

cfj

15 AÑOS



CENTRO DE
FORMACIÓN
JUDICIAL

15 AÑOS DEL CENTRO DE FORMACIÓN JUDICIAL



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura



cfj

15 AÑOS





CENTRO DE
FORMACIÓN
JUDICIAL

15 AÑOS DEL CENTRO DE FORMACIÓN JUDICIAL

Av. Coronel Díaz 2110 5to piso C1425DQU • Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Tel.: 4014-5846/6144 • Email: cursos@jusbares.gov.ar • www.jusbares.gov.ar

www.cfj.gov.ar •  facebook.com/cfjcaba •  twitter.com/CFJ_CABA



Editorial Jusbaire

www.editorial.jusbaire.gov.ar

editorial@jusbaire.gov.ar

fb: /editorialjusbaire

Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Centro de Formación Judicial

15 años del centro de formación judicial. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbaire, 2014.

ISBN 978-987-3690-11-2

1. Derecho 2. Capacitación.

CDD 340.071 55

Fecha de catalogación: 23/10/2014

© Editorial Jusbaire, 2014

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Consejo Editorial:

Juan Manuel Olmos

Marta Paz

Hugo Ricardo Zuleta

Martín Ocampo

Horacio G. Corti

Yael Bendel

Coordinación Editorial del Centro de Formación Judicial:

Eduardo Molina Quiroga

Carlos María Parise

Sandra Fodor

Gabriel Bianco

Leticia Hilén Szpolski

Coordinación de la obra:

Carlos María Parise

Autoridades

Consejo de la Magistratura (2014)

Presidente: Dr. Juan Manuel Olmos

Vicepresidenta: Dra. Alejandra Petrella

Secretario: Dr. Jorge Enriquez

Consejeros: Dres. Ricardo Félix Baldomar, Juan Sebastián De Stefano, Daniel Fábregas, Alejandra García, Agustina Olivero Majdalani, José Sáez Capel

Consejo Académico (2014)

Presidente: Dr. Luis F. Lozano

Vicepresidente: Dr. Jorge Atilio Franza

Consejeros: Dres. Carlos Balbín, Yael Bendel, José O. Casás, Mario Kestelboim

Secretario Ejecutivo: Dr. Eduardo Molina Quiroga

Director de Formación Judicial y Administrativa: Dr. Carlos María Parise

Coordinación de Convenios, Becas y Publicaciones: Dra. Sandra Fodor

Oficina de Formación Judicial y Administrativa: Dra. Lucrecia Córdoba

Oficina de Convenios, Becas y Publicaciones: Dr. Gabriel Bianco

Oficina de Gestión de la Capacitación y Apoyo Administrativo: Dra. Andrea Krawchik

Oficina de Educación a Distancia: Dra. Paula Rómulo

Unidad de Difusión e Imagen Institucional: DG. Leticia H. Szpolski

Asesora Pedagógica: Dra. Ana María Zagari

Equipo de trabajo: Dr. Pedro Ferraro, Hernán Ferreira, Dra. Verónica Ferreiro, Dra. Karina Galarraga, Juan Miguel Jalife, Dra. Ma. Eugenia Poggio, Vanina Varela

Índice

Prólogo	9
Discurso apertura Reflejar Tucumán. <i>Por Luis F. Lozano</i>	13
El premio «Formación Judicial». <i>Por Carlos María Parise</i>	17
Sistema de becas del Centro de Formación Judicial. <i>Por Sandra Fodor</i>	23
Delito de exhibiciones obscenas. <i>Por Gustavo Eduardo Aboso</i>	31
La justicia penal de la Ciudad. Un encuentro entre la jurisdicción y la Fiscalía a partir de casos de violencia doméstica. <i>Por Carolina Becerra y María Alejandra Doti</i>	47
La capacitación judicial en la Provincia de San Luis. <i>Por María Eugenia Bona</i>	59
La aplicación del scoring en la probation contravencional. <i>Por María Fernanda Botana</i>	63
Desafíos de la capacitación de los operadores judiciales. <i>Por Luis Cevasco</i>	73
Algunas sentencias paradigmáticas del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires dictadas durante los quince años de vida del Centro de Formación Judicial. <i>Por Nidia Karina Cicero</i>	83
La revocación de los contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito y conveniencia: alcance indemnizatorio. <i>Por Juan G. Corvalán, Nieves Macchiavelli y Victoria Finn</i>	103
Violencia de género: abordajes institucionales desde el Poder Judicial de Tucumán. <i>Por Mariana Dato</i>	113
Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Justicia Nacional Ordinaria. <i>Por Julio A. De Giovanni</i>	119
Notas para la enseñanza de ética judicial. <i>Por Diego Duquelsky Gómez</i>	133
Algunos lineamientos y conjeturas acerca del proyecto legislativo vinculado al “Ejercicio Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires en materia de Aranceles Profesionales.” <i>Por Alberto A. Elgassi</i>	149
Formación de equipos de trabajo. <i>Por María Isabel Epele</i>	155
Paradoja de las ideas modernas: burocracia y deshumanización. <i>Por Bárbara Filgueira</i>	163
El Derecho Ambiental eficaz y sus principios fundamentales. <i>Por Jorge Atilio Franza</i>	171
Ampliando el horizonte en materia de protección de grupos vulnerables. El caso de los adultos mayores. <i>Por Magdalena Beatriz Giavarino</i>	187
Criterios de actuación relevantes establecidos por la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas. <i>Por Gustavo González Hardoy</i>	197
La ética como herramienta de gestión estatal. <i>Por Carolina González Rodríguez</i>	209

La restitución provisoria de inmuebles en el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Un breve análisis del art. 335 del C.P.P.C.A.B.A. Por Adrián Patricio Grassi	221
El valor estratégico de la capacitación judicial: desde la tutela judicial efectiva hasta la independencia judicial. Por Luis Ernesto Kamada	229
La Ciudad tiene un paradigma constitucional ambiental: el desarrollo humano. Por Marcelo Alberto Lopez Alfonsín	243
El control de convencionalidad en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Perspectivas actuales y desafíos futuros. Por Pablo C. Mántaras	249
La lengua para usos específicos: el caso del ámbito jurídico administrativo. Relato de la experiencia que se lleva a cabo en el Taller de Escritura, espacio de capacitación del Centro de Formación Judicial. Por Silvina Marsimian, Paula Croci y Alejandra Ubertalli	269
La Constitución de la C.A.B.A. como Programa de Gobierno. Por Juan Manuel Olmos	277
Análisis jurisprudencial de las disposiciones contenidas en los Artículos 104 y 105 de la Ley N° 2303 y su posible vinculación con la garantía a ser juzgado en un plazo razonable. Por Marta Paz, con la colaboración de Sebastián Brian Lowry	283
Los locos de Buenos Aires. Por Alejandra Petrella	293
La garantía de la doble instancia judicial: evolución, su isonomía actual a partir de la jurisprudencia nacional e internacional. Su aplicación en el marco del procedimiento contravencional y penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por María Andrea Piesco	305
Cuando permanecer significa entrar y la semántica paradigmática del delito de violación de domicilio. Por Eduardo Javier Riggi	321
Los alcances de la decisión judicial. Por Ricardo Manuel Rojas	335
Reflexiones sobre la justicia como poder, en el estado democrático de derecho. Por José Sáez Capel	351
Perfiles de la autonomía de la C.A.B.A. en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, un lustro después Por Ana Salvatelli	359
La educación superior y los problemas sociales. Por Héctor Raúl Sandler	367
La “acción de acceso a la información pública” en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por Guillermo Scheibler	379
Los Fiscales de la C.A.B.A. y la protección de los Derechos Humanos. Por Claudio Ricardo Silvestri	401
Razonamiento Temporal y Sistemas Multiagentes. Por Clara Smith, Antonino Rotolo y Giovanni Sartor	413
La situación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con relación a la competencia originaria de la C.S.J.N. Por Analía L. Soler	431
La profesionalización de las Escuelas de Capacitación Judicial. Por Valeria Lorena Sosa y Gabriela Analia Troiani	447
Sobre la constitucionalidad de una figura polémica: el daño directo del art. 40 bis de la ley 24.240. Por Carlos Eduardo Tambussi	457
Los tribunales revisores y colegiados. Sus acantilados. Por Víctor Trionfetti	465
La razonabilidad de una decisión judicial. Por María Lorena Tula del Moral	475
Paradigma ético de los centros de capacitación judicial en el siglo XXI. Por Claudina Xamena	487

Prólogo

PRESENTACIÓN

Al hablar de capacitación para el ejercicio de la función judicial (o más brevemente, capacitación judicial) suelen surgir, invariablemente (aunque por cierto, no son las únicas), cuestiones tales como el enfoque que debe dársele, las destrezas y los conocimientos académicos necesarios para la función, el rol de Centros y Universidades para ayudar a proporcionarlos, los desafíos (nuevos y de siempre) que enfrentan las Escuelas, la obligatoriedad (o no) de la capacitación de magistrados, funcionarios y empleados, el puntaje para los concursos de las actividades organizadas por los Centros y la relación entre la capacitación y la independencia de la magistratura; y en definitiva, cómo coadyuvar desde las Escuelas en la mejora del servicio al justiciable y en el fortalecimiento del Poder Judicial.

Además de las destrezas que hacen al modelo “tradicional” de magistrado - sea lo que esto signifique, aunque en general se coincide en que se trata de un acabado conocimiento del derecho, tanto de fondo como de forma y de tener “el tribunal al día”-, las exigencias de la hora imponen a jueces y demás operadores del derecho que tengan, además, otra serie de conocimientos, básicamente los relacionados con la gestión de la oficina judicial.

Ese conjunto de habilidades incluye, entre otras, las relativas al liderazgo, el trabajo en equipo, la atención al público, el uso de herramientas informáticas, el acceso a la justicia y la resolución alternativa de conflictos.

¿Cómo se satisface esa demanda? En primer lugar, la Universidad es la institución que debe proporcionar los conocimientos teóricos indispensables para la formación como profesional. Pero resulta indudable que ante estas nuevas exigencias, no se le puede reclamar razonablemente a la Universidad, al menos en su etapa de grado, una especificidad tan grande. A su vez, en el ám-

bito de posgrado, existen especializaciones y maestrías sobre las comúnmente llamadas “ramas del derecho” e inclusive sobre magistratura y función judicial. Pero aun así, hay importantes ámbitos no cubiertos.

Es ahí donde queda patente la necesidad de una capacitación focalizada, rol que están llamadas a cumplir las escuelas judiciales. De trayectoria relativamente reciente en el país (la primera fue fundada en Chaco, en 1978) y nacidas en el seno de los propios poderes judiciales (tanto el federal, como el de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires), los ejes temáticos que consideran (o deben considerar) en la conformación de sus programas de capacitación judicial, están dados por los temas antes señalados, así como por el estudio de la litigiosidad, mejores prácticas para tramitación de causas, lenguaje jurídico (para que resulte comprensible por el común de los ciudadanos) y todo otro conocimiento que coadyuve a mejorar la labor judicial.

En tal sentido, se ha debatido mucho acerca de si los contenidos deben ser solamente jurídicos, es decir si una escuela judicial debe ser un centro de enseñanza de derecho para magistrados, funcionarios y empleados, o sólo debe transmitir y reforzar habilidades y destrezas propias de la función judicial.

El criterio que parece estar predominando es el de un temario “mixto”, aunque con preponderancia de los no jurídicos. Su fundamento reposa en que no parece adecuado enseñar derecho a quien debió acreditar su conocimiento cuando fue designado en el cargo. Pero, claro está, sí se necesita actualizar el conocimiento sobre el dictado de nuevas leyes, códigos, delitos, la aparición de nuevas modalidades contractuales, fallos trascendentes, etc. Por el contrario, ya que se tornó necesario para el ejercicio correcto de su función el conocimiento y el aprendizaje de habilidades y temáticas no jurídicas, es lógico que el Poder Judicial, a través de su área pertinente (en este

caso, la Escuela), provea la capacitación adecuada.

En cuanto a los beneficios que trae la capacitación, en una primera aproximación, puede decirse que incrementa la autoestima y fortalece a su destinatario; le da “empowerment”, en palabras de Gladys Álvarez, quien agrega que a mayor capacitación es dable presumir, mayor independencia porque querer capacitarse y finalmente lograrlo son dos aspectos que se retroalimentan generando un capital social dentro del Poder Judicial cada vez más responsable con el compromiso de ayudar a la gente en sus problemas.

En segundo lugar y vinculado con lo anterior, coadyuva a fortalecer la independencia de criterio: cuando un magistrado o funcionario no está capacitado o actualizado en sus conocimientos, se halla en riesgo de no actuar con independencia. Con ello, se apunta a la independencia de criterio individual que los magistrados deben exhibir, tanto en sus sentencias como en sus actuaciones. No basta tener independencia ante factores de presión: los jueces deben tener criterio propio (fundado en la capacitación adecuada) que les permita satisfacer el requerimiento de justicia.

En tal sentido, en abril de 2008, la Federación Latinoamericana de la Magistratura (FLAM), emitió un pronunciamiento conocido como “Declaración de Campeche”, en el que afirma que la evolución dinámica del ordenamiento jurídico y las nuevas realidades y desafíos que se debe afrontar en la actividad judicial imponen a la capacitación de los jueces tanto como un derecho y como un deber, debiendo asegurarse que el derecho al perfeccionamiento profesional sea reconocido a todos indiscriminadamente. Asimismo, señala como una de las condiciones mínimas para la protección de la independencia e imparcialidad de los jueces, la necesidad de la instauración de la carrera judicial; y para que no resulte una declamación, indica que el respeto a la carrera judicial exige que la selección y promoción de jueces se rija

por procedimientos públicos y transparentes, basados en criterios de ponderación de capacitación, antecedentes, idoneidad profesional, antigüedad y mérito.

No obstante, es importante recordar que no basta la satisfacción de quienes recibieron capacitación para afirmar que ésta ha sido la correcta o adecuada, o tan siquiera suficiente, porque resulta imposible sostener que ante la compleja realidad judicial actual, magistrados, funcionarios y empleados puedan conocer o ser capacitados, en todos los temas que requieren conocer para un óptimo desempeño.

Es preciso entonces establecer un sistema de medición de resultados, con indicadores conocidos y difundidos en comunidad jurídica en orden a verificar en cuánto se ha mejorado la calidad del servicio de justicia, a partir de la capacitación de magistrados, funcionarios y empleados.

Al igual que en 2009, con motivo de los diez años del Centro de Formación Judicial, se ha decidido encarar una publicación alusiva por los quince años del Centro. En ese orden de ideas, esta iniciativa ha permitido reunir a un importante y calificado conjunto de magistrados, funcionarios judiciales, docentes y referentes institucionales y académicos de todo el país en una obra en la que aportan sus reflexiones sobre problemáticas comunes de las Escuelas o Centros de capacitación de los poderes judiciales del país. No con la intención de agotarlas, sino para presentar diferentes realidades, aristas, matices, particularidades, inclusive disensos; y obviamente, para continuar enriqueciendo el debate y el intercambio de experiencias.

Carlos María Parise

Director

Centro de Formación Judicial

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Discurso apertura Reflejar Tucumán (*)

Luis F. Lozano (**)

* En ocasión del Ciclo de Actividades Regionales, implementado por REFLEJAR para el año 2012, los días 16 y 17 de agosto, en la Ciudad de San Miguel de Tucumán.
** Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Presidente del Consejo Académico del Centro de Formación Judicial.

Me complace dirigirles la palabra de la Ju.Fe.Jus (Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad de Autónoma de Buenos Aires) desde la Provincia de Tucumán. Hace unos pocos días recibí la visita de las autoridades del Consejo Asesor de la Magistratura de Tucumán. Inmediatamente, vinieron a mi memoria dos tucumanos, que quiero recordar en esta ocasión.

Juan Bautista Alberdi, porque es de quien aprendí el federalismo profundo. He sido educado en una versión histórica según la cual el federalismo fue una concesión a unas provincias díscolas que no reconocían la racionalidad del estado unitario. Ahora, esa versión la aplican a la “díscola” Ciudad de Buenos Aires. En Alberdi, e impulsado por su lectura, en Thomas Paine, descubrí un sentido profundo del federalismo, un sentido revelador de que este modo de relación entre estados locales, y por ello más cercanos a las personas, es el modo auténticamente racional de contener la hegemonía y liberar organizadamente las energías del pueblo argentino. No me es posible extenderme, pero, creo que no requiere mucha explicación recordar que ese federalismo es el que encarna Jufejus. Unidad en una diversidad fecunda.

Un segundo nombre me arrima al objeto de estas jornadas. No puedo ya decir si estoy citando el prólogo de un libro o palabras oídas directamente de Carlos Cossio, de cuya cátedra de Filosofía del Derecho tuve ocasión de ser adjunto, lamentablemente por breve tiempo, porque, como es sabido, la intolerancia política la suprimió. Decía Cossio que cuando dictó las conferencias para jueces reunidas en “El Derecho en el Derecho Judicial” una invitación a dirigir la palabra a los magistrados con propósito académico era vista como sospechosa de tentativa de ejercer una influencia indebida sobre su pensamiento. Mucha agua ha fluido bajo el puente Mirabeau de Apollinaire –diría Cossio- y nuestros amores variado con la corriente. Hoy vemos, como cualquier

organización o individuo, que la respuesta a los nuevos desafíos está en la capacitación. Esa capacitación es también sustento de nuestra independencia, la de los jueces y la de los Poderes Judiciales. Pero, subsiste la necesidad de vincular estrechamente esa capacitación al ejercicio de la función judicial. La capacitación es una función de servicio a la judicial, es su sostén, es anciliaria de ella. Privar a quienes ejercen la función de impartir justicia de la posibilidad de organizar su capacitación y la de los funcionarios del Poder Judicial es afectar su independencia, y esa independencia es un bien intangible de nuestro sistema de gobierno.

Poner la capacitación dentro de la esfera de competencia de quienes ejercen la función judicial no es otra cosa que confiar la conducción de una herramienta vital para el mejor desempeño de aquélla a quienes ya se ha confiado la función judicial rodeándolos de los resguardos necesarios para desempeñarla. Privar a la Justicia de la atribución de organizar su capacitación es desmembrarla.

Pero, esta estrecha vinculación de la que hablo no implica exclusividad, no implica monopolio. Por el contrario, más de una fuente de servicio educativo asegura a los jueces la elección del medio para perfeccionar sus habilidades, sus destrezas. Diría con gusto pericias y competencias, si no fuera que estas palabras evocan otras habilidades o tienen usos técnicos específicos que es mejor observar en miras a la exacta inteligencia del mensaje. La libre concurrencia de otros servicios educativos constituye un estímulo necesario y conveniente para las escuelas judiciales en sentido estricto.

Esto nos conduce a tener en mira algunos peligros que las escuelas judiciales deben tener presentes. No deben duplicar esfuerzos y servicios que brindan otras organizaciones, por ej. las universidades, probablemente con mayores habilidades para ello. La educación de los jueces no debe estar dirigida a subsanar carencias

de la educación universitaria sino a responder a la necesidad de difundir conocimientos y suscitar habilidades necesarios para el cabal cumplimiento de la función. No se trata de dar cursos de responsabilidad del estado sino de cómo perfeccionar el desempeño del juez, su toma de decisiones, la conducción del personal a su cargo, etc. etc.

Un segundo peligro es el de la endogamia. Aun cuando las escuelas estén dirigidas a capacitar para el desempeño de las funciones propias de los Poderes Judiciales, quienes en ellas enseñen no tienen por qué ser solamente jueces. La cantera de donde provengan los docentes debe ser la sociedad, ámbito donde los académicos y principalmente los abogados tienen mucho que enseñarnos. Aprovecharlos es parte de nuestra sabiduría. Al igual que tener presente que estamos a su servicio, no a la inversa. La apertura puede tener otra faceta en el alumnado. Compartir el aula con otros servidores públicos, con otros profesionales de la abogacía u ocasionalmente de otras ramas del saber, puede ser una manera fructífera de insertar nuestra propia visión dentro de la de otros miembros de la sociedad, enriquecerla, ponerla en crisis, someterla a prueba, desarrollarla.

Quiero dar un ejemplo de esta apertura, que es-timo ha sido útil en el Poder Judicial que integro. Hemos buscado crear un ámbito para el examen crítico de los productos de nuestros jueces. Como arrancó de los del Tribunal Superior de Justicia, empezamos por el análisis crítico de nuestros propios fallos. Es decir, nos expusimos al pronunciamiento de otros conocedores del Derecho. A ese fin, elegido un fallo o un conjunto de fallos a propósito de un mismo asunto, convocó nuestro Centro de Formación Judicial a paneles integrados por académicos, abogados destacados, y jueces, funcionarios o miembros del Ministerio Público, en número suficiente para que quedaran representadas corrientes diversas de pensamiento en caso de que las hubiera. A su vez, los paneles fueron difundidos de modo de invitar tanto a los magis-

trados como a los abogados en general, de manera que el público, al que se invitó a participar del debate, fuera también representativo de las distintas perspectivas.

Un tercer peligro es pretender que el paso por la escuela judicial condicione los ascensos o las designaciones de jueces o funcionarios. La idoneidad de los aspirantes debe ser el factor que midan los concursos. Las escuelas judiciales contribuyen a incrementarla, si son exitosas. Pero, no medimos en los concursos a las escuelas sino a los aspirantes. Debemos por ello medir los resultados de esas escuelas en las personas, y hacerlo sin preferencias respecto de otras organizaciones que capaciten.

Esta es muy sintéticamente expuesta la visión de la Jufejus de las escuelas judiciales. Para llevarla adelante ha creado la Red de Escuelas Judiciales. Esta red se apoya en la elaboración de proyectos en común a partir del reconocimiento y respeto de la autonomía de las escuelas que en ella se interrelacionan. En lo que hace a los contenidos, preserva la libertad académica.

Encontrar los puntos de concordancia y fomentar las armónicas convergencias en un escenario de actores autónomos es el desafío que se presenta a la conducción, desafío para afrontar el cual Jufejus ha escogido a tres colegas queridos en lo humano y reconocidos en lo intelectual en cuya pericia confía, así como confía en la reconocida capacidad de los Dres. Balangione, Bona y Molina Quiroga quienes representan directamente a las escuelas.

El premio «Formación Judicial»

Carlos María Parise (*)

* Director de Formación Judicial y Administrativa del Centro de Formación Judicial del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales; Magister en Economía y Ciencias Políticas; Profesor adjunto regular en la Universidad Nacional de Quilmes.

Desde hace varios años el Centro de Formación Judicial organiza un concurso de trabajos sobre temas inherentes al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, destinado a fomentar su estudio e investigación.

En tal sentido, se ha entendido que el pleno desarrollo del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires actualiza la necesidad de realizar actividades de difusión, análisis y debate de sus contenidos e implicancias. Así, la realización de un concurso como el mencionado contribuye a dicho cometido, así como a tareas de formación y capacitación en la materia. Este concurso convoca a destacados expertos para integrar el Jurado (que no integran el Poder Judicial de la Ciudad al momento de su designación como tales) y tramita bajo el más estricto anonimato (los trabajos se presentan con seudónimos y los nombres de los concursantes se conocen una vez presentado el informe de los Jurados), de forma tal de evaluar trabajos y no personas. El premio consiste en un diploma, una suma de dinero, una distinción alusiva y la publicación de los trabajos ganadores. Todas las ediciones despertaron interés en los destinatarios y una importante cantidad de trabajos se presentaron a optar por el premio.

Esta experiencia dio comienzo en 2004, con el **Premio “Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”** (Res. CM Nº 750/03). En esa oportunidad, el concurso estuvo destinado solamente a empleados del Poder Judicial. El Jurado, designado por Res. CM Nº 702/04, estuvo integrado por los miembros del Consejo de la Magistratura Carlos Francisco Balbín, Juan Sebastián De Stefano y Diego Jorge May Zubiría, con el Secretario Ejecutivo del Centro de Formación Judicial, Eduardo Molina Quiroga, como Secretario. El tema elegido fue *“Acceso a la Justicia”*. Por Res. CM Nº 984/04 se decidió otorgar el Primer Premio a Mónica López Maldonado por su trabajo *“Acceso a la Justicia”*; el Segundo Premio, a Agata Emilia Teti por su trabajo *“Acceso a la*

Justicia en la Ciudad de Buenos Aires – Estado Actual y Perspectivas” y declarar desierto el Tercer Premio.

