninguna de las circunstancias de parentesco o vínculos societarios previstas por la lc 45, de

modo que la exclusión de votos allí contemplada no resulta viable en este caso (cfr. Sala c, in re Equipos y Controles S.A. s/ concurso preventivo”, del 27/12/02). por otra parte, en cuanto atañe al invocado ejercicio abusivo, como bien observo la primer sentenciante, la orfandad probatoria en que la concursada dejó a su pretensión concurre a la conclusión desestimatoria de la exclusión solicitada. En tales condiciones, no hay motivos para excluir de la votación a ninguno de los acreedores

indicados por la concursada.

<sup>18</sup> C.N.Com, Sala C, in re “SANCAYET S.A. S/ INCIDENTE DE INVESTIGACION EN: O.S.M.A.T.A. S/ CONCURSO PREVENTIVO.

<sup>19</sup> CN.Com, Sala B, in re REDES EXCON SA S/ CONCURSO PREVENTIVO s/ incidente -de exclusión del cómputo de las mayorías-. 30/06/08: Una evolución doctrinaria, con base en nuevas circunstancias fácticas de las relaciones negociales actuales inclino a la doctrina a

una interpretación finalista de la norma en el sentido de que la exclusión resulta procedente incluso en algún caso no contemplado expresamente por la ley, pero que guarde directa relación con la finalidad de la prohibición, sin que ello implique incurrir en generalizaciones arbitrarias y cuando pudiera verse afectado el interés de los acreedores minoritarios por un acuerdo aprobado en colusión por quienes tienen algún interés en favorecer, (o perjudicar) al deudor.



## REGISTRO DE ANTECEDENTES PENALES (RAP)

### Una realidad en Nuestra Provincia.

POR ALICIA PUGH: ABOGADA.

DIRECTORA DEL REGISTRO DE ANTECEDENTES PENALES Y ABUSOS SEXUALES DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

El Registro de Antecedentes Penales de la Provincia del CHUBUT (RAP), es creado por Ley Provincial N° 3766 y Reglamentado por Acuerdo 3745/08. Previo al inicio es ampliada su esfera de aplicación con el dictado de la Ley Provincial 5800 que establece la necesidad de implementar también dentro del marco del Poder Judicial un Registro de Abusadores Sexuales y Base de datos de ADN de condenados y hechos sin determinación de autor por el mismo delito, lo que constituye el claro ejemplo de la necesidad de descentralizar y al mismo tiempo englobar la información que requieren los organismos judiciales para su mayor eficiencia y rápida resolución.

A partir del mes de octubre del año próximo pasado es ya una realidad en nuestra Provincia y en la esfera del Su-

perior Tribunal de Justicia provincial. Se encuentra radicado en la ciudad de Trelew, en Avda Rawson 535, sus teléfonos de contacto son: 02965 – 435883 – celular: 15675824 y el e-mail para consultas es:

RAP@juschubut.gov.ar.

#### ANTECEDENTES

Nuestro país no posee hasta la fecha un sistema identificatorio único de personas. Así, por ejemplo, el Registro Nacional de las Personas, organismo que se encuentra radicado en todo el país a través de los Registros Civiles y que contiene la información de la población argentina y de extranjeros que han tramitado su nacionalización, cuenta con datos nominativos de la totalidad de la población inscripta

legalmente, a partir de su nacimiento; sin embargo no posee un sistema de lectura de huellas e identificación de NN, y esto ha sido públicamente expuesto a la ciudadanía en los últimos tiempos a través de un resonante caso periodístico, vinculado al ambiente artístico nacional.

Por su parte, el Registro Nacional de Reincidencia, organismo centralizado y cuyo objetivo central es la organización, sistematización y archivo de todos los antecedentes penales del país, hoy está en proceso de descentralizar pequeñas oficinas de atención al usuario en el interior, privilegio que tiene nuestra provincia contando en Trelew con una sede del mismo. La sede central atiende aproximadamente 5.000 solicitudes diarias de Certificaciones de

Antecedentes Penales, entre usuarios particulares y trámites oficiales, ellos distribuidos en respuestas de diferentes plazos según el tipo de solicitud (6, 24, 48 horas o 5 días). Cuenta con un sistema de lectura de huellas propio, un cuerpo de dactiloscopos y un sistema de gestión absolutamente sincronizado y ordenado que permite la elaboración de tan alta demanda de manera sencilla y ordenada.

En el interior del país aún no se han instalado Registros Provinciales, tanto en la temática que nos ocupa (antecedentes penales, abusos sexuales y Bancos de ADN) como tampoco en la identificación de los ciudadanos que no hayan sido incluidos en el sistema penal, aunque es un tema latente y vigente en la mayoría de las provincias.

Respecto a los “Registros de

Violadores”, como popularmente se los conoce, si bien a mediados de la década del 2000, y en relación a casos resonantes - como sucede habitualmente en los sistemas penales que reaccionan con posterioridad de la sucesión de eventos y en su mayoría, a partir del reclamo ciudadano y de los medios de comunicación - se instaló el tema y se legisló sobre el mismo. Así hay provincias que desde el año 2006 tienen entre su normativa vigente la creación de tales sin que hasta la fecha se hayan puesto en marcha, aunque sí es sabido que se encuentran muchas de ellas en proceso de reglamentación de la legislación, a fin de su implementación. Tampoco es uniforme la determinación del área en la que deban funcionar ya que algunos casos los han incluido dentro de los Ministerios de Justicia dependientes del Poder Ejecutivo, y otros, como en la Provincia del Chubut, dependen del Poder Judicial.

Nuevamente Chubut se encuentra a la vanguardia, tomando el Superior Tribunal de Justicia la determinación de cumplir con la legislación vigente ya que luego de algunos intentos inconclusos de implementación, (recordemos que al Registro originario de Antecedentes Penales se incorporó el REDIS - Registro de Identificación Sexual- y el REPRIGAS -Registro Provincial de Identificación Genética de Abusadores Sexuales). A partir del mes de octubre del año 2009, se pone en marcha el presente proyecto, asumiendo la suscripta el desafío de organizar, crear y hacer eficiente el mismo, a través del conocimiento obtenido tras años de desempeño en diferentes organismos dependientes del Poder Judicial.

A modo de ejemplo en la Provincia de Buenos Aires, se reglamentó en el mes de diciembre próximo pasado un Registro de Identificación Genética, que dependerá del Ministerio de Justicia del Poder Ejecutivo de esa provincia, cuyos datos serán utilizados tanto para delitos sexuales, como para delitos contra la vida y otros que el Ministerio Fiscal considere útiles.

La diferencia sustancial con el creado en nuestra provincia es no solo la dependencia institucional del Registro sino el marco de implementación, que en Chubut está absolutamente limitado a los delitos sexuales, y no es abierto como en Provincia de Buenos Aires, entendemos que aquella implica un mayor riesgo en cuanto a la seguridad de la base de datos y el uso indiscriminado de los mismos por parte de diferentes operadores, a diferencia de la estructura local, que minimiza los riesgos de posibles filtraciones o usos indiscriminados de información sensible, resguardándose de esta manera las garantías constitucionales, por las cuales

debe velar permanentemente el sistema judicial.

### OBJETIVOS GENERALES del REGISTRO

El RAP, ha sido creado con la misión de emitir certificaciones de Antecedentes a organismos oficiales, y esto está dispuesto de manera taxativa en la Acordada Reglamentaria ya mencionada, es decir, sólo Poder Judicial, Policía Provincial y Federal, organismos de seguridad en casos determinados, etc, podrán solicitar los informes. Los ciudadanos de manera particular podrán solicitar los mismos, previo pago de la tasa de justicia correspondiente y acreditando siempre la legitimidad de su pedido.

Los objetivos que se han propuesto al momento de implementar el Registro son:

**CENTRALIZAR:** dado que los antecedentes (hasta la fecha) se encuentran desperdigados por los diferentes organismos, resultando en la mayoría de los casos dificultosa su búsqueda e incompleta al momento de cubrir las necesidades, el Registro servirá de fuente directa e inmediata para recabar la información, que se encontrará debidamente sistematizada y cuya carga se encuentra ya suficientemente avanzada.

**COMUNICAR:** es necesario que las diferentes instituciones vinculadas, en forma directa o indirecta al Sistema Penal, logren acceder a un punto de contacto tanto para recibir como para solicitar la información obrante, con el beneficio de que la misma se ponga de manera inmediata al alcance de los organismos judiciales; podemos citar a modo de ejemplo los pedidos de captura de nivel nacional o internacional, de los cuales hasta el momento no son totalmente claras sus fuentes, registros, vencimientos, etc.

**AGILIZAR:** como se venía relatando, quienes hemos sido operadores de los sistemas penales en los últimos tiempos, sabemos que la búsqueda de antecedentes en realidad es un camino largo, incierto e inseguro. Cada organismo tiene un modo propio de registración y el acceso a la información depende de la tecnología utilizada. El Registro Nacional de Reincidencia posee tan amplio abanico de trabajo y selección de informes que los mismos no siempre llegan en tiempo y forma al lugar donde fuera requerido. Es por ello que se ha diseñado una base de datos simple, segura, y de acceso fácil e inmediato para quienes operen dentro del sistema judicial.

**SEGURIDAD JURIDICA:** el análisis previo no deja margen de duda respecto a la inseguridad que reina hoy respecto de los antecedentes de aquellas

personas traídas a proceso y aún más, la vinculación eterna a un proceso por alguna comunicación inicial que nunca cierra las causas de imputados sobreseídos o absueltos. Esto tiene innumerables y serios perjuicios para quienes deben acusar, defender y juzgar en el proceso actual, como asimismo para la ciudadanía en general. Para evitar esto se han establecido pautas de trabajo internas que determinan la confiabilidad de las certificaciones emitidas por este Registro, las que se ven sometidas a convalidaciones y verificaciones previas a su emisión.

### REALIDAD VIGENTE

Al analizar la posibilidad de trabajar en el área, la primera pregunta que surge en el equipo de trabajo es: como se hace hoy? Y la respuesta obviamente surge clara aunque de contenido alarmante: se hace de manera desordenada, sin sistematización de ninguna clase y dependiendo de la voluntad del operador-ejecutor.

Algunos archivos dispersos en diferentes unidades fiscales, el acceso al sistema informático SKUA de las oficinas judiciales y el envío permanente de solicitudes al Registro Nacional de Reincidencia es la modalidad vigente, sistema que resulta evidentemente incompleto e inseguro, sin embargo ante estas situaciones la judicatura debe confiar en los elementos que se le ofrecen, aún a sabiendas de estas deficiencias. Un claro ejemplo de la situación reinante (recurrentemente mencionado por la totalidad de las partes que hoy tienen la responsabilidad de acusar y/o juzgar) es respecto al instituto de la Suspensión de Juicio a Prueba que no siempre es comunicado al Registro Nacional de Reincidencia, tanto al momento de otorgarse el beneficio como en oportunidad del sobreseimiento decretado, lo que determina que para la necesidad de concederse “por única vez” como dispone la ley, suele ser un enigma.

El Registro de Antecedentes se encuentra actualmente en etapa de recolección y sistematización de los datos históricos, desde el año 2000 al 2009, se ha finalizado en esta primera etapa la carga de información procedente de las Cámaras del Crimen de la Provincia, la que a partir de la decisión de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia será puesta a disposición de los operadores. La misma esta constituida por 7.897 antecedentes totales, que involucran a 3848 imputados y de los cuales 365 se refieren a diferentes tipos de abusos sexuales. Se encuentra además, avanzada la carga de datos obrantes en los Juzgados Correccionales de la Provincia del CHUBUT, que constituirá

la próxima etapa.

Asimismo y de manera simultánea se han establecido contactos con el Registro de Reincidencia dependiente de Nación a fin de establecer un sistema único y dinámico de envío y recepción de antecedentes, el que se realizará en plazos brevísimos a partir de la incorporación de la terminal UER que será instalada por el ente Nacional antes de finalizar el primer semestre del corriente año.

Otro de los ejes fundamentales de la tarea es la interconexión de las Oficinas Judiciales con el Registro, a fin de que los resolutorios firmes, de manera directa ingresen a la Base de datos, previa verificación tanto de los Directores de las OFIJU como por el proceso propio del RAP.

Todos estos antecedentes de modo nominativo, ya que se encuentra en proceso de implementación el sistema AFIS de lectura de huellas digitales en la Provincia, incorporación llevada a cabo por el Poder Ejecutivo de la provincia, el que se encuentra en proceso de carga de datos, por lo que probablemente se incorpore en el transcurso del corriente año a la investigación del delito según fuera anunciado por las autoridades provinciales. Asimismo, personal del Registro se encuentra realizando la capacitación pertinente en el área de dactiloscopia, imprescindible para incorporar a la base de datos las fichas dactiloscópicas obrantes en los archivos existentes.

### IMPLEMENTACION

El equipo de trabajo del Registro se encuentra integrado por una Dirección (por disposición legal se requiere ser abogado), un ingeniero en sistemas y tres empleados administrativos, los que fueron seleccionados entre operadores ya existentes en la planta permanente, lográndose una puesta en marcha sin costos, asimismo se determina como lugar de funcionamiento la ciudad de Trelew, a fin de aumentar así los servicios y disminuyendo los gastos operativos del Registro, en comparación con los costos estimados para su radicación en la ciudad de Rawson.

Como primer paso de trabajo obligado, se establecieron los contactos con áreas conectadas del Poder Ejecutivo, como la Policía de la Provincia del CHUBUT y otros organismos de gobierno, resultando dificultoso inicialmente el enlace con los mismos, propio de la innovación que este tipo de registros significa y la ya conocida reticencia a los cambios, lo que no obstante comienza poco a poco a tener los resultados esperados. Luego se realizó una etapa diagnóstica de la situación actual del sistema Judicial Pe-

nal, que incluyó la visita a las distintas circunscripciones, tanto en Oficinas Judiciales, Ministerio Fiscal y dependencias policiales, y en simultáneo se avanza en el programa informático QUIMEY que servirá de base de trabajo. Asimismo se progresa en el análisis y conocimiento de los datos genéticos que se informarán al RAP, y en la sistematización de su resguardo.

De manera simultánea se comienza con la carga histórica de la información obrante en el Sistema Eureka, a fin de iniciar la base de antecedentes nominativos provinciales y en la actualidad se lleva a cabo la interconexión con Oficinas Judiciales de Esquel, Puerto Madryn y Sarmiento, como prueba piloto previendo para la segunda mitad del presente año estar conectados a la totalidad de las OFIJU de la Provincia.

Se ha realizado una visita al Registro Nacional de Reincidencia con varios fines y sumamente exitosa. La misma

incluyó una capacitación intensiva en dactiloscopia para parte del personal y la Directora, asimismo se recorrieron los archivos tanto de legajos como de fichas dactiloscópicas observando el tipo de implementación de archivos, basados en sistemas de huellas y sus clasificaciones. Además se avanzó con la Dirección Nacional en proyectos de conexión directos, en una primera etapa a través de una terminal UER y a futuro a través de sistemas digitalizados. Asimismo se pudo conocer desde su interior el distrito de Lomas de Zamora y sus trabajos relacionados con la identificación de personas, a fin de establecer los contactos necesarios para obtener respuestas fidedignas y ágiles en el tema.