Conformado el Consejo Académico, en 2005 se instituyó el **Premio “Formación Judicial”** 2005 (Res. CACFJ Nº 19/05), en el que se incorporaron las categorías *“Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad”* y *“Abierta”* (destinada a profesionales del Derecho, estudiantes y público en general). El tema seleccionado fue *“Calidad del Servicio de Justicia”*. El Jurado estuvo integrado por Hugo Germano, Nelly Minyersky y Enrique Paixao, en la categoría *“Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad”*; Susana Albanese, Gonzalo Álvarez y Marcela Basterra, en la categoría *“Empleados del Poder Judicial de la Ciudad”* y Lily Flah, María Cecilia Gómez Masía y Jorge Salomoni, en la categoría *“Abierta”*. En la primera de las categorías antes mencionadas, los ganadores fueron Iris Elisabet Garzón y Paula Lagos (1º premio, por *“Como David a Goliat”*); Matías Fernández de la Puente (2º Premio, por *“Algunas bases para mejorar el servicio de Justicia”*) y Javier Alejandro Buján y Luisa María Escrich (3º Premio, por *“Calidad del servicio de Justicia”*). En la categoría *“Empleados del Poder Judicial de la Ciudad”*, los ganadores fueron Francisco Javier Ferrer Arroyo (1º Premio, por *“Diagnóstico y propuestas para elevar la calidad del servicio de Justicia”*); Bárbara Figueira Inchausti (2º Premio, por *“Niños, niñas y adolescentes: una mirada crítica”*) y María del Pilar Cela (3º Premio, por *“Pensando la mejor de las Justicias posibles”*). En tanto, la categoría *“Abierta”* tuvo por ganadores a Lila Emilse García (1º Premio, por *“La calidad, la medida de la persona humana y el servicio de Justicia”*); Mario Silvio Gerlero y Eduardo Alberto Augusto Parody (2º Premio, por *“Gestión social de calidad en la Justicia”*) y a Ricardo Martín Casares y Santiago del Carril (3º Premio, por *“La participación del actor social en la implementación de la calidad en la Justicia”*).

La publicación de los trabajos ganadores fue encomendada a EUDEBA y de ese modo dio comienzo una serie de libros que cada año lleva un color diferente en la tapa. El color inicial fue el azul (2005) y fue seguido por el rojo (2006), el amarillo (2007), el verde (2008), el naranja (2009), el violeta (2010); nuevamente el azul (2011/2) y el rojo (2013).

En consonancia con los diez años de la sanción de Constitución de la Ciudad de 1996, la **edición 2006** del Premio (Res. CACFJ N° 7/06) tuvo como eje el tema *“La Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a 10 años de la Constitución de los Porteños”*. La categoría “Empleados” quedó desierta. En tanto, la de “Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad”, tuvo como ganadores a Marcelo Pablo Vázquez (1° Premio, por “La justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a 10 años de la Constitución de los Porteños: Una década que sabe a poco”); María Florencia Rodino y Germán Rodríguez Gauna (2° Premio, por “Hacia una justicia nueva y efectiva”) y Adrián Norberto Martín (3° Premio, por “El acceso a una Justicia democrática para la C.A.B.A., a diez años de la Constitución”). El Jurado de esta categoría lo conformaron Héctor Raúl Sandler, Adrián Ventura y Omar Alberto Álvarez (éste último en reemplazo de Mónica Pinto). A su vez, en la categoría “Abierta”, los ganadores fueron Marcelo Gustavo Chamau (1° Premio, por “La justicia de la C.A.B.A. a 10 años de la Constitución de los Porteños”); Patricio Esteban (2° Premio, por “Raíces, Principios y Futuro del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires”) y Ramón Trejo (3° Premio, por “La consolidación de la autonomía: una cuestión de Justicia”). El Jurado (Eduardo Sirkin, Julio De Giovanni y Luis Palma -en reemplazo de Eduardo Merteikian-), recomendó asimismo una mención especial al trabajo “Los Tribunales Vecinales como una herramienta para el acceso a la justicia en la Ciudad de Buenos Aires”, de Diego Leonel Freedman y Nicolás Marcelo Perrone.

El tema *“Lenguaje y Justicia”* fue el elegido para otorgar el **Premio “Formación Judicial” 2007** (Res. CACFJ N° 7/07). María A. Gelli, Carlos M. Cárcova y Miguel Ángel Ciuro Caldani, oficiaron como jurados en la categoría “Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad”; se otorgó el 1° Premio compartido, a Sergio Gustavo Simona, por “Soberanía del Sentido” y a Analía Haydee Mas, por “La justicia como acontecimiento”; en tanto correspondió el 2° Premio a Horacio Guillermo Aníbal Corti, por “La controversia sobre la hospitalidad”. El 3° Premio fue declarado desierto. Gustavo Caramelo Díaz, Jorge A. Amaya y Walter Carnota, fueron los Jurados en la categoría “Empleados del Poder Judicial de la Ciudad”, en la que los ganadores fueron Rafaella Riccono, Emiliano Santiago Arvuez y Patricia Segura por sus trabajos “Las consecuencias de la aplicación del lenguaje judicial”, “El derecho y el revés” y “La Comunicación eficaz a través de la neurolingüística”, respectivamente. En la categoría “Abierta”, Néstor Leandro Guzmán, obtuvo el 1° Premio por “Argumentación y proceso. Una relación relevante en la práctica judicial”; Lucas Arrimada y Pablo César Rossi, el 2° Premio por “El lenguaje del derecho y sus límites” y Marcelo Jorge Degastaldi, el 3° Premio por “Roberto y la otra pequeña fábula sobre el lenguaje y el acceso de la justicia”. Se otorgaron menciones honoríficas en dicha categoría a Alicia Dorotea Carr (“Avisos y edictos judiciales. Qué dicen y qué no dicen”), a Gustavo Alberto Beade y Santiago Roldán (“Lenguaje y principio de legalidad penal”) y a Jorge Daniel Antoniotti (“La comunicación en el juicio oral”). El Jurado que evaluó estos trabajos estuvo compuesto por Eduardo Barbarosch, Alejandro Tuzio (en reemplazo de Gladys Álvarez) y Ramón Brenna (en reemplazo de Joaquín P. Da Rocha).

La Res. CACFJ N° 07/08, aprobó la institución del **Premio “Formación Judicial” 2008**, cuyo eje fue el tema *“Autonomía porteña y facultades de jurisdicción”*. La

categoría “Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad” tuvo por jurados a Atilio Alterini, Juan Octavio Gauna y Susana Cayuso y la ganadora fue Ana Florencia Salvatelli, por su “Facultades de jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires: la autonomía negada”, en quedaron desierto tanto el segundo como el tercer premio y se otorgó Mención Honorífica a Patricio Maraniello, por “El rango provincial de la Ciudad de Buenos Aires y su validez constitucional en el competencia originaria y exclusiva”. Los jurados de la categoría “Empleados del Poder Judicial de la Ciudad” fueron Gloria Bonatto, Rita Tanuz y Ramiro Monner Sans. Lara Jessica Miyasato, obtuvo el Primer Premio, por “Pasado, presente y futuro de una ciudad que siempre es motivo de debate”. Segundo y tercer premio también fueron declarados desierto. Jorge Kielmanovich, Raúl Gustavo Ferreyra y María Luisa Casas de Chamorro Vanasco integraron el Jurado en la categoría “Abierta”, que quedó desierto.

Teniendo en cuenta los resultados de la edición 2008, se propuso establecer para el **Premio “Formación Judicial” 2009** (Res. CACFJ N° 11/09) cuatro ejes temáticos: dos de ellos orientados a cada uno de los fueros que actualmente componen el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los dos restantes, de naturaleza más general. El concurso se destinó a graduados de cualquier Facultad de Derecho. Los ejes fueron en esta oportunidad: “Aplicación de los tratados internacionales de D.D.H.H. en Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (Jurado: Leandro Despouy, Carlos Tambussi y Marcelo López Alfonsín); “Luces y Sombras del Proceso Acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (Jurados: Edgardo Donna; Alberto Binder y Ángela Ledesma); “Amparo. ¿Vía excepcional u ordinaria?” (Jurado: Tomás Hutchinson, Ofelia Rosenkranz y Roberto Luqui) y “Criterios de selección de jueces y funcionarios” (Abel Fleming, María del Carmen Battaini, Jorge Bacque

y Mariano Candiotti).

Por Res. CACFJ N° 51/09, se otorgó en el eje temático “Aplicación de los tratados internacionales de Derechos Humanos en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” el primer premio a Silvina Marta Oubel por su trabajo “El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos”; el 2° Premio, a Lila Emilse García por su trabajo “Titularidades de exclusión. Acciones pluriindividuales por derechos sociales en la justicia de la Ciudad de Buenos Aires” y el 3° Premio a Analía Haydee Mas por su trabajo “El deber de los jueces de armonizar el Derecho Interno con los Tratados de Derechos Humanos (¿Conflicto “aparente” de normas?)”.

En tanto, en el eje temático “Luces y sombras del proceso acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, se declaró desierto el 1° Premio y se otorgó el 2° y 3° Premio a Ezequiel Martín Quaine por su trabajo “Hablar no es leer. Oralidad y escritura en el proceso penal” y a María Cecilia González por su trabajo “Principio de oportunidad y sistema acusatorio en CABA. Propuestas para el contenido político criminal de la acusación penal pública”.

El eje temático “Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?”, tuvo como ganador del 1° Premio a Marta María Soledad Fernández Mele por su trabajo Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?; el 2° Premio correspondió a Marcelo Juan Segon por su trabajo “Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?”; y el 3° Premio, a María Belén Aliciardi por su trabajo “¿Amparo o desamparo de los derechos fundamentales?”.

El eje “Criterios de selección de jueces y funcionarios” vio ganador del 1° Premio a Emilio Demian Zayat por su trabajo “Meritos y política. La selección de jueces federales en Argentina”; del 2° Premio, a Juan José Varela por su trabajo “El Juez del bicentenario que supimos

conseguir” y del 3º Premio, a Beltrán Jorge Laguyas por su trabajo “Proyecto de reforma a la ley de Consejo de la Magistratura”. Se otorgó mención especial a Denise Magalí Villalba por su trabajo “Hombres de honor”.

El **“Premio Formación Judicial 2010 – Edición Bicentenario”** fue instituido por Res. CACFJ N° 17/10, con cuatro ejes. Los jurados designados fueron, para el eje “Derechos de los pacientes”, Alberto Bueres; Lily Rosa Flah e Ignacio Maglio; para el eje “Consumidores y usuarios. Nuevos paradigmas”, Atilio A. Alterini; Horacio Bers-ten y Carlos A. Ghersi; para el eje “Recursos financieros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El régimen de coparticipación y otras transferencias federales. Nuevos recursos locales”, los Dres. Jorge Damarco, Pablo José María Revilla y Arístides H. M. Corti; y para el eje “Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda”, Carlos Alberto Mahiques, Carlos Chiara Díaz y Julián Ercolini.

Por Disposiciones SE-CFJ N° 1; 2 y 35/11 se declararon los ganadores. El eje “Recursos financieros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El régimen de coparticipación y otras transferencias federales. Nuevos recursos locales”, fue declarado desierto en sus tres premios. No obstante, se otorgó mención honorífica a Aníbal Oscar Berteza, por “Financiamiento de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través de recursos de origen nacional. Perspectivas”

El primer premio del eje “Usurpación. Soluciones procesales. Derecho a la vivienda” fue para Liliana Beatriz Constante, por su obra “Problemáticas en torno al derecho a la vivienda desde el sistema de DDHH”; en tanto que el segundo premio fue para Enzo Finocchiaro, por su obra “Vivir y dejar vivir”; y el tercer premio, para Ezequiel Martín Quaine y Natalia Ohman, por su obra “La criminalización de la pobreza urbana y los nuevos intentos por erradicar las villas en la Ciudad”. Asimismo, se otorgó mención honorífica a Juan Carlos Riccardini por la obra

“Análisis del delito de usurpación por despojo a la luz de la emergencia habitacional de la CABA”.

En el eje “Consumidores y usuarios. Nuevos paradigmas”, el primer premio fue para Flavio Ismael Lowenrosen por su obra “Hacia una efectiva igualdad de las relaciones de consumo; en cuanto al segundo premio, toda vez que el aspirante nominado para el segundo premio, en base a la obra “Organización, fines, necesidades, y usuarios”, no reunía los requisitos exigidos para participar en el concurso (ser abogado), fue declarado desierto. Se autorizó, no obstante, en forma excepcional la publicación de su trabajo. Se otorgó tercer premio a María Belén Aliciardi por su obra Las nuevas acciones de clase de consumidores y usuarios. Fallo Halabi y ley 26.361.

Se declararon desiertos el primero y el segundo premios del eje “Derecho de los pacientes” y se otorgó el tercero a Paula Andrea Saba y Pablo Ariel Temponi por la obra “El derecho de los pacientes a una buena administración del servicio público de salud”.

Posteriormente, por Res. CACFJ N° 24/11 se instituyó el **“Premio Formación Judicial 2011/2”**, también con cuatro ejes. Se designó como jurados para el eje “Matrimonio Igualitario, balance y perspectivas”, a Aída Kemelmajer de Carlucci, Nelly Minyersky y Néstor Solari; para el eje “Mediación Penal y Contravencional” a los Gustavo Fariña, Alfredo Pérez Galimberti y Ángela Ledesma; para el eje “Propuestas para mejorar la Capacitación Judicial”, a Fernando Royer, Hilda Kogan y Sergio Santiago; y para el eje “Protocolo Adicional del Convenio Multilateral del Impuesto sobre los Ingresos Brutos”, a los Dres. Pablo Revilla, Elvira Balbo y Alberto Tarsitano como miembros titulares.

Los premios fueron otorgados por Disp. SE-CFJ N° 91/12. Se declararon desiertos el primero, el segundo y el tercer premio del eje “Matrimonio igualitario, balance y perspectivas”.

Octavio Paganelli obtuvo el primer premio del eje “Mediación Penal y Contravencional” por su obra “Hacia la recuperación de la instancia de Mediación en los procesos penales y contravencionales seguidos por presuntos hechos de violencia doméstica”; Gabriel Carlos Fava, el segundo premio, por su obra “La mediación como mecanismo complementario de resolución de conflictos analizada desde una perspectiva constitucional y de DDHH” y Marcelo Pablo Vázquez, el tercer premio por su obra “La revalorización de la víctima o la legalidad dejada de lado”. En tanto, Stella Maris Isabel Margetic y Alicia Graciela De La Fe obtuvieron mención honorífica por su obra “Nuevos lentes para mirar. Intervenciones en familias con violencia”.

Francisco Javier Ferrer Arroyo obtuvo el primer premio del eje “Propuestas para mejorar la Capacitación Judicial”, por su obra “La formación judicial también es hacer justicia”; Gabriela Analía Troiani y Valeria Lorena Sosa se hicieron acreedoras del segundo premio, por su obra “Un modelo posible de capacitación judicial”; y Sebastián Diego Luján, del tercer premio, por la obra “Proyecto de desarrollo horizontal en el fuero penal”.

Se declararon desierto el primero, el segundo y el tercer premio del eje “Protocolo Adicional del Convenio Multilateral del Impuesto sobre los Ingresos Brutos” y se otorgó mención honorífica a Noelia Giselle Dorin, por la obra “Análisis sobre la actualización del protocolo adicional del convenio multilateral”.

El “**Premio “Formación Judicial 2013”**” fue sustituido por Res. CACFJ N° 3/13, con dos ejes temáticos. Se designaron como jurados para el eje “**Justicia con perspectiva de género**”, a Dora Barrancos, Laura Balart y Susana Medina de Rizzo y para el eje “**Justicia y discapacidad. Asignatura pendiente**”, a María Silvia Villaverde, Juan Seda y Mabel Remón.

La Disp. SE-CFJ N° 75/13 otorgó los premios. El primer premio del eje “Justicia con perspectiva de género” fue para **Silvina Marta Oubel**, por su trabajo “*Igualdad entre mujeres y varones en la jurisprudencia*”; **el segundo, para Claudia Carolina Alarcón**, por su trabajo “*Las mujeres y el poder punitivo durante la investigación penal en el distrito judicial centro de la Provincia de Salta*”; y el tercero, para **María Paola Baccello y Florencia Schkolnik**, **por su trabajo**, “*Igualdad de género en el Poder Judicial de la CABA: Un debate entre números y perspectivas*”. En tanto, se otorgó mención honorífica a **Amalia Inés Montes**, por su trabajo “*Las sentencias judiciales como medidas de acción positiva para acceder en la práctica a la igualdad*”.

En el eje “Justicia y discapacidad. Asignatura pendiente”, **Lucía Burundarena**, por su trabajo “*La actualidad del empleo inclusivo en el Poder Judicial de la CABA*”, obtuvo el primer premio. Se declaró desierto el segundo premio y se otorgó el tercer premio a **Romina Cecilia Bruno**, por su trabajo “*Poder Judicial y Derechos Humanos de las personas con discapacidad: Hacia una justicia sin barreras*”.

Para el “**Premio “Formación Judicial 2014”**”, se propusieron dos ejes. En el eje “Justicia y Democracia 1983-2013”, se designó como jurados a José María Campagnoli, Graciela Fernández Mejjide e Ideler Santiago Tonelli. En el eje “Activismo Judicial”, a Alejandro Alagia, Carlos M. Cárcova y Angela Ledesma.

Al momento de escribirse estas líneas, aún no se habían determinado los ganadores.

Sistema de becas del Centro de Formación Judicial

Sandra Fodor (*)

* Jefa de Departamento de Convenios, Becas y Publicaciones del Centro de Formación Judicial. Subdirectora de la Carrera de Actualización de Género y Derecho de la Facultad de Derecho de la UBA. Replicadora de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El otorgamiento de Becas para la realización de carreras y cursos de posgrado constituye una de las principales funciones del Centro de Formación Judicial y tiene por objeto favorecer la capacitación de los agentes del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El Centro administra el programa de becas para estudios de posgrado, regulado por la Resolución CACFJ N° 25/11, que establecen los requisitos y condiciones que deben cumplir los aspirantes al momento de realizar la solicitud.

Las becas son asignadas anualmente por el Consejo Académico del Centro de Formación Judicial, a partir de los siguientes parámetros: los recursos presupuestarios asignados, la cantidad de solicitudes recibidas y los antecedentes académicos y profesionales de los solicitantes. Se da prioridad a aquellas actividades de formación o capacitación realizadas por instituciones públicas o privadas que hayan celebrado convenio con el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o el Consejo Académico del Centro de Formación Judicial, en los que se hubiere establecido un tratamiento arancelario preferencial para los integrantes del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Los apoyos económicos son otorgados para la realización de doctorados, maestrías, carreras de especialización, programas de actualización o cursos de posgrado, en coordinación con el acogimiento a los beneficios de los convenios académicos celebrados por el Consejo de la Magistratura o el Consejo Académico del Centro de Formación Judicial y para la concurrencia a congresos, jornadas y otras actividades de formación y capacitación, en todos estos casos en modalidad presencial o a distancia. Están también incluidas actividades académicas dictadas a una distancia superior a 50 Km. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en éste caso solo en modalidad presencial.





Los beneficios otorgados tienen una duración anual o semestral, según corresponda y sólo pueden aplicarse para solventar el pago de matrículas, cuotas, derechos de examen y de tesis. Pueden ser renovados hasta un máximo de dos años, con el fin de garantizar la consecución de los estudios. La carrera en cuestión debe realizarse en un máximo de cuatro (4) años.

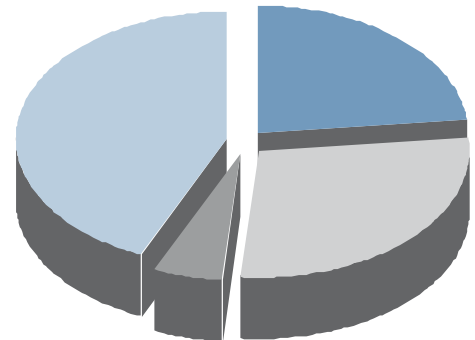
El monto máximo otorgable para cada solicitud es el noventa por ciento (90 %) del costo anual de la Carrera de Especialización en Administración de Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

A través de los gráficos que se agregan en anexo, se advierte la evolución que tuvieron las becas otorgadas desde la vigencia de la Res. CM N° 37/06 (antiguo reglamento de becas) y con la Res. CACFJ N° 25/11, actual reglamento.

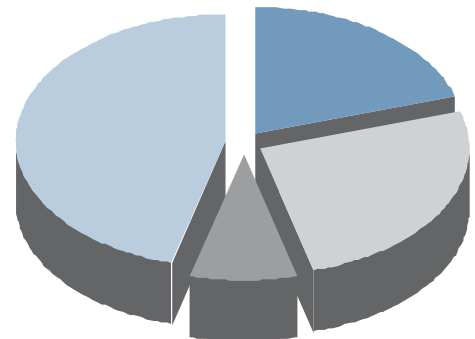
Becas por origen^(*)

Becas por origen				
Origen	Cantidad de Becarios 2011	Cantidad de Becarios 2012	Cantidad de Becarios 2013	Cantidad de Becarios 2014
Consejo de la Magistratura	18	11	13	6
Fuero Contencioso, Administrativo y Tributario	32	33	32	31
Fuero Penal, Contravencional y de Faltas	27	26	21	26
Ministerio Público	47	59	51	48
Total	124	129	117	111

Cantidad de becarios por origen 2011		
Origen	Becarios	Código
Fuero Penal, Contravencional y de Faltas	27	
Fuero Contencioso, Administrativo y Tributario	32	
Consejo de la Magistratura	18	
Ministerio Público	47	
Total	124	



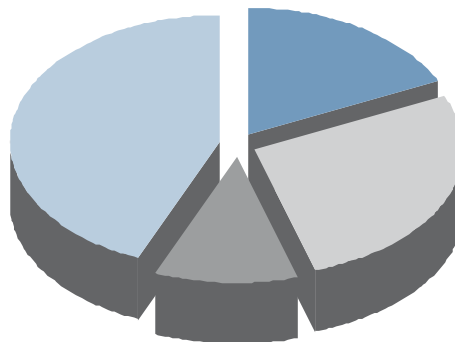
Cantidad de becarios por origen 2012		
Origen	Becarios	Código
Fuero Penal, Contravencional y de Faltas	26	
Fuero Contencioso, Administrativo y Tributario	33	
Consejo de la Magistratura	11	
Ministerio Público	59	
Total	129	



* Colaboró en la confección de los gráficos la Dra. Karina Galarraga

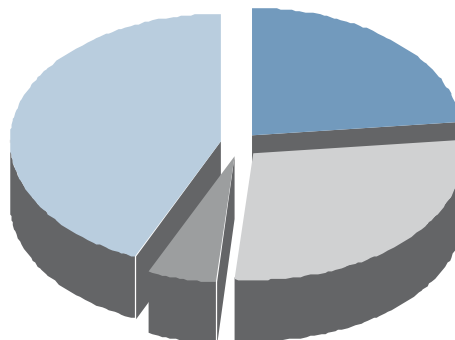
Cantidad de becarios por origen 2013

Origen	Becarios	Código
Fuero Penal, Contravencional y de Faltas	21	
Fuero Contencioso, Administrativo y Tributario	32	
Consejo de la Magistratura	13	
Ministerio Público	51	
Total	117	



Cantidad de becarios por origen 2014

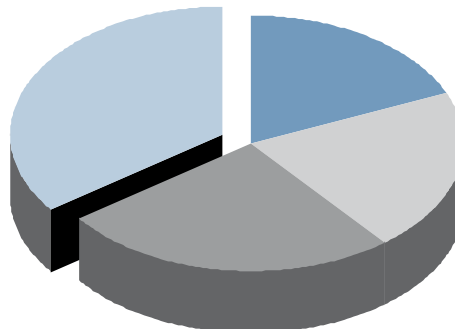
Origen	Becarios	Código
Fuero Penal, Contravencional y de Faltas	26	
Fuero Contencioso, Administrativo y Tributario	31	
Consejo de la Magistratura	6	
Ministerio Público	48	
Total	111	



Becas por monto otorgado

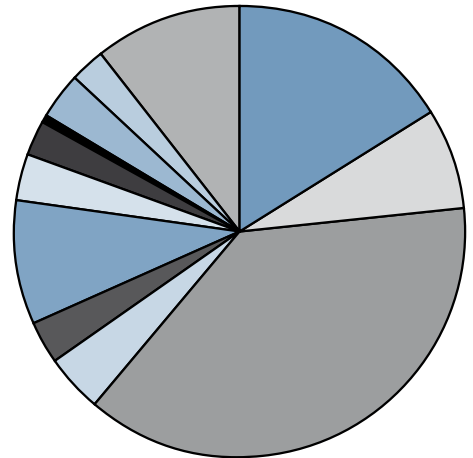
Monto total otorgado

Año	Monto	Código
Año 2011	478.645,25	
Año 2012	521.094,97	
Año 2013	665.281,74	
Año 2014	891.976,85	



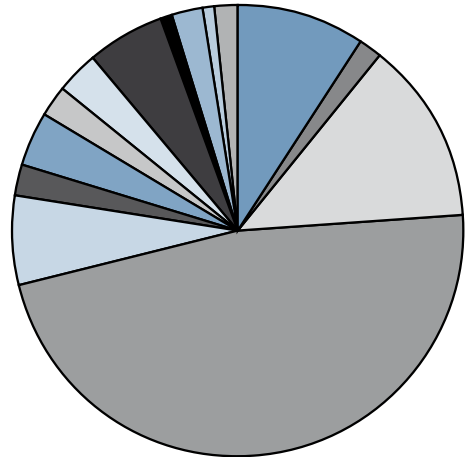
Becas institución

Cantidad de becarios por institución 2011		
Institución	Becarios	Código
Universidad de Palermo	20	
Universidad del Salvador	9	
Facultad de Derecho (UBA)	47	
Universidad Austral	5	
Otras Facultades de la UBA	4	
Universidad Católica Argentina	11	
Universidad del Museo Social Argentino	4	
Universidad Torcuato Di Tella	3	
Universidad John F. Kennedy	1	
Otras Universidades Nacionales	4	
Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales	3	
Otras instituciones	13	
Total	124	



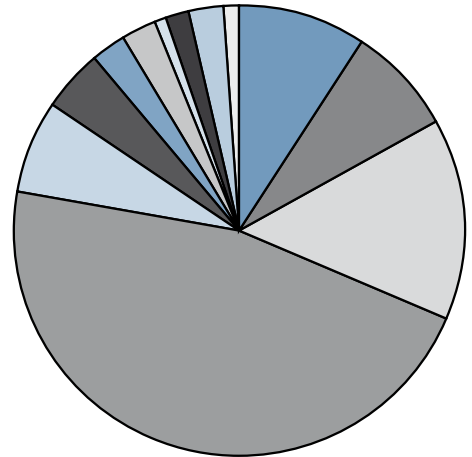
Cantidad de becarios por institución 2012

Institución	Becarios	Código
Universidad de Palermo	12	
Universidad de Belgrano	2	
Universidad del Salvador	17	
Facultad de Derecho (UBA)	61	
Universidad Austral	8	
Otras Facultades de la UBA	3	
Universidad Católica Argentina	5	
Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales	3	
Universidad del Museo Social Argentino	4	
Universidad Torcuato Di Tella	7	
Universidad John F. Kennedy	1	
Otras Universidades Nacionales	3	
Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales	1	
Otras instituciones	2	
Total	129	

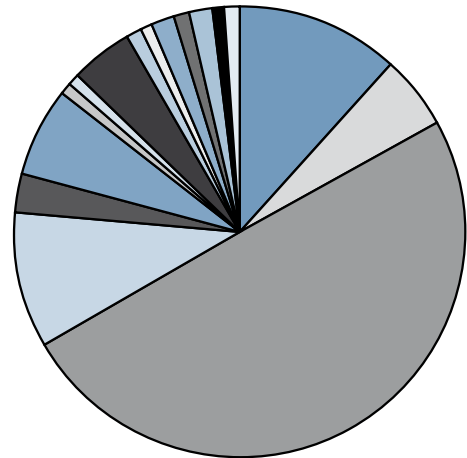


Cantidad de becarios por institución 2013

Institución	Becarios	Código
Universidad de Palermo	11	
Universidad de Belgrano	9	
Universidad del Salvador	17	
Facultad de Derecho (UBA)	54	
Universidad Austral	8	
Otras Facultades de la UBA	5	
Universidad Católica Argentina	3	
Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales	3	
Universidad del Museo Social Argentino	1	
Universidad Torcuato Di Tella	2	
Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales	3	
Universidad de Morón	1	
Total	117	



Cantidad de becarios por institución 2014		
Institución	Becarios	Código
Universidad de Palermo	13	
Universidad del Salvador	6	
Facultad de Derecho (UBA)	55	
Universidad Austral	11	
Otras Facultades de la UBA	3	
Universidad Católica Argentina	7	
Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales	1	
Universidad del Museo Social Argentino	1	
Universidad Torcuato Di Tella	5	
Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales	1	
Universidad de Morón	1	
Universidad Nacional del Litoral	2	
Universidad Nacional de Quilmes	1	
Universidad Nacional de San Martín	2	
Universidad John F. Kennedy	1	
Asoc. Arg. para el Desarrollo Integral de la Flia.	1	
Total	111	



Delito de exhibiciones obscenas

Gustavo Eduardo Aboso (*)

* Titular de la Defensoría N°1 ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Art. 129 - Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciese ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros.

Si los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años.

[Artículo sustituido por ley 25.087, art. 10, B.O. 14/5/99].

I. Bien jurídico

El delito de exhibiciones obscenas protege el pudor personal, aunque alguna doctrina muy extendida sostiene que es el pudor público el interés jurídicamente tutelado¹. Se entiende por pudor el sentimiento medio de decencia sexual², es decir, aquellas manifestaciones de contenido sexual idóneas para alterar la normal tolerancia sexual de las personas. Debe aclararse que dicha exégesis de la naturaleza supraindividual del bien jurídico protegido estaba prohijada por la propia rúbrica del capítulo respectivo al referirse a los ultrajes al pudor público³, sin embargo ella en la actualidad no debe sostenerse si se quiere abjurar de una vez y para siempre de las influencias moralizantes que tiñen en muchos casos al derecho penal sexual.

El pudor reviste un claro contenido social, que va variando con los tiempos. En este terreno, la religión ha

influido de manera notoria en el concepto de pudor de cada sociedad, en especial, en la cultura occidental. Así pues, el retrato de una persona desnuda en la época grecorromana tenía un significado estético distinto al que estaba en boga en la Edad Media. En esto existen, sin hesitar, diferencias culturales que van mutando con los tiempos. No es idéntico el concepto de moralidad sexual que imperaba a comienzos del siglo pasado en comparación con el de la actualidad.

Esta figura penal no siempre fue incluida entre los numerosos proyectos de códigos penales que anteceden a la actual disposición. Por ejemplo, el Proyecto de Código Penal elaborado por Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo directamente no regula esta infracción⁴. En cambio, a partir del Proyecto de 1906 y de ahí en adelante, por ejemplo, el Proyecto de Código Penal de Jorge E. Coll y Eusebio Gómez sí lo regulaban en su art. 167, al exigir que el acto obsceno debía realizarse en sitio público o abierto y expuesto al público⁵, esta figura penal ganó terreno y fue finalmente consagrada.

La vida comunitaria impone ciertas restricciones a las manifestaciones sexuales de las personas. Por lo general, es una expectativa razonable de los miembros de la comunidad que las manifestaciones sexuales de otro sean mantenidas en un ámbito de reserva. Cuando la proyección de la sexualidad de otro supera dicho ámbito de reserva y afecta la expectativa de otro de no ser obligado a presenciar dicha manifestación sexual, entonces se configura una afectación del bien jurídico protegido por esta figura delictiva.

De esta manera, el bien jurídico protegido se relaciona con la **libertad de la persona a no ser confrontada contra su voluntad con una acción sexual**⁶.

1 Díaz, 1928:226; González, 1934:275; Soler, 1992:362; Núñez, 1988:375; Ure, 1951:760-775; Bidart Campos, 1987:237-238; Bonorinó Peró, 1980:883-889; Marín/Montalto de Huergo, 2000:1280; Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala VII, "Dellino, J. A.", de 30/12/80; Sala VII, "Repetto, N.", de 3/9/93, LL, 1994-B, p. 504.

2 Núñez, 1988:375; Creus/Buompadre, 2007:251.

3 El art. 527 del Código Penal italiano regula el delito de atti osceni (acto obsceno). La rúbrica del Capítulo II, del Título IX, del Libro Segundo, del Código Penal italiano es los Delitos contra el pudor y el honor sexual.

4 AAVV, Proyecto de Código Penal, 1898:350-358.

5 AAVV, Proyecto de Código Penal, 1937:XXXVIII y ss.

6 Fischer, 2012:§183/2; Laubenthal, 2012:719; Kindhäuser, 2006:§183/1; Trech-

También se ha identificado este bien jurídico con la integridad corporal y psíquica de la persona contra la impresión sexual no querida⁷ o con la afectación de la soberanía sexual del individuo en un sentido negativo⁸ o directamente su intimidad⁹. En el caso de los sujetos pasivos menores de dieciocho años, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de edad en atención al riesgo que significa para el saludable desarrollo de su personalidad sexual verse enfrentado a los actos de exhibicionismo de naturaleza obscena¹⁰.

Por lo general, los exhibicionistas han sido considerados como personas no peligrosas¹¹, de hecho el delito de exhibicionismo frente a adultos se castiga con pena de multa, pero en los últimos tiempos la política criminal ha modificado su actitud y han comenzado a ser considerados como autores potencialmente peligrosos.

Desde el punto de vista psiquiátrico, el exhibicionista revela una inclinación a exhibir sus genitales a extraños en espacios públicos para alcanzar satisfacción sexual, sin necesidad de contacto físico. Se trata de una parafilia específica que debe reunir dos criterios establecidos por DSM IV (4): "A. Durante un periodo de por lo menos 6 meses, fantasías recurrentes y altamente exci-

tantes, impulsos sexuales o comportamientos que implican la exposición de los propios genitales a un extraño que no lo espera. B. Estas conductas provocan malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del sujeto"¹².

En consecuencia, algunas legislaciones penales han derogado correctamente el delito de exhibicionismo respecto de personas mayores de edad y reservan la punición de dicha conducta cuando alcanza a menores de edad¹³, propuesta que debería adoptarse en una futura reforma penal.

II. Tipicidad objetiva

2.1. Acciones típicas

Las acciones típicas consisten en **ejecutar o hacer ejecutar por otro un acto obsceno**. De esta manera, la norma penal prevé dos tipos de conductas: una que debe ser realizada de manera personal por el agente, mientras que la segunda implica la intermediación de un tercero. Si bien el tipo en estudio no lo aclara, lo cierto es que la segunda modalidad comisiva se asemeja mucho a la intermediación de otro, propia de la autoría mediata¹⁴, mediante instrumento que actúa bajo coacción o se trata de un instrumento inimputable o que actúa bajo error de prohibición. De no ser así, no se explica el porqué de regular la ejecución a través de otro de un acto obsceno cuando dicha conducta ya estaría abarcada por el primer segmento de la conducta reprimida.

La palabra "acto" tiene acá para nosotros un sentido restringido que se vincula directamente con la ex-

sel, 1997:art. 194, 1; Otto, 2005:\$66/ 77; MüKoStGB/Renzikowski, 2005:\$§174/31; Heintschel-Heinegg, 2010:\$183/2; Donna, 2005:185; Buompadre, 2009:495; Estrella, 2005: 236; Reinaldi, 2005:218; López Casariego, 2000:554; Riquert, 2008:700; Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala I, c. 44.329, "Vera Domínguez, E.," del 25/4/95. Crítico, Muñoz Conde, 1988-1989:277.

7 Malamud Goti, 1984:495-500; Russo, 2004:20. En la doctrina alemana, Kindhäuser, 2006:\$183, 1; Lackner/Kühl, 2007: \$183/1.

8 Bottke, 2009: 299. El sentido negativo de esta tutela de la autodeterminación sexual personal está constituido por la protección de la libertad del afectado de ser destinatario de un impulso negativo proveniente del acto exhibicionista. El derecho de permanecer libre de cualquier confrontación sexual está garantizado por el Art. 2 I GG.

9 Orts Berenguer, 1995:50.

10 STS, Sala Penal, N° Resolución 1008 de 1/2/2012.

11 MüKoStGB/Renzikowski, 2005:\$§174/33. Explica este autor que el típico exhibicionista encuentra su satisfacción sexual en el propio acto de desnudarse ante la víctima y que no busca contacto sexual con ella.

12 Baumeister, 2009:142, nota 5.

13 Por ejemplo, el art. 185 del Código Penal español.

14 Núñez, 1988:387; Creus/Buompadre, 2007:258; Muñoz Conde, 2013:235; Reinaldi, 2005:221.

posición del cuerpo¹⁵. No abarca las frases, gestos¹⁶ o modos que bien pueden ser ofensivos, pero no alcanzan a menoscabar el bien jurídico tutelado pudor personal. Los simulacros de relaciones sexuales entre personas vestidas podrán ser ofensivos, de mal gusto, pero no alcanzan para lesionar el bien jurídico pudor personal¹⁷. En cambio, si se tratase de publicaciones obscenas, entonces debería aplicarse la figura prevista por el tercer párrafo del art. 128 del Cód. Penal, siempre y cuando el sujeto pasivo fuese un menor de catorce años.

En el caso de que el autor obligare al menor de edad a ejecutar actos de exhibicionismo (v. gr., masturbarse delante de terceros), dicha conducta podría encuadrar en el delito de corrupción de menores de edad, ya que esta agresión sexual representa un peligro grave para el normal desarrollo sexual de la víctima¹⁸. Comete este delito de exhibicionismo el padre que se masturbó delante de su hija y una amiga menores de edad¹⁹. Entre los actos de exhibicionismo punible se cuentan el mostrar los órganos sexuales²⁰, en el caso del hombre no se requiere que su órgano viril permanezca erguido²¹, o el mostrárselo a una alumna mientras orina en un frasco²²; el chofer de un auto de alquiler que permaneció con sus pantalones bajos y su miembro desnudo en el interior

del automotor mientras la víctima esperaba el colectivo²³ o el mantener relaciones sexuales en el interior de un baño de una estación de subte²⁴.

Los actos exhibicionistas deben revestir cierta **gravedad**. La doctrina ha excluido su denominación a los actos de topless o mostrar el cuerpo desnudo en una playa nudista²⁵, o cuando el autor se paseaba en ropa interior por la vía pública²⁶, o directamente el cuerpo desnudo²⁷. En realidad, por lo general los que practican esta modalidad de tomar sol no buscan provocar ultraje alguno al pudor de terceros, sumado a que las indicaciones en la playa que preceden al ingreso de la zona nudista cumplen de manera adecuada este cometido. El orinar en la vía pública queda *extra muros* de la tipicidad objetiva del delito de exhibicionismo, a lo sumo podrá configurar, según el caso, una contravención.

Este delito de exhibiciones obscenas puede ser cometido tanto de forma activa como omisiva, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando los terceros que presencian la masturbación del menor de edad revisten posición de garantes²⁸.

En principio, las acciones típicas no admiten la modalidad omisiva²⁹, puesto que en caso de que exista posición de garante sobre el exhibidor, podrá aplicarse la forma de hacer ejecutar por otro.

Acá se plantea un problema de indeterminación de la ley penal, ya que la norma penal no establece qué se entiende por *obsceno*, cuestión que será tratada a continuación.

15 Soler, 1992:362, aunque acepta la actitud o gesto, pero ello se contradice con su concepto de obscenidad vinculado a la exhibición, más allá de que su comentario se refiere a la anterior redacción de esta figura; Núñez, 1988:387; López Casariego, 2000:554-570.; Cám. Ap. Penal Córdoba, Cám. 8a., "Bolsico, J.", del 29/6/89.

16 De otra opinión, Reinaldi, 2005:221; Riquert, 2008:701.

17 De otra opinión, Buompadre, 2009:501; Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala VII, "Repetto, N.", del 3/9/93.

18 STS, Sala Penal, resolución 1029/1996, de 18/12/96.

19 STS, Sala Penal, N° Resolución 1008/2012, 1/2/2012. En la doctrina judicial nacional, Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala VI, c. 23.231, "Soria, J.", del 7/8/92.

20 Heintschel-Heinegg, 2010:§183/4; Kindhäuser, 2006 §183/2; Cám. Ap. Penal Córdoba, "Llanos, I.", del 20/5/92 (por mayoría); Cám. Ap. Crim. N° 2 Santa Rosa, "M. A. F.", de 3/6/04, LL Patagonia, 2005 (abril), p. 928.

21 Laubenthal, 2012: marg. 723.

22 Cám Crim. 1a. Nominación Catamarca, "Ch., M. O.", de 10/9/10, LLNOA, 2010 (noviembre), p. 974.

23 Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala IV, "Asem, R. O.", del 31/10/02, DJ 2003-3, p. 640.

24 Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala IV, "González, E.", del 14/3/03, LL 31/1/03, p. 3.

25 Buompadre, 2009: 501.

26 Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala V, "L. R., M. F.", del 13/4/00, LL, 2000-F, p. 555.

27 Molinario/Aguirre Obarrio, 1996:495-496.

28 STS, Sala Penal, resolución 1029 de 18/12/96.

29 Maggioro, 1955:79.

2.2. Concepto de obsceno

En general, los distintos proyectos de ley que se han ocupado del tema no han sido auspiciosos llegando el momento de dar una definición de lo obsceno³⁰.

Etimológicamente la palabra “obsceno” se deriva del latín de la conjunción de *ob u obs* (a causa de) y *coenum* (fangos, lodo), traducción a su vez de la palabra helénica *koinón* (inmundo). De esta manera, el término *obsceno* se refiere a lo que propiamente ofende al pudor de un modo torpe, suscitando asco y repugnancia. Obsceno es más que impúdico, más que lascivo, torpe o deshonesto, puesto que la obscenidad es más descarada y repugnante que la deshonestidad misma³¹.

En una primera aproximación, lo obsceno se identifica con lo sexualmente lujurioso, es decir, aquello que constituye un exceso sexual³². Sin embargo, lo obsceno se presenta como el antónimo de lo sexualmente normal, lo cual no deja de plantear ciertas incertidumbres sobre el verdadero alcance del concepto de lo obsceno. En este sentido, sin duda, lo obsceno se contrapone a la moralidad sexual media de las personas³³. Cuando un acto sexual ejecutado por el agente demuestra una carga de lascivia innecesaria, entonces puede afirmarse que dicha acción encuadra dentro de los parámetros del tipo de exhibiciones obscenas. Así pues, se ha entendido que la acción de masturbarse en público constituye un acto obsceno³⁴, o el acto sexual consumado entre cónyuges en lugar público³⁵, circunstancias que han conducido a

algunos a equipar lo obsceno con el acto exhibicionista en sí³⁶. Alguna doctrina judicial entendió, en cambio, que la exhibición del cuerpo desnudo o sus partes no constituía el delito de exhibiciones obscenas si no ha podido probarse que el autor haya tenido una finalidad obscena con su accionar³⁷.

El concepto de lo *obsceno* presenta también dificultades en su correcta apreciación. Se ha señalado la necesidad de delimitar lo obsceno de lo erótico, cuyo punto de apoyo estaría en que lo obsceno se refiere al material sexual explícito, mientras que lo erótico expresa una excitación sexual, pero no es su causa³⁸. La obscenidad es un concepto cultural cuyo correcto contenido dependerá de los avatares de los cambios sociales y culturales de una sociedad determinada³⁹. En muchos casos y cada vez de modo más frecuente la desnudez del cuerpo humano, en especial, de las mujeres, es utilizado con finalidades políticas, culturales o de concientización de terceros⁴⁰. Por ejemplo, la presencia de personas desnudas en la vía pública con el propósito de concienciar a la población sobre los riesgos crecientes del uso de productos químicos para el medio ambiente, o la protesta individual de una persona que se desnuda en público para llamar la atención social sobre problemas varios, pueden ser consideradas como expresiones obscenas. Por este motivo alguna doctrina propone indagar la finalidad que tuvo el autor de la

30 Por ejemplo, el Proyecto de 1937 de Coll y Gómez al redactar el art. 167.

31 Maggiore, 1955:98; Molinario/Aguirre Obarrio, 1996:486-487. Sin embargo, existe una pluralidad de sinónimos de lo obsceno que no enmascara la dificultad de una conceptualización precisa, vid., Elbert, 1988:7-30; Binder, 1986:615-631.

32 Creus/Buompadre, 2007:252; Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala VI, c. 25.817, “Turvezky, L.”, de 3/5/05.

33 González, 1934:276; Muñoz Conde, 1988-1989:277.

34 Trechsel, 1997:art. 194, 1.

35 González, 1934:276; Maggiore, 1955:99.

36 Soler, 1992:362.

37 Trib. Oral Crim. N° 9, “P., S. A.”, de 27/10/98, LL, 1999-C, p. 639.

38 MacKinnon/Possner, 1997:15 -16.

39 MacKinnon/Possner, 1997:15 -16; Muñoz Conde, 2013:235. Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala V, “L. R., M. F.”, del 13/4/00, LL, 2000-F, p. 555; Sala VI, c. 25.817, “Turvezky, L.”, del 3/5/05.

40 En este aspecto puede citarse el famoso caso del largometraje titulado “Kindergarten”, cuyo director y actriz principal fueron denunciados por distintos delitos sexuales contra menores de edad que participaron de distintas escenas de contenido sexual. Al respecto, Tieghi, 1990:961-971. Dicha película fue censurada durante el gobierno de Raúl Alfonsín y recién en 2012 fue exhibida al público en el Festival del Cine de Mar del Plata.

exhibición para definir su carácter o no de obsceno⁴¹.

En este punto puede apreciarse sin mayores ambages que la calificación de lo obsceno puede variar de una persona a otra, lo cual no impide acordar que cierto grupo de acciones encuadran en el carácter de lo obsceno, por ejemplo, la de masturbarse en público o ante un menor de edad⁴²; el de mantener relaciones sexuales en público⁴³ o ante un menor de edad⁴⁴; el de exhibirse desnudo con el propósito de escandalizar a otro⁴⁵; el de mostrar su órgano sexual a menores de edad⁴⁶; etcétera. Por el contrario, se ha desechado responsabilidad penal alguna por la conducta de la autora que exhibió sus senos en la vía pública, puesto que dicho comportamiento carece de la relevancia penal suficiente para ofender el pudor público en función de que conductas semejantes son permanentemente difundidas por los medios de comunicación y así la trascendencia y notoriedad de dicha exhibición carece de un impacto significativo en la actualidad⁴⁷.

El problema que se presenta con la adecuada definición del término “obsceno” ha determinado que algunos autores hayan denunciado la inconstitucionalidad de esta figura penal⁴⁸, por contradecir el principio de máxima taxatividad en la redacción de una conducta prohibida, ya que la integración definitiva de la materia de prohibición mudará de la facultad del legislador a la

de los jueces, lo que en definitiva menoscaba la seguridad jurídica y la necesaria previsibilidad de concreción de las conductas prohibidas para los ciudadanos⁴⁹. Sin embargo, esta postura ha sido rechazada por nuestro máximo tribunal al expedirse sobre la constitucionalidad del art. 128 del Cód. Penal, al entender que:

satisface el principio de legalidad en materia criminal, ya que, si bien la configuración de los tipos penales obliga a precisar los modos de conducta sujeto a punición, la «ley previa» no importa necesariamente que la figura penal contenga una descripción formalmente agotada, no existiendo obstáculo constitucional alguna para que cuando el contenido de los deberes o las prohibiciones dependa sustancialmente de una valoración a realizarse en vista de circunstancias concretas insusceptibles de ser enumeradas de manera previa, sea la autoridad jurisdiccional quien determine y aplique esa valoración cultural.⁵⁰

Una interpretación sistemática de las distintas figuras penales que integran los llamados delitos sexuales debemos mencionar que el legislador a determinado de manera expresa en el primer párrafo del art. 128 del Cód. Penal que el adjetivo “pornográfico” se vincula con la representación de una relación sexual heterosexual como homosexual en el sentido amplio del término y en la representación de los genitales, en consecuencia el art. 129 del Cód. Penal en comentario debe ser interpretado en este contexto normativo⁵¹, por ende para definir si un acto exhibicionista es o no obsceno deberá aplicarse esta regla y así todo acto corporal del exhibicionista que se vincule directamente con algunas de las

41 Reinaldi, 2005:222.

42 SSTS, Sala Penal, resolución 697 del 26/6/06; resolución 977/del 17/6/99; recurso 983 del 9/2/96; del 27/2/89.

43 Díaz, 1928:227. En la doctrina judicial española, STS, Sala Penal, del 28/1/91.

44 Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala IV, “Caamaño, O.,” del 14/5/87.

45 STS, Sala Penal, recurso 3766 de 13/5/93.

46 En la jurisprudencia española: SSTS, Sala Penal, de 14/12/90; de 12/12/90; de 10/10/88. En la jurisprudencia alemana: BGH 4 StR 435/02, sentencia del 5/11/02 (LG Paderborn); BGH 2 StR 266/03, sentencia del 6/2/04 (LG Köln); BGH 1 StR 384/05, sentencia del 7/2/06 (LG Regensburg); BGH 2 StR 263/07, sentencia del 22/8/07 (LG Köln); BGH 4 StR 387/11, sentencia del 25/8/11 (LG Paderborn).

47 Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala V, “Leiza, G. E.,” de 9/11/04, LL 2005-D, p. 94.

48 Borinsky, 986:128; Buompadre, 2009:497; López Casariego, 2000:554

49 Como lo expuso en este sentido el fundamento del fallo dictado por la Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala VII, “Repetto, N.,” de 3/9/93, LL, 1994-B, p. 504, pero no llegó al extremo de declarar la inconstitucionalidad del anterior art. 128 del Cód. Penal.

50 CSJN, “Mussotto, N.,” de 29/9/87, LL, 1988-A, p. 158. En igual sentido, Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala I, c. 26.426, “Capalbo, J.,” de 19/8/05.

51 Señala esta incongruencia de la reforma, Carreras, 2000:1063.

representaciones sexuales que la ley considera “porno-gráfica” deberá ser calificado de acción punible. De esta manera, esta exégesis presenta la ventaja de evitar una ampliación del ámbito de aplicación de esta figura hacia conductas que, si bien pueden ser calificadas de soeces, no alcanzan el grado de dañosidad que exige este delito. Así pues quedarían excluidos de esta fórmula legal los ademanes, los gestos y las palabras soeces. Lo obsceno se identificaría así de manera razonable con lo pornográfico, conjunción conceptual que dotaría de mayor precisión al elemento normativo que predica el acto punible.