La expectativa para el presente año es continuar con el programa de trabajo diseñado, intentando en el primer semestre emitir información nominativa de Antecedentes Penales. Luego y ya conectadas la totalidad de

circunscripciones tramitar la obtención de los Antecedentes a Reincidencia y a partir de la determinación del mecanismo de lectura de huellas digitales –AFIS-, y el acceso del RAP al mismo, comenzar con la emisión de los informes de antecedentes no sólo nominativos sino también con huellas digitales.

Asimismo, respecto del Banco de Datos de Abusos Sexuales, una vez concluida la carga nominativa de datos, a través del sistema QUIMEY, elaborado especialmente para este Registro, se encriptarán los datos correspondientes, cuyo acceso será restringido según lo establece la ley vigente. Respecto de los datos de ADN, se encuentra el personal del RAP avocado al relevamiento y búsqueda de los datos existentes hasta la fecha, en causas penales, en las que deberá contarse con la certeza de que dicha sentencia se encuentra firme, para también proceder a su incorporación

como fuente de la Base de Datos.

## CONCLUSIONES

Sabemos que la tarea no es sencilla, también que la demanda será incesante y probablemente las respuestas en un primer momento resulten insuficientes, definitivamente es todo un desafío llevar adelante el proyecto hasta lograr los objetivos planteados. Consideramos que el Poder Judicial de la Provincia del Chubut se encuentra en etapa de crecimiento y necesita tanto el compromiso de sus operadores como recuperar la credibilidad en sus respuestas; en la medida que las resoluciones se encuentren sustentadas y enmarcadas en procesos ágiles y los datos proporcionados sean seguros y confiables, estaremos transitando el camino de Justicia en el que firmemente creemos y para el cual dedicamos nuestro diario esfuerzo.



# LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS EN LA PROVINCIA DEL CHUBUT

POR RICARDO TOMÁS GEROSA LEWIS

ABOGADO (U.B.) CON ORIENTACIÓN ADMINISTRATIVA PRIVADA (DIPLOMA DE HONOR). PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL (POR CONCURSO), EN LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PATAGONIA "SAN JUAN BOSCO", SEDE ESQUEL. MIEMBRO TITULAR DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT. PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE DISCIPLINA DEL COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS DE ESQUEL (PERÍODO 2008-2012). PRESIDENTE DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE REDACTORA DE LA PRIMERA CARTA ORGÁNICA MUNICIPAL DE LA CIUDAD DE ESQUEL (2005). AUTOR DEL LIBRO "ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT" (2 TOMOS).

## 1.- Introducción. Las posturas sobre el tema.

Ni la Constitución Provincial (arts. 209 a 214), ni la Ley V, N° 80 (Antes Ley 4.461) que reglamenta el procedimiento respectivo<sup>1</sup>, ni el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut

han consagrado en forma expresa la prescripción de la acción en el enjuiciamiento a magistrados y funcionarios judiciales que requieren de acuerdo legislativo.<sup>2</sup>

Este vacío, pues, hace que debamos indagar si tal instituto resulta aplicable a dicho procedimiento o si, por el contrario, esa circunstancia determina que no exista plazo para perseguir y

castigar determinadas conductas que se consideren incompatibles con dichos cargos.

Existen, al respecto, dos corrientes antagónicas.

1.) La primera de ellas afirma que únicamente la ley puede establecer el plazo de prescripción de una acción disciplinaria y, por consiguiente, la falta

de disposición legal expresa sobre el tema indica que la acción es imprescriptible.<sup>3</sup>

Para negar la procedencia de la prescripción, se ha argumentado de la siguiente manera:

1.a.) No cabe la posibilidad de la aplicación analógica de otras normas –fundamentalmente de las penales– porque “las correcciones disciplinarias

<sup>1</sup> HONORABLE LEGISLATURA DEL CHUBUT: “Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut”, 1ª edición, T. II, pág. 536.-

<sup>2</sup> Cabe destacar, empero, que la cuestión no es nueva ni novedosa. Ya en el año 1980 Edgardo SAUX, en uno de los pocos trabajos específicos sobre este punto, advertía de la necesidad de realizar, tanto

en el ámbito nacional como provincial, “una clara y escueta regulación del instituto”, lo cual evitaría “la proliferación de opiniones doctrinarias y jurisprudenciales controvertidas que se han ido entretejiendo alrededor de la ‘vexata questio’ de la operatividad de la prescripción de la acción dentro de la esfera del Derecho administrativo-

disciplinario” (conf. SAUX, Edgardo I.: “De la prescriptibilidad de la acción y de la pena en el Derecho administrativo disciplinario”, en L.L. 1980-B-918). En igual sentido ver RAMIREZ, Luis y ZIULU, Adolfo Gabino: “El jurado de enjuiciamiento”, en J.A 1997-II-1030.-

<sup>3</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín: “Derecho Administrativo”, T.III, pág. 538/

541; LABAND, Paul: “Le droit public de l’empire allemand”, Paris, 1900; JEZE, G: “Les principes généraux de droit administratif”, 3ª edición, Paris, 1927. Versión castellana: “Principios generales del derecho administrativo”, traducción de J.N. San Millán Almagro, Ed. Depalma, Bs.As., 1948-1950, etc.-

no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal propiamente dicha ni del poder ordinario de imponer penas. Por esta razón no se aplican a su respecto los principios generales del Código Penal ni las disposiciones del mismo en materia de prescripción... La falta de interés social para perseguir el esclarecimiento de un delito, luego del transcurso del término que la ley prefija, fundada en la presunción de haber desaparecido los motivos de la reacción social defensiva, no rige en el ámbito disciplinario administrativo, en el que priva lo atinente a la aptitud para la correcta prestación del servicio público... Este fue el criterio utilizado antiguamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.<sup>4</sup>

1.b.) El enjuiciamiento de magistrados no es un proceso penal sino uno especial que no tiene por finalidad perseguir un castigo (en el sentido de aplicar una sanción) sino remover a un magistrado o funcionario que sea inidóneo para ocupar el cargo. Por tal motivo, debe estarse por la solución más favorable a la subsistencia de la acción, ya que “no se puede permitir que cabalmente un miembro del Poder Judicial... venga a ampararse de un delito o de una falta grave por medio de la prescripción”.<sup>5</sup> “El interés del servicio exigiría siempre la imposición de la correctiva persecución y sanción del infractor, evitándose así la impunidad que conlleva la prescripción”.<sup>6</sup>

Esta fue, por ejemplo, la postura adoptada por el instructor sumariante en la causa caratulada “Superior Tribunal de Justicia s/Denuncia” (Expte. N° 58/04 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut), que luego derivó en el expediente n 31/04 del Tribunal de Enjuiciamiento.<sup>7</sup>

2.) La otra corriente, en cambio, indica que aún faltando una norma expresa que regule la prescripción de la acción en este tipo de procesos, son

aplicables por analogía las normas que disciplinan otros sectores de la ciencia jurídica, como lo pueden ser el Código Penal, el Código Civil, o las leyes administrativas.

El fundamento de tal postura radica en “el mantenimiento del principio de seguridad jurídica, que se vería conculcado por la perenne ‘amenaza punitiva’”.<sup>8</sup>

Y esto es así porque la razón que justifica la institución –dicen RIPERT y BOULANGER refiriéndose a la prescripción crediticia, pero cuyos conceptos pueden transpolarse a esta materia- exige que todas las acciones tengan un término, pues si fueran perpetuas, se llegaría a poner en tela de juicio la tranquilidad, la paz y la estabilidad de los derechos.

La principal justificación, pues, es de orden público: “el tiempo debe borrarlo todo. No hay injusticia alguna en admitirlo... En ciertos casos habría en ello un resultado contrario a la equidad pero debe ser soportado en razón de las ventajas de orden y paz social que aporta la prescripción”.<sup>9</sup>

## 2.- La acción para instar el procedimiento de enjuiciamiento de magistrados y funcionarios de la Provincia del Chubut es prescriptible.

Estoy convencido de que la acción disciplinaria contra un juez o magistrado, por más que no medie una norma expresa que así lo establezca, es prescriptible, desde que:

1.) Por razones de seguridad y de certeza de las relaciones jurídicas, la prescriptibilidad es la regla general en los diferentes procesos.<sup>10</sup> Ello no obsta para que el legislador, en ejercicio de la potestad de configuración normativa, en algunos casos, establezca la imprescriptibilidad, en aras de garantizar bienes de orden superior (como sucede,

por ejemplo, en los delitos de lesa humanidad). Sin embargo, ello sólo configura una excepción al principio general, pero no lo anula.

Como bien dice MARIENHOFF, “no habiendo norma que declare imprescriptible una acción, dicha acción es ‘prescriptible’”. No se requiere que un texto expreso autorice la respectiva prescripción<sup>11</sup>, ya que en ello hay garantías constitucionales involucradas.

Cabe recordar, sobre este aspecto, que nuestra Corte Suprema de Justicia señaló: “la perennidad de lo inestable en materia de derecho administrativo carece de base legal y justiciera”<sup>12</sup>. Y me pregunto con MARIENHOFF: “¿Acaso la ‘imprescriptibilidad’ de las sanciones disciplinarias administrativas, no crea una perenne situación de inestabilidad?”<sup>13</sup>

2.) No se puede traer a juzgamiento hechos y conductas que hayan ocurrido hace muchísimos años. Sostener lo contrario implicaría incorporar una verdadera espada de Damocles, prolongada en el tiempo, y que podría ser utilizada en cualquier momento, sin limitación temporal alguna.<sup>14</sup>

Es que “mantener abierta una causa por plazos extensos sin término alguno, lo único que produce es un estado de intranquilidad y zozobra a los magistrados que fueran objeto de denuncias; lo que conduce a la falta de serenidad de espíritu que debe poseer quien conforme a la Constitución y las leyes, ha sido designado para cumplir la loable misión de administrar justicia”.<sup>15</sup>

Además, cuando un juez está sometido a un proceso que puede llevar a su destitución, queda afectada su independencia. Y por eso, justamente, debe existir un plazo máximo para el ejercicio de la acción.

3.) “Si se acepta la prescripción respecto al ‘delito’, que es la más grave infracción social, resulta totalmente

arbitrario negarla respecto a la ‘falta disciplinaria’ que, con relación al delito, implica una infracción menor. Si se admite la prescripción respecto a los más graves delitos: ¿por qué no ha de aceptársela respecto a una falta disciplinaria?”<sup>16</sup>

4.) La prescripción es un instituto destinado a proporcionar seguridad jurídica a todos los ciudadanos, incluidos los jueces, y no puede dejarse a éstos fuera de la garantía del límite temporal de las acciones<sup>17</sup>, ya que de lo contrario se violaría el principio de igualdad ante la ley.

5.) La falta de ejercicio de la acción por parte del Estado implica la desaparición de la necesidad de pena operada por el decurso del tiempo.

“El transcurso del tiempo para la prescripción de una sanción disciplinaria, sin que ésta se haya hecho efectiva –dice también MARIENHOFF- es prueba de que la perturbación que esa falta haya producido no habrá sido de gravedad ni afectó mayormente al servicio, lo que a su vez habilita a pensar en la desaparición de los motivos de reacción contra el agente público imputado”.<sup>18</sup>

6.) No es verdad que en materia de prescripción no estén en juego garantías constitucionales.

Muy por el contrario, si bien es cierto que los jurados de enjuiciamiento son organismos que ejercen atribuciones de tipo político atinentes a la responsabilidad de los magistrados, en sustitución del juicio político instituido en las constituciones no siendo, por lo tanto, Tribunales de Justicia, y por tal no se los puede ceñir a estrechos carriles rituales, sino que se les debe reconocer, necesariamente, gran amplitud para que puedan cumplir adecuadamente con los fines para los que son creados<sup>19</sup>, la circunstancia expuesta no implica que al acusado no se le deban asegurar las garantías sustanciales que deben

<sup>4</sup> Ver C.S.J.N., in re: “Alejandro Nicolás Trimarco”, Fallos 256:97; L.L. 112-361. Ver, también, S.T.J. Córdoba, in re: “Checa, Juan”, en L.L. 32-409.-

<sup>5</sup> Conf. PARRY: “Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados”, Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, Taller de Impresiones Oficiales, La Plata, 1919, pág. 340.-

<sup>6</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín: “Derecho Administrativo”, T.III, pág. 538/541.-

<sup>7</sup> En materia de derecho disciplinario, ver también Cám. Nac. Civ., Tribunal de Superintendencia Notarial, R. 2067, in re: “ARTIGAS, Enrique Jorge y otros s/ presentación relacionada c/ Escribano Pereyra Lucena, José Luis”, 23/06/00: “No procede la prescripción de la sanción disciplinaria, ya que no le son aplicables los principios generales del Código Penal,

ni sus disposiciones al respecto. Pues el transcurso del tiempo no debe privar a la administración pública del ejercicio de su poder disciplinario, en tanto en dicho ámbito priva lo atinente a la aptitud para la correcta prestación del servicio público”.-

<sup>8</sup> SAUX, Edgardo I.: “De la prescriptibilidad de la acción y de la pena en el Derecho administrativo disciplinario”, en L.L. 1980-B-918.-

<sup>9</sup> RIPERT-BOULANGER: “Obligaciones”, segunda parte, págs. 514 y 615, citados por los Dres. Ricardo LENS y José O. ROMERO en la defensa efectuada en la causa “Superior Tribunal de Justicia del Chubut s/ denuncia” (Expte. n° 58/04 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut).-

<sup>10</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis: “Prescripción”, Ed. Advocatus, 2ª edición, pág. 36; LOPEZ HERRERA, Edgardo

(Director): “Tratado de la prescripción liberatoria”, T.I, Ed. LexisNexis, Bs.As., 2008, pág. 91; LLAMBÍAS, Jorge: “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, T.III, pág. 324; COLMO, Alfredo: “De las obligaciones en general”, T.I, pág. 633 y L.L. 1995-A-305, entre muchos otros. Ver, también, el art. 4.019 del Código Civil: “Todas las acciones son prescriptibles con excepción de las siguientes...”. No hay que olvidar, al respecto, que la prescripción es una figura fundada en el valor seguridad.-

<sup>11</sup> MARIENHOFF, Miguel S.: “Tratado de Derecho Administrativo”, T. III-B, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1994, pág. 457.-

<sup>12</sup> C.S.J.N., in re: “Elena Carmen de Cantón c/ Nación s/ pensión”, en Fallos 175:379.-

<sup>13</sup> Ídem.-

<sup>14</sup> Acuerdo 128. Jurado de Enjuiciamiento,

Neuquén, 24.11.2008; CAPÓN FILAS, Rodolfo: “Acoso laboral en el Poder Judicial. Caso Elisabet Cristina Rivero de Taiana”, en [http://www.vistadecausa.com.ar/index.php?option=com\\_content&task=view&id=448&Itemid=85](http://www.vistadecausa.com.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=448&Itemid=85)

<sup>15</sup> Comisión de Acusación del Consejo de la Magistratura Nacional - DICTAMEN N° 105/2005 – Minoría (Fdo.: Jorge O. Casanovas – María Lelia Chaya - Luis E. Pereira Duarte (por sus fundamentos).-

<sup>16</sup> MARIENHOFF, Miguel S.: “Tratado de Derecho Administrativo”, T. III-B, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1994, pág. 456.-

<sup>17</sup> Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala 6°, 23/12/1994, “Cevasco, L.”, en J.A. 1996-II-síntesis.-

<sup>18</sup> MARIENHOFF, Miguel S.: “Tratado de Derecho Administrativo”, T. III-B, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1994, pág. 456.-

observarse en toda clase de proceso (debido proceso)<sup>20</sup>.