2.3. Publicidad de la conducta de exhibicionismo

Las relaciones sexuales ejecutadas en la vía pública son por lo general el caso más emblemático del delito de exhibicionismo⁵². Sin embargo, el tipo penal del delito de exhibicionismo se construye sobre la necesidad de que dichos actos sexuales calificados de obscenos adquieran trascendencia hacia terceros⁵³.

Los actos exhibicionistas pueden ser realizados en un sitio público (v. gr., en plena vía pública, en un parque, plaza), dentro de un lugar de tránsito común (micro, bus, tren⁵⁴, avión, barco), o bien en un lugar privado pero trascendencia hacia terceros de dicha conducta (por ejemplo, masturbarse en el balcón de un departamento o en una habitación o baño con vista expedita de terceros). Si las relaciones sexuales son llevadas a cabo en un lugar público, con el debido recato durante la nocturni-

dad, en altas horas de la noche y en un lugar despoblado o donde no es corriente el tránsito de peatones por esa zona, entonces corresponderá negar que dichos actos sexuales adquieran la relevancia típica que demanda esta figura de exhibicionismo, aunque alguna doctrina judicial extranjera le ha restado importancia al grado de trascendencia del acto obsceno⁵⁵, incluso la doctrina nacional aceptaba que el exhibicionismo obsceno no requería para su constitución de la presencia de terceros⁵⁶.

Respecto de los lugares privados, alguna doctrina ha sostenido la impunidad de dicha conducta en resguardo de lo previsto por el art. 19 de la Constitución Nacional⁵⁷. Sin embargo, entendemos que no debe confundirse los actos privados con los lugares privados, ya que una persona puede masturbarse en su casa en medio de una reunión de personas y no por ello dicho acto habrá de calificarse de privado. En realidad, la ley penal ha puesto el énfasis en el contenido de lo injusto de este delito doloso en la trascendencia del acto hacia terceros⁵⁸, es decir, si el propietario del lugar en donde se lleva a cabo una comida se desnuda y realiza actos de exhibición obscena, no cabe duda que el pudor personal de cada uno de los comensales se verá afectado sin importar si dicha conducta se realiza en su casa o en un lugar público.

Por el contrario, cuando es el espectador el que realiza acciones tendientes a vulnerar dicha intimidad, por ejemplo, con el empleo de binoculares aprovecha a espiar a la vecina que se muda de ropa en su dormitorio, o utiliza cualquier otro medio para franquear el ámbito de expectativa de reserva del individuo, entonces dicha con-

52 Maggiore, 1955:100. Sobre la trascendencia de esta condición para tipificar esta conducta de exhibicionismo, vid., Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala V, “Geniso, O.”, de 4/2/88, LL, 1988-C, p. 487.

53 Reinaldi, 2005:223; Riquert, 2008:701; Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala IV, “González, E.”, de 14/3/03, LL 31/1/03, p. 3. En la doctrina judicial alemana, BayObLG, sentencia del 16/6/98 - 2 St RR 86/98, NStZ 1998, 515.

54 Cám. Ap. Penal, Contravencional y de Faltas, Sala I, “Luna, D. J.”, de 6/4/09. En este caso el autor exhibió sus genitales en el interior de un tren y rozó la espalda de una pasajera. El tribunal entendió que la existencia de contacto sexual hacía aplicable la figura de abuso sexual regulada por el primer párrafo del art. 119 del Cód. Penal.

55 Corte Suprema de Cassazione, Sezione I Penale, sentenza de 4/12/61, Il Foro Italiano, vol. LXXXV, N° 4 (1962), pp. 105 y 106.

56 González, 1934:278; Núñez, 1988:388.

57 Buompadre, 2009:502. De otra opinión, Reinaldi, 2005:223.

58 En este sentido, López Casariego, 2000: 554 y ss.; Cám. Crim. 2a. Nominación de Catamarca, “Beltrán, M. D.”, de 24/9/04, LLNOA, 2005 (abril), p. 555.

ducta será atípica en cuanto falta la nota característica de trascendencia que debe conllevar el acto exhibicionista.

Según alguna doctrina, avalada por las anteriores redacciones de esta norma penal que reclamaba que la conducta se ejecutara en lugar o sitio público, es necesario para la tipicidad de este comportamiento que la exhibición obscena sea llevada a cabo de forma pública⁵⁹. De esta manera, las exhibiciones obscenas debían realizarse en lugar o sitio público. Sin embargo, la última reforma introducida por la ley 25.087 ha minimizado esta condición al exigir que los actos de exhibición obscenos deben ser *trascendentes*, es decir, no tiene importancia el lugar físico donde se lleva adelante este comportamiento lascivo, sino que dicha conducta tenga idoneidad suficiente para superar su trascendencia respecto de terceros⁶⁰. Así, por ejemplo, cumple con los requisitos de esta figura delictiva el que muestra sus genitales en una plaza, en la vía pública, en un medio de transporte, lográndose de esta manera menoscabar la libertad sexual de las personas, en este caso la libertad sexual en su sentido negativo de no ser obligada a confrontar con una conducta sexual no consentida ni previsible. También incurre en delito el que se masturba o exhibe sus partes pudendas mientras permanece en el interior de su domicilio, pero logrando la trascendencia de su acción hacia terceros (v. gr., con las ventanas abiertas o en el propio balcón). Por el contrario, no ingresará en el ámbito de aplicación de este tipo delictivo aquel que se masturba en su domicilio, con el recato necesario, pero dicha ejecución sexual resulta visible para un tercero gracias al uso de un adminículo que permite vulnerar su intimidad (el empleo de binoculares o cualquier instrumento que permita visualizar más allá de la capacidad visual normal).

59 Díaz, 1928:226; Núñez, 1988:388; Ure, 1951:760-775; Creus/Buompadre, 2007:255.

60 Buompadre, 2009:492.

Como consecuencia de esto y a diferencia de la anterior redacción de esta figura⁶¹, en la actualidad el tipo de lo injusto de este delito de exhibicionismo no reclama como elemento constitutivo para su configuración la publicidad de la conducta exhibicionista, sino que es suficiente que el autor lo haya hecho intencionalmente para sorprender al tercero como testigo involuntario.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la libertad de expresión muchas veces se manifiesta acorde con lo sexual, ya que ello sirve de base para crear una impresión en el destinatario, razón por la cual la barrera que limita lo erótico de lo obsceno muchas veces se torna difusa.

La figura penal en comentario regula tres hipótesis distintas:

a) *Exhibiciones obscenas que tengan por espectador involuntario a mayores de edad*. En este caso debe señalarse que el contenido de lo injusto de este delito se erige sobre la ausencia de consentimiento de las personas que presencian el acto de exhibición sexual, de lo contrario si los sujetos pasivos de dicho acto han aceptado o consentido el acto exhibicionista, por ejemplo, al concurrir de manera voluntaria al lugar donde se está llevando a cabo (v. gr., espectáculos en vivo)⁶² o por actuar en connivencia con el autor o alguno de los protagonistas (actos de voyerismo).

Es indudable que las personas mayores de edad que hayan presenciado el acto de exhibición obsceno deben haber sido confrontados de manera inesperada o sorpresiva con dicha exteriorización sexual. En este tópico será menester analizar en cada caso concreto los elementos de contexto donde se desarrolló la acción de exhibición. Es harto frecuente que el que orina en la vía

61 En la anterior redacción, la publicidad constituía el elemento central de contexto en el cual debía desarrollarse el acto exhibicionista, cfr. Díaz, 1928:226.

62 Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala VI, "Paolantonio, J. M.", del 2/10/85; "González, L.", del 16/9/86.

pública sea acusado de realizar una conducta exhibicionista, pero si la necesidad fisiológica se impone en este caso y el autor realizó dicho acto con el debido reparo, entonces debe negarse la tipicidad de dicha conducta. Otro tipo de situaciones, por ejemplo, el de defecar en la vía pública, por lo escatológico del acto, no integra una conducta punible ya que dicho proceso no se conecta de manera palmaria con un acto sexual obsceno⁶³. La exhibición pública de los senos de una mujer ha perdido con el tiempo el carácter simbólico sexual que tenía en otras épocas. En este caso debe apreciarse donde se ejecuta dicha conducta de exhibición de los senos, ya que muchas veces, como lo referimos anteriormente, esa parte del cuerpo puede tener una valoración distinta dependiendo del contexto donde se desarrolla la acción.

b) *Exhibiciones obscenas que tengan por espectador involuntario de trece años y menor de dieciocho años.* Como es sabido, el derecho penal sexual les reconoce a los mayores de trece años una capacidad limitada en el marco de la ejecución de relaciones sexuales. Es político criminalmente comprensible que ciertas actividades sexuales, por su naturaleza (corrupción) o su habitualidad (prostitución), permanezcan punibles para los terceros que las promocionen o faciliten, siendo ineficaz jurídicamente el consentimiento prestado por el menor de dieciocho años. En el caso del delito de exhibicionismo, la redacción del art. 129 del Cód. Penal en comentario permite aceptar que los mayores de trece y los menores de dieciocho años también pueden consentir el acto de exhibicionismo de un tercero. Ello es así porque la última oración del segundo párrafo de esta figura ("Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años") hace una distinción con los menores de trece años, cuyo consentimiento para presenciar el acto de exhibición sexual obsceno carece de toda virtualidad jurídica. En

consecuencia, dicha inflexión en el caso de los menores de trece años de edad, por otra parte razonablemente conexas con las finalidades político criminales de las últimas reformas en materia de delitos sexuales de ampliar la tutela penal de los menores de edad en general, permite sostener que el grupo etario ubicado entre los menores de trece años hasta la mayoría de edad están capacitados normativamente para renunciar a la tutela penal que les dispensa esta forma de manifestación de lo sexual. En consecuencia, el consentimiento prestado por dichos menores en dicha franja etaria debe ser valorado como una renuncia a la tutela penal y de ahí la impunidad de la conducta⁶⁴.

c) *Exhibiciones obscenas que tengan por espectador involuntario a un menor de trece años.* En este caso, el consentimiento prestado por el menor de trece años carece absolutamente de eficacia jurídica y así no debe ser valorado como un acto de renuncia de la tutela penal. Al estar en juego el normal y pautado desarrollo de la personalidad bio-psíquica sexual del menor de trece años, el acto de exhibicionismo debe tener la idoneidad suficiente para menoscabarlo. En este punto debe tenerse en cuenta que no toda desnudez acarrea irremediablemente el adjetivo de obscena, ya que en la vida moderna dicha desnudez ha dejado de ser un tabú y en muchos casos aparece una resignificación del cuerpo humano. En todo caso, la exhibición de los órganos genitales ha pasado a ser el lugar común donde se materializa este concepto de lo obsceno, pero debe advertirse que existen supuestos (v. gr., el más corriente es el de orinar en la vía pública) donde dicha exhibición no pretende menoscabar dicho normal desarrollo de la personalidad sexual del menor de edad, en todo caso podrá atribuírsele a una conducta guiada por la ligereza o la desaprensión, pero no debe confundirse con un acto obsceno que es

63 Muñoz Conde, 2013:236.

64 Reinaldi, 2005:226; Estrella, 2005:240.

lo que la ley reprime en estos casos⁶⁵.

En el caso de las personas que padecen alguna debilidad mental significativa que influya en la esfera cognitiva o de conducción personal, el delito de exhibicionismo se consuma sin necesidad de indagar sobre la existencia o no de consentimiento.

2.4. Consentimiento del afectado y lo involuntario de la exhibición

El acuerdo del observador del acto de exhibicionismo excluye la tipicidad de esta figura. Esto se deduce del carácter individual del bien jurídico protegido, de lo contrario, si se sostuviese que este interés penalmente tutelado se compone del pudor público, dicho consentimiento del sujeto pasivo sería irrelevante y así la represión de esta conducta estaría permitida. Sin embargo, como dijimos anteriormente, es el pudor personal el menoscabado por la acción de exhibirse de manera obscena, en consecuencia, si una persona asiste a un acto privado o de acceso al público donde se anuncia la naturaleza erótica u obscena del espectáculo, mal puede afirmarse que estamos en presencia de un delito. A esta última conclusión le corresponde hacer una salvedad y ella se refiere al error del sujeto pasivo sobre la naturaleza o extensión del acto de exhibicionismo. Así bien puede suceder que una persona asista a un espectáculo en vivo donde se representan distintos comportamientos de naturaleza sexual que pueden transformarse en su inmediata ejecución en uno de carácter obsceno. Por ejemplo, se accede a una exhibición de personas adultas desnudas, pero luego algunas de ellas realizan masturbaciones o actos de penetración que sí podrían configurar la consumación de este delito.

Respecto de los menores de dieciocho años y mayores de doce años se plantea una discusión sobre el

alcance del consentimiento. El segundo párrafo del art. 129 del Cód. Pena establece una matización entre ellos y los menores de trece años. En este último caso, siguiendo los pasos de la línea ideológica que guía la represión de los delitos sexuales contra menores de edad, el consentimiento de los menores de catorce años carece de total eficacia. Sin embargo, cuando el legislador se refirió a la franja etaria que va desde los mayores de trece años hasta los menores de dieciocho años, agregó que igualmente se pune de manera agravada el delito de exhibicionismo sin atender al consentimiento prestado por los menores de esa edad. Dicha inclusión de dichos menores de edad con capacidad relativa en materia de delitos sexuales ha despertado la crítica de la doctrina nacional, que entiende, en algunos casos, que los menores de dicho segmento etario pueden renunciar a la tutela penal mediante la expresión eficaz de su acuerdo para el acto prohibido por la ley⁶⁶. En este sentido, entendemos que dichos menores de edad están protegidos frente a las exhibiciones en donde participa una víctima involuntaria, de lo contrario dichos menores de edad pueden consentir el acto de exhibicionismo.

Sin embargo, quienes no concuerden con esta postura deberán aceptar que dicho consentimiento deberá tener al menos una influencia positiva al momento de la determinación judicial de la pena, ya que la conducta receptiva de la víctima al acto de exhibicionismo debe ser tenida en cuenta, máxime cuando dichos menores de edad pueden consentir libremente relaciones sexuales con terceros, lo que constata sin hesitar la incongruencia en este punto de la concepción que aboga por la represión de este tipo de conductas de naturaleza sexual.

65 Riquert, 2008:703.

66 Reinaldi, 2005:226; Estrella, 2005:240.

2.5. Naturaleza de este delito

Según la doctrina mayoritaria, este delito se trata de una figura de peligro abstracto⁶⁷, es decir que no requiere la concreta afectación del pudor ajeno⁶⁸. Esta postura no convence, ya que el concepto de exhibición obscena implica necesariamente la concreta afectación de otro⁶⁹, por ejemplo, el que exhibe sus genitales a una persona de espalda no comete este delito⁷⁰. El principio de lesividad en el derecho penal exige que las conductas incriminadas presenten la nota de dañosidad social de la conducta, circunstancia que está ausente en los llamados delitos de peligro abstracto o también llamados delitos de sospecha. La ejecución de la acción considerada obscena debe afectar el pudor de otro, de lo contrario se estaría puniendo una conducta sin lesividad alguna, lo cual evidencia la falta de la injerencia pública por ausencia de daño a tercero (art. 19 CN). Por esta razón se trata de un **delito de resultado**⁷¹.

2.6. Delito de participación necesaria

Comúnmente el acto exhibicionista requiere la **presencia in situ de la o las víctimas**⁷², de lo contrario estaríamos ante una conducta inidónea (v. gr., el que se masturba frente a quien ha percibido de manera confusa como una persona, cuando en realidad se trata de un maniquí, o bien la ejecución de dicha conducta ante una persona muerta), pero no se requiere un contacto visual personal, ya que también se subsume en esta figura le-

gal el acto de exhibicionismo realizado ante el sistema privado de seguridad de un edificio o casa, pero sí que dicho acto de exhibicionismo sea realizado de manera *actual*, más allá de la confrontación directa o indirecta por medio de un medio de comunicación, ya que dicha acción no concuerda con los parámetros de tipicidad del tercer párrafo del art. 128 del Cód. Penal.

La doctrina alemana ha exigido para la configuración de este delito que la distancia entre el autor y la víctima sea la mínima necesaria para permitir observar a esta última el acto de exhibicionismo y su significado objetivo⁷³.

Este delito guarda relación de parentesco con el regulado por el art. 185 del Código Penal español, salvo que el sujeto pasivo en este caso debe ser una persona menor de edad o incapaz.

No debe haber contacto físico alguno entre el autor y la víctima para dar lugar a la tipificación de esta conducta delictiva. En este punto nos remitimos a la explicación dada al referirnos al concepto de abuso sexual, pero resulta útil recordar acá que la conducta de manchar a la víctima con los fluidos seminales en su vestimenta como consecuencia de la masturbación consumada encuadra igualmente dentro de esta figura penal, ya que la ausencia de contacto no se refiere al meramente físico, sino al de contenido sexual. Por ejemplo, si el exhibicionista arrincona a la víctima para que ella pueda apreciar su acto obsceno, o la toma del brazo con la intención de sacar sus manos de la cara para que pueda apreciar su obra lasciva, en este caso el mero contacto corporal no desplaza, a nuestro juicio, el acto exhibicionista en sí.

67 González, 1934:278; Creus/Buompadre, 2007:253; Estrella, 2005:241; Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala VII, "Dellino, J. A.", del 30/12/80.

68 Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala VII, "Dellino, J. A.", de 30/12/80.

69 Otto, 2004:§ 66/78.

70 BGH 2 StR 181/07, sentencia del 20/6/07 (LG Köln).

71 Diez Ripollés, 985:152; Maurach/Schroeder/Maiwald, 2003:§22 II 6; Otto, 2004:§66/78; Heintschel-Heinegg v., 2010:§183/5.

72 Maurach/Schroeder/Maiwald, 2003:§ 22 II 6; Laubenthal, 2012:marg. 724; Fischer, 2012:§183/5; Roggenwallner/Herrmann/Jansen, Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, p. 84 (131); Heintschel-Heinegg v., 2010: §183/4.

73 Fischer, 2012: §183/5.

2.7. Tipicidad subjetiva

Este delito exige **dolo directo** por parte del autor⁷⁴. No es compatible con el dolo eventual⁷⁵, aunque esta posición es minoritaria en nuestra doctrina⁷⁶. Si bien no se requiere tendencia subjetiva alguna por parte del autor⁷⁷, lo cierto es que éste debe actuar bajo la motivación de provocar una afectación al pudor ajeno. Por esta razón, la doctrina alemana explica que el dolo directo del autor debe estar guiada a lograr la percepción de un tercero, mientras que el desvalor del resultado constituido por la ofensa al pudor puede ser eventual⁷⁸. El dolo del autor abarca necesariamente la presencia de terceros y así la posibilidad de afectar el pudor personal⁷⁹. El exhibicionista pretende con su acto alterar el pudor ajeno, por este motivo la simple candidez del autor de bañar su cuerpo desnudo no alcanza en todo caso para conformar este delito. Puede presentarse un caso de error, cuando el autor sólo haya tenido la intención de exhibirse frente a mayores de edad, pero no haya contado con la presencia de menores de edad. En este caso deberá aplicarse la figura más leve que es la que prevé la pena de multa.

74 Lackner/Kühl, 2007:§183/4; Heintschel-Heinegg v., 2010:§183/6; Kindhäuser, 2006:§ 183/3, aunque admite este autor el dolo eventual, con cita del OLG Düsseldorf NSTZ 1998, pp. 412 y ss.; Donna, 2000:180; Riquert, 2008:705; BGH 2 StR 235/07, sentencia del 8/8/07 (LG Mainz).

75 Maurach/Schroeder/Maiwald, 2003: § 22 II 6; Fischer, 2012: § 183/7.

76 Núñez, 1988:390; Creus/Buompadre, 2007:255; Reinaldi, 2005:224; Estrella, 2005:240.

77 Díaz, 1928:227.

78 Fischer, 2012: § 183/7.

79 Fischer, 2012: § 183/5; Laubenthal, 2012: marg. 726.

2.8. Participación criminal

Al no tratarse de un delito de propia mano, ya que el comportamiento típico puede realizarse mediante la exhibición obscena del propio cuerpo como de un tercero, el que realiza la exhibición de su propio cuerpo será considerado autor. Nuestra ley penal no regula una limitación autoral en la ejecución de este delito de exhibicionismo, como sí lo hace, por ejemplo, el § 183 del StGB alemán que reprime únicamente el varón.

Podemos adelantar acá que también es posible aceptar la autoría mediata, ya que una persona puede provocar o aprovecharse del error ajeno para lograr la realización de este delito. Así pues, las acciones típicas aceptan el empleo del propio cuerpo como el de un tercero, pero en este caso la norma en estudio admite la posibilidad de que la exhibición obscena sea instrumentalizada por error o coacción ejercida por el sujeto de detrás, caso típico de autoría mediata.

Las reglas de participación criminal también permanecen vigentes para la realización de este delito, tanto la inducción como la cooperación son posibles. En el primer caso, el que le ofrece dinero a un tercero para masturbarse en público o el que conduce el automotor que transporta al exhibicionista.

2.9. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona, pero la ley penal hace una distinción desde el punto de vista de gravedad de lo injusto cuando el espectador involuntario se tratase de un menor de dieciocho años. En este punto puede denunciarse cierta incongruencia en la ley penal al reprimir con pena de prisión de hasta cuatro años cuando se tratase de un menor de dieciocho años en relación con la conducta de facilitar el acceso a espectáculos pornográficos o suministrar material pornográfico a un menor de catorce años, conductas que

están reprimidas con una pena de prisión de hasta tres años. Entendemos que dicha distorsión punitiva en la represión de ambas conductas, cuya ilicitud muestra puntos de contacto, es notoria, ya que si el autor le facilita el acceso a un espectáculo pornográfico a una persona de catorce años donde una o varias personas asumen conductas obscenas no está castigado, mientras que la exhibición obscena realizada frente a una persona de la misma condición etaria no excluiría la responsabilidad penal de su conducta.

Como dijimos anteriormente, la ley penal establece una distinción simbólica entre las personas menores de dieciocho años y los menores de catorce años, ya que prevé la posibilidad de que los primeros hayan consentido el acto de exhibición. Entendemos sobre este punto en relación con lo anteriormente afirmado que sería necesario una reforma penal que permita compatibilizar los arts. 128 y 129 del Cód. Penal.

III. Antijuridicidad

En esta materia debemos recordar que la exhibición del cuerpo desnudo ha sido una herramienta útil para lograr programas de concientización masiva respecto de problemas colectivos. Por ejemplo, la exhibición de una o varias mujeres desnudas ha sido empleada para llamar la atención de las autoridades públicas como del público en general con el propósito de asumir campañas o políticas desarrolladas que tengan por objetivo la adopción de medidas, por ejemplo, para la protección de animales, de recursos naturales, etc.

También las exhibiciones de la desnudez humana han sido empleadas como medios de lucha o reclamo político.

Sin embargo, no debemos perder de vista que la exhibición del cuerpo propio o ajeno debe tener un

carácter obsceno y que, en caso de tenerlo, es posible justificar dicho comportamiento desde el ejercicio de un derecho constitucional, el de reclamar a las autoridades.

IV. Imputabilidad

Es frecuente que el exhibicionista padezca de alguna alteración mental o inclinación sexual desviada que lo ubique en el terreno de la inimputabilidad⁸⁰. Esta opción está expresamente contemplada en algunos códigos penales (por ejemplo, el art. 194 del Código Penal suizo) que regulan la posibilidad de someter al autor a tratamiento médico para tratar dicho desorden de la personalidad.

V. Consumación y tentativa

Es un delito de mera actividad, razón por la cual la acción de exhibirse de manera obscena consuma este delito⁸¹, no siendo posible su tentativa⁸².

Si bien son imaginables supuestos donde el autor fracasa al ejecutar su exhibición obscena, sea por ausencia momentánea de personas o, incluso, porque el desprevenido espectador sea una persona no vidente; en todos estos casos dicha conducta no reúne los requisitos típicos exigidos por esta figura en estudio, más allá que en nuestra legislación dichas conductas idóneas

80 Lackner/Kühl, 2007: §183/5; Muñoz Conde, 2013:236 y ss.

81 Riquert, 2008:705,

82 Díaz, 1928:227; Maggiore, 1955:101; Reinaldi, 2005:225. De otra opinión, Núñez, 1988:390. Sin embargo este autor acude al ejemplo del que corre desnudo desde el fondo de su casa hacia la vía pública para mostrarse a la manifestación que pasa, pero es detenido mientras pretende abrir la puerta de calle. Si bien podría explicarse la tentativa desde el contenido de la anterior redacción de esta figura, lo cierto es que la presencia de otra persona que lo detiene, sea un familiar o un extraño, conduciría a la comisión de este delito, máxime cuando Núñez sostiene que el bien jurídico tutelado es el pudor público. En cambio, si el bien jurídico tutelado tiene una naturaleza personal, y la persona que lo detiene es un familiar, por ejemplo, su propia madre, difícilmente puede atribuirse a esa conducta frustrada las particularidades típicas del delito acá examinado. Admite la tentativa también, Buompadre, 2009:503.

puedan ser calificadas como delito imposible.

VI. Concurso de delitos

En caso de que el acto de exhibición sea el umbral para la comisión de un abuso sexual, el primero quedará subsumido dentro del delito sexual más grave⁸³. No debe existir contacto físico entre el autor y la víctima, pero el contacto debe ser de naturaleza sexual, por ende, si el autor obliga a la víctima a observar la exhibición, por ejemplo, en el interior de un ascensor donde las posibilidades de escape son nulas o en el interior de un cuarto previamente cerrado por aquél, estimamos que dicho acto debe ser subsumido dentro de las previsiones de la figura en comentario.

VII. Prescripción y el abono de la multa

Desde el punto de vista de prescripción de la acción pública, debe recordarse que el delito de exhibicionismo ante mayores de edad está castigado con pena de multa, por ende concurre en este caso la aplicación del art. 64 del Cód. Penal.

VIII. Ejercicio de la acción pública

El delito previsto por el art. 129 es uno de acción pública. En este caso y de acuerdo a la actual regulación, la autoridad pública debe actuar de oficio en caso de flagrancia o por denuncia.

El personal afectado por el acto de exhibicionismo puede constituirse en parte querellante, más allá de la interpretación individual o colectiva que se enarbore sobre el contenido del bien jurídico protegido⁸⁴.

IX. Bibliografía

AA.VV., (1898) Proyecto de Código Penal para la República Argentina redactada en cumplimiento del Decreto de 7 de junio de 1896 y precedido de una Exposición de Motivos por los doctores Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo, 2a. ed., Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional.

AA.VV., (1937) Proyecto de Código Penal para la República Argentina redactada en cumplimiento del Decreto de 19 de setiembre de 1936 y precedido de una Exposición de Motivos por los doctores Jorge E. Coll y Eusebio Gómez, Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional.

Baumeister, Peter (2009) "Sind Exhibitionisten gefährliche Täter?" Daten zu vorausgehender und nachfolgender Delinquenz, Forens Psychiatr Psychol Kriminol.

Bidart Campos, Germán J., (1987) "Exhibiciones obscenas y pudor (público o individual)", El Derecho, t. 121.

Binder, Alberto M., (1986) "Pornografía, dignidad humana y represión cultural", Doctrina Penal, Año 9, Depalma, Buenos Aires.

Bonorino Peró, P (1980) "La obscenidad en el campo del Derecho Penal Argentino", La Ley, t.1980-D.

Borinsky, Carlos, (1986) "Cinematografía, ley penal y obscenidad", Doctrinal Penal, Año 9, N° 33-34.

Bottke, Wilfried (2009) "Exhibitionistische Handlungen und Erregung öffentlichen Ärgernisses", Vergleichende Strafrechtswissenschaft. Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Swarc zum 70. Geburtstag, Herausgegeben von Jan C. Joerden, Uwe Scheffler, Arndt Sinn und Gerhard Wolf, Schriften zum Strafrecht, Heft 206, Duncker & Humblot, Berlin.

Buompadre, Jorge (2009) *Tratado de derecho pe-*

83 Laubenthal, 2012.marg. 725.

84 Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala VII, "Repetto, N.", de 20/10/92, LL, 1993-A, p. 287.

nal. *Parte especial*, t. 1, 3ª. ed., Astrea, Buenos Aires.

Carreras, Eduardo R., (2000) *“Los delitos contra la honestidad y su modificación por la ley 25.087”*, La Ley, t. C, sec. Doctrina.

Creus, Carlos/ Jorge Eduardo Buompadre, (2007) *Derecho Penal. Parte Especial*, t. 1, 7ª ed., Astrea, Buenos Aires.

Díaz, Emilio C.,(1928) *Código Penal para la República Argentina*, 3a. ed., Librería La Facultad-Juan Roldán y Cía., Buenos Aires.

Díez Ripollés, José Luis, (1985) *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona.

Donna, Edgardo A., (2000) *Delitos contra la integridad sexual*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Elbert, Carlos A., (1988) *“La cuestión de la delitos sexuales en el Código Penal argentino”*, en Doctrina Penal, año 11, Depalma, Buenos Aires.

Estrella, Oscar Alberto, (2005) *De los delitos sexuales*, Hammurabi, Buenos Aires.

Fischer, Thomas, (2012) *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59. Aufl., C. H. Beck,, München.

González, Juan F, (1934) *El Código Penal y la jurisprudencia*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Emilio Perrot, Buenos Aires.

Heintschel-Heinegg Bernd, (2010) *Strafgesetzbuch Kommentar*, C. H. Beck, München.

Kindhäuser, Urs, (2006) *Strafgesetzbuch*, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden.

Lackner, Karl/ Kristian Kühl, (2007) *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl., C. H. Beck, München.

Laubenthal, Klaus, (2012) *Handbuch Sexualstraf-*

taten. Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, Springer, Berlin/Heidelberg/New York.

López Casariego, Julio, (2000) *“Exhibiciones obscenas en la vía pública”*, La Ley, t. 2000-F.

Maggiore, Giuseppe, (1955) *Derecho penal. Parte especial*, Vol. IV, Temis, Bogotá.

Malamud Goti, Jaime E., (1984) *“La pornografía y el derecho penal (un ejemplo de paternalismo)”*, Doctrina Penal, Año 7, Nº 27, Depalma, Buenos Aires.

Marín, Jorge L. / Marta Montalto de Huergo, (2000) *“Delitos contra la integridad sexual”*, La Ley, t. 2000-B.

Maurach, Reinhart/Friedrich-Christian Schroeder/ Manfred Maiwald,(2003) *Strafrecht. Besonderer Teil, Teilband I*, 9. neu bearb., Aufl., C. F. Müller.

MacKinnon, Catharine A./ Richard Possner, (1997) *Derecho y pornografía*, Siglo del Hombre Editores, Nuevo Pensamiento Jurídico, Bogotá.

Molinario, Alfredo J./ Eduardo Aguirre Obarrio, (1996) *Los delitos*, t. I, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.

Muñoz Conde, Francisco, (1988-1989) *“Los delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro II del Código Penal)”*, Estudios Penales y Criminológicos, Nº XIII, Santiago de Compostela.

— (2013) *Derecho penal. Parte especial*, 19a. ed. revisada y puesta al día, Tirant lo blanch, Valencia.

Núñez, Ricardo C, (1988) *Tratado de derecho penal*, t. III, vol. II, 2ª reimp., Parte especial, Marcos Lerner Editora, Córdoba.

Orts Berenguer, Enrique, (1995) *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo blanch, Valencia.

Otto, Harro, (2005) *Grundkurs Strafrecht, Die ein-*

zelenen Delikte, 7. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin-New York.

Reinaldi, Víctor F, (2005) *Los delitos sexuales en el Código Penal argentino, ley 25.087, 2ª. ed.*, Ed. Marcos Lerner Editora, Córdoba.

Renzikowski, Joachim, (2005) Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band. 2/2, 2. Aufl., C. H. Beck.

Riquert, Marcelo, (2008) Comentarios de los arts. 128 y 129 del Código Penal, Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinario y jurisprudencial, David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni (dirección), Marco A. Terragni (coordinación), t. 4, Artículos 97/133, Parte especial, 1º edición, editorial Hammurabi, Buenos Aires.

Russo, Carlos María, (2004) *“El bien jurídico protegido en los delitos sexuales (análisis a la luz de la ley 25.087)”*, El Derecho.com.

Soler, Sebastián, (1992) *Derecho penal argentino*, t. III, 4ª. ed., 10ª. reimp., actualizador Manuel A. Bayala Basombrio, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.

Tieghi, Osvaldo N., (1990) *“Lesiones sexuales a menores y atentados contra el pudor”*, Doctrina Judicial, t.1990-II.

Trechsel, Stefan, (1997) Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2. Aufl. Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich.

Ure, Ernesto J., (1951) *“La tutela penal del pudor público”*, La Ley, t. 64, sec. Doctrina.

La justicia penal de la Ciudad. Un encuentro entre la jurisdicción y la fiscalía a partir de casos de violencia doméstica

Carolina Becerra (*), María Alejandra Doti (**)

* Carolina Becerra. Abogada (UBA). Especialista en Derecho Penal (USAL). Prosecretaria Coadyuvante del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas No. 24 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Docente en el posgrado de derecho Penal (UP).

** María Alejandra Doti. Abogada (UBA). Especialista en Ciencias Políticas y Sociología (Flacso). Jueza a cargo del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas No. 24 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Docente en la materia Teoría del Estado (Facultad de Derecho, UBA), docente en el posgrado en derecho Penal (UBA, UP).

I. Planteo de Casos de Revisión de Archivos por parte del Fiscal de Cámara

Partiremos aquí del siguiente interrogante: ¿Es nula la revisión del archivo efectuada por la Fiscalía de Cámara conforme el criterio de actuación FG nº 16/10¹ en casos de violencia de género en la Justicia Penal y Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires?

El Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires² prevé en los arts.199 inc. d) y 202, que cuando la Fiscalía de grado archiva un caso, por ausencia de elementos probatorios suficientes, debe disponer la notificación a la damnificada.

Ahora bien en la letra de esa ley procesal vigente no se encuentra prevista la remisión del caso a la Fiscalía de Cámara.

Surge así el interrogante respecto de si la revisión de ese especial archivo ejercida por el Fiscal de Cámara³ es válida sobre todo en casos en que el archivo dispuesto por el fiscal de grado no fue cuestionado por la víctima y sin embargo sí fue revisado y revocado por el Fiscal de Cámara.

Entonces, podría decirse que: ¿Se estaría vulnerando el debido proceso, en virtud que el art.202 del CPPCABA establece la necesidad de notificar exclusivamente a la víctima a fin que pueda ejercer su derecho a oponerse al archivo e indicar la prueba que permita

1 En la Res.16/2010 se establece el criterio general de actuación que en todos „aquellos casos en los que se presente un contexto de violencia doméstica, conforme las definiciones dadas en el acápite I de esta resolución, los Sres.Fiscales de manera directa o por intermedio de las Unidades de orientación y Denuncias o de la Oficina Central Receptora de Denuncias, pondrán inmediatamente el caso en conocimiento de la Oficina de Asistencia a la Víctima y al Testigo del MPF vía correo electrónico y la habilitarán como actor legal en el sistema JusCABA, debiendo dicha oficina efectuar el seguimiento del caso y ofrecer a la víctima el apoyo, la contención y acompañamiento necesarios a lo largo de todo el proceso judicial (acompañamiento integral).

2 En adelante CPPCABA.

3 Conforme Resolución de Fiscalía General nº 16/10, art.4.

acreditar la materialidad del hecho? Y esto teniendo en cuenta que sí existen supuestos legalmente previstos de revisión jerárquica fiscal para otros tipos de archivo.

Por ende ¿Es válido que el Fiscal de Cámara sin mediar ningún tipo de oposición de la denunciante (conforme art.202 del CPPCABA) disponga no convalidar el archivo?

Algunos operadores judiciales sostienen que los criterios generales de actuación que emanan de la Fiscalía General no pueden contener instrucciones dirigidas a los fiscales que amplíen la potestad revisora que en forma taxativa determina la ley adjetiva en atención a que de ser ello así, se estaría invadiendo la esfera del Poder Legislativo y conculcándose garantías constitucionales.

Por otro lado, distintos operadores judiciales -la mayoría situados dentro del Ministerio Público Fiscal- sostienen que lo que se denomina “elevación en consulta”, descansa en el Criterio General de Actuación contenido en la Resolución de Fiscalía General nº 16/10, cuyo art.4º dispone que en todos los casos en que se presente un contexto de violencia doméstica de **todo** archivo que se dicte deberá darse intervención a la Fiscalía de Cámara, a efectos de que revise la decisión adoptada, encontrando sustento en la ley 1903 y 2303.

En la **Res.16/10** se entiende por violencia doméstica “toda violencia cometida por una persona con la cual la víctima tiene una relación íntima o por otros miembros de la familia, cualesquiera sean el lugar y la forma en que se manifieste dicha violencia”.

La particularidad de este tipo de violencia consiste en que la agresión es ocasionada por una persona perteneciente al círculo afectivo de la víctima, de quien sería esperable una conducta contraria, es decir, de protección o cuidado. Esta condición genera un incremento significativo de sus efectos nocivos respecto a otras cla-

ses de violencia. Sus consecuencias lesionan la estructura subjetiva de las víctimas, provocando modificaciones en su comportamiento, en su capacidad afectiva y vincular, y en su autoestima ocasionándole sufrimiento y dificultando su existencia.

Asimismo los sostenedores de esta postura destacan que el carácter del archivo conforme a los arts.199 inc “d” y 202 del CPPCABA no es definitivo sino provisorio ya que se encuentra prevista su reapertura, por ello dicho archivo no deviene de una decisión jurisdiccional, la que sí cerraría definitivamente el caso.

Contemplando estas dos posturas intentaremos dilucidar y acercar algunas ideas-respuestas a este dilema.

II. Marco Normativo Procesal aplicable

El artículo 199 refiere que el archivo de las denuncias y de las actuaciones de prevención procederá cuando: .. inc. d) De la objetiva valoración de los elementos acompañados surja claramente que no hay posibilidad de promover la investigación o individualizar a los autores del hecho.

El art.202. “Archivo por falta de pruebas” refiere que: ..Cuando el/la Fiscal disponga el archivo por no haber podido acreditar que el hecho efectivamente ocurrió, o individualizar al imputado ...debe notificar al damnificado, a la víctima, al denunciante, quien dentro del tercer día podrá oponerse al archivo ante el Fiscal de Cámara indicando las pruebas que permitan acreditar la materialidad del hecho..

Asimismo el artículo 203 del CPPCABA establece, en su último párrafo, los alcances del archivo, definiéndolo como provisorio, al aclarar que en los casos en que se disponga por aplicación del inc “d”: ..Si el archivo se hubiera dispuesto por las otras causales previstas en el artículo mencionado, se podrá reabrir el proceso cuan-

do se individualice a un/a posible autor/a, cómplice o encubridor/a del hecho, aparecieran circunstancias que fundadamente permitieran modificar el criterio por el que se estimó injustificada la persecución.

Ahora bien, con esto ya podemos inferir que dependerá de cada caso evaluar si se han introducido circunstancias pertinentes como para provocar la alteración del archivo ya decretado por la fiscalía de grado.

Ahora bien, nuestro caso hipotético es aquel en que la denunciante no solicita el desarchivo de actuaciones, y sin embargo el Fiscal de Cámara revisa el archivo y lo revoca.

Podemos seguir de lo apuntado hasta aquí, que el carácter del archivo previsto en el art. 199 inciso “d” es un mero cierre administrativo dado que la letra de la norma prevé que puede ser recurrido por las partes y así lo ha entendido la Jurisprudencia⁴.

Nótese que en los casos de los incisos a, c, f, i del art.199 la resolución de archivo, por sus efectos, puede equipararse a una sentencia de sobreseimiento, en razón de que adquiere fuerza de cosa juzgada. Una vez que se desiste de la acción, no puede retrotraerse la potestad punitiva para intentar aplicar una sanción a un individuo que ya fue sometido al proceso. Se prohíbe que el Estado vuelva a someter al imputado al mismo proceso por el mismo hecho.

En los restantes casos -incluido el inciso “d”-, el archivo no implica el cierre definitivo del proceso, lo que significa que el fiscal, ante la aparición de nuevos elementos, puede disponer la reapertura de la investigación. Si la defensa, no estuviera de acuerdo con dicha decisión, podrá petitionar el cierre definitivo del proceso mediante el dictado de un auto de sobreseimiento ante

4 Capel.Penal, Contrav y faltas, Sala I, 3/3/09 “Inverga, Eduardo s/Infrac.Art.149 bis CP, Amenazas”

el juez de garantías y podrá plantear su revisión mediante recurso de apelación⁵.

De otra parte, podemos afirmar que las resoluciones del Fiscal General que establecen cuestiones de política criminal no son asimilables a la ley, básicamente porque no tienen la legitimidad popular y democrática de aquella, por lo que éstas deben dictarse siempre dentro de un marco legal, en el caso, establecido por el código procesal que actúa como límite y como un freno a la política criminal que pretende desarrollar.

También es cierto que el legislador fue muy claro al establecer dentro del marco del Código Procesal Penal aquellos supuestos concretos en los que correspondía el control del Fiscal de Cámara frente a las decisiones de los fiscales de primera instancia, y el supuesto del **inc“d”** no se halla dentro de aquellos supuestos.

La redacción del art.199 inciso f) que comienza textualmente: **“Con la conformidad del/la Fiscal de Cámara...”** únicamente ha sido asentada por el legislador para los incisos “f”, “g” e “i” de modo tal que se ha excluido expresamente la posibilidad de **revisión genérica** por el superior jerárquico del Ministerio Público Fiscal de todos los casos de archivo, preservando de ese modo la autonomía funcional y de criterio de cada miembro del órgano Fiscal.

III. La Peculiaridad propia de los Casos de Violencia Doméstica y/o de Género

Todo ello es así, pero consideramos que la cuestión merece un apartado especial para los casos enmarcados en lo que se denomina “violencia de género” o lo que la Resolución de Fiscalía General No. 16/10 denomina “violencia doméstica”.

En otras palabras, resulta adecuado lo expuesto hasta aquí en un nivel de análisis normativo, pero adquiere distinta y resaltada relevancia y consideración frente a la implementación de políticas criminales especiales en la persecución de delitos que afectan a minorías sociales, con un claro sentido de vincular dicha iniciativa en la acción investigativa con la disuasión de esas conductas ilícitas afectantes de grupos determinados de la sociedad. Y ello teniendo en cuenta notoriamente, que el Estado argentino firmó compromisos internacionales que dieron reconocimiento legal a los derechos humanos de las mujeres.

Entre ellos, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y de su Protocolo Facultativo, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶ y la Ley 26.485 de Protección Integral contra las Mujeres.

Por ello es dable destacar, que nuestro país tiene la obligación de establecer medios eficaces para la reparación de las mujeres víctimas, lo que hace emerger su posible responsabilidad por el incumplimiento de dicha obligación -Art.7 inc.“G” de la Convención de Belem do Pará-

⁵ Capel.Penal, Contrav y faltas, Sala I , 9 del 11 del 2006“A.M. y B.M.G s/ infr.art.189 bis causa 23055/06. y Sala II 26/8/05 en “Curibianco Carrión, Elmer s infr.art.189 bis CP”

⁶ reconocen el respeto a los derechos humanos.

Como refiere la Sala III de este fuero en Causa Nro: 0027429-01-00/10, Autos: Newbery Greve Guillermo Eduardo s/ infr. art. 149 bis: ..las convenciones internacionales como Belén do Pará, que ostentan rango constitucional, deben ser receptadas por la legislación interna y por los operadores del sistema y ésta impone abordar desde una perspectiva diferente el análisis de las causas que involucran cuestiones de género. La jurisprudencia de la C.S.J.N. impone que las sentencias de la CIDH sean acatadas por la jurisdicción interna...

En los fallos “Espósito” y “Bulacio”, entre otros, dispuso que resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino “por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho Tribunal internacional (párr.6)”...⁷

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer –“Convención de Belem do Pará”- ratificada por el Estado Argentino por medio de ley 24.632, establece en su art. 1º que.. *Para los efectos de esta Convención deben entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, **daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer** (la *negrita es nuestra*), tanto en el ámbito público como privado*.” Seguidamente, su art. 2, apartado b, reza: *“Se entenderá que violencia contra la mujer incluye violencia física, sexual y psicológica que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar...*

En el preámbulo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la

mujer⁸ se reconoce explícitamente que las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones y subraya que esa discriminación viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana.

La CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) en el caso “María da Penha Maia Fernandes”-Informe de fondo del 16 de abril de 2001, nº 54/01, párrafo 56- dijo que cuando se verifique: negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores...no solo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa inefectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos..

Al respecto, la Jurisprudencia refiere lo siguiente: ..Es obligación del Estado Argentino respetar los pactos y/o tratados internacionales con jerarquía constitucional, conforme lo previsto en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y ajustar su normativa interna en lo que al caso de los niños se refiere, **establecer políticas de prevención efectivas para eliminar las relaciones de violencia dentro del grupo familiar**. Todo ello con el fin de hacer visible aquello que una supuesta naturalidad ha mantenido invisible como la validación de la perpetuación de diversos estereotipos y la falta de compromiso social en general para tratar la problemática que da sustento a este tipo de violencia. Para ello, como señalamos, deben concretarse reformas legales y la capacitación de los operadores del sistema⁹.. (las negritas nos pertenecen).

8 CEDAW. El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó esta Convención que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países. En 1989, décimo aniversario de la Convención, casi 100 naciones han declarado que se consideran obligadas por sus disposiciones.

9 Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa Nro.: 0044373-00-00/09. Autos: N., A. E. s/ infr. art(s). 149 bis, Amenazas - CP (p / L 2303). Sala III.

7 Sala III, del día 2 de febrero de 2012, sobre el tema: Amenazas - Violencia Doméstica - Violencia de Género.

Con fecha del 23 de abril de 2013, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso de violencia de género¹⁰ revocó el pronunciamiento que había otorgado la suspensión del juicio a prueba al imputado, entendiendo que ello atentaba contra las obligaciones asumidas por nuestro país al ratificar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en pos de cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos como los aquí considerados.

La Corte¹¹ comparte así los argumentos dados por el Procurador Fiscal entre los cuales se refiere lo siguiente: .."De lo hasta aquí expuesto resulta que prescindir en el sub lite de la sustanciación del debate implicaría contrariar una de las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la "Convención de Belem do Pará" para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos como los aquí considerados..**Contrariando esa posición, es menester afirmar que ninguna relación puede establecerse entre este instituto de la ley penal interna y las obligaciones asumidas por el Estado en virtud de la norma citada en último término, referidas al establecimiento de mecanismos judiciales que aseguren el acceso efectivo, por parte de la mujer víctima de alguna forma de violencia,**"resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces".. (las negritas nos pertenecen).

Teniendo en cuenta que en estos últimos tiempos, se ha arribado a un cierto consenso internacional acerca de la necesidad de hacer frente a esta temática, entendemos en principio que la Resolución FG n° 16/2010 de fecha del 15 de enero de 2010 que refiere: "que para combatir la violencia doméstica no sólo hay

que conocerla, sino también reconocerla" se encuentra en consonancia con la obligación asumida por el Estado argentino para el tratamiento de este tipo de casos¹², ejerciéndose por esta vía, por lo tanto un "doble control" en casos de archivo del fiscal de grado y sólo para casos de "violencia doméstica", que en su mayoría como lo demuestran las estadísticas judiciales devienen en "violencia de género".

Como refiere la Sala I¹³, en los delitos de violencia doméstica, es poco frecuente la posibilidad de contar con testigos presenciales de los episodios de violencia denunciados. Ello así, pues lo que precisamente caracteriza a este tipo de conductas es que ellas se materializan puertas adentro, por ello se trata, muchas veces, de una violencia invisible y silenciosa, que los órganos del Estado, por medio de la creación de herramientas recientes, intentan visibilizar y revertir. De ahí que una doble lectura del caso podrá propender más eficazmente a ubicar mejores medios de prueba, más creativos en miras a esta finalidad superior, constitucionalmente hablando.

Todo ello sin perder de vista que la Convención de Belén do Pará establece en su art. 14 que "nada de

12 Conforme Art.75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Declaraciones, Convenciones, y Pactos complementarios de derechos y garantías 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

13 Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa Nro.0057927-00/10 Autos. R.F.A s/infr.art.149 bis CP. Amenazas. Sala I. Del voto de Dr. Marcelo Vázquez, Dra. Elizabeth Marum. 1/6/2011.

Del voto de Dr. Jorge A. Franza, Dra. Marta Paz . 12-05-2011

10 Autos "recurso de hecho deducido por el Fiscal General de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Góngora, Gabriel Arnaldo sobre causa nro.14.092.

11 Dras.Carmen M.Argibay y Elena I.Highton de Nolasco y Dres.Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos S.Fayt, Juan Carlos Maqueda, E.Raúl Zaffaroni

lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

En el año 2001, la CIDH responsabilizó al Estado por omisión, negligencia y tolerancia en relación con la violencia doméstica contra las mujeres brasileñas. Consideró que en este caso se daban las condiciones de violencia doméstica y de tolerancia por el Estado definidas en la Convención de Belém do Pará y que existía responsabilidad por la falta de cumplimiento a los deberes del art. 7(b), (d), (e) (f) y (g), en relación con los derechos por ella protegidos, entre los cuales se señalaba el derecho a una vida libre de violencia (art. 3), a que se respete su vida, integridad física, psíquica y moral y seguridad personal; dignidad personal, igual protección ante la ley y de la ley; y a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la amparara contra actos que violaran sus derechos (art. 4 (a), (b), (c) (d), (e), (f) y (g)). Así, consideró violados los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana, en conexión con la obligación de respetar y garantizar los derechos, prevista en su art. 1(1), debido a la dilación injustificada y tramitación negligente del caso.