Y dentro de este concepto queda comprendido el de ser investigado y juzgado en un plazo razonable.

Cito una vez más a MARIENHOFF: “En un Estado de Derecho como el nuestro sería inconcebible afirmar que la Ley Suprema deja sin tutela o amparo el derecho esencial del hombre a vivir en paz, sin temores, sin inquietudes... Nadie debe vivir bajo la amenaza permanente de que, en cualquier momento y cualquiera sea el tiempo transcurrido, pueda ser penado o sometido a proceso, sea éste judicial o administrativo, con las graves consecuencias consiguientes. De ahí que toda acción de ese tipo no ejercida ni puesta en movimiento en un tiempo mayor o menor—la extensión de éste no afecta el principio— debe ser prescriptible, en tanto una norma no declare expresamente “imprescriptible” la acción de que se trate. La circunstancia de que a una persona pueda mantenerse sine die sometida o vinculada a un eventual proceso o condena, o amenazada por la iniciación de un proceso—sea este judicial o administrativo—implica limitarle en forma contraria a derecho el ámbito de su libertad, porque ello le obliga a vivir permanentemente cohibida o restringida en sus movimientos o decisiones”.<sup>21</sup>

6.) Como bien se ha señalado “es pacífica la doctrina al sostener que la prescripción de la acción es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción. Con mayor razón en materia disciplinaria en donde—como dije—no puede quedar el servidor público sujeto indefinidamente a una imputación. Pero además, la acción disciplinaria tiene como objetivo resguardar el buen nombre de la administración pública, en este caso el servicio de justicia, su eficiencia y moralidad, por lo que es obvio que ésta

debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor, pues de no hacerlo incumpliría una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre los servidores estatales. La defensa social no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos. Si el proceso no se resuelve, no será por obra del presunto infractor, sino por obra de la despreocupación de los encargados de juzgar. Se podrá decir por otra parte que la finalidad del juicio político no consiste en la aplicación de sanciones disciplinarias. Que no es un proceso puramente sancionatorio y que el objetivo de una eventual condena consiste, no en “sancionar” sino en “separar” al magistrado de su función, por lo tanto, no son aplicables las reglas de la prescripción. No comparto ese criterio. (Es que) ... la remoción (puede) acarrear la inhabilitación, la cual es una pena específicamente contemplada en nuestro Código Penal... Además, ... si los “delitos” están prescriptos, también lo está la acción para someter a juicio político a un magistrado por la causal de “comisión de delito”.<sup>22</sup>

7.) La aplicación analógica en materia de prescripción es absolutamente posible en tanto y en cuanto: 1.) Como lo destacó la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, esta regla de interpretación “excede los límites del ámbito del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico”<sup>23</sup> y 2.) Porque tal solución redundaría en beneficio—y no en perjuicio—del imputado, motivo por el cual no resulta aplicable la prohibición implícita del art. 18 de la Constitución Nacional.

8.) Los pocos antecedentes y la escasa jurisprudencia que se ha ocupado del tema no han dudado en afirmar la prescriptibilidad de las acciones vinculadas al enjuiciamiento de los magistrados y funcionarios judiciales.

Así, la Corte de Justicia de la Provincia de San Juan indicó que

“viabilizar la prescriptibilidad de la potestad punitiva en materia administrativa-disciplinaria y de la sanción consecuentemente impuesta, es el criterio que más se adecua a los rectos principios de equidad, seguridad jurídica e igualdad ante la ley que deben informar todo pronunciamiento normativo estadual y toda decisión judicial que en consecuencia se adopte, aún fuera del ámbito puramente jurisdiccional”.<sup>24</sup>

Las discrepancias residen en que mientras algunos afirman que la prescripción debe correr únicamente respecto de conductas posteriores al nombramiento del magistrado, otros, más duros, entienden que el instituto también es procedente respecto de conductas anteriores. Pero, insisto, unos y otros admiten la prescriptibilidad de la acción.

9.) Por lo demás, la solución responde a una interpretación sistemática del ordenamiento, ya que, por ejemplo, el art. 115 de la Constitución Nacional dice que “corresponde archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo”; mientras que el art. 205 de la Constitución Provincial, por su parte, establece un plazo de 30 días para que la sala de juzgar en el juicio político se pronuncie en definitiva.

No queda ninguna duda que ambas normas persiguen un fin similar al de la prescripción: impedir un estado de incertidumbre permanente con el consiguiente perjuicio que puede sufrir el juez o funcionario judicial en su tranquilidad espiritual.

En síntesis: también el Derecho debe olvidar; debe tener por lo menos esa faceta humana y pasar por alto algunas cosas una vez que ha pasado cierto tiempo, es decir, cuando hayan perdido importancia práctica o cuando el abandono o la inacción permitan inferir

que la sociedad no vio ninguna utilidad para adoptar una posición distinta.<sup>25</sup>

### 3.- ¿A qué normativa debe recurrirse por analogía?

Sostenemos, pues, que puede recurrirse al argumento analógico para tratar el tema de la prescripción de la acción en el procedimiento de enjuiciamiento a magistrados y funcionarios judiciales.

Y arribamos a esta solución por dos fundamentos distintos:

1.) En primer lugar, por una idea de igualdad: las mismas situaciones deben resolverse de idéntica manera, porque así lo exigen la Constitución Nacional (art. 16), la razón y el derecho natural, que no hace otra cosa que adaptarse a las exigencias de la justicia.<sup>26</sup>

2.) Y, en segundo término, basándonos en una presunción: siendo las mismas situaciones iguales, es posible que el legislador hubiera consagrado la misma regla. Establecida, en consecuencia, para una de las hipótesis, esa regla debe ser aplicada también a la otra. Esto se expresa comúnmente con los adagios: *ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio; ubi eadem ratio idem jus*.<sup>27</sup>

Además, en el tema que nos ocupa, se dan todos los recaudos para ello, desde que:

1.) Hay un “vacío legal” o “laguna normativa”, es decir, la cuestión no está expresamente prevista en el texto de la ley.<sup>28</sup>

2.) Hay “similitud de situaciones”<sup>29</sup> o afinidad de hechos.

3.) Existe identidad de razones para resolver el conflicto de la misma forma en que lo hace la ley análoga.<sup>30</sup>

4.) El resultado al que se arriba es racional<sup>31</sup> y, como vimos, esta solución es la que mejor concuerda con los derechos y garantías constitucionales.<sup>32</sup>

La analogía, como es sabido, constituye un procedimiento lógico que trata de inducir de otras soluciones

<sup>19</sup> Trib. Enjuic. La Rioja, 07/10/1982, “Grimaux, José C. y otro”, en JA 1983-III-105.-

<sup>20</sup> COLAUTTI, Carlos E.: “Reflexiones acerca del juicio político y los jurados de enjuiciamiento ante la primera sentencia del Jurado de Enjuiciamiento Federal”, en L.L. 2000-E-1093.-

<sup>21</sup> MARIENHOFF, Miguel S.: “Tratado de Derecho Administrativo”, T. III-B, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1994, pág. 459.-

<sup>22</sup> Acuerdo 128. Jurado de Enjuiciamiento, Neuquén, 24.11.2008; CAPÓN FILAS, Rodolfo: “Acoso laboral en el Poder Judicial. Caso Elisabet Cristina Rivero de Taiana”, en <http://www.vistadecausa.com>.

[ar/index.php?option=com\\_content&task=view&id=448&Itemid=85](http://www.vistadecausa.com). Ver, también, GENTILE, Jorge Horacio: “Algunas precisiones sobre el Juicio Político”.-

<sup>23</sup> C.S.J.N., in re: “Petruccelli, Fidel P. y otra c/. Municipalidad de la Capital”, 13/6/89, en J.A. 1990-II-93.-

<sup>24</sup> C.S. San Juan, sala II, 15/05/2006, en LL Gran Cuyo” (septiembre), pág. 1055.-

<sup>25</sup> En el Martín Fierro se lee: “Es la memoria un gran don, calidá muy meritoria; y aquellos que en esta historia sospechen que les doy palo, sepan que olvidar lo malo también es tener memoria” (II, 4883-4888). Es que, como decía TROPLONG, “todo

debe tener un fin, y el Estado está interesado en que los derechos no queden demasiado tiempo en suspenso” (TROPLONG, M.: “Droit civil expliqué. De la prescription”, Ed. Charles Hingray, Libraire-Editeur, París, T.I, pág. 17, n° 15).-

<sup>26</sup> Algunos fallos destacan concretamente la relación existente entre la analogía y el principio de igualdad jurídica. Ver, al respecto, Cám. 1ª. Bahía Blanca, L.L. 124-1097.-

<sup>27</sup> SALVAT, Raymundo M.: “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General”, Ed. Jesús Menéndez, Bs.As., 1917, pág. 50; MESSINEO, Francesco: “Manual de

Derecho civil y comercial”, Ed. Ejea, Bs.As., 1954, pág. 16; BELLUSCIO, Augusto C. (Director) y ZANNONI, Eduardo A. (Coordinador): “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, T.I, Ed. Astrea, Bs.As., 1979, pág. 87 y L.L. 1975-B-20.-

<sup>28</sup> SALVAT, Raymundo M.: “Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General”, Ed. Jesús Menéndez, Bs.As., 1917, pág. 50.

<sup>29</sup> BUERES, Alberto J. y HIGHTON, Elena I.: “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, T.I, pág. 32.-

particulares consagradas ya por el derecho, el principio íntimo que las explica, para someter un caso semejante a la misma solución por vía deductiva. El procedimiento consiste en generalizar las normas particulares existentes y aplicar el principio así obtenido a otros casos no previstos pero similares. La analogía parte de un estudio comparativo entre dos situaciones jurídicas, y aplica a la no legislada las soluciones dadas para las que tienen caracteres esenciales semejantes.<sup>33</sup>

Ahora bien: ¿A qué normas debe recurrirse por analogía para resolver la cuestión traída a debate?

Aquí tampoco han sido unánimes las posturas. Muy por el contrario, puede decirse que los autores se han dividido también en tres corrientes dispares:

1.) Para algunos de ellos, corresponde abrirle las puertas al Derecho Penal y utilizar analógicamente sus normas, dado que “el derecho penal administrativo no es otra cosa que Derecho Penal Especial, atado al cuerpo de su madre por el cordón umbilical que le tiende el art. 4º del Código Penal, y unido a ella por su misma ‘circulación sanguínea’”.<sup>34</sup>

2.) Otros, en cambio, sostienen que ante tal vacío normativo, la regulación legal positiva debe buscarse dentro del predio iusprivatístico y, más precisamente, en su disciplina madre: el derecho civil.<sup>35</sup>

En tal sentido, un fallo ha dicho: “las sanciones disciplinarias son institutos correctivos no penales, no siendo entonces de aplicación las normas contenidas en el Código Penal... (Por consiguiente), no existiendo en las leyes locales disposiciones específicas que contemplen la prescripción de una corrección disciplinaria, no queda más

remedio que acudir supletoriamente a las normas contenidas en el derecho común, en este caso el Código Civil, tomando la prescripción de 10 años que rige también para la ejecución de la sentencia, por estimarse que no hay sanciones imprescriptibles”.<sup>36</sup>

3.) Finalmente, una tercera postura manifiesta que, por su naturaleza jurídica, en tales casos debe recurrirse, exclusivamente, a las normas del procedimiento administrativo.

Creo que aquí, por una cuestión de competencias, esta última postura es la correcta: el art. 75 de la Constitución Nacional atribuye a la Nación, y veda –por tanto– a las provincias, el poder de dictar el Código Penal. A su vez, de los artículos 121 y 122 de la misma Constitución surge que es atribución legislar sobre todo aquello que no haya sido delegado a la Nación y sobre lo que es atinente a sus propias institucionales locales, conjunto dentro del cual se encuentra el Derecho Administrativo y su rama específica, el “derecho disciplinario”. De este modo, en nuestro sistema constitucional, esta materia constituye derecho local, por oposición al derecho penal común, que es derecho federal.

La Nación, pues, no puede legislar sobre faltas –ni sobre la prescripción de ellas– para todo el país, porque el derecho administrativo y el disciplinario es –repito–, derecho local.<sup>37</sup>

Además, desde el momento en que el Estado actúa en la órbita del Derecho Administrativo (no penal), no existiría lógica jurídica en hacer valer en lo accesorio –por ejemplo, la prescripción– la regulación penal ante la trasgresión de una disposición legal administrativa.

Como lo señala NUÑEZ con total exactitud, “en materia disciplinaria, la

norma integrativa, desde el momento en que tiene en cuenta la pertenencia constitucional de la cuestión de que se trata –pretendida a los efectos de resolver la prescripción de correcciones disciplinarias en ausencia de norma especial, “no debe ser cualquiera” sino una que pertenezca al mismo ámbito constitucional dentro del cual se mueve, y como es local la fuente del poder disciplinario (y “...concedido un poder, su titular posee todas las facultades necesarias para determinarlo y para cercenarlo”), corresponde a la Provincia legislar sobre su prescripción, no pudiendo recurrirse a normas emanadas de distinta fuente de poder, como lo serían los Códigos Civil o Penal, con validez dentro del orden jurisdiccional de la Nación”<sup>38</sup>

Por lo tanto, y dado que estamos en presencia de un proceso disciplinario-administrativo, por imperio constitucional no resultan de aplicación analógica y subsidiaria las normas del Código Penal ni las normas del Código Civil, debiendo recurrirse, en consecuencia, a las leyes del procedimiento administrativo en exclusividad.

#### 4.- La Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia del Chubut y la prescripción de las acciones.

Como ya lo señaláramos, para solucionar el problema que se nos presenta debemos buscar dentro de la normativa administrativa provincial ó, más concretamente, dentro de la Ley de Procedimiento Administrativo<sup>39</sup>, que a partir de la vigencia del Digesto Provincial se denomina Ley I, N° 18<sup>40</sup>

Esta ley, en su artículo 269, señala

expresamente: “La acción para proceder contra los responsables de los hechos, transgresiones u omisiones que constituyan faltas disciplinarias prescribirá:

a.) Al año, en los supuestos de faltas susceptibles de ser sancionadas con penas correctivas.

b.) A los tres años, en los supuestos de faltas susceptibles de ser sancionadas con penas expulsivas.

c.) Cuando el hecho constituye delito, el plazo de prescripción será el establecido por el Código Penal por la acción del delito de que se trate. En ningún caso será inferior a la establecida en los incisos a) y b.)”.