Además, estableció “recomendaciones” de naturaleza individual para el caso y también de políticas públicas para el país. En síntesis, las de: completar el procesamiento penal del responsable; proceder a una investigación y responsabilización en relación con las irregularidades y retrasos injustificados en el proceso; proveer una reparación simbólica y material a la víctima; promover la capacitación de funcionarios judiciales y policiales especializados; simplificar procedimientos judiciales penales; promover formas alternativas de solución de conflictos intrafamiliares; multiplicar el número de Comisarías de la Mujer con recursos especiales y brindar apoyo al Ministerio Público en sus informes judiciales; in-

cluir en los planes pedagógicos unidades curriculares sobre el respeto a la mujer, sus derechos, la Convención de Belém do Pará y el manejo de conflictos intrafamiliares.

Atento ello, y abocándonos al hipotético caso que encabeza estos pensamientos, entendemos que se deberán analizar especialmente y real cuidado, **las circunstancias particulares del contexto de violencia** a fin de determinar la existencia de voluntad cierta en la víctima, en el caso que no se oponga al archivo de las actuaciones que la involucran. Es decir, si su **omisión o simple pasividad** al respecto -al no utilizar la herramienta otorgada por la ley en cuanto a la posibilidad de oposición al archivo- resulta clara y autónoma o bien si esta decisión se encuentra inmersa en un contexto de violencia unidireccional, en la cual la mujer ve afectada seriamente su identidad¹⁴.

La antropóloga Lenore Walker (El síndrome de la mujer maltratada, 2012, Biblioteca de Psicología Desclée de Brouwer) al analizar a la víctima de este tipo de casos, refiere que la mayoría se encuentra subyugada en lo que denomina “**síndrome de indefinición aprendida**” por el cual las víctimas de violencia familiar sentirán que hagan lo que hagan, nunca podrán salir de esta situación en las que se encuentran inmersas, anulándose toda posibilidad de reacción ante la desesperanza y el repetido fracaso en para la violencia del hombre.

O bien se encuentran bajo el “**Posicionamiento tradicional de género**” que dice que una mujer debe

14. “no puede echarse por tierra lo dispuesto en los artículos 8.2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que se pierde de vista que no todo conflicto entre un hombre y una mujer es “violencia de género”. Interpretar así las relaciones humanas no sólo supera un umbral mínimo de razonabilidad en sentido constitucional, sino que genera serio peligro de tender a una total judicialización de la vida privada y a la judicialización de toda desavenencia conyugal, con las nefastas consecuencias que ello puede acarrear para el objeto mismo que se está queriendo tutelar, y viola flagrantemente el principio de “ultima ratio” que debe regir la actuación del poder penal”. Juzgado de Primera Instancia nro.14. Autos: G.G.D s/inf.art.149 bis (amenazas simples) del CP. Del fallo de la Dra. María Gabriela López Iñiguez.23-11-2011.

permanecer al lado de su marido pase lo que pase, ser su soporte emocional, ocultar sus defectos. Según este modelo, cuando las relaciones de pareja fracasan, la responsable es la mujer, por lo que las víctimas persisten y persisten intentando no “fracasar” en la relación.

Asimismo Donald Dutton¹⁵ al analizar al “hombre violento” nos dice que presentaría ciclos compatibles con los hombres violentos: el ciclo de violencia, la doble fachada de hombre violento, conductas de control, celotipias y de posesión, aislamiento, inhabilidad para resolver conflictos en forma no violenta, tendencia a la minimización de la conducta violenta, justificación del comportamiento violento, exculpación constante, definiciones rígidas de masculinidad y feminidad y consideración de la mujer como posesión personal con un bajísimo registro de sus necesidades y deseos. Todas características que resultan funcionales a la psicología de las víctimas y que una investigación judicial no puede obviar.

Por lo expuesto, debe meritarse con especial cuidado toda expresión de voluntad de estas víctimas, lo que habilita su control y complementación por los órganos estatales. En esta línea, refiere la Sala III¹⁶ de la Cámara del fuero que: ..la denunciante no se encuentra en igualdad de condiciones con respecto al imputado, ya que estamos ante un caso de violencia familiar, puntualmente bajo la forma denominada violencia castigo o violencia complementaria, que se construye bajo una relación desigual, en donde uno de los actores se posiciona en una condición de superioridad respecto al otro y se siente con derecho a infringirle un sufrimiento. El que actúa con violencia se considera existencialmente superior y el otro lo acepta. La relación se caracteriza por una diferencia de poder. En este tipo de relaciones, la

violencia es unidireccional, íntima y no tiene pausa y se ve seriamente afectada la identidad de quien recibe la violencia, en tanto en el contexto de la relación de pareja, se le niega el derecho de ser otro y diferente¹⁷..

En otro fallo¹⁸ la Sala III sostiene: ..los fenómenos de violencia doméstica o de género, graves tanto por su naturaleza como por su repercusión social, producen entre otras circunstancias, un profundo abismo entre las partes, existe desigualdad entre ellas, ante la carencia de autonomía, paridad y objetividad de las mismas. Esa desigualdad sólo puede ser corregida mediante la tutela judicial. Es por ello que debe valorarse, en cada caso, sin perder de vista, la desigualdad que resulta esencial a este tipo de cuestiones, si existe o no igualdad de partes..

Con fecha de septiembre del 2013, el Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad hizo una interpretación de cómo deben tratarse este tipo de casos.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo¹⁹: ..El “sentido común” al que recurre la Defensa no sólo es insuficiente a efectos de fundar un reclamo en términos constitucionales, sino que además es improponible por remitir a prejuicios y estereotipos prohibidos por los estándares internacionales vigentes en la materia.

Ese planteo evoca la falsa dicotomía entre la esfera pública y la esfera privada según la cual, a la justicia penal no le correspondería inmiscuirse en los “asuntos

17 Perrone Reynaldo y Martine Nannini, (1997), “Violencia y abusos sexuales en familia. Un abordaje sistémico y comunicacional”, Ed. Paidós, Buenos Aires citado en el fallo mencionado.

18 Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa nro.38597/11 caratulado: “Incidente de requerimiento de elevación a juicio en autos Serenelli, Jorge Enrique s/ inf.art.52 CC”. Sala III. Voto de Dres. Jorge Franza y Marta Paz.

19 Expte. n° 8796/12 “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Legajo de requerimiento de elevación a juicio en autos Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/ inf. art. 149 bis CP” – TSJ DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES – 11/09/2013

15 Dutton, Donald (1997) “El golpeador: un perfil psicológico”, Paidós Ibérica.

16 Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa Nro.:0051418-00/10 Autos: P.R.A s/ infr.art.149 bis, Amenazas. CP. Sala III. Del voto de Dra. Silvina Manes con adhesión de Dra. Marta Paz.2/6/2011.

de pareja". La caracterización de la violencia como un rasgo propio de los vínculos familiares disfuncionales, desconoce la interpretación consagrada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos según la cual, la violencia de género constituye una violación de derechos humanos derivada de una desigualdad social de tipo estructural.

Los casos mencionados reconocen la falencia del concepto tradicional sobre el papel del Estado en el ámbito familiar, al reconocer las jerarquías sexuales y la existencia de la opresión de las mujeres que existen de hecho en ese ámbito, en gran medida generadas por la supuesta neutralidad de las normas y de las políticas públicas y la inacción del Estado... La CIDH observa en consecuencia que el sistema interamericano, en base a los claros términos de la Convención de Belém do Pará, ha reconocido que la violencia por razones de género es "una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres" (OEA/Ser.L/V/II., Doc.68)..

IV. El Tema circundante de las Instrucciones Particulares y Generales Fiscales y su Validez

En torno a la validez de las Instrucciones generales y particulares de las cabezas de los Ministerios Públicos Fiscales, bastante se ha hablado, pero ello no resulta óbice para recordar en este contexto, que sus cuestionamientos parten principalmente de una visión que plantea y critica la excesiva potestad del fiscal en los rituales en desmedro del imputado y que suele avasallar una intervención necesaria y oportuna del órgano jurisdiccional. Es cierto, que la jurisdicción constituye un límite preciso al ejercicio de la acción y que las garantías operan como seguridades frente al poder punitivo. Pero debemos observar que la misión del procurador es la de impulsar la acción e investigar, y es de tal necesidad que

sin ella no habría Juez independiente en la decisión.

Ahora bien, las instrucciones fiscales deben evaluarse en el marco de la legalidad procesal. Se ha criticado, en principio, que todos los delitos deben ser perseguidos con igual intensidad por los órganos correspondientes²⁰.

Sin embargo convenimos aquí, que la misión de ejecutar los dictados de la política criminal, que acompaña la obtención de los objetivos que hacen a los fines del Estado, operan en la órbita de todo el Poder Judicial, puesto que el MPF actúa para la obtención de los mismos pero es misión también de los jueces muchas veces contrarrestarlos mediante el control jurisdiccional. Por eso se ha afirmado la validez de las instrucciones sobre todo para uniformar criterios, o sea cuando las decisiones de los fiscales que quedan libradas al criterio de interpretación individual ponen en riesgo la unidad y coherencia de las políticas estatales en general. La necesidad de establecer prioridades en materia de persecución penal se torna ineludible, formalizándose por esta vía una selectividad institucionalizada y general.

Instrucciones legítimas en este plano de razonamiento, implican que las mismas no contravengan la legalidad, que sean escritas, públicas, y atendiendo a los criterios preventivo generales decididos por los órganos legislativos. Es así que en el caso en estudio, consideramos que la legitimidad de la Instrucción General de marras resulta innegable, sin perjuicio que la implementación de mecanismos válidos para cuestionarlas o revisarlas por los fiscales inferiores, incluso con control jurisdiccional, parecería emproljar mucho más la situación. (Véase el Procedimiento especial de objeciones a Instrucciones Generales y Particulares, dictado para el Ministerio Público de la Provincia de Santa Fe en el año 2013, que permite la posibilidad de cuestionamiento del

²⁰ Bruzzone, Carlos (1997) "Las llamadas "instrucciones de los fiscales". Año 2. Número 2. Revista Latinoamericana de Política Criminal.

inferior mediante una valoración escrita y en miras a obtener mayor eficacia del servicio).

V. Algunas conclusiones

Por un lado, observemos que la Jurisprudencia ha arribado a diferentes conclusiones en relación al consentimiento válido de la víctima²¹. Lo cierto es que habilitar para estos especiales casos las facultades de la Fiscalía de Cámara, en su rol de unificador de criterios de interpretación, resulta coherente con el sistema constitucional, penal y procesal nacional e internacional en la materia de violencia doméstica y de género. Asimismo, no debe perderse de vista, que tal control redundará en la práctica en una mayor exhaustividad en las decisiones de archivar casos como el descrito, en tanto es habitual que la voluntad de la víctima se halle viciada frente a la situación de conclusión de un proceso; mucho más cuando en la mayoría de estos supuestos, la propia situación de vulnerabilidad de la misma la lleva a no prestar colaboración en la investigación²².

Por ende, podemos inferir que el auto que eleva

21 Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas. Causa nro.57107-CC-10 Autos: Coggiola, Horacio Marcelo s/infart.183 y 149 bis CPSala I. Del Voto en disidencia parcial del Dr.Sergio Delgado.: "Si bien es cierto que la oposición fiscal a llevar a cabo una audiencia de mediación se encontró fundada en la calificación de altísimo riesgo contenida en los informes efectuados por la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación...no resulta adecuado, a mi entender, restarle relevancia al consentimiento posterior prestado a tales fines por la denunciante, que fuera informado a personal de la Fiscalía en ocasión de producirse la comunicación telefónica documentada en el expediente..."

22 Ciclo de la Violencia Conyugal: Acumulación de tensión: las agresiones son de tipo verbal, consistentes en insultos, agravios, reproches. Se instala un malestar en el intercambio vincular que aumenta conjuntamente con el temor de la víctima. Estallido de violencia: las agresiones se manifiestan a través de la acción violenta sobre la víctima o sobre los objetos. Es el momento más peligroso en el cual suelen producirse lesiones físicas o la muerte de cualquiera de los participantes del suceso. Reconciliación o luna de miel: las agresiones cesan. El agresor se muestra arrepentido, realiza intentos de reparación y promesas de cambios de conducta para el futuro. La dinámica de este ciclo, una vez instalada, se reitera sistemáticamente en intervalos de tiempo cada vez más cortos.

a revisión la decisión fiscal que archiva el legajo en casos de violencia doméstica y violencia de género, en casos en que la víctima no solicita de forma expresa su desarchivo no deviene nulo²³, en tanto resulta ajustado a los Tratados Internacionales que protegen los derechos de las mujeres en los casos de violencia doméstica.

Resulta esta interpretación asimilable a lo dicho por el máximo Tribunal Nacional en el referido fallo "Góngora", en tanto lo expresado por la ley procesal debe interpretarse en el marco de un contexto político estatal que persiga objetivos de bien común comunitario. Asimismo, esta posición pretende hallar un mayor compromiso de la justicia con la situación de aquellos más desfavorecidos socialmente. "

Es por ello, que deseamos resaltar que en términos de democráticos, una sociedad es justa cuando, además de respetar los derechos civiles y políticos, garantiza a todos una igualdad real de oportunidades²⁴. O en otras palabras precisamos de decisiones que combinen el respecto por el pluralismo y la división de poderes con un Estado activo puesto al servicio de hacer más iguales a los iguales.

VI. Bibliografía

Amato, María Inés (2006), *"Víctimas de la violencia"*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires.

Bruzzone, Carlos (1997) *"Las llamadas "instrucciones de los fiscales"*. Año 2. Número 2. Revista Latinoameri-

23 "...La nulidad se vincula íntimamente con la idea de defensa (art.18, CN). Sólo cuando surge algún vicio, defecto u omisión que haya privado a quien lo invoca del ejercicio de alguna facultad, afectando la garantía en cuestión, se produce una indefensión configurativa de nulidad (CJ San Juan, JA, 1988-III, pág. 362). Si no media tal perjuicio, la invalidez del acto por nulidad queda descartada..."

24 RAWLS, John, (1971) *"A Theory of Justice"*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press., (Versión en español: Teoría de la justicia, traducción de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.)

cana de Política Criminal.

Christie, Nils (1984), *"Una pieza arqueológica del Código Penal"*, Fondo de Cultura Económica, México.

Dutton, Donald (1997) *"El golpeador: un perfil psicológico"*, Paidós Ibérica.

Fleitas Ortiz de Rozas, Roveda, Eduardo (2004) *"Manual de Derecho de Familia"*, Lexis Nexis, Buenos Aires.

Perrone Reynaldo y Martine Nannini, (1997), *"Violencia y abusos sexuales en familia. Un abordaje sistémico y comunicacional"*, Ed.Piados, Buenos Aires citado en el fallo mencionado.

Ley 24.417, de Protección contra la Violencia Familiar, publ.BO Nº 1947 del 20/7/10.

Ley Nº 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, publicada en BO el 14/4/09.

Resolución FG Nº 16/10, disponible en el sitio web www.fiscalia.jusbaires.gov.ar

Sancinetti, Marcelo A. (2000), *"Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia. Hacia la recuperación de las máximas Testimonium-nis no valet"* y *"Nemotestis in propria causa"*, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Nº 6, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

La capacitación judicial en la Provincia de San Luis

Maria Eugenia Bona (*)

* Miembro del Consejo Académico del Instituto de capacitación e investigación del Poder Judicial de San Luis "Dr. Tomás Jofré". Juez Laboral. Vocal de la Comisión Directiva de Reflejar. Profesora de Derecho Laboral de la Facultad de Derecho - U.C.C. sede San Luis.

El siglo XXI es el siglo de los jueces, así lo ha dicho el Dr. Lorenzetti, opinión compartida por destacados juristas, y que también comparto. Esta definición pone a los jueces frente a grandes desafíos, uno de los cuales, es generar en la sociedad la confianza, que, es público y notorio, ha perdido en nosotros.

Sin duda alguna, la gran herramienta de la transformación institucional es la capacitación judicial, la cual debe abarcar a todos los operadores del Poder Judicial.

En la Provincia de San Luis, por ACUERDO 227/98, se creó el Instituto, se modificó por ACUERDO 84/O8, el cual fijó su estructura, composición del CONSEJO ACADÉMICO, objetivos y atribuciones.

En 2010, se le dio nombre al organismo, y se eligió el del Dr. TOMAS JOFRE, ilustre jurista puntano, con una destacada trayectoria en la provincia de Buenos Aires.

También a partir del 2010, con la gestión como presidente del Instituto de la Dra. Lila Novillo, se designa una Asesora pedagógica, con el fin de completar la tarea de planificación con un aporte técnico, y con la idea de que toda tarea de capacitación debe ser interdisciplinaria, para lograr un resultado integral mejor.

En esta etapa, el Instituto comienza no sólo a trabajar en la capacitación interna, de sus magistrados, funcionarios y empleados, sino que se abre a la comunidad, celebrando convenios de cooperación técnica, con diversos organismos del Poder Ejecutivo y casas de altos estudios, por ejemplo la Universidad Austral, UBA, U.C.C.B.A., U.C.C., U.N.S.L., COLEGIOS DE ABOGADOS, lo que permite el dictado de cursos y post grados, sin necesidad del desplazamiento fuera de la provincia.

Respecto al trabajo de capacitación externa, tenemos varios programas en ejecución, debiendo aclarar que los magistrados y funcionarios que trabajan en ellos, lo hacen ad honorem, sin relevo de funciones, con

el espíritu de mostrar transparencia ante la comunidad, lograr un acercamiento con ella, las posibilidades de acceso de la justicia.

Esta en ejecución JUECES EN LA ESCUELA, programa que bajo el lema NADIE PUEDE DEFENDER UN DERECHO QUE NO CONOCE, en base a la opinión de Platón, de que lo primero que el hombre debe conocer son las leyes. Nos acerca a los chicos de los últimos cursos, primarios y secundarios, de las escuelas de las tres circunscripciones judiciales, y también, por medio de la tarea mancomunada con los jueces de paz, a las escuelas rurales. Este proyecto tiene ya tres años, y en el primer año, se capacitaron más de 1.200 chicos, estando en proceso de evaluación del año 2013. También se elaboró un Protocolo para el abordaje de casos de violencia escolar, que es uso obligatorio en todas las escuelas de la provincia, a partir del inicio del presente ciclo lectivo.

En razón del sistema informático que se utiliza en la provincia, debo recordar que San Luis se encuentra rodeada por un anillo informático, la AUTOPISTA DE LA INFORMACIÓN, a la cual el Poder Judicial está integrado, que permite el control del expediente a los letrados desde su estudio, y la presentación de escritos vía mail, previo obtención de su clave personal, y la firma digital, certificada por la Universidad de La Punta. Esta forma de trabajo hace necesaria una capacitación y actualización permanente, para todos los operadores del sistema. Estas capacitaciones son presenciales o virtuales, ya que se cuenta con un aula virtual, la cual está abierta a la comunidad, sin otro requisito que la obtención de la clave de acceso personal.

Se han capacitado en esta aula, por ejemplo, personal docente, policial, de salud, abogados, en temas trabajados, como ya he expresado, a través de nuestros convenios de asistencia técnica.

Silenciosamente, SAN LUIS crece, trabaja, estudia,

con la misma fuerza ancestral que ayudó, en su pobreza, a la campaña libertadora, en esta tarea docente que es, fundamentalmente, una tarea de amor.

Estamos convencidos que la capacitación es la única forma de lograr una justicia independiente, y la inserción en la comunidad, la mejor manera de lograr paz y justicia social, y una mejor sociedad para nuestros hijos.

Me permito terminar con una cita, que resume magistralmente lo que quisiera haberles comunicado: *“vivir una nueva y verdadera ética de la justicia, superadora*

de la justicia formal, probada insuficiente para satisfacer las apetencias de los ciudadanos. Un modelo de rostro más humano, capaz de ganar nuevamente la confianza de la gente común”. (Morello-Berizonce. Formación de jueces y abogados. La especialización. J. A.1994-I-925).

Agradezco a los amigos del Centro de Capacitación de CABA la confianza dispensada al invitarme a participar en este importante evento.

La aplicación del *scoring* en la probation contravencional

María Fernanda Botana (*)

* Abogada. Diploma de Honor (UBA). Especialista en Derecho Penal (UBA). Magíster en Criminología (UNLZ). Juez Penal, Contravencional y de Faltas del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

I. Introducción al tema. Nuestra posición

El artículo 45 de la ley 1.472 —según modificatoria de la ley 4.034— establece que: “ (...) (l)a suspensión del proceso a prueba no obstará a que (,) en los casos previstos en los artículos 111, 112 y 114 del Título IV, Capítulo III de este Código (,) el Juez Contravencional notifique al Poder Ejecutivo para que se adopten las medidas administrativas previstas en el Título Undécimo del Código de Tránsito y Transporte, que resultarían aplicables en el caso que recayera condena.”

El artículo 11.1.3, del anexo I, de la ley 2.641 dispone que “ (...) (e)n los casos de contravenciones cuyas conductas son previstas para la pérdida de puntos, que hayan sido remitidas a la Justicia Contravencional y de Faltas, las sentencias serán comunicadas a la Unidad Administrativa de Control de Faltas, a los efectos de que se proceda al correspondiente descuento de puntos, según lo establecido por el art. 11.1.4 del presente código.”

El objeto del presente trabajo es avocarse al estudio de la constitucionalidad del primero de los artículos mencionados. Previo a ello, analizaremos, someramente, si puede ser declarada de oficio por el juez que interviene en el trámite de la causa.

Que reiteradamente ha señalado nuestra Corte Suprema de Justicia que: “es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella”¹.

Asimismo, “ (...) es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa

concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución. Más de ello no se sigue la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 Ver Texto Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior”².

“Que, además, se consignó que no puede verse en ello la creación de un desequilibrio de poderes en favor del judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay. Tampoco se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución. Ni, por último, no puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería, también, descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso”³.

Por tanto, más allá del arduo debate mantenido

2 CSJN, “Juzgado de Instrucción Militar nº 50 de Rosario”, 24/04/1984, Fallos 306: 303, del voto de los jueces Fayt y Belluscio.

3 CSJN, Banco Comercial de Finanzas S.A s/ quiebra”, 19/08/2004, Fallos 327: 3117, conforme al antecedente “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Ángel Celso c/Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contencioso administrativa”, 27/09/2001, Fallos 324: 3219, votos del Juez Boggiano, considerandos 11, 13 y 14, y del Juez Vázquez, considerandos 15, 16, 17 y 19. Sobre el punto: Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada”, 3era edición, editorial La Ley, 2006, p. 971 y ss.

1 CSJN, “Di Mascio, Juan Roque”, 01/12/1988, Fallos 311: 2478.

sobre el punto por doctrina y jurisprudencia especializada, la Corte reconoció, expresamente y sin lugar a hesitación, la facultad de los jueces de dictar la inconstitucionalidad de una norma de oficio. Ello, como última ratio, es decir, agotadas las posibles y razonables interpretaciones para mantener su aplicación.

Abona esta tesis, la reforma constitucional del año 1994 que consagró los nuevos derechos y garantías y dispuso, en el artículo 43, la posibilidad del magistrado de declarar de oficio, en la acción de amparo, la inconstitucionalidad de las normas en que se funde el acto u omisión lesiva.

Respecto al tema que nos convoca, creemos que el legislador yerra al imponer una sanción de tipo administrativa propia del régimen de faltas al Código Contravencional. Para ello, debió modificar los artículos 21 a 24, lo que en la práctica no hizo. La ley 1.472 establece tres tipos de penas taxativas, a saber, principales, accesorias y sustitutivas. A esto, se le suma, ahora, el “sistema de evaluación permanente de conductores”, regulado por el Código de Tránsito y Transporte de la ciudad, que prevé, en su artículo 11.1.3, la pérdida de puntos de la licencia de conductor, ajena a las mencionadas.

El problema se presenta con el artículo 45 “in fine”, en tanto dispone que dicho descuento procede, aún, para los agentes sometidos a “probation”.

La suspensión del juicio a prueba ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia⁴, como un derecho del imputado y su solicitud no implica admisión de responsabilidad⁵. La norma regula que cumplido el compromiso sin que él cometa una nueva contraven-

ción, se extinguirá la acción; caso contrario, se continuará con el proceso.

Por tanto, la imposición de una sanción administrativa a un probado supone la aplicación de pena sin culpabilidad de autor. Esto afecta, lisa y llanamente, a la presunción de inocencia, al debido proceso legal y al derecho de defensa en juicio, reconocido por la jurisprudencia pacífica de nuestro más alto Tribunal como “*acusación, defensa, prueba y sentencia*”; derechos a su vez garantizados por el artículo 18 de la Constitución Nacional y por los pactos internacionales incorporados a ésta, a tenor del artículo 75, inciso 22.

En dicha inteligencia, la Corte⁶ admitió la constitucionalidad de la jurisdicción administrativa, siempre que tenga control judicial suficiente, lo que no ocurre en el caso, ya que la atribución resulta automática por el sólo hecho de acogerse el interesado al método alternativo de solución de conflictos.

Asimismo, se afecta el artículo 13, inciso 3, de la Constitución citadina, en cuanto establece la plena vigencia del sistema acusatorio para la imposición de penas, o sea, se requiere la expresa solicitud del Ministerio Público Fiscal.

Luego, el régimen administrativo sancionador dista sustancialmente del procedimiento contravencional. En efecto, la ley 1.217 establece que el acta de infracción es plena prueba de su comisión, salvo demostración en contrario, se invierte la carga probatoria y se consagra un sistema de responsabilidad objetiva. En cambio, dichas previsiones son descartadas por el Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, reconocido, por la más destacada doctrina, como derecho penal especial, donde la acusación deberá acreditar la existencia del hecho y la participación del autor.

4 CSJN, “Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción artículo 14, primer párrafo, ley 23737”, 23/04/2008, Fallos 331: 858. En igual sentido, CSJN, “Norverto, Jorge Braulio s/ infracción al artículo 302 CP”, N326 XLI, 23/04/08.

5 Conforme artículo 45 del Código Contravencional de la CABA y el artículo 76 bis del CP.

6 CSJN, “Fernández Arias, Elena y otro c/ Poggio, José”, Fallos 247:646, 1960.

Es más, de una pormenorizada lectura de los artículos 45 “in fine” de la ley 1.472 y 11.1.3 de la ley 2.641, se observa que se incurre en una contradicción, por cuanto el último hace referencia a que sólo deben comunicarse las sentencias, que, por lógica, han de ser las condenatorias, a los efectos del descuento propiciado. Así, la decisión de conceder el beneficio mencionado no es más que un interlocutorio, que no pone fin al proceso, el que prosigue según su vía.

En la práctica, las posibilidades pueden ser variadas. Si el probado cumple con la reglas de conducta en el plazo previsto, se extinguirá la acción contravencional. Si las viola, se celebrará el debate oral y público, donde podrá ser absuelto. En estos casos, no deberá aplicarse el descuento de puntos, ya que no fue acreditada la materialidad infraccionaria ni la culpabilidad del agente. Sólo será viable, en la medida que resulte condenado, más allá de los reparos teóricos expuestos.

Entonces, hasta tanto exista una sentencia definitiva firme que consagre la culpabilidad del autor, ninguna quita de puntaje puede imponerse sobre su licencia de conducir.

II. La opinión del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad

La discusión señalada no es menor. A punto tal, que algunos Jueces Penales, Contravencionales y de Faltas de la ciudad han declarado la inconstitucionalidad del artículo 45, in fine, de la ley 1.472. De la misma forma, resolvieron, por mayoría, dos de las tres salas de la Cámara del fuero⁷. Entonces, se advierte la existencia un conflicto que parece no haber sido atendido por nuestro más alto tribunal.

7 Cámara PCyF, sala I, “Huidobro, Cristián Roberto s/ art. 111 del CC”, 19/03/2001, causa n° 44.706-00-CC-09; y Cámara PCyF, sala III, “Cirigliano, Damián Javier s/ art. 111 del CC”, 23/03/2013, causa n° 29.142, entre otros.

El último, en varios fallos, ha desestimado los fundamentos supra, por diferentes consideraciones que serán analizadas a continuación. Sobre el particular han resuelto que *“la resolución del a quo configura un acto de pura autoridad (,) pues prescinde de la aplicación del derecho vigente sobre la base de una fundamentación lúbil e inconsistente para sustentar la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal en juego”*⁸.

Es de destacar que la interpretación de la norma es incluso controvertida para sus miembros, quienes, si bien han sido contestes en señalar su adecuación legal, sus conclusiones han sido disímiles.

Como primer señalamiento, han dicho que no existe fundamentación suficiente de que el descuento de puntos propiciado por el ejecutivo, como accesorio a la concesión del beneficio, sea una pena.

Respecto del particular, la Sala I de la Cámara del fuero ha expresado que: *“() si bien el descuento de puntos del registro de conducir directamente no parecería constituir una sanción, si es claro que el hecho de que algún conductor alcance los cero puntos en su registro y que se le imponga una inhabilitación y/o tenga que efectuar un curso y acreditar su aprobación constituyen penas o sanciones de índole administrativas (,) pues son manifestaciones de la coerción estatal que importan la privación de derechos () que en el caso puede llegar a inhabilitación para conducir vehículos por un plazo de cinco años”*⁹. En la misma línea, la Sala III, cuyos miembros señalaron que *“(a)l decir de Zaffaroni, no son ni más ni menos que manifestaciones de la coerción penal que importan la privación de derechos”*¹⁰.

8 TSJCABA, exp. n° 8341/11, “Martínez Valea, Gonzalo Daniel s/ infr. art. 111 CC”, 24/08/2012.

9 Cámara PCyF, sala I, “Huidobro, Cristián Roberto s/ art. 111 del CC”, 19/03/2001, causa n° 44.706-00-CC-09.

10 Cámara PCyF, sala III, “Cirigliano, Damián Javier s/ art. 111 del CC”, 23/03/2013, causa n° 29.142, entre otros.

La habilitación del poder punitivo del Estado posee límites éticos y sólo es viable en la medida de la comisión de un delito, una contravención o una falta. La infracción jamás podrá ser acreditada por el juez cuando homologue el acuerdo entre partes y, menos aún, extinguida la acción por el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas.

Sostiene el criminólogo mencionado que la coerción penal opera en mucho mayor medida fuera de la pena estatal cuando el ejercicio del poder punitivo aparece legitimado por normas con función sancionatoria no manifiesta o latente¹¹, como en este supuesto. Entonces, lo claro no necesita explicación.

En esta materia rigen dos principios básicos, el de estricta legalidad penal, dirigido al legislador, y el de estricta jurisdiccionalidad, orientado a los jueces. Es decir, los magistrados no pueden interpretar o re-definir la norma oscura para adaptarla convenientemente al supuesto que les toca decidir. Así, sostiene Ferrajoli que *“los repertorios de jurisprudencia producidos anualmente por la actividad interpretativa de los tribunales pueden ser concebidos como inagotables recopilaciones de re-definiciones judiciales de las re-definiciones legales, entre las que los jueces eligen, a los fines de la subsunción, las de su preferencia”*¹². Entonces, la inseguridad jurídica generada por la imprecisión del lenguaje penal es directamente proporcional a la ineficacia del funcionamiento del sistema y de las garantías aplicables a éste.

Luego, la pregunta podría ser invertida. Si no es una pena o eventual restricción de derechos con graves implicancias jurídicas, qué es.

Resulta claro que no es una regla de conducta,

porque no ha sido prevista por el legislador como tal, pues, de ser así, debió incorporarla a la enunciación taxativa del artículo 45 del Código Contravencional, lo que intencionalmente omitió. Además, si lo fuera, el imputado debería consentir expresamente su imposición para acogerse al beneficio, lo que no se hizo en ninguno de los casos analizados por el superior.

Por el contrario, fue concebida como una cuasi sanción, accesoria a la solución alternativa del conflicto, de carácter administrativo, de aplicación automática y sin posibilidad de recurso en su contra. En definitiva, la discusión planteada es vacua y puramente semántica.

A la sazón, la cuestión preliminar que se venía debatiendo en los diferentes fallos giraba en torno a si correspondía la comunicación al Poder Ejecutivo si no había sido expresamente acordada entre partes como regla de conducta o, por lo menos, informada al interesado en audiencia.

A mi juicio, la respuesta es obvia. De considerar el operador judicial legítima la aplicación de la norma, esta se presume por todos conocida, entonces, nadie podría invocar un error de derecho (artículo 20 del Código Civil). Es más, aquí la situación es compleja, pues, al ser una disposición administrativa, no se aplican las reglas de la teoría del delito, por tanto el imputado no podrá ampararse en un error de prohibición.

Los magistrados del Tribunal Superior de Justicia no son contestes. Así, el Dr. Lozano sostuvo que *“quien accede a la probation no consiente la quita de puntos producto de la comunicación que manda el art. 45 sino que la posterga”*¹³ dado que la norma habilitaría al interesado a discutir todos los descuentos cuando se le hubiese eliminado el último punto.

11 Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, “Derecho Penal. Parte General”, ed. Ediar. Buenos Aires. 2000. p. 876.

12 Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”, ed. Trotta, 2da. ed. 1997, p. 127.

13 TSJ CABA, exp. n° 10.063/11, “Cirigliano, Damián Javier s/ infr. art. 111 CC”, 12/03/2014.

En cambio, La Dra. Weinberg expresó “(...) *la comunicación al Poder Ejecutivo no necesita ser consentida en forma expresa por el imputado*”¹⁴ y, además, no es revisable. De la misma forma, el Dr. Casás quien dijo que “*el sujeto se someterá también voluntariamente a la comunicación al Poder Ejecutivo, a fin de que se adopten las medidas administrativas previstas en el Título Undécimo del Código de Tránsito y Transporte, que resultarían aplicables en el caso que recayera condena para evitar el juicio al que eligió no someterse. () Es que, en el caso, no se cercena un derecho personalísimo de alcance general de todos los habitantes sino que, por el contrario, se priva excepcional y temporalmente de una licencia para conducir vehículos () en razón de la falta de idoneidad para manejar ()*”¹⁵.

Sobre lo dicho, un par de consideraciones.

A diferencia de lo expuesto, la norma no prevé posibilidad alguna de revisión judicial del descuento de puntos, pues impone a la administración su aplicación automática una vez efectuada la comunicación por el juez. Ello implica una flagrante violación a la garantía de doble instancia reconocida por los tratados internacionales de rango constitucional.

Además, mal podría someterse a consideración un acto administrativo firme y consentido por quien se le aplicó. Posteriormente, se faculta al ejecutivo a una restricción unilateral de derechos, sobre la base de una “presunta” responsabilidad y sin control judicial suficiente.

En dicha inteligencia, para asegurar el debido proceso legal, el controlador tendría que volver a discutir cuestiones de hecho y prueba que ya fueron juzgadas y finiquitadas, violando el “non bis in ídem”, lo que demuestra acabadamente la incoherencia del sistema.

¹⁴ Idem, “Cirigliano”, op. cit.

¹⁵ TSJCABA, exp. n° 9253/12, “Santambroglio, Roberto Oscar s/ infr. art. 111 del CC”, 08/05/2013.

Dicha utilización mecánica del descuento viola, en un todo, la jurisprudencia desarrollada en la materia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que el debido proceso legal se refiere a parámetros normativos de derecho internacional reconocidos en la convención que tornan aplicables las garantías allí enumeradas a cualquier tipo de proceso, incluidos aquellos de naturaleza administrativa. Es precisamente en el ejercicio del poder punitivo donde los Estados deben prestar mayor atención, respetando los derechos consagrados con mayor rigurosidad. En el fallo “Baena vs. Panamá”¹⁶ manifestó que “(s)i bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’ su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino (al) conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. () En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantías del debido proceso.”

En similar sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación. “La garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio en procedimientos de imposición de sanciones administrativas exige -entre otros requisitos- que el Estado provea los medios necesarios para que el juicio a que se re-

¹⁶ CIDH, “Baena, Ricardo y otros vs. Panamá”, fondo, reparaciones y costas; sentencia 02/02/2001, párr. 124 y 126.

*fiere el art. 18 de la Constitución Nacional se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación, mediante la efectiva intervención de la defensa*¹⁷.

Contrario a lo expuesto, no se priva al sujeto de su licencia por falta de idoneidad para manejar, pues, justamente, dicha impericia no fue acreditada en juicio oral y público. En síntesis, se lo sanciona tempestivamente, en forma precautoria, siguiendo los lineamientos de la vieja doctrina del “estado peligroso sin delito”. Si se labró el acta de infracción “por algo será”.

Pero más grave aún es la jurisprudencia emanada en los casos “Santambroglio”¹⁸ y “Bony”¹⁹. Allí, el Tribunal Superior de Justicia confirma la comunicación al Ejecutivo para el descuento de puntos de la licencia de conducir de dos imputados, a quienes se sobreseyó por haber cumplido con las reglas de conducta impuestas en la suspensión de juicio a prueba.

A tal fin, equiparan estos supuestos fácticos a los anteriormente analizados. Cabe destacar que la situación no es análoga, pues, en los fallos donde se habían expedido, la comunicación había sido practicada al momento de otorgar la probation, no luego de su finalización exitosa. En los primeros, habían concluido que la declaración de inconstitucionalidad era, por lo menos, prematura ya que no se había adoptado temperamento definitivo en la causa.

La Dra. Conde refirió “(e)n efecto, la mera lectura del precepto invalidado alcanza para concluir que la función del Poder Judicial se agota en su deber de notificar la sentencia o la resolución que declare la extinción de la acción, pero que no es su función adoptar medida administra-

tiva alguna respecto del puntaje del conductor. Por lo tanto, la notificación judicial en principio no resulta apta ‘per se’ para surtir efecto lesivo alguno, sino que será, eventualmente, el comportamiento de la Administración que reciba esa comunicación judicial el que podría conllevar ¾o no¾ la adopción de alguna medida administrativa concreta respecto al descuento de puntos de quienes prefieran resolver sus procesos a través de la suspensión del proceso a prueba.” Concluye que se trata de un “régimen alternativo que requiere un acto de voluntad de quien elija someterse a él, a través de su expresa pretensión de acatarlo; acatamiento inequívoco que, a su vez, determina la improcedencia de toda impugnación simultánea o ulterior...”²⁰.

No comparto esta visión, pues coloca al juez en actitud pasiva de “mensajero del rey”, privándolo del análisis del contenido de la norma en crisis. Esto es inadmisibles en una etapa donde se habla de su función como garante de la constitucionalidad y de la convencionalidad de la ley.

Además, no se entiende cuál sería la función de la comunicación ordenada en el artículo 45 de la ley 1472, sino, justamente, que se produzca el descuento de puntos de la licencia de conducir.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que “(c)uando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermando o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto u fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evitadamente en el marco de sus respectivas competencias y

17 CSJN, “N.J.G. s/infr. art. 15, inc. 4, LCP s/incidente de inconstitucionalidad”, 05/10/2010, Fallos 333: 1891.

18 “Santambroglio, Roberto Oscar”, op. cit.

19 TSJ CABA, exp. n° 9760/13, “Bony, Carola s/ infr. art. 111 del CC”, 12/03/14.

20 “Bony, Carola”, op. cit.

de las regulaciones procesales correspondientes²¹.

Es de destacar que, por mayoría, resolvieron que el momento en que el juez deberá librar el oficio para la reducción del scoring es al tomar decisión sobre el fondo del pleito, a diferencia del Dr. Lozano, quien interpreta, como claramente dice la ley, que deberá hacerlo cuando concede la probation.

Así, en el fallo ‘Santambroglio’, la Dra. Ruiz expresó que *“en materia de scoring, la situación del probado que ha sido sobreseído (hipótesis del presente caso) está asimilada, por imperativo legal, a la situación del condenado. La equiparación aludida no afecta, a mi juicio, derechos de índole constitucional. Por el contrario, resulta razonable y constitucionalmente plausible.”*

Esta afirmación, meramente dogmática, por sí sola, es suficiente para fulminar la norma atacada por inconstitucional. El legislador jamás puede equiparar las consecuencias jurídicas de un probado a la de un condenado, por una sencilla razón, en el primer caso no se acreditó la materialidad infraccionaria, la eventual afectación al bien jurídico tutelado y su culpabilidad. En síntesis, no se puede adoptar una misma solución legal para situaciones jurídicas adversas. De esta manera, se afectan los principios de lesividad²² y de igualdad ante la ley, estigmatizando como contraventor a quien fue eximido de responsabilidad por el cumplimiento de las reglas impuestas.

21 CIDH, caso “Trabajadores cesanteados del Congreso (Aguado, Alfaro y otros) vs. Perú”, 24/11/2006.

22 Art. 1 ley 1472: Lesividad. El Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sanciona las conductas que por acción u omisión dolosa o culposa implican daño o peligro cierto para los bienes jurídicos individuales o colectivos protegidos.

III. Conclusión

El tema de estudio demuestra la incoherencia de intentar conjugar lo incompatible, a saber, el sistema contravencional, de corte netamente penal, con uno administrativo sancionador.

Esto no es novedoso, pues ya fracasó con la sanción de la ley de “procedimiento de faltas especiales” que, ante la imposibilidad de su aplicación práctica, tuvo que ser suspendida y, posteriormente, derogada²³.

Si el legislador incluyó, en la ley 1472, una serie de infracciones de seguridad en el tránsito, lo hizo por considerar que eran de mayor gravedad y a los efectos de garantizar a los administrados el ejercicio pleno de su defensa en juicio. Luego, no puede dar por tierra con las garantías constitucionales imponiendo una sanción a quien ha sido dispensado de reproche.

Si su decisión era mantener incólume el scoring, debió optar por tipificar dichas conductas como faltas, sistema donde no se aplica la suspensión de juicio a prueba. Entonces, su omisión no lo habilita a crear un híbrido ininteligible, ajeno a un estado de derecho liberal y democrático.

La vaguedad del lenguaje penal no puede ser suplida por el intérprete para intentar dar una apreciación lógica a lo que luce, desde su origen, como irrazonable.

La función del juez no es la de un mero observador expectante, sino la de garante de los derechos reconocidos en nuestra carta magna y en los tratados incorporados a ésta.

En síntesis, la aplicación automática del descuento

23 La ley 3956 de “Procedimiento de Faltas Especiales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” fue sancionada el 13/10/2011 y publicada en el BOCABA nº 3978 el 24/11/2011. Que conforme texto art. 1º de la ley 4.128 fue suspendida en su aplicación por el plazo de ciento veinte (120) días. Por último, fue derogada por el art. 1 de la ley 4191, publicada en el BOCABA el 03/08/2012.

propiciado no admite, a mi juicio, exégesis constitucional viable, pues afecta, sin lugar a dudas, el debido proceso legal, la garantía de defensa en juicio, los principios de ino-

encia, de culpabilidad y de lesividad, el derecho penal de acto y la igualdad ante la ley, como base mínima.

Desafíos de la capacitación de los operadores judiciales

Luis Cevasco (*)

* Fiscal General Adjunto en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesor Titular de Derecho Procesal Penal (UADE, UMSA). Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Procesal Penal. Presidente de la Asociación Argentina de Fiscales.

Tras más de quince años de funcionamiento del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, presumo que el principal desafío en materia de capacitación sigue siendo lograr que se entienda y se haga efectivo el paradigma procesal que prevé la Constitución local.

En efecto, siguiendo los lineamientos propios del Estado de Derecho, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contempla como un derecho específico el acceso a la justicia (art. 12 inc. 6) y una serie de garantías para el imputado, entre las cuales se encuentran la necesaria vigencia de los principios de inmediatez, publicidad y oralidad, conjuntamente con el sistema acusatorio (art. 13 inc. 3).

Este último aspecto, el sistema acusatorio como garantía, se complementa con la concepción de un Ministerio Público Fiscal dotado de independencia funcional y autarquía, al que se asignaron los roles constitucionales de promover la actuación de la justicia, la defensa de la legalidad, velar por la normal prestación del servicio de justicia, procurar la satisfacción del interés social y dirigir la policía judicial, con apego a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica (arts. 124 y 125).

La conjunción de los derechos, garantías y estructura institucional detallados, claramente nos indica que el sistema procesal penal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debe estar estructurado bajo la forma acusatoria, desformalizada y oral, ya que es la única manera de responder al mandato constitucional antes señalado.

La forma acusatoria nos remite a la división de roles, asignando al Ministerio Público Fiscal y a la querrela el ejercicio de la acción, vedado al órgano jurisdiccional; la desformalización significa abandonar el concepto de expediente formal y secuencial como sustento del proceso, continente de todo cuanto en él ocurre, para reemplazarlo por la actuación dinámica de las partes ante los jueces; y la oralidad implica intermediación y publicidad,

aspectos esenciales para garantizar que quienes deban juzgar conozcan directamente las pruebas, se permita la real controversia ante ellos y que las audiencias cuenten con la presencia vigilante de la sociedad.

Desde esa perspectiva fue diseñado el Código Procesal Penal actualmente vigente; pero, no obstante tal estructura normativa, la práctica judicial muestra una clara resistencia a abandonar los conceptos formalistas e inquisitivos de la cultura jurídica de nuestro país, que se refleja en fallos que contradicen los mandatos constitucionales y que provocaron firmes respuestas del Tribunal Superior de Justicia marcando la recta interpretación del sistema.

La mencionada resistencia se ha manifestado en aspectos como:

La formalización de la investigación

El alcance del sistema acusatorio desde la perspectiva de las facultades del Fiscal para disponer de la acción.

El alcance de las facultades del Ministerio Público Fiscal para ordenar el ejercicio de la acción dentro del principio de unidad de actuación.

La aplicación de salidas alternativas al proceso.

La cuestión de la formalización de la investigación: Reproduciré a continuación lo que resumí sobre este aspecto en un artículo publicado en *Urbe et Ius*¹: “... La primera resistencia la encontramos en aspectos puramente operativos, como la *negativa a realizar las audiencias orales que contempla el sistema procesal*, tanto en primera como en segunda instancia. El Código Procesal Penal las prevé para el trámite de las medidas cautelares y contra cautelares, de las cuestiones de nulidad, de las excepciones, la incorporación de pruebas para el debate, la discusión sobre la suspensión del proceso a prueba y su revocatoria, para el juicio y para los recursos de apelación.

¹ *Urbe et Ius*, News Letter del 12/10/12

Tanto en primera como en segunda instancia existe una marcada resistencia a realizarlas pese al expreso mandato constitucional, que reclama intermediación y publicidad, además de la celeridad propia del sistema oral, sin que la ley autorice a soslayarlas pues el mismo Código se reconoce como una reglamentación de la Constitución (art. 1).

A modo de ejemplo, citaré un párrafo de un fallo relativo a una cuestión de nulidad planteada por la defensa: *“Si bien el art. 73 del C.P.P. establece que cuando la cuestión sea promovida por una de las partes, el Tribunal resolverá en audiencia con citación a todas las legitimadas, lo cierto es que el art. 71 dispone que deberán ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, aquellas que impliquen violación a garantías constitucionales. En dicha inteligencia, la celebración de la audiencia deviene un dispendio jurisdiccional innecesario, a tenor de los principios de economía y celeridad procesal, máxime cuando importaría dilatar el tratamiento de la cuestión, por lo menos unos quince días, en atención al cúmulo de trabajo, la agenda del tribunal y demás partícipes del proceso”²*

El argumento para soslayar la audiencia aparece claramente como una justificación de una decisión previamente tomada: la de no realizarla. Ello, porque mezcla dos situaciones procesales diferentes previstas en la, recordemos, **ley vigente**: una es el planteo de una parte, que demanda audiencia porque existe una controversia que deberá resolver el tribunal previa substanciación, bajo el parámetro de intermediación y publicidad que demanda la Constitución; y otra una decisión judicial espontánea que no requiere debate previo. Y la afirmación de que la celebración de la audiencia deviene en un *dispendio jurisdiccional innecesario* cuando hay una situación controvertida importa considerar disponible la letra

expresa de la ley, asumiendo que por el solo hecho de ser Juez tiene la potestad de definir los fines que tuvieron en mira los constituyentes y los legisladores, con la banal excusa, no documentada, de que la agenda del tribunal está cargada.

Pero, tal modo particular de mirar el procedimiento **vigente** proviene también de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y Faltas, que en su Acordada 2/2009 consideró – sin tener facultades legales para ello, pues los reglamentos los debe dictar el Consejo de la Magistratura – que *“...resulta razonable que el fiscal, en el curso de una investigación preparatoria, al requerir la intervención de un juez, le remita todos los elementos que integran el legajo de investigación, guardando para sí copia certificada u otro registro fidedigno de ellos que le permitan continuar con su actuación, salvo el caso excepcional en que la remisión del original perjudique el desarrollo de la investigación... Recibida en sede judicial le presentación fiscal, corresponde que el juez interviniente disponga la formación de actuaciones en cuerpos que no excedan de doscientas fojas ordenadas en forma cronológica y foliadas correlativamente...Finalizada la cuestión que motivara su intervención, devolverá la actuación judicial a la fiscalía, la que será conservada sin modificación alguna anexa al legajo de investigación en el cual siguiera interviniendo el fiscal. Del mismo modo se procederá en futuras presentaciones que hubieren de formularse al Magistrado. En el caso de requerirse elevación a juicio el juez deberá solicitar, de no haber sido enviada, tanto la actuación judicial como aquellas que compongan el legajo de investigación...”* Es decir: ¡para la Cámara local no existió la reforma procesal!