Como se ve, la ley establece tres plazos de prescripción. Sin embargo, dos de ellos se refieren a las “faltas”, y el restante a los supuestos de “delitos”.

Por consiguiente, no puede quedar ninguna duda que en este último caso debe aplicarse el inciso tercero y, por lo tanto, que “el plazo de prescripción será el establecido por el Código Penal por la acción del delito de que se trate”.<sup>41</sup>

En materia de faltas, en cambio, el tema es un poco más complicado, ya que –repito– la ley establece dos plazos. ¿Cómo se soluciona este punto?

El Dr. Eduardo PALACIOS da la respuesta que me parece acertada: “el Consejo de la Magistratura no puede prejuzgar ante la presentación de cada denuncia que no constituya delito, el tipo de sanción que eventualmente pudiera corresponder, por lo que no cabría diferenciar, en punto a la prescripción, entre faltas leves o graves. Teniendo en consecuencia dos plazos de prescripción diferenciados en los actos que no constituyen delitos, esto es un año y tres años, estimo que la correcta

<sup>30</sup> Ver Cám. Nac. Civ., Sala D, L.L. 99-534; SALAS, Acdeel Ernesto: “Código Civil y Leyes complementarias anotados”, T.I., Ed. Depalma, Bs.As., 1975 pág. 17 y SANTOS CIFUENTES: “Código Civil. Comentado y Anotado”, T.I, Ed. La Ley, pág. 15, entre muchos otros.-

<sup>31</sup> C.Nac.Civ., Sala D, L.L. 99-534; Cám. 2ª. La Plata, Sala III, L.L. 105-712 y RIVERA, Julio César (Director): “Código Civil Comentado”, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 77.-

<sup>32</sup> Ver, al respecto, CSJN, en E.D. 47-796; E.D. 41-636; E.D. 15-89, entre muchos otros.-

<sup>33</sup> GARRONE, José Alberto: “Diccionario jurídico Abeledo-Perrot”, T.I, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1986, pág. 147; BUSSO, Eduardo B.: “Código Civil Anotado”, T.I, Ed. Ediar, Bs.As., 1944, pág. 153

<sup>34</sup> SAUX, Edgardo I.: “De la prescriptibilidad de la acción y de la pena en el Derecho administrativo disciplinario”, en L.L. 1980-B-921 y AFTALIÓN, Enrique R.: “Los límites entre el Derecho Penal común, el Derecho Penal Administrativo y el Disciplinario”, en L.L. 1977-C-739 y “El

derecho penal administrativo como derecho penal especial”, en L.L. 74-844. En contra: CAMPAGNALE, Humberto (h.): “La investigación administrativa. Derecho Disciplinario y Derecho Penal”, el fallo obrante en L.L. 1978-B-991.-

<sup>35</sup> Conf. SAUX, Edgardo I.: “De la prescriptibilidad de la acción y de la pena en el Derecho administrativo disciplinario”, en L.L. 1980-B-921 y, especialmente, L.L. 3-594.-

<sup>36</sup> Cám. 1ª. Tucumán, 27/2/1975, “P., J.C.”, en L.L. 1975-D-45.-

<sup>37</sup> En igual sentido ver PALACIOS, Eduardo Carlos: “Prescripción acciones sancionatorias”, inédito.-

<sup>38</sup> NUÑEZ, Ricardo: “La ley, única fuente del Derecho Penal Argentino”, IV Boletín de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, año V, 1-2, Imprenta Universidad Nacional de Córdoba, 1941, Pág. 94. En igual sentido ver VERA BARROS, Oscar N.: “Cuaderno de los Institutos”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, n° 21,

año 1958: “la norma integrativa debe buscarse en la misma fuente jurisdiccional del poder represivo de que se trate. Las fuentes del poder legislativo regulador de la prescripción corresponden a la misma esfera de la regulación respectiva pertinente; y si esta facultad pertenece a la Provincia en virtud del poder no delegado a la Nación, o en el ámbito de sus propias instituciones, la legislación provincial sobre prescripción también será del resorte de sus cuerpos legisferantes...”.-

<sup>39</sup> Ver escrito de los Dres. Ricardo LENS y José O. ROMERO en la defensa efectuada en la causa “Superior Tribunal de Justicia del Chubut s/ denuncia” (Expte. n° 58/04 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut) y PALACIOS, Eduardo Carlos: “Prescripción acciones sancionatorias” (inédito).-

<sup>40</sup> Cabe recordar, asimismo, que por la Acordada n° 2.871/91, dictada el 12 de septiembre de 1991, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut dispuso la aplicación supletoria de esta

ley y del Reglamento Interno General (Acuerdo 2.601) para toda la actividad administrativa que se desenvuelva en el ámbito del Poder Judicial de la Provincia del Chubut, lo que refuerza aún más la posición que sustentamos.-

<sup>41</sup> El Tribunal de Enjuiciamiento de la Provincia del Chubut, empero, señaló en una oportunidad que si la conducta delictiva se realizó antes de la asunción en el cargo, el nombramiento es nulo, por no reunir la aspirante las condiciones para ello. “Debido a que la Constitución Nacional ni en su art. 53 ni en el art. 15 inc. e) de la ley 4461, establecen cuando se deberían haber cometido los delitos comunes, ellos podrían haberse configurado también antes de la asunción de la magistratura, prescriptos o no. ... (el) requisito esencial de falta de malos antecedentes rige con mayor razón para los postulantes a magistrados judiciales, a quienes la sociedad confía la defensa de la libertad, honra y patrimonio del ciudadano o habitante de esta bendita tierra, según doctrina legal de la Corte

interpretación surge de lo dispuesto por la Constitución Provincial en su art. 192 inc. 5, al establecer que el Consejo de la Magistratura evalúa el desempeño y aptitudes personales de los magistrados y funcionarios ingresantes al Poder Judicial al cabo de sus tres primeros años de función. En caso de resultar insatisfactorio, eleva sus conclusiones al Superior Tribunal de Justicia o al Tribunal de Enjuiciamiento a sus efectos. Es evidente que la Constitución prevé que por tres años todos los actos de los magistrados y funcionarios son revisables, sin distinción de gravedad, dado que no hace distinción entre aquellas conductas que pueden merecer una sanción correctiva del Superior Tribunal de Justicia de las que deben ser investigadas por el Tribunal de Enjuiciamiento. Si bien esta norma se refiere a los magistrados y funcionarios ingresantes al Poder Judicial, es claro que su interpretación es mucho más amplia, dado que el propio Consejo de la Magistratura extiende tal revisión no sólo a los ingresantes al Poder Judicial, sino también a todo magistrado o funcionario que, aún perteneciente al Poder Judicial, acceda a un nuevo cargo. Asimismo, y con relación a los demás magistrados y funcionarios que no se encuentren encuadrados en este proceso de revisión, no puede pensarse que pudieran tener un plazo distinto de prescripción de las acciones sancionatorias, pues ello implicaría una inaceptable desigualdad ante la ley.<sup>42</sup>

Por ello, el plazo de prescripción de la acción debe ser de tres años.<sup>43</sup>

### 5.- El comienzo del plazo (*dies a quo*) para el cómputo de la prescripción de la acción. Dificultades.

Habiendo definido el término de prescripción de la acción sancionatoria por faltas cometidas por jueces y funcionarios judiciales, queda ahora por resolver otro punto no menos importante que el anterior, esto es, establecer el plazo inicial, es decir, “el instante indivisible a partir del cual se pone en

movimiento el mecanismo de la prescripción”<sup>44</sup> o, en otras palabras, a partir de cuándo debe comenzar a computarse el plazo de prescripción de tres años indicado anteriormente.

También aquí se han sostenido dos criterios:

1.) El primero de ellos señala que debe contarse a partir de la fecha en que tuvo lugar el hecho, y tal interpretación se basa en el art. 270 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia del Chubut.<sup>45</sup>

2.) El segundo, en cambio, entiende que el plazo de prescripción sólo puede contarse a partir de la comunicación fehaciente que recibe el Consejo de la Magistratura, no interesando a tales fines, la fecha de ocurrencia de los hechos, ya que durante el período en el que no se haya tenido conocimiento de los hechos que motivan la acción disciplinaria, mal puede ésta ejercerse.<sup>46</sup>

El problema que presenta esta postura es que la acción podría mantenerse viva y sin definirse por mucho tiempo, cuando justamente la finalidad del instituto es la opuesta, o sea, la de consolidar situaciones pendientes en un término prudencial<sup>47</sup> y que ellas “queden cubiertas por el olvido y sepultada por el silencio de los años”, al decir de GIORGI.

Creo, en realidad, que sobre este punto debemos recordar nuevamente las máximas que sobre la materia sentaron los antiguos -fundamentalmente, la lógica inmovible de los romanos- y que, de un modo u otro, han trascendido al derecho positivo actual.

Tales máximas son las siguientes:

1.) La prescripción comienza desde el día que nace la acción (*a dia natce actioni*).

2.) La acción que aún no ha nacido, no se prescribe (*actionis nodum natce, non prescribitur*), lo que equivale a decir que la prescripción no corre si no está abierta y expedita la vía para demandarla.<sup>48</sup>

“La prescripción no puede comenzar

antes -explica un autor- porque el tiempo dado para la prescripción debe ser un tiempo *útil* para el ejercicio de la acción... Si así no fuera, podría suceder que el derecho quedara perdido antes de poder ser reclamado: lo que sería tan injusto como absurdo”.<sup>49</sup>

En virtud de ellas, tengo claro que ninguna de las posturas indicadas anteriormente es correcta para resolver esta cuestión.

La solución debe partir de una posición *ecléctica*, que contemple las máximas enunciadas anteriormente, y que respete los derechos de ambas partes involucradas, esto es, del juez o funcionario judicial, y de la sociedad.

Por eso entiendo que el criterio correcto a sentar en esta materia es que la prescripción de las acciones disciplinarias por faltas debe comenzar a correr:

1.) Desde la asunción del cargo de juez o funcionario judicial, en caso de que se trate de una falta cometida con anterioridad a tal circunstancia.

2.) Desde la ocurrencia del hecho, si el juez o funcionario judicial ya estaba en el desempeño del cargo.

Explicaré por qué:

1.) No puede pretenderse que el cómputo de la prescripción debe nacer con la ocurrencia del hecho en todos los casos, ya que si la persona no ostentaba en dicho momento el cargo, no existía posibilidad alguna de ejercer la acción.

2.) Hemos dicho y sostenido que la prescripción no corre si no está abierta y expedita la vía para accionar; la prescripción no puede comenzar antes, porque el tiempo dado para la misma deber ser un tiempo útil para el ejercicio de la acción.

3.) Si la persona no había asumido en el cargo, no era ni juez ni funcionario judicial. Ergo, no podía ser sujeto pasivo de una acción disciplinaria o expulsiva.

4.) El punto de partida de la prescripción en tales casos, pues, debe ubicarse en el momento a partir del cual

puede existir responsabilidad disciplinaria o política y ha nacido la consiguiente acción para hacerla valer, lo que ocurre -como vimos- a partir de la asunción en el cargo. Reiteramos: la prescripción liberatoria no puede separarse de la pretensión jurídicamente demandable, y el plazo respectivo sólo comienza a computarse a partir del momento en que ella puede ser ejercida, es decir, coincide con el momento del nacimiento de la acción.

5.) La aplicación de los principios según los cuales la prescripción corre desde que la ocurrencia del hecho está supeditada a que se encuentre expedita la acción pertinente, lo que -como vimos- no se da en el supuesto enunciado.

6.) El artículo 192 inciso 5° de la Constitución Provincial avalaría también esta conclusión.

5.) Se debe distinguir, empero, si la conducta fue anterior o posterior a la asunción en el cargo. En el primer caso, si ella fue conocida por el Consejo de la Magistratura al momento del examen y de la selección, no podría volver a examinarse, por el principio “non bis in idem”. En los demás casos regirían los principios enunciados anteriormente.

7.) La tesis sustentada es la llamada *tesis de la realización* del derecho; se funda en que, como lo dispone el art. 2935 del Código Civil italiano (y otras semejantes del derecho comparado), la prescripción comienza a correr *el día en el cual el derecho puede ser hecho valer*.

### 6.- Conclusiones.

1.) El problema de la prescripción básicamente atiende a un aspecto de la seguridad jurídica. En palabras del jurista VICTOR PÉREZ: “El problema, en el caso de la prescripción puede esquematizarse en los siguientes términos: con el transcurso del tiempo, unida a la inercia aludida, se desarrolla una creciente situación de incerteza (que, en cuanto tal tiene una carga axiológica negativa para el Derecho, dado que la

Suprema de Justicia de la Nación. La Dra. ... no era idónea moralmente para haber cubierto el cargo de jueza en 1999, puesto que la idoneidad requerida por el art. 16 de la Constitución Nacional, para ser admitido como empleado público comprende genéricamente la aptitud técnica, la salud, la edad y la moral (Por consiguiente) el nombramiento... ha sido nulo, por cuanto la existencia de un sumario criminal contra ella... así lo indican. Es un principio indiscutible que cuando más responsabilidades requiere un cargo público, mayores son las exigencias para acceder a él. El Artículo 982 del Código Civil a contrario sensu requiere las cualidades o condiciones necesarias y

esenciales para la validez del nombramiento de un funcionario público. Es una especie de reglamentación del art. 16 de la Constitución Nacional referida a la idoneidad del aspirante a la función pública. Pues bien, estas exigencias deben ser examinadas como una condición esencial previa a la designación del aspirante. De ahí que ante la inexistencia de las condiciones los tratadistas consideran nulo el nombramiento...” (Tribunal de Enjuiciamiento de la Provincia del Chubut, causa: “CONSEJO DE LA MAGISTRATURA de la PROVINCIA DEL CHUBUT) s/ Denuncia Jueza de Familia de la ciudad de Esquel” (Expte. N°24 - F° 41 - Año 2002 - Letra C).-

<sup>42</sup> PALACIOS, Eduardo Carlos: “Prescripción acciones sancionatorias” (inédito).-

<sup>43</sup> Ver, en este sentido, escrito de los Dres. Ricardo LENS y José O. ROMERO en la defensa efectuada en la causa “Superior Tribunal de Justicia del Chubut s/ denuncia” (Expte. n° 58/04 del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut) y PALACIOS, Eduardo Carlos: “Prescripción acciones sancionatorias” (inédito).-

<sup>44</sup> LOPEZ HERRERA, Edgardo (Director): “Tratado de la prescripción liberatoria”, T.I, Ed. Lexis Nexis, pág. 128.-

<sup>45</sup> Art. 270 de la Ley I, N° 18: “El término de prescripción se computará a partir de la fecha en que tuvo lugar el hecho objeto

de la causa”. Es también la postura que sigue PALACIOS (“Prescripción...”, op.cit.).-

<sup>46</sup> Conf., “mutatis mutandi”, Trib. Disciplina Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, en pleno, 12/11/1990, Acta n° 33, en J.A. 1991-III-182.-

<sup>47</sup> BARBADO, Analía: “La prescripción adquisitiva y liberatoria”, pág. 35.-

<sup>48</sup> ARGANARAS, Manuel J.: “La prescripción extintiva”, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Bs.As., 1966, pág. 50 y MOISSET DE ESPANÉS, Luis: “Prescripción”, Ed. Advocatus, 2ª edición, pág. 36.-

<sup>49</sup> PLANIOL, Marcel: “Traite Élémentaire de Droit civil”, T.II, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, Paris, 1921.-

certeza es uno de sus pilares). Por existir un interés en la certeza, esto es, por ser la certeza un valor jurídico de nuestro sistema, la solución al problema debe buscarse en función de ella. El medio para obtenerla es el establecimiento de un plazo más allá del cual el interés incierto pasa a ser un límite irrelevante, lo que significa que es interés de la comunidad que se establezca un límite temporal con el cual termine la situación de incerteza”.<sup>50</sup>

2.) No existe, en la normativa provincial, un plazo expreso determinado para la prescripción de la acción para el enjuiciamiento de magistrados y funcionarios judiciales. No obstante, tanto en el derecho nacional como en el provincial, se advierte una tendencia a eliminar la inseguridad a la que lleva la tesis de la imprescriptibilidad.

3.) La doctrina acepta, prácticamente de modo unánime, que puede recurrirse a la analogía para resolver esta problemática; sin embargo, con el mismo punto de partida, los autores llegan a conclusiones opuestas.

4.) La norma integrativa debe tener en cuenta la pertenencia constitucional de la cuestión de que se trata. Por consiguiente, el tema de la prescripción, en estos casos, debe basarse en las normas del procedimiento administrativo provincial.

5.) En caso de “delito”, el plazo de prescripción es el establecido por el Código Penal por la acción del delito de que se trate.

6.) En los supuestos de “faltas”, en cambio, el plazo de prescripción es de tres años, y el mismo empieza a correr desde la asunción del cargo de juez o funcionario judicial, en caso de que se trate de una falta cometida con anterioridad a tal circunstancia, o desde la ocurrencia del hecho, si el juez o funcionario judicial ya estaba en el desempeño del cargo. El debate, como se ve, también se centra alrededor del plazo.

7.) Se debe distinguir, empero, si la conducta fue anterior o posterior a la asunción en el cargo. En el primer caso, si ella fue conocida por el Consejo de la Magistratura al momento del examen y de la selección, no podría volver a examinarse. En los demás casos regirían los principios enunciados anteriormente.

## LA OBLIGATORIEDAD Y LA MOTIVACIÓN COMO EJES DE LA CAPACITACIÓN JUDICIAL. IMPLICANCIAS.

POR LUCIO HERNÁN BRONDES

ABOGADO DEL MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA. CONSEJERO DE LA ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DEL CHUBUT.

### INTROITO

La obligatoriedad y la motivación de la capacitación judicial, ¿son presupuestos antagonicos? ¿Es posible adoptar un sistema o régimen de capacitación inclusivo reconociendo a cada uno de los operadores judiciales?

De alguna manera, estos interrogantes pretenden ser evacuados en el presente trabajo, partiendo de las acepciones de los diversos términos imbricados, la heterogeneidad de los actores internos del Poder Judicial, y la búsqueda permanente de brindar un mejor servicio de justicia y asegurar la tutela judicial efectiva.

### FUNDAMENTACIÓN “El sentido de las palabras”

Estimo pertinente partir de las acepciones correspondientes a los ejes imbricados en la temática, cuales son la “obligatoriedad” y “motivación” de la “capacitación judicial”, teniendo en especial consideración a los protagonistas y destinatarios internos del sistema, esto es, magistrados, funcionarios y empleados.

Sirva la aclaración: no debe perderse de vista que existen actores o sujetos externos al sistema, como los justiciables, en su doble calidad de receptores del servicio de justicia y reclamantes del mismo, con legítima aspiración a que el nombrado sea prestado y gestionado de un modo eficiente y eficaz, y los denominados actores externos al sistema (como los abogados y demás profesionales auxiliares). Ambos grupos o categorías están explícitamente interesados, como es obvio, en el servicio de justicia, respecto del cual la capacitación tiene relevancia fundamental.

Adentrándome en el significado de los vocablos, el Diccionario nos dice que lo que obliga a su cumplimiento y ejecución es “Obligatorio”, y “Obligar” es impulsar a hacer algo; compeler, ligar. Atraerse la voluntad de alguien con beneficios u obsequios. A mayor abundamiento, Obligación, entre sus

varias conceptualizaciones, implica un vínculo o imposición -legal o moral-, que nos impele el cumplimiento del deber. Es una carga, miramiento, reserva o incumbencia inherente al estado, dignidad o condición de una persona.

Por su parte, Motivar, según la Real Academia Española, significa: “Disponer del ánimo de alguien para que proceda de un determinado modo; dar motivo para algo, explicar el motivo o razón de una cosa”. Motivo, por su parte, se dice de la causa impulsiva, de la que determina la voluntad. Razón o causa que mueve para algo.

Capacitar significa “hacer a uno apto, habilitarlo para algo”. Y si tal aptitud o idoneidad se erige en presupuesto para legitimar el ejercicio de toda función, tal deber--- derecho, se transforma en un imperativo ineludible cuando las tareas se cumplen desde el Poder del Estado que asume el rol de custodia y garantía de los derechos de los hombres.

En tal contexto, es ilustrativa la expresión, que ya hace muchos años pronunció el jurista Colmo: “Dadme buenos jueces y haré la mejor de las justicias aún con las peores leyes”. Tal expresión debe hacerse extensiva a los demás estamentos que integran el Poder Judicial.

Desde un enfoque estrictamente formal, no aparecerían, apriorísticamente, objeciones ostensibles en favor de los programas de capacitación. Ello así en razón de que constituyen un decisivo aporte al mejoramiento del servicio de justicia, incrementando asimismo los niveles de aceptación y de reconocimiento comunitario respecto del rol institucional del Poder Judicial.

Materialmente, las reacciones pueden avizorarse cuando la capacitación puede tener carácter obligatorio y/o vinculante al momento de ingresar a la función judicial o ascender en los supuestos en que la relación funcional sea jerárquica.

Así las cosas y en el marco de estas premisas, deviene el interrogante de si la obligatoriedad y la motivación de la

capacitación judicial, son conceptos antagonicos y/o contrapuestos, o bien existe entre ambos ciertos puntos de contacto.

Me hago eco de aquellas voces que señalan que, para que un programa de capacitación judicial no quede sólo circunscripto a la mera formalidad de un reglamento, resulta ineludible dotar al sistema de obligatoriedad, ya que si lo que se pretende por esta vía es obtener una superior calidad del servicio de justicia, no se muestra como conveniente dejar disponible o librada a la exclusiva voluntad de los propios actores, la posibilidad de capacitarse o no.

No obstante, estimo que la obligatoriedad de la capacitación, esto es, de modo cuasi compulsivo, sin el entrecruzamiento con la motivación, carece de eficacia y no coadyuva al buen servicio de justicia.

No obstante lo antedicho, considero que no se trata de compartimentos estancos, en el sentido de que no debemos posicionarnos en la mirada de un “optimismo ingenuo” que basado en la motivación de capacitarse como epicentro y sin ningún ribete de obligatoriedad, induzca a hacer de la capacitación la herramienta neurálgica para un servicio de justicia eficaz y eficiente. Tampoco debemos transitar por el sendero de un “pesimismo crítico” que aduzca que solo mediante la obligatoriedad, independientemente de la motivación, es posible arribar al objetivo propuesto.

Ambas calidades (obligatoriedad y motivación) de la capacitación se entrelazan como un juego de mamuschkas, esas muñequitas rusas, iguales en su forma pero diferentes en tamaño, que encastran cómodamente una en otra.

Una cuestión importante a destacar es que la capacitación judicial debe necesariamente incluir a todos los protagonistas internos del sistema. Esta inclusión totalizadora se basa en que todos y cada uno de ellos, en su específico cometido funcional, deben contar con las herramientas más idóneas

<sup>50</sup> Citado por Gilberth Alfaro MORALES: “Prescripción en procedimientos disciplinarios y caducidad del procedimiento”, sin referencias.-

para ejecutar las tareas en punto a la calidad del servicio que prestan.

### “Incluir y Reconocer”

Tengo la firme convicción de que debemos partir de la inclusión de todos los actores judiciales y, a su vez, el reconocimiento de cada uno en los programas de capacitación.

¿Por qué y para qué habrían de capacitarse los diversos actores judiciales? Reducida a su mínima expresión, así como la función de la educación en sentido lato es dejar la marca del mundo en los estudiantes para que ellos puedan, a su vez, dejar una marca en el mundo, ello puede trasvolarse al Poder Judicial.

Sin perder de vista esta convicción básica, el lema debe partir de *incluir a todos* (la capacitación puede provocar, invitar sin someter, dar herramientas para labrar la propia subjetividad y para construir proyectos colectivos. En éste contexto, la acción capacitadora, muchas veces, pondrá en contacto con

lo que no se conoce, e incluso, con lo que no interesa porque no se ha tenido la oportunidad de dejarse interesar) y *reconocer a cada uno* (lo que implica abandonar la imagen del agente que no quiere, no puede, no dice, no hace, no acepta, no busca o no encuentra. Sólo se empieza a superar ésta imagen cuando se dialoga con los actores para saber qué quieren, qué pueden, qué dicen, qué hacen, qué aceptan, qué buscan y qué encuentran). Reconocer a cada uno es entender que cada cual tiene una historia y unas circunstancias, pero también es entender que nadie se reduce a su derrotero previo ni al contexto en que vive, pues la capacitación puede ser ámbito donde algo de la historia comience a torcer su rumbo y algunas de las circunstancias puedan ser superadas.

También en la capacitación debemos y necesitamos hallar nuevas fórmulas de articulación entre demandas de los distintos actores, para lograr una vía de inclusión que no se reduzca a una

distribución capacitadora unidireccional, y al mismo tiempo, abordar la diversidad sin emplearla como vía de exclusión.

### CONCLUSIÓN

A modo de colofón, ¿para qué sirve la capacitación? Sin perjuicio de que arriba se ha señalado que la búsqueda permanente de brindar un mejor servicio de justicia y asegurar la tutela judicial efectiva forma parte de su piedra miliar, no se trata de una pregunta sencilla de responder ni podemos esperar respuestas esenciales y definitivas. Por otra parte, el interrogante varía sensiblemente según el sujeto que se la formule. En este caso, interesa plantearlo desde el Poder Judicial, sus prácticas y su función. ¿A quien sirve la capacitación? Porque la misma aparentemente sirve a todos, pero no necesariamente a todos por igual. Quizá la pregunta correcta sea: ¿Para qué le sirve la capacitación a cada quién?.

La capacitación nunca es neutra y su poder de acción está atravesado por mecanismos de relaciones que se expresan en la selección de contenidos y en las modalidades de enseñanza, en mecanismos de control y criterios de justicia, en los modos de relación interpersonal y en lo que promete a cada uno. Cada operador mira la acción capacitadora desde sus intereses, creencias y expectativas.

Por ello, es viable transcribir un breve pasaje de un ensayo perteneciente al Dr. Alberto Brito, Ministro de la Corte de Justicia de Tucumán -“Se hace justicia capacitando, se capacita para hacer justicia”- quien esboza los apogemas de la capacitación, que estimo deben perdurar por siempre en la acción capacitadora: “*capacitar a todos, capacitar en todo, capacitar siempre, capacitarnos reciprocamente, capacitar a pesar de todo, capacitar sin fronteras, capacitar creativamente, capacitar en dignidad*”.



## EL VÍNCULO ENTRE POLÍTICA, PERIODISMO, Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIOS EN LA FORMACIÓN CIUDADANA

POR VICTORIA DE LA CRUZ GERBER

LIC. EN CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES INTERNACIONALES (UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA PLATA). REALIZÓ UN CURSO DE POSGRADO EN LA ESCUELA COMPLUTENSE LATINOAMERICANA, LA PLATA EN “SISTEMAS EUROPEO E INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS”. ASISTENTE CULTURAL PASANTE EN LA CASA DE CHUBUT EN PARÍS.

### El vínculo entre periodismo y política.

El politólogo alsaciano Julien Freund, uno de los más grandes exponentes del realismo político, expuso en su obra “La esencia de lo político” lo que para él constituyen los tres presupuestos que determinan las funciones estrictamente políticas.

Así, describe las antinomias entre el mando y la obediencia, cuya síntesis es el orden social, entre el aliado y el adversario (retomando a otro representante de la escuela realista, Carl Schmitt, quien analiza la antinomia amigo-enemigo) cuya síntesis es la contienda, y también distingue el presupuesto público-privado, cuya síntesis es la opinión.

Para el autor, dominar la opinión es una de las tácticas fundamentales

de cualquier actividad política. Los procedimientos para ello son la propaganda y la censura, que actúan de manera complementaria, no antagónica.

Dominar la opinión pública, entendida como la ciudadanía que emite juicios sobre la gestión de los asuntos que remiten al Bien Común, a los temas que son “de todos”, es misión y objetivo primario de la política. Es de esta manera como el periodismo nace, y se pone al servicio de la lucha por el poder público.

A lo largo de la historia de las ideas políticas, encontramos innumerables referencias a la preocupación por el vínculo entre política y periodismo. Desde Maquiavelo hasta Gramsci, gran cantidad de autores han definido la comunicación como constructores de

hegemonía, al servicio de la lucha por el poder.

Una lucha de carácter privado, pero con vocación pública.

Con el nacimiento de la democracia moderna, el manejo de la opinión pública fue adquiriendo cada vez mayor relevancia. Esto debido a la injerencia de la participación popular en el sistema político. La opinión pública comenzó a ocupar un lugar preponderante, si no central, dentro del nuevo régimen organizacional.

A medida que los medios de comunicación se fueron transformando, también lo hizo la actividad política, que fue adaptándose gradualmente a esos cambios. Un claro ejemplo de esta situación fue el impacto generado por el debate televisivo Kennedy-Nixon. El joven senador demócrata utilizó la influencia

de la imagen para ganar un debate que a priori parecía perdido por la solidez argumental del experimentado vicepresidente republicano.

Nixon poseía la experiencia de un hombre político de años de ejercicio, pero no estaba adaptado al nuevo paradigma de la dictadura de la imagen, y apareció en la pantalla con rasgos de cansancio, había salido de una dura enfermedad, no se había maquillado y su aspecto era desaliñado. Kennedy era la antítesis. Se había cuidado y planificado cada detalle de su atuendo, de su postura y de su actitud ante las cámaras. El resultado del debate fue revelador, la audiencia que había seguido el debate a través de la radio coincidía en la victoria del político conservador, mientras que la audiencia televisiva no tenía dudas acerca del triunfo del

candidato demócrata.

A partir de los años '60 surge la democracia mediática, la comunicación política pasa a ocupar un rol central en la contienda política, y es el medio, y no el político, quien controla el recurso. El "escenario" de la lucha, pasa a ser actor principal.

Así, el manejo de la imagen cobró cada vez mayor trascendencia. En Argentina, estas estrategias fueron utilizadas inicialmente durante la campaña política del Dr. Alfonsín, en 1983. Pero quienes mayor interés prestaron en estas nuevas técnicas de aprovechamiento mediático fueron los grupos que componían la coalición de la Alianza, y que alcanzaron el poder en 1999. Actualmente no se concibe ningún proyecto electoral que no tenga su estrategia mediática establecida, y la mayor parte del presupuesto de los partidos destinados a campañas electorales se dirige a la compra de espacios en los medios de comunicación.

Las transformaciones se suceden permanentemente, y hoy no hay actor político que no tenga su página personal o blog, o que no utilice el sistema de redes sociales (facebook, twitter), de SMS y de correo electrónico, para promocionarse y para lograr la percepción de cercanía entre éste y la audiencia.

El caso de la campaña política de Obama, hoy Presidente de los Estados Unidos, es un ejemplo claro de esta tendencia. El candidato demócrata priorizó las nuevas tecnologías como herramienta para persuadir, movilizar, y hasta para financiar su estrategia de campaña. De hecho, en las últimas elecciones presidenciales de Estados Unidos, hasta los debates políticos se trasladaron a la esfera digital.

El marketing político hoy tiene un peso fundamental, no sólo en épocas de campaña electoral, sino también para la difusión de políticas gubernamentales. Lo que dice o muestra el periodismo tiene mayor influencia en la opinión pública que los propios planes de gobierno. El manejo de la agenda-setting es mucho más efectivo en la lucha por el poder, que la agenda política.

El surgimiento de ésta actividad de planificación y gestión de técnicas y estrategias comunicacionales al servicio de la contienda electoral, responde a la necesidad de los actores políticos de transformarse, de adaptarse a la nueva escena mediática. No son los medios quienes se ajustan a los parámetros de la lucha política, sino al revés. Es el político quien debe procurarse la capacidad de seducir o comprar permanentemente a los medios.

La importancia que ha ganado la comunicación política a lo largo de la historia, está fuera de discusión, no en vano se llama a ésta la "sociedad de la información".

### Los medios de comunicación al servicio de intereses privados.

En la actualidad los medios de comunicación son empresas que funcionan, como la mayoría, siguiendo la lógica del libre mercado. Se organizan, estructuran, planifican y gestionan en función de la ganancia.

El interés es netamente privado, se busca el beneficio económico de los dueños. El objetivo es maximizar la ganancia de los propietarios. Pocas veces, casi ninguna, estos conglomerados económicos tienen intereses periodísticos. La noticia se construye y se publica en función exclusivamente de las ventas.

Es así como se constituye la noticia-show. El objetivo del periodismo, la noticia, la información, queda en segundo plano. No es importante si no es atractivo, si no produce sensaciones inmediatas, si no genera ingresos de manera rápida. Así, la deontología profesional del periodista queda reducida o desplazada.

Otra particularidad de los medios de comunicación actuales tiene que ver con el monopolio. La gran cantidad de medios, en cualquiera de sus formatos, se concentra en muy pocas manos.

El monopolio u oligopolio es una estructura de la competencia imperfecta, que supone la existencia de un producto cuyo valor está determinado por una o pocas empresas, que poseen el control absoluto de la industria. Constituye un fallo del mercado, ya que hay un agente que toma las decisiones, frente a muchos agentes pasivos que se ven impedidos de competir en igualdad de condiciones.

El control monopolístico de los medios de comunicación es una tendencia de carácter mundial. Entre los consorcios más grandes se encuentran News Corp, que incluye la televisión satelital Sky y la cadena Fox; también Disney, Bertelsman, Vivendi-Universal, Time Warner y CNN. Los medios de habla hispana están agrupados en grupos como Prisa.

En Argentina el ejemplo de Grupo Clarín expone claramente la situación. Este conglomerado de empresas maneja más del 75% de los medios de comunicación del país, y no sólo sus espacios, sino también sus insumos, tanto en el ámbito gráfico, como en el radial y televisivo. Hasta

posee su propia distribuidora de Internet.

La tendencia es universal y los vicios de la competencia imperfecta atacan y socavan directamente el libre accionar de la opinión pública. Se concentran los intereses, se concentran los discursos, y la libertad de expresión queda así maniatada, arrastrando de esta manera graves consecuencias para la democracia de consenso.

### El rol de los medios de comunicación como formadores de ciudadanía.

Si los medios de comunicación consisten en conglomerados empresariales, de carácter monopolístico, y éstos por esencia responden a intereses netamente privados, ¿Por qué se habla de la responsabilidad de los mismos como formadores de ciudadanía? ¿Cuál es su verdadero rol en la construcción del espacio público?

En democracia, sólo la opinión pública formada y consciente garantiza el correcto funcionamiento del sistema. El periodismo es responsable de guiarla y ofrecerle las herramientas necesarias para expresarse en libertad. Por este motivo existen marcos legales tendientes a protegerla en forma exclusiva.

Entre muchos otros se encuentran:

- El derecho a la libre expresión: Art. 13 inc. 1 del Pacto San José de Costa Rica, contiene la libertad de dar y recibir información, y posee jerarquía constitucional en Argentina desde la reforma de 1994.

- El derecho a la información pública: Figura en la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, receptados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

- Libertad de opinión: incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión; que figura en el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos

Este conjunto de derechos son producto de la lucha histórica y reflejo de la preocupación de la sociedad por la necesidad de "saber qué pasa".

Pero no son suficientes para garantizar la operatividad autónoma y libre de las opiniones sobre la cosa pública, porque los medios de comunicación, encargados de hacer

llegar la información a la masa, se ocupan de otro tipo de intereses que poco y nada tienen que ver con el correcto funcionamiento del sistema político.

Esta responsabilidad de formar al ciudadano, no le es exclusiva, pero tampoco excluyente. No es cuestión de minimizar el rol de la educación para la formación integral de personas con conciencia ciudadana, pero ésta cumple otro tipo de funciones, no menos importantes pero sí diferentes. Para Juan Carlos Tedesco, "la nación y la democracia son construcciones sociales y por lo tanto deben ser enseñadas y aprendidas"<sup>1</sup>. Pero el rol de la educación en este sentido tiene que ver con el proceso de socialización.

En cuanto a los medios de comunicación, su obligación es la de brindar al ciudadano, ya consciente de su papel en el sistema político, todas las herramientas necesarias para que elabore un juicio razonable, crítico y libre acerca de las cuestiones públicas.

Porque la opinión pública no tiene pretensión de verdad, por eso es doxa y no episteme, pero lo que sí necesita por esencia es ser racional, crítica y estar *bien informada*.

Pero el compromiso recae sobre organismos preparados para defender pura y exclusivamente un interés privado. La opinión pública se reduce entonces a servir y alimentar al sistema productivo, y no a expresar una racionalidad libre.

Se confunden el interés privado con el público, el bien de uno con el Bien Común; y así queda destruida la opinión pública como base del régimen democrático, convertido finalmente en una oligarquía burocrática.

De esta manera se cumple de alguna manera la profecía de Alexis de Tocqueville, que en su análisis de la democracia norteamericana vaticinó que con el triunfo de "lo grande" (los periódicos como empresas especulativas), desaparecerían los lugares que habían permitido la formación, en el diálogo racional, de la opinión pública.

Para Sartori: "Un pueblo soberano que no tiene nada que decir, sin opiniones propias, es un soberano vacío, un rey de copas. Y entonces, todo el edificio de la democracia se apoya, en último término, sobre la opinión pública y sobre una opinión que sea verdaderamente *del* público, que realmente nazca del seno de los que la expresan"<sup>2</sup>.

Mariano Moreno decía: "Si los pueblos no se ilustran, si no se divulgan sus derechos, si cada hombre no conoce

lo que puede, vale, debe, nuevas ilusiones sucederán a las antiguas y será tal vez nuestra suerte cambiar de tiranos sin destruir la tiranía”.

¿Cómo procurar que el capital fortalezca el sistema político democrático, perjudicando así su interés principal, en función de la ganancia?

¿Cómo reclamar que se favorezca el pluralismo y la diversidad, la crítica y el debate, cuando la lógica empresarial de los medios actuales consiste en el conglomerado, en el monopolio y en la jerarquía?

El vínculo entre política y medios de comunicación es esencial, intrínseco. Por eso, hasta que éstos no dejen de estar manipulados en forma global por intereses de carácter privado, y puestos al servicio de objetivos ajenos a la sociedad, es imposible pretender que no se confundan el Bien Privado, con el Bien Común.

La opinión pública está maniatada. Debe volver a enfocarse en el bien de todos, ocuparse de los asuntos públicos y volver a darle a la democracia el sostén necesario para el correcto funcionamiento del engranaje institucional que, con sus errores e imperfecciones, a logrado constituirse en la mejor forma de sociabilidad posible en la era actual.

#### Bibliografía:

- Bobbio, Norberto y otros. “Diccionario de política” Siglo XXI editores. México, 2000.
- De Tocqueville, Alexis. “La democracia en América” Fondo de Cultura Económica. México 2002
- Espeche, Ernesto y otros. “Intencionalidad editorial: El sigilo de las prácticas periodísticas hegemónicas” Centro cultural de la cooperación. Bs. As. 2009.
- Freund, Julien. “La esencia de lo político”. Editorial Alianza, 1968.
- Menéndez, María Cristina. “Política y medios en la era de la información”. La Crujía ediciones. Bs. As. 2009.
- Sartori, Giovanni. “¿Qué es la democracia?” Editorial Taurus, 2003.
- Tedesco, Juan Carlos. “La educación y los nuevos desafíos de la formación del ciudadano”. Nueva Sociedad N°146 Noviembre-Diciembre 1996.

## EL “MOBBING” COMO CAUSAL DE DAÑO MORAL EN LAS RELACIONES LABORALES. CASO “BRONZETTI NUÑEZ” DEL STJ DE RÍO NEGRO. ALCANCES. LÍMITES.

POR ENRIQUE ANÍBAL MAGLIONE

ABOGADO (UNC). ESPECIALISTA EN DERECHO PENAL. APODERADO DEL SINDICATO DE CAMIONEROS, UOCRA, OSPeCON Y EL INSTITUTO DE ESTADÍSTICA Y REGISTRO DE LA CONSTRUCCIÓN (IERIC)”.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro por mayoría con el voto en disidencia del Dr. Alberto Balladini confirmó la condena contra la Funbapa -Fundación Barrera Zoofitosanitaria - por acoso laboral. En noviembre de 2007 la Cámara Laboral de Viedma sentenció a la demandada a pagar 40.000 pesos en concepto de indemnización por daño moral al ex empleado Andrés Bronzetti Núñez, quien se vio obligado a renunciar por el maltrato recibido de parte del director de esa institución<sup>1</sup>.

En aquel resolutorio, los jueces laborales Roberto Maturana y Ernesto Rodríguez interpretaron que “con ese accionar se le causó al trabajador un injustificado daño que debe ser resarcido” y que “se acreditó la antifuncionalidad del proceder del patrón y su intención de dañar”, entre otros conceptos.

Contra este decisorio, la institución demandada en su defensa interpuso un recurso extraordinario ante el STJ planteando la inaplicabilidad de la ley, cuestionando la condena en concepto de indemnización por daño moral con causa en el *mobbing* y considerando la sentencia como “manifiestamente arbitraria”.

En el reciente fallo de fecha 31 de Agosto de 2009, el Dr. Luis Lutz interpretó en su voto que en este caso existió maltrato laboral y no observó “violación legal alguna -como pretende la recurrente- ni tampoco conculcación de las previsiones contempladas en la Constitución Nacional”... “Mal puede entonces pretender la interesada descalificar el razonamiento analítico y decisorio del fallo para reputarlo absurdo”.

Por su parte, el Dr. Víctor Sodero Nieves en su voto también coincidió sobre la existencia del maltrato laboral en desmedro del actor, interpretando que la demandada “menospreció la cuestión de la falta de correcta conducta del reputado acosador, desatendiendo el auténtico encuadre del caso, así como la trascendencia

de los profundos desórdenes en que se había incurrido perpetrados con creciente carga lesiva hacia el actor, entre otros de sus diversos dependientes”. Asimismo expresó que “fue la crisis emocional producida por el acoso la que desencadenó la renuncia y la posterior inacción del actor (Bronzetti) en lo tocante a la vía judicial”; “a la vista de los demás empleados pasaba de momentos de cariño a una enemistad profunda y se sacaba la bronca con el personal, insultando y gritando permanentemente al actor, a quien con amenazas y menosprecio se empeñaba en hacer sentir inferior en un maltrato cotidiano y generalizado”.

Con la disidencia del Dr. Alberto Balladini el Superior Tribunal de Río Negro adoptó la solución del particular con la doctrina del caso “Dufey”, dejando en claro que, tal como allí se ponderó, el principio de *in dubio pro operario* imponía a la instancia de mérito -y así lo hizo en efecto- la ponderación de esos factores del “*mobbing*”, que en lo tocante al actor, “se concretaron sin hesitación alguna en reiteradas actitudes injuriosas, tales como insultos, desprecios reiterados de su persona y de su labor, invitación a la disputa -aun física- y a alejarse de su fuente de trabajo y de sustento, todo ello en el marco de una impunidad de hecho inadmisibles en el seno de una entidad de bien, como ha de ser sin duda la demandada”.

En lo concerniente, al caso “Dufey” el mismo Tribunal sostuvo que el acoso “... en la ciencia y la técnica de la administración de recursos humanos aplicados al trabajo, se conoce como ‘*mobbing*’, y que el Presidente de la Sociedad Gaúcha de Medicina del Trabajo (SOGAMT), Mauro Azevedo De Moura, define como ‘... el establecimiento de comunicaciones no éticas, generalmente entre un superior... y su subordinado, el *mobbing*, término derivado de «*mob*» (horda, plebe), se caracteriza por la

repetición de comportamientos hostiles, técnicas de desestabilización... contra un(a) trabajador(a) que desarrolla como reacción graves problemas psicológicos duraderos. Es un proceso destructivo sutil, que puede llevar a la discapacidad permanente, como así también a la muerte de la víctima... La agresión tiende a desencadenar ansiedad, y la víctima se coloca en actitud defensiva (hiper vigilancia) por tener una permanente sensación de amenaza, surgiendo sentimientos de fracaso, impotencia y baja autoestima. El(la) trabajador(a) queda desestabilizado(a)..., debilitado(a) y estigmatizado(a), siendo considerado(a) como una persona de «difícil convivencia», «mal carácter» y «loco»(a)... La víctima que continúa trabajando es responsabilizada por la caída de la producción y por la falta de calidad del producto producido o del servicio prestado. Por presentar depresión reactiva, disturbios del sueño, mareos, pérdida de la concentración, irritación, y por contar con escasa información sobre sus tareas, está más propenso a sufrir accidentes de trabajo... Las empresas pierden tanto en los costos tangibles (pérdida de la eficiencia, ausentismo, reclutamiento y selección, litigios en la justicia, aumento de accidentes y enfermedades de trabajo), como en los costos intangibles (reputación de la empresa, relaciones con la sociedad y sabotaje). La sociedad en general pierde por causa de los gastos previsionales, debido a las discapacidades para el trabajo. Vale destacar que el sufrimiento del (de la) trabajador(a) es reconocido como enfermedad del trabajo por la legislación brasileña. Como respuesta al cuadro descrito, es recomendable realizar un buen análisis. Es decir, si existe realmente la amenaza (regular y por largo período de tiempo) de la dignidad y/o la integridad física o psíquica como consecuencia de un comportamiento

hostil por parte de una o varias personas, se puede pensar en acoso moral, mobbing, bullying o harassment. El(la) trabajador(a) debe reaccionar lo más pronto posible y realizar la denuncia, buscando ayuda dentro de la empresa, en Recursos Humanos, o externamente, en su sindicato... (www.sht.com.ar; Temas de Recursos Humanos, Acoso Moral)... (sic)

Asimismo la doctrina de este Tribunal in re "Dufey" sostuvo que, "sin perjuicio de las indemnizaciones tarifadas, pautadas por la legislación laboral, el sistema jurídico positivo del contrato individual de trabajo no excluye sino que respalda el juzgamiento de situaciones de daños ciertos más allá de los previstos legalmente para ser alcanzados por resarcimientos tarifados, hacia una reparación efectiva de éstos, y es lo que se admitió en la instancia de grado al enrolar el fallo en la corriente interpretativa que, de modo excepcional y estricto, admite que pueden resultar procedentes otras reparaciones de naturaleza civil, si se verifican las condiciones que las tornan viables. Así, el empleador también puede incurrir en responsabilidad civil extra-contractual si, con motivo o en ocasión del contrato laboral, en su caso, comete un ilícito (y el "acoso laboral" ciertamente lo es -no cabe duda- y muy grave, por sus implicancias en el mundo laboral y social en general), no representativo de una mera inexecución de las obligaciones derivadas de la relación laboral, generando un daño extraño a ésta".

### El Mobbing o Acoso Laboral

La conducta descrita en el fallo y exhibida por la empresa demandada en los autos de referencia, Funbapa - Fundación Barrera Zoofitosanitaria - ha tenido como consecuencia el menoscabo en la integridad emocional del actor a efectos de provocar su renuncia, constituyendo sin lugar a dudas, una injuria de tal magnitud que dio lugar a la rescisión unilateral del contrato de trabajo por parte del trabajador.

La conducta de acoso laboral o mobbing, consiste en una conducta hostil hacia un trabajador desde una posición jerárquica superior o desde un grupo de iguales.

Algunos autores han definido a esta conducta como: "el fenómeno en que

una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo"<sup>2</sup>.

También se ha definido como "aquel proceso psicológico sistemático, integrado por la ejecución de una serie de estrategias empleadas por una o varias personas integrantes de una organización, dirigidas hacia otra u otras que son las víctimas del mobbing y cuyo objetivo esencial es la exclusión definitiva del mercado laboral"<sup>3</sup>.

Otros han sostenido que el mobbing es: "El conjunto de comportamientos, acciones o conductas ejercidas por una o diversas personas de forma sistemática y a lo largo del tiempo, destinadas a dañar la integridad física y psicológica de una o más personas, con un desequilibrio de fuerzas, con el objetivo de destruir su reputación y sus redes de comunicación y perturbar el ejercicio de sus funciones aprovechando las deficiencias en el sistema organizativo"<sup>4</sup>.

Desde la psiquiatría se entiende como acoso moral en el trabajo a "cualquier manifestación de una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, palabras, gestos, actos y escritos que pueden atentarse contra la personalidad, la dignidad o la integridad psíquica o física de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo o degradar el clima de trabajo"<sup>5</sup>.

El mobbing es un acoso moral, desde una óptica social, tanto en su perspectiva individual como colectiva, siendo un factor que ha empezado, no hace pocos años, a estudiarse en el Derecho Laboral como un problema en el ámbito jurídico que se gesta de manera perversa en las relaciones laborales.

La doctrina tiene dicho que "El mobbing o acoso moral en el ámbito laboral es la situación en la que una persona o grupo de personas ejerce violencia psicológica extrema sobre un tercero en el lugar de trabajo, en forma sistemática y reiterada, durante un tiempo prolongado."

"Tiene por finalidad anular las redes de comunicación de la víctima, destruir su reputación y perturbar el ejercicio de sus labores, con la motivación última de lograr que la persona termine abandonando su trabajo"<sup>6</sup>.

Grisolia cita algunos ejemplos como "la deliberada falta de comunicación con el trabajador; su aislamiento físico, el hostigamiento, la propagación de conceptos peyorativos hacia su persona el insulto y la ridiculización directa", entre otras.

"Se trata de una práctica que invade la esfera jurídica del trabajador; con la violación del principio *neminem laedere*, contemplado en el art. 19 de nuestra CN, al lesionar la integridad psicofísica y la dignidad del afectado, toda vez que, como consecuencia del mismo, no es extraño que aparezcan síntomas de compromiso físico o psíquico"<sup>7</sup>.

A ello debe sumarse que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) garantiza el derecho de las personas a no ser sometidas a tratos crueles, indignos o degradantes, y que debe completarse con la potestad a ser oído, "permitiéndosele denunciarlos ante su superior para su esclarecimiento".

El acoso moral al trabajador que tiene un carácter lesivo por la presencia de un daño, que no necesariamente tiene que ser físico, constituye una injuria por la inobservancia de los deberes de prestación laboral por parte del empleador, y da derecho al trabajador a colocarse en la situación de despido en los términos del arts. 242 y 246 de la LCT, o bien como ha sido el caso del fallo en análisis una renuncia que luego es susceptible de ser resarcida.

En otro orden de cosas, en el acoso laboral o mobbing, también se transgrede el principio de buena fe, rector en las relaciones laborales, estatuido en el artículo 63 de la LCT, a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador. Tiene dicho la doctrina que: "Tan vinculados aparecen..., el deber de fidelidad con el poder de dirección del empleador, que el primero puede decirse que deriva del segundo y es una manifestación del principio de buena fe y del deber de colaboración que en el contrato individual de trabajo se impone por las normas legales a las partes contratantes. En el contrato de trabajo la buena fe y la confianza entre las partes constituyen condi-

ciones sine qua non para que las relaciones puedan desarrollarse en forma armónica permitiendo a cada una de ellas cumplir acabadamente con sus obligaciones para llevar el contrato hacia el fin previsto; por ello es que si en el curso de la vida laboral sobre algún hecho que por su naturaleza y gravedad impide continuar las relaciones en ese plano, sería lícito poner fin."<sup>8</sup>

Si bien el mobbing no se encuentra tipificado en nuestro orden jurídico, no es menos cierto que existe y se practica de manera cotidiana con la intención que el trabajador abandone su puesto de trabajo sin "responsabilidad" para el empleador, es por ello que es muy importante que los jueces y la jurisprudencia hayan empezado a incluirlos como causal de despido indirecto dentro de las pautas establecidas por la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20.744), a partir del caso "Dufey"<sup>9</sup> del Superior Tribunal de Río Negro.

### Conclusiones Generales

Es importante resaltar que la figura del "mobbing" viene avanzando en la jurisprudencia nacional como una necesidad que se impone en las relaciones laborales, o bien debería imponerse dentro de un marco normativo que regule estas situaciones que son advertidas por los jueces.

Estos aportes jurisprudenciales que se van sumando al señero caso "Dufey" permiten, por una parte, una toma de conciencia de adoptar límites regulatorios a las prácticas más habituales que se han llevado a cabo en nuestro ámbito laboral, y por otra, un resguardo de estas maliciosas prácticas a los trabajadores, generando solidaridad y cooperación entre los pares como defensa a este oprobio laboral.

En la actual actividad laboral es frecuente la utilización de esta práctica de acoso moral a los trabajadores ante la precariedad de las ofertas de trabajo con el nivel de competitividad laboral necesarios en el día a día, y siempre que exista una relación laboral, sea privada o pública será susceptible la presencia de esta conducta arbitraria.

Rodolfo Capón Filas elogiando una fallo similar dictado en la Provincia de Chubut expresó los siguientes conceptos: "Si ya en los grandes centros urbanos las relaciones humanas son difíciles, las mismas se

<sup>2</sup> Abajo Olivares, Francisco Javier, "Mobbing, Acoso Psicológico en el Ámbito Laboral", Ed. Lexis Nexis Depalma, pag. 18.-

<sup>3</sup> Mac Donald, Andrea Fabiana, en www.iprofesional.com de fecha 26/06/2008.

<sup>4</sup> Departamento de Trabajo e Industria de

la Generalitat de Catalunya- Primera Jornada de Análisis Integral del "Mobbing" promovida por S.E.D.I.S.E.M. Servicio Europeo de Información sobre Mobbing, el CS CONC de las Comarcas de Girona, el Gabinete Técnico Jurídico de la CONC de Girona, y el Ilustre Colegio de Abogados de Girona, en colaboración con

la Facultad de Derecho de la Universidad de Girona, el Departamento de Trabajo e Industria de la Generalidad de Catalunya y la página Web www.acosomoral.org. Girona 25 Noviembre 2005 II. lustre Col.legi d'Advocats de Girona.

<sup>5</sup> Marie France Hirigoyen www.upcnsfe.org.ar.

<sup>6</sup> Grisolia, Julio Armando, Régimen indemnizatorio en el contrato de trabajo, p. 140.-

<sup>7</sup> Grisolia, Julio Armando, Ob. Cit., p. 141.-

<sup>8</sup> SC Bs. As. - 13/5/1975, "Taroncher, Enrique c/Casa Antamarina SRL y otro" - Fallo 25240 - JA - 1976 - TII - p. 297.-

<sup>9</sup> STJRN, Sent. 044/2005 de fecha 06/04/2005.-

complican mucho más en el sur del país, ya que el frío, el viento, la soledad, la lejanía, oscurecen el panorama psíquico-físico, como lo sabe cualquier persona que haya vivido en la zona. Por eso, las relaciones humanas intra-empresarias deberían ser especialmente cuidadas de tal modo de no agregar un peso más a la ya dura tarea de vivir en la región. Este modo de encarar el acoso excede el marco académico tradicional pero puede ser el adecuado si se entiende que el derecho del trabajo no analiza el trabajo como un objeto sino atiende al hombre en situación de trabajo, enfoque que cambia completamente la cuestión. Es por ello que esta sentencia, confirmada por la Cámara, es correcta y ejemplificadora, marcando senderos a las relaciones laborales para que circulen por caminos de respeto y armonía. Nunca se erradicará el conflicto de las relaciones mencionadas pero siempre se lo puede encauzar en solidaridad y cooperación. La sentencia marca este enfoque<sup>10</sup>.

Finalmente el *mobbing* o acoso laboral más allá de tener como consecuencia el quiebre de una relación de trabajo, lo que conlleva una situación económica-social de desmedro para el trabajador, genera una consecuencia más grave aún que es la destrucción o vulneración psicofísica de la persona, que en algunas ocasiones puede provocar serios daños en la salud del dependiente.

De más está decir, que vulnera directamente el principio protectorio constitucional del Artículo 14 bis de la Constitución Nacional, entendiendo a éste como el principio que protege en la dignidad, mínimamente exigibles, la calidad y condición del trabajo a desarrollar por el trabajador en su calidad de ser humano.

Por último, es hora de *aggiornar* la legislación laboral incluyendo normas protectorias que regulen las actuales prácticas laborales en consonancia con el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional, que acompañen a la jurisprudencia laboral.

<sup>10</sup> Rodolfo Capón Filas, 07/04/2009 Comentario en <http://www.newsmatic.e-pol.com.ar>.

## EXPOSICIÓN DE JUECES DE PAZ DE CHUBUT EN EL PRIMER “FORO PATAGÓNICO DE JUSTICIA DE PAZ”, 19 Y 20 DE MARZO DE 2010, GENERAL ROCA, RÍO NEGRO

GAIMAN: KARINA MATAR - TELSEN: ALBERTO RAMON MARTINEZ - DIQUE F. AMEGHINO: EVARISTO MENDEZ - CAMARONES: MARCELO RODRIGUEZ - RIO MAYO: MIGUEL FADEL - RIO SENGUER: MIRTA LEVRIER - EL MAITEN: GUILLERMO PALMIERI - TREVELIN: LILIANA THOMAS

Se llevo a cabo en la ciudad de General Roca, Pcia. de Río Negro durante los días 19 y 20 de Marzo de 2010, el Primer Encuentro Patagónico de Jueces de Paz, asistiendo en representación de la Justicia de Paz de la Pcia de Chubut, los Jueces de Paz de Gaiman, Telsen, Dique Florentino Ameghino, Camarones, Río Mayo, Río Senguer, El Maiten y Trevelin y el Presidente del Superior Tribunal de Justicia Dr. Alejandro Panizzi.

Las jornadas se llevaron a cabo en el auditorio de la ciudad Judicial de la ciudad de Roca, se encontraban también presentes la Dra. María Luisa Lucas, Jueza del Superior Tribunal de Justicia de la Pcia de Chaco, acérrima defensora de la Justicia de Paz y propulsora del primer Encuentro Nacional de Jueces de Paz de toda la Argentina, siendo dicho evento organizado para el mes de Junio en la pcia de Chaco, al cual fuimos invitados los Jueces de Paz de la pcia de Chubut.-

Se abordaron temas inherentes al funcionamiento de la Justicia de Paz, y el objetivo primordial, fue el abordaje de la Identidad de la Justicia de Paz, y la esencia de dicha tarea a lo que los representantes de Chubut, en la palabra de la Juez de Paz de Trevelin Liliana Thomas y El Juez de Paz de El Maiten Guillermo Palmieri tuvieron a su cargo la exponencia, luego de haber elaborado el documento en conjunto con sus pares de Chubut.

De lo expuesto extraemos los siguientes párrafos: ... “entendemos que la identidad y esencia de la justicia de paz en la provincia de chubut es de cara a la comunidad. Siendo un total de 47 juzgados de paz distribuidos en distintos lugares geograficos de la pcia. Con la particularidad que algunos se encuentran cerca o en las propias ciudades donde existen otras sedes judiciales y la mayoría de los juzgados se encuentran alejados de cualquier sede judicial.

Estamos convencidos que la característica principal que nos identifica es que somos el primer

eslabon judicial y a veces el unico que se encuentra en cualquier pueblo y esta intimamente relacionado con la persona que asume y cumple el rol de juez de paz, que en su mayoría somos personas de la localidad nacidos o con muchos años en el pueblo, con gran apertura social y compromiso con la funcion.

Cumpliendo con las leyes en las cuales tenemos competencia, y tambien atendiendo los requerimientos diarios de la comunidad, en su bagaje de conflictos o problemas personales, ademas es loable destacar que en muchos juzgados de paz, solo se cuenta con un empleado o el mismo juez es quien ejerce todas las funciones.. Siendo esta nuestra realidad cuando decimos de cara a la comunidad ya que estamos al frente de un ente judicial...

Resaltamos sobre manera la predisposicion y la capacitacion de nuestros superiores jerarquicos desde la inspectora dra. Rosanna etchepare y a todos los ministros que siempre estan dispuestos a darnos capacitacion en algun tema especifico o alguna ley nueva de aplicación, a traves de la escuela de capacitacion judicial...

La esencia del juez de paz esta basada en el hecho de vivir en la misma comunidad y desarrollar actividades a fines a su gente.... A sus paisanos como decimos... este vivir y convivir diariamente hace que el compromiso sea mayor hace a la esencia e identidad de nuestra justicia de paz. Siendo la labor social por decirlo de alguna manera una de las mas relevantes dada las características y los lugares donde se plantean los conflictos o las inquietudes o donde se canalizan todas las cuestiones sociales, hablemos de tramites diversos desde otras orbitas del estado... becas.. Subsidios... tramites de registro civil .. Casamientos... conciliaciones ... Etc... todos o por lo menos la mayoría de las personas que habitan estos pueblos en algun momento de

su vida deben concurrir a un juzgado de paz... siempre respetando a cada individuo como persona y a cada comunidad con sus usos y costumbres siempre que no trasgredan las normas...

Es una tarea con gran protagonismo social ya que es de facil y agil acceso y su característica mas relevante es la gratuidad...

La justicia de paz de chubut se caracteriza por tener jueces de paz criteriosos, medidos, pacíficos y sobre todo con un perfil conciliador por excelencia...

La diferencia con otros funcionarios de otros estamentos judiciales que en las comunidades pequeñas o donde no hay otro estamento judicial cualquier ciudadano ante alguna circunstancia dice :.... “mañana voy a ir a hablar con el juez..” Como que esa frase marca una esperanza y fe en la justicia de su pueblo, incluso esa esperanza y esa fe es la que generamos cada juez de paz en cada rincón de la pcia. Al percibir el descreimiento en general que tiene la comunidad...

El juez es quien resuelve conflictos vecinales o problemas cotidianos de la comunidad o de vecindad... bregando siempre por la paz social.... Y somos respetados y aceptados por nuestra investidura y como dice el dicho ante cualquier circunstancia el vecino dice: “me lo dijo el juez” .... Como que es palabra santa.

Para ir terminando con esta exponencia quiero decirles que los jueces de paz aplicamos la objetividad, la equidad, y el sentido común acorde a cada comunidad donde nos desempeñamos.... Resolviendo cuestiones en forma rápida y expeditiva evitando en muchos casos la judicialización de los conflictos y resaltando siempre que somos los gestores de la paz social en cada comunidad.

Un juez de paz no posee códigos donde estudiar; ni procedimientos escritos para aplicar; solo posee la

*convivencia con sus vecinos y la vocación de servicio... no se estudia la carrera de juez de paz... se es o no se es....*

Luego de esta exponencia se realizaron el día sábado las conclusiones a las que se arribaron luego de dos días de jornada. ...

#### Conclusiones finales:

Luego de escuchar a los integrantes del foro, a la primera conclusión a la que arribamos, es que todos en mayor o menor medida, compartimos las problemáticas y realidades, en el ámbito en el desarrollamos nuestras funciones.

A partir de allí, queremos resaltar que estamos convencidos de que el juez de paz debe ser parte de la comunidad, tiene que tener participación activa. Hoy la sociedad nos necesita y debemos demostrarles que estamos presentes para brindarles el mejor servicio de justicia, con la voluntad y la predisposición que cada situación requiere.

Con respecto a lo mencionado anteriormente queremos destacar la esencia principal de la justicia de paz, que se relaciona íntimamente con la idea de conciliar, de crear clima que favorezca la solución de los conflictos que se plantean entre las personas, en el cual ellas sientan que no existen ganadores ni perdedores sino que cada uno ha obtenido lo suyo, contrariamente a lo que sucede muchas veces en la justicia letrada.

Hacia donde vamos? O hacia donde va la Justicia de Paz? Somos optimistas, creemos que la justicia de paz seguirá vigente eternamente, en cada una de las comunidades y principalmente en las más pequeñas. Vamos tras la idea de un juez de paz conciliador que trabaja, que sea en definitiva uno de los baluartes de la paz social y sobre todo preocupado por defender los derechos de su comunidad... respetando también la identidad e idiosincrasia de esa comunidad... en resumen apuntamos a lograr una Justicia de Paz que sea simple... adecuada... informal... que tenga oralidad y sobre todo que contribuya a la economía procesal... que cada día este mas cerca de la gente.. mas cerca de sus vecinos....

Agradecemos a los organizadores de este evento, a la Dra. Lucas, a la Dra. Etchepare por su acompañamiento incondicional y al Dr. Panizzi Pte. del Superior Tribunal de justicia por su acompañamiento.

## DISCURSO DEL PRESIDENTE DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, DR. ALEJANDRO JAVIER PANIZZI ANTE LA HONORABLE LEGISLATURA, SEGÚN MANDA EL ART. 181 DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL, EL 18 DE MARZO DE 2010.



Señor Presidente de la Honorable Legislatura

Señoras y señores Diputados,  
Señoras y señores Jueces y Funcionarios del Poder Judicial,  
Damas y caballeros,  
Queridos compatriotas

(Dedico estas palabras al Juez Jorge Carlos Pellegrini)

El artículo 181 de la Constitución del Pueblo de la Provincia del Chubut manda que el Presidente del Superior Tribunal de Justicia, anualmente, informe a esta Honorable Legislatura, con mensaje escrito, acerca de la actividad del Poder Judicial.

Es decir, que cumpliré con la obligación constitucional de enterarlos, darles noticia de nuestras

acciones, durante el año que me ha tocado presidir el máximo Tribunal de la Provincia del Chubut.

He tomado la precaución de olvidar mis anteojos para cumplir una tenue o modesta transgresión constitucional –en todo caso, inofensiva– que es la de pronunciar este discurso, en lugar de leerlo.

No transmitiré pormenorizadamente cada una de las actividades del Poder Judicial ni proporcionaré una retahíla de números.

Elijo aprovechar estos minutos para hacer hincapié en su situación política.

De manera que sólo señalaré, a modo de síntesis, algunos avances y me remito a los informes que por escrito se anexaron a este discurso.

Allí se especifican detalladamente

las actividades y los progresos que se hicieron en cada una de las áreas de los Tribunales.

Ello incluye tanto a la Defensa, como al Ministerio Público Fiscal.

Durante el período que se cierra, la política del Poder Judicial ha sido netamente centrada:

- En que el acceso a la justicia sea sencillo para todo el pueblo,
  - En mejorar y hacer más vigorosa y ágil la gestión de los procesos,
  - En la administración eficiente y democrática –escrupulosa y transparente– de los recursos económicos,
  - En la aplicación de nuevas tecnologías,
  - Y en la apertura a la sociedad y a la prensa,
- Destaco la visión estratégica del

conocimiento científico, para una justicia moderna y rápida, que tiende a la digitalización plena de los procesos.

En resumen, pusimos el acento en la Gestión y el Planeamiento Estratégico, herramientas formidables para administrar los organismos y cumplir objetivos institucionales.

El presupuesto de la Justicia para el ejercicio 2009 se redujo a doscientos treinta y siete millones de Pesos y fue ejecutado por completo.

Pero no es eso lo más importante de cuanto quiero decir.

He aquí una ocasión propicia para que cumpla con el mandato que me asignó la Acordada N° 3839 del Pleno, que es el de reconocer el gesto democrático del Señor Gobernador que, mediante su Decreto N° 1312, vetó la ley que pretendía imponer, una vez más, al Poder Judicial su política de sueldos.

Queda pendiente aún la concreción de la autarquía presupuestaria, tal como hemos venido conversando entre miembros de los tres poderes del Estado.

Aprovecho para hacer un especial reconocimiento al señor Ministro de Economía, contador Víctor Cisterna, que ha contribuido a que el Poder Judicial cumpla con sus necesidades presupuestarias y salariales.

Un hecho muy necio o temerario es que se habla con frecuencia del Poder Judicial sobre cuestiones relacionadas con el dinero (presupuesto de gastos, acciones de amparo, sueldos, etc.) y se pierde de vista el gran esfuerzo que hacen las mujeres y los hombres que revistan en sus filas, para el buen funcionamiento del servicio de justicia.

En este recinto y en esta ocasión debo referir los palpables problemas y disputas que se suscitaron entre los Poderes Judicial y Legislativo.

Es preciso que advierta, desde ahora, que debo hacerlo presente para que se considere, se disipe o procure evitarse en lo sucesivo.

Roto ya mi pecado pero intacta mi penitencia, me obligo a aclararles que no pretendo valerme de la inmunidad constitucional que ampara a las opiniones de los jueces, para aplicar correctivos a los diputados.

Tampoco, claro, es mi intención construir con este discurso mi propio

patíbulo.

No trataré, pues, de poner en acto una imprecación –por la parte que toca en estas “rencillas de Poderes”– a los legisladores, indudablemente bien inspirados y con la mira puesta en lograr –desde su óptica– un particular ejercicio de la tarea que les ha encomendado el pueblo –eso que ahora los políticos profesionales denominan “la gente”.

Nada de eso, estimados colegas de la Constitución.

Elijo encaminar estas explicaciones hacia un distrito que procura, desde el inicio, ser fértil.

Pretendo dar a entender ideas que –aunque puede discreparse con ellas– fueron escritas con sinceridad y respeto.

No hay que desentrañar enigmas ni partir de teoremas ya demostrados, para entender que ésta ha sido una etapa de desavenencias subalternas y rupturas de la paz entre dos y más bandos; de luchas desarmadas y pugnas laterales.

En tales casos, tiendo a proponer soluciones.

Es preciso traer a la memoria que esta Honorable Legislatura ha vulnerado, por segundo año consecutivo, la atribución del Superior Tribunal de Justicia que le confiere el artículo 178, inc. 4° de la Constitución.

Así es, dos veces seguidas los diputados repudiaron el presupuesto de gastos del Poder Judicial que éste envía para su aprobación.

Estos actos son emblemáticos de la posición que han asumido los legisladores de la Provincia con respecto al Poder Judicial y denotan una indiferencia y un desapego terribles por las reglas del juego republicano.

Algunos por ejercicio y otros, con silencio o aprobación.

Eso no es todo: por alguna extraña razón, el Poder Legislativo ha despojado al Judicial de su facultad constitucional de administrar sus propios recursos y se ha apoderado de ella.

Así fue que se sancionaron leyes que actualmente determinan la política salarial del Poder Judicial.

Hace unos años –demasiado tiempo– advertí que la ley de porcentualidad provocaría a la Provincia consecuencias nefastas,

cuya gravedad ni siquiera me atrevía a conjeturar entonces.

Bien, ya no es preciso ingresar en el distrito de la conjetura.

Hemos sido testigos del pernicioso éxodo de funcionarios y magistrados del Poder Judicial hacia otros fueros y distritos.

También vimos cómo esos cargos vacantes no podían ser cubiertos, en la mayoría de los casos, por falta de postulantes.

Y por fin, la acción de amparo promovida por la Asociación de Magistrados y Funcionarios, con fallo favorable en primera instancia.

Cuando se presenta un conflicto es fácil que las partes asignen responsabilidades ajenas. Es fácil echarle la culpa al otro.

No soy un rastreador de iniquidad, pero cometeré una facilidad:

Señoras y Señores legisladores: son ustedes los principales responsables de las funestas consecuencias de la ley de porcentualidad.

Antes de que puedan conturbarse o confundirse sus ideas, quiero que escuchen algo:

Esta situación debe ser resuelta con inteligencia.

La inteligencia es una de las formidables sorpresas que nos ha deparado el vasto universo.

La infracción de las reglas de la ideología republicana es siempre una impertinencia, cuyo olvido no podemos consumir sin daño para el sistema democrático.

Mi investidura y mi ideología siempre me han obligado a rehusar presiones. Y aunque eso me ha cobrado alguna incomodidad, ésta siempre sería insignificante cotejada con la que le infligiría a mi conciencia el hecho de dejarme conquistar por ellas.

Hay que recordar que, tanto los diputados, como los magistrados y funcionarios del Poder Judicial, debemos ubicar nuestras acciones, en aras al primer mandato de la Constitución Nacional que instaló el deber de “afianzar la justicia”.

La idea de que cualquier otro poder del Estado pueda establecer la política del Poder Judicial debe ser desaprobada de plano, no por absurda, sino por desacertada.

Pero esencialmente, por inaceptable.

El artículo constitucional 162

establece que la Justicia constituye un poder autónomo e independiente de todo otro poder.

Es decir, que la Constitución lo dota de la potestad para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios.

Es probable que yo no cuente con una tendencia a la circunspección, pero no voy cometer omisiones que debo eludir.

Para que se cumpla con ese mandato constitucional hay que derogar toda ley que tenga injerencia en el presupuesto del Poder Judicial y que le impide cumplir con la facultad que tiene sobre sí mismo.

La autarquía que reclamamos no es otra cosa que la política de un Poder del Estado que intenta disponer de sus propios recursos y bastarse con ellos.

Para terminar, permítanme evocar un concepto de un colega ya fallecido:

“Si los pueblos no se ilustran, si no se vulgarizan sus derechos, si el hombre no conoce lo que vale, lo que puede y lo que se le debe, nuevas ilusiones sucederán a las antiguas y después de vacilar algún tiempo entre mil incertidumbres, será tal vez su suerte mudar de tiranos sin destruir la tiranía”.

Estas palabras pertenecen al abogado Mariano Moreno.

Yo, ahora, las invoco para hacer un modesto requerimiento.

En un país cuyo tiempo ha sido aquejado por las interrupciones institucionales –e incluso por administraciones democráticas de dudosa reputación–, que ejercieron una ostensible injerencia autoritaria sobre el Poder Judicial, es imprescindible que éste sea capaz de refrenar posibles abusos de poder para corroborar la legitimidad de los gobiernos democráticos.

Por eso, en el nombre del Superior Tribunal de Justicia, les requiero; en el mío personal, humildemente les solicito; y en el de la Constitución de todos los chubutenses, les exijo:

¡Cese la intrusión de esta Legislatura en el Poder Judicial!

Me despido de ustedes con un cordial y respetuoso saludo.

Muchas gracias por prestarme atención.