En efecto, lo que dispone la Acordada 2/2009 es que se forme un **expediente**, cuando claramente el Código Procesal Penal en su art. 94 dispone que la investigación preparatoria se realizará de manera desformalizada, en el art. 120 que la declaración testimonial sólo se formalizará cuando se trate de un acto definitivo

² “Caso 7923/0-2010 Paez, Juan Carlos” del Juagado Penal Contravencional y Faltas Nº 5, 6/5/2010.-

e irreproducible, en los arts. 173 y 177 establece que las partes deben llevar la prueba a las audiencias, el art. 209 que el juez recibirá el requerimiento de juicio, el art. 210 que no se remitirán al juez de juicio las actuaciones de la investigación preparatoria y el art. 281 dispone que el juez enviará a la Cámara las actas y otros instrumentos de documentación de audiencias. Es decir, que mientras la letra de la ley sostiene que no habrá expediente sino presentación de pruebas ante los jueces, los éstos pretenden volver al código de Mussolini que la Legislatura de la Ciudad rechazó. ¡Con ello han tornado más confuso el procedimiento que pretendieron aclarar!

Tan es así, que en el fallo “Salfo, Elisabet Verónica s/ inf.. art. 149 bis (amenazas)” del 6 de abril de 2010, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y Faltas, dispuso que el Fiscal debía enviar el legajo de investigación al Juez para que pueda remitírselo al defensor a fin de responder el requerimiento de juicio, todo ello en favor del derecho de defensa en juicio. Sin embargo, **en el sistema del Código Procesal Penal de la Ciudad ello es tan absurdo como pretender que el Juez disponga que un abogado entregue su carpeta a la contra parte para que pueda contestar la demanda.**

Ello, porque se trata de un procedimiento desformalizado, donde lo que pueden haber son anotaciones, informes, copias de oficios y ese tipo de actuaciones, ya que las relevantes las tiene que haber conocido la defensa al momento de la intimación de los hechos y las pruebas para el debate las ofrecerá la fiscalía con el requerimiento de juicio, de modo que no tiene sentido reclamar el envío de una carpeta *que no tiene el menor valor probatorio* porque las pruebas solo serán tales cuando se las invoque ante los jueces y que no deberá conocerlas antes el Juez del juicio. Para entender bien la cuestión, cabe recordar que en la denominada *teoría del caso* las partes trazan su estrategia a partir de lo que

conocen de los hechos y nadie conoce mejor lo ocurrido que la defensa. Entonces, lo importante es conocer que pruebas se pretenden llevar al juicio y ello surge del requerimiento.

Al respecto, es necesario recordar que los fiscales no pueden ocultar pruebas a las partes y que ésta puede revisar el legajo cuando quiera; pero, realmente, reclamar que un juez que no dirigirá el juicio tenga el legajo “formalizado” para la audiencia preliminar y que se lo pueda entregar a la defensa significa reformular el sistema, porque necesariamente va a derivar en su valoración integral cuando no fue confeccionado con tal fin y no en la valoración de la pertinencia de las pruebas ofrecidas. Entonces, no se comprende la decisión si no cómo la pretensión de volver al expediente, pues la admisión o negativa de pruebas para el juicio fundamentadas en el legajo de investigación necesariamente redundará en que, tarde o temprano, se lo requiera para el debate o para la fundamentación de los recursos, con lo cual el viejo expediente, con todos sus defectos y vicios, volverá a reinar.

Y como si ello fuera poco, en el mismo instrumento (Acordada 2/2009) señalaron: *“En lo concerniente a la realización de audiencias orales en materia contravencional, de ser solicitadas por las partes el juez considerará su factibilidad si entiende que de acuerdo con las circunstancias del caso el acto puede contribuir a resolver de mejor manera la cuestión a decidir”*. Pero, resulta que la ley contravencional nada indica sobre los modos de realización de los actos procesales, pues remite supletoriamente al Código Procesal Penal (ley 12, art. 6), que, precisamente, **establece el principio de oralidad**, razón por la cual la disposición transcrita carece, por un lado, de sustento normativo y, por otro, se aparta del modo en que la legislación dispone que deban integrarse las normas formales en esa materia.

Pero, si una decisión se lleva las palmas de la re-

tracción procesal, es la dictada por la Sala I del fuero penal local en los autos “Leiva, Verónica Vanina s/ inf.. art. 189 bis C.P.” el 31/10/2007. El Código Procesal Penal, pensado para el Siglo XXI, establece en su art. 50: *“Cuando el funcionario público que interviene en el proceso deba dar fe de los actos realizados por él o cumplidos en su presencia labrará un acta o lo documentará mediante grabaciones de imagen y o sonido en la forma prescripta por las disposiciones de este capítulo...”* y en su art. 51 reza: *“... Cuando se utilicen registros de imágenes o sonidos ... Las formalidades esenciales de los actos deberán surgir del mismo registro y, en caso de no ser posible, de un acta complementaria”,* mientras que su art. 173 señala: *“... El tribunal ... resolverá de inmediato, por auto ... De todo lo actuado se dejará constancia en acta y se registrará por grabación, filiación u otro medio idóneo...”* y el art. 281 dice: *“... el/la juez/a remitirá a la Cámara de Apelaciones las actas y/u otros instrumentos de documentación...”* Parece claro entonces que el Legislador admitió la validez de los registros fílmicos y de las grabaciones para documentar los actos procesales.

Sin embargo, la Cámara de Apelaciones en el fallo citado precedentemente, sin pedido de las partes e invocando el derecho de defensa en juicio (¿?), argumentó sobre la nulidad de una audiencia de prisión preventiva porque el juez la había registrado en un disco compacto que firmó. Sostuvo que el único modo de que el acto sea único es por escrito, que las grabaciones o filmaciones deben entenderse como un complemento de las actas, pero no como un sustituto (no obstante los arts. 50 y 51 de la ley procesal) y que los actos más sensibles del proceso, los que afectan garantías constitucionales, no puedan dejar dudas sobre su cumplimiento. Pero los argumentos son aparentes, porque el acto emitido por el juez verbalmente y filmado o grabado no deja dudas, es único y su firma en el soporte pertinente lo certifica, la ley lo admite y, finalmente, no se advierte cuáles son las dudas que genera para las partes la versión asentada

en un disco compacto. Al menos, las partes no las plantearon en el caso.

Pero, lo insólito del caso, es que en el proceso se había celebrado una suspensión del juicio a prueba, razón por la cual el tribunal **declaró abstracto el recurso!** Semejante dispendio argumental solamente demuestra una cosa: el disenso de los jueces con el sistema.

Del mismo modo se falló recientemente (4 de septiembre de 2012) en el caso N° 50118, “González, Miguel Ángel” de la Sala III, donde se sostuvo, además, que la finalidad del legislador fue que los medios de registro tecnológicos son al solo efecto de complementar las actas, pero que el procedimiento es ... **escrito**.

Sobre las situaciones expuestas precedentemente, el Tribunal Superior de Justicia se expidió en sentido contrario al señalado. En primer lugar, cabe destacar que ante el planteamiento de una acción declarativa de inconstitucionalidad por parte del Ministerio Público Fiscal, sobre una acordada de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, que pretendía instruir a los jueces sobre una interpretación del Código Procesal Penal, el Tribunal Superior dijo que ese tipo de resoluciones “no posee fuerza normativa y por lo tanto no resulta obligatorio para sus destinatarios” (TSJ, 12 de marzo de 2014, caso 10721/14), de modo que la mencionada Acordada 2/2009, de igual entidad, tampoco resulta vinculante para los tribunales de primera instancia.

Por otra parte, en el fallo “Galantine, Atilio Javier” (18/12/13, expte. 9443/12) el Tribunal Superior de Justicia claramente se manifestó en contra del concepto de formalización de la investigación preparatoria, al entender que el legajo de investigación es “del” Fiscal y que no debe remitirse a conocimiento del Juez de juicio, en forma concordante con lo resuelto por el mismo Tribunal en “Escobar, Neris” (TSJ, expte. N° 9439/12, 26/12/13), donde señaló la impertinencia de que los jueces controlen el mérito de

la acusación, vertida por la fiscalía en el requerimiento de juicio, a partir del cotejo de las evidencias invocadas por la parte actora; y en “Ucha, Sebastián Alberto” (TSJ, expte N° 9166/12, 12/2/14), oportunidad en la que dijo que no corresponde a los jueces evaluar evidencias escritas meritadas fuera del juicio, a fin de decidir sobre la tipicidad de la conducta y definir la competencia.

I. El alcance del sistema acusatorio

Este es uno de los aspectos más controvertidos en nuestra jurisprudencia, pues se vincula con las facultades del Ministerio Público Fiscal para decidir sobre el destino de la acción y la disputa cultural entre la concepción inquisitiva y la acusatoria se pone de manifiesto ante el empeño de muchos jueces en remitirla a soluciones alternativas al juicio contra la opinión del actor oficial.

Especialmente, la cuestión se ve reflejada en decisiones como remitir el caso a mediación o conceder la suspensión del proceso a prueba con oposición del Fiscal. En punto a ello, el Código Procesal Penal claramente dispone que la primera de tales opciones compete al Fiscal durante la investigación preparatoria (art. 204) y que su oposición a la suspensión del proceso a prueba fundamentada en cuestiones de política criminal o en que el caso debe remitirse a juicio es vinculante para el tribunal.

Las decisiones judiciales que remiten el caso a mediación de oficio o a pedido de la defensa o que conceden la suspensión del proceso a prueba, con oposición del Fiscal, en realidad parten de concepciones inquisitivas aún cuando resuelvan en favor del imputado. En efecto, el concepto general es que el sistema inquisitivo implica un riesgo para los derechos del imputado y en la mayoría de las situaciones ello es cierto; pero, lo que define ese sistema procesal no es la faz persecutoria sino el alcance de las facultades del órgano jurisdiccional, que se convierte en titular de la acción desplazando a las partes.

Ello no es admisible en un sistema republicano y especialmente en el nuestro, pues tanto en la Constitución Nacional (art. 120) como en la local (arts. 124 y 125), el ejercicio de la acción – promover la actuación de la justicia – fue asignado al Ministerio Público, de manera que los jueces no pueden coartar la pretensión de llevar el caso a juicio, salvo en las situaciones expresamente previstas en la ley procesal que reglamenta las oportunidades en que deban expedirse.

En este tema, es necesario recordar que nuestro sistema constitucional no establece expresamente un derecho a evitar el juicio, sino que garantiza el derecho a un juicio justo. Consecuentemente, el sistema procesal es constitucional tanto si contempla salidas alternativas al juicio como si no las prevé y, por ello, institutos como la mediación y la suspensión del proceso a prueba son creaciones infraconstitucionales.

La eventual reglamentación legal de tales institutos debe, sin embargo, respetar los mandatos constitucionales sobre los roles de las partes en el proceso y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es clara, como ya se señaló, en su pretensión de asegurar la forma acusatoria para el proceso.

Desde esta perspectiva, entonces, es correcto que la ley procesal otorgue a las partes acusadoras la facultad de decidir sobre la aplicación del principio de oportunidad, que implica en concreto desistir del ejercicio de la acción; y no necesita mayor explicación considerar que tanto la mediación como la suspensión del proceso a prueba son formas de disposición de la acción.

Por otra parte, en la dogmática penal y procesal se ha planteado una discusión sobre si los institutos que implican la aplicación del principio de oportunidad deben estar previstos en el Código Penal, es decir reglamentados por el Congreso Nacional, o en los códigos procesales dictados por las legislaturas provinciales. Esta discusión

no resiste un análisis lógico si nos atenemos a considerar que se trata de institutos procesales y que conforme el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional el dictado de este tipo de normas es competencia provincial³.

Sin embargo, la formación de nuestros penalistas con base en fuentes del derecho continental europeo, es decir a partir de autores de países donde el origen de las normas procesales y penales está asignado al mismo órgano legislativo y por ende es indiferente desde la perspectiva institucional si el Código Penal contiene o no normas procesales, deriva en criterios discordantes con el mencionado mandato constitucional.

Así, nos encontramos con que, por un lado, los tribunales suelen obviar las previsiones legales que ponen la decisión de remitir el caso a una solución alternativa en manos de la fiscalía y, por otro, cuestionan las facultades de la Legislatura local para establecerlas y reglamentarlas.

En el primer aspecto, la vertiente inquisitiva y paternalista se manifiesta a partir de considerar que existe un derecho del imputado a la suspensión del proceso a prueba y, por ende, la oposición del Ministerio Público Fiscal no solamente no vincula a los jueces para decidir sobre la procedencia del instituto, sino que tienen éstos la facultad de analizar la pertinencia de tal negativa.

Mientras que la ley federal (art. 76 bis del Código Penal) establece que el juez podrá conceder la suspensión a prueba si hubiera conformidad del Fiscal y el art. 205 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dice que la negativa del Ministerio Público Fiscal fundamentada en criterios de política criminal o que el caso debe ir a juicio es vinculante para el Tribunal, el único fundamento que han podido encontrar los tri-

bunales locales para sostener aquel criterio, es remitirse a un aspecto del conocido fallo "Acosta" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero soslayando que cuando allí se menciona el derecho del imputado se refería a otro aspecto del tema, a que la cuestión fuera tratada, y que en el caso había previa conformidad de la fiscalía.

Ante tal criterio, clara y pacíficamente el Tribunal Superior de Justicia ha señalado que no existe un derecho constitucional del imputado a obtener la suspensión del proceso a prueba y que la oposición del Ministerio Público Fiscal es vinculante para el tribunal, concordantemente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación posterior al mencionado fallo "Acosta"⁴.

Del mismo modo, en el fallo "del Tronco", el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad declaró constitucional la previsión de la mediación en el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y en los fallos Valdés, Julio César" y "Visciglia, Marcelo", se convalidó que sólo puede adoptarse esa salida alternativa si el Fiscal lo decide durante la investigación preparatoria, como lo prevé el art. 204 del citado cuerpo legal.

Es decir, que nuevamente el Tribunal Superior tuvo que ceñir la actuación judicial al mandato constitucional que demanda un procedimiento acusatorio.

³ Ver al respecto el profundo trabajo de Oscar Pandolfi: "¿Tienen las Provincias facultades constitucionales para legislar en materia de criterios de oportunidad y "probation"? La esencial inconstitucionalidad del art.71 CP (A propósito de un artículo del Dr. José D. Cesano)"

⁴ TSJ in re: "Benavidez, Carlos", "Jimenez, Juan Alberto", "Blanco Vallejos, Vidal", "Pascual Aguilera, Miguel Angel", entre otros. CSJN, in re: "Góngora, Gabriel A.", causa N° 14.092

II. El principio de unidad de actuación del Ministerio Público

Se trata de otra nota distintiva de nuestro sistema constitucional, que no solamente establece la modalidad acusatoria sino que también dispone que el Ministerio Público se rige por los principios de dependencia jerárquica y unidad de actuación (art. 125).

Tal decisión del Constituyente es particularmente significativa, pues otorga al Ministerio Público Fiscal en cuanto órgano un rol preponderante en las decisiones sobre política criminal. En efecto, la política criminal se manifiesta en un aspecto legislativo, cuando a través de la ley se establecen las conductas punibles y el alcance de la pena, y desde un aspecto funcional, cuando se decide la intensidad de la persecución conforme las necesidades de determinados momentos históricos.

En este segundo aspecto, cobra incidencia el Ministerio Público Fiscal en cuanto tiene a su cargo promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad, además de tener la misión de procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social (art. 125). Ese rol, en el marco de un sistema acusatorio y bajo una organización jerárquica, caracterizada por el principio de unidad de actuación, implica que necesariamente la cabeza del Ministerio Público Fiscal deba marcar los lineamientos de actuación de los fiscales inferiores en el ejercicio de la acción y que esos lineamientos tendrán incidencia directa en la política de persecución penal.

Por ello, la Ley Orgánica del Ministerio Público contempla expresamente el dictado de los criterios generales de actuación, por parte de los titulares de los tres estamentos del organismo, que deberán ser comunicados a la legislatura (art. 18 inc. 4).

En ese marco, por ejemplo, la Fiscalía General

ha dictado criterios generales de actuación relativos a cuando admitir u oponerse a suspensiones del proceso a prueba o estableciendo mecanismos de consulta para determinados tipos de archivo. Ambos criterios han sido cuestionados por los jueces, con argumentos que también nos remiten a concepciones inquisitivas.

Respecto de los criterios que señalan cuando admitir vías procesales que impliquen el eventual abandono de la acción, como la suspensión del proceso a prueba, muchos/as jueces/zas han dicho, ante la invocación por parte de la fiscalía de una negativa fundamentada en un criterio de actuación, que tales decisiones no vinculan a los tribunales. Ese argumento es parcialmente cierto, porque no vinculan a los jueces los criterios generales de actuación, pero sí los vincula la ley cuando establece que solo podrán otorgar el beneficio de la suspensión a prueba cuando hubiese conformidad del Fiscal y es ajeno a su análisis el proceso de conformación de la negativa.

En efecto, estando sometidos los integrantes del Ministerio Público Fiscal a los principios de dependencia jerárquica y unidad de actuación, es evidente que la negativa del fiscal del caso obedeciendo a una directiva del tenor señalado es perfectamente legítima y lo único que deberá constatar el juez, en última instancia, es que la postura del fiscal se corresponda con el criterio general de actuación y, de no ocurrir, requerir un nuevo dictámen; pero nunca podrá decidir contra la voluntad del Ministerio Público Fiscal porque no esté de acuerdo con el criterio de política criminal emergente del criterio general de actuación, ya que establecerlo es un rol constitucional y legalmente asignado al Fiscal General, salvo que el Juez considere inconstitucional la directiva y así lo declare.

Respecto de los mecanismos de consulta, también hubo fallos diciendo que no podía convalidarse la

reapertura del caso dispuesta por el Fiscal de Cámara, cuando previo archivo el Fiscal de primera instancia lo remitió en consulta en cumplimiento de un criterio general de actuación.

Sobre ambas cuestiones, el Tribunal Superior de Justicia ha convalidado la validez de los criterios generales de actuación (in re: “Galantine” antes citado), pero la persistencia de criterios inquisitivos que motivan el rechazo de los roles constitucionalmente asignados a los operadores judiciales, es necesario profundizar la capacitación de los operadores del sistema judicial de la Ciudad.

III. Una propuesta de trabajo

Partiendo de la base que los resabios inquisitivos mencionados precedentemente, aún aquellos resueltos a favor del imputado, tienen su raíz en criterios culturales muy arraigados y deforman el sistema constitucional, entiendo que es necesario trabajar fuertemente en la capacitación para demostrar su inconsistencia e inconveniencia.

En este aspecto, creo que el tradicional recurso de paneles y conferencias no es adecuado para modificar esquemas culturales y es necesario recurrir a métodos creativos para demostrar cómo los criterios de formalización del expediente y las demás concepciones inquisitivas terminan afectando las garantías que se pretenden proteger.

Para ello, entiendo que es conveniente trabajar con métodos audiovisuales, que permitan ver la realidad desde otra perspectiva; visitar lugares donde funcionen los sistemas acusatorios, realizar ejercicios de roll playing en los cuales los operadores puedan palpar las diferencias de sistemas y asumir los roles que las nuevas técnicas procesales demandan; análisis de casos a partir de un control de gestión que demuestre las consecuencias de la delegación de funciones, etc.

El único modo de cambiar paradigmas culturales obsoletos es demostrar su inconsistencia con la realidad. Como señaló Ludwig Wittgenstein *“Lo que resulta arduo es captar profundamente la dificultad. Debido a que se la comprende al ras de la superficie, sigue siendo simplemente la misma dificultad que era. Tiene que ser arrancada de raíz y eso implica que comencemos a pensar de una manera nueva... Es la nueva manera de pensar lo que resulta tan difícil de establecer. Una vez que la nueva manera de pensar ha sido establecida, los viejos problemas se desvanecen; de hecho, se vuelven difíciles de recapturar...”*

Detectar los problemas de capacitación y establecer nuevos métodos para modificar la gestión de los operadores judiciales de la Ciudad de Buenos Aires, para que ejerzan su función conforme los mandatos de su Constitución, debería ser el desafío del Centro de Formación para los próximos años.

Algunas sentencias paradigmáticas del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires dictadas durante los quince años de vida del Centro de Formación Judicial

Nidia Karina Cicero (*)

* Doctora en Derecho. Fiscal de Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesora adjunta regular de Derecho Administrativo (UBA). Ex jueza y ex Secretaria de Primera Instancia en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A los seis meses de la puesta en funcionamiento del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (en lo sucesivo "CAyT") en octubre de 2000, publiqué en Jurisprudencia Argentina una mínima nota de bienvenida, en la que destacaba el hito institucional que significó la creación de dicho fuero para el proceso autonómico de la Ciudad de Buenos Aires. Auguraba también que surgirían de los tribunales que lo integran, sentencias que enriquecerían las páginas del conocimiento jurídico, así como las de dicha publicación.

Creo que no me equivoqué. Basta repasar los repertorios de las colecciones jurídicas para advertir la presencia que las decisiones del fuero contencioso administrativo y tributario local tiene en las voces vinculadas con el derecho administrativo y el tributario y los derechos económicos y sociales, materia esta última en la que este foro ha realizado un generoso aporte, mucho más allá de lo que pudo preverse en sus comienzos.

A fin de participar en esta publicación colectiva que recordará los primeros quince años de funcionamiento del Centro de Formación Judicial, organismo autárquico del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuya misión es la preparación y formación permanente para el mejoramiento en el ejercicio de las diversas funciones judiciales, creí interesante pasar revista de la jurisprudencia del fuero CAyT de los últimos trece años, a fin de detectar cuáles han sido sus sentencias paradigmáticas y cuáles las novedosas, así como para recordar los contextos en que se dictaron y para aventurar en un ejercicio de imaginación, cuánto de lo pasado podrá reiterarse, superarse o cambiarse en los años venideros.

Como toda selección, es arbitraria. Elegir sólo un grupo de sentencias de un fuero que tiene más de diez años de antigüedad, quince juzgados de primera

instancia y una Cámara de Apelaciones con tres salas¹, es sin duda un ejercicio complicado. Para acometer la empresa, la primera decisión que tomé fue centrarme en las sentencias de la cámara del fuero, y así lo hice con una única excepción, ya que el decisorio dictado en el año 2009 por la entonces titular del Juzgado n° 15 en la causa *Freire*, vinculada con la temática del matrimonio igualitario, tuvo no sólo la cuota de firmeza que la publicación y comentario de una decisión judicial requieren, sino también la trascendencia pública que cualquiera de las otras doce produjeron, en punto a su impacto en el medio jurídico.

Hay una ausencia sorprendente, ya que ninguno de los fallos que escogí se dictó en procesos de ejecución fiscal, que es el tipo de pleito que demanda casi el noventa por ciento de la carga de expedientes del fuero.

Ello puede obedecer a varias causas: la más simple, es que un bajísimo porcentaje de estos juicios llega a los tribunales de alzada pues en general, estos expedientes no superan el monto mínimo susceptible de apelación². Otra explicación posible es que al no causar estado lo que se decide en aquellas, los debates de fondo que se insinúan en procesos ejecutivos, son examinados en profundidad en juicios ordinarios de impugnación de actos administrativos de orden tributario. De todos modos, bien valdría realizar una reseña de la jurisprudencia tanto de primera como de segunda instancia respecto a los numerosísimos supuestos que se presentan diariamente en el más de un millón de causas de esta índole que tiene el fuero en la actualidad³. Dejo el desafío para otra oportunidad o para quien quiera retomar esta idea.

1 La sala III se encuentra en funcionamiento desde octubre de 2012.

2 Conforme a los montos fijados por la resolución 669/09 y 427/12 del CMCABA.

3 En octubre de 2010 se sorteó la ejecución fiscal que recibió el número 1.000.000 ("GCBA c/ ALBERGUE FENIX S.R.L. s/ E.J.FISC. – ABL") en trámite ante el JCAyT n° 7.

Ante la envergadura de la empresa, desde ya me disculpo si he cometido alguna omisión. Como siempre se dice, las opiniones y los errores son responsabilidad exclusiva del autor. El espíritu democrático de todos los colegas del fuero CAyT, que hace honor al Estado de Derecho, sabrá perdonar el involuntario olvido de la comentarista. Finalmente, y tratándose de una obra de difusión de la labor desarrollada en el fuero, preferí centrarme en recordar los argumentos brindados en las sentencias y dejar de lado todas las opiniones y valoraciones (personales y ajenas) que los pronunciamientos elegidos hayan podido merecer.

I. Año 2000: fundación mujeres en igualdad v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires⁴

Durante los primeros meses del funcionamiento del fuero, abundaron los pronunciamientos destinados a definir los contornos de su competencia, los recaudos de admisibilidad de la acción contenciosa administrativa y el trámite procesal a asignar a las acciones de amparo atento la carencia, en ese momento, de una ley específica en el orden local⁵.

No obstante, mi elección ha ido hacia el fallo dictado por la Sala 1 en la causa FUNDACIÓN MUJERES EN IGUALDAD v. GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, pues ella se introduce en la problemática de la igualdad entre los sexos, que años más tarde sería retomada en el fuero, aunque desde otra perspectiva, al tratarse la cuestión del matrimonio igualitario.

En este caso la Fundación Mujeres en Igualdad promovió una acción de amparo para que se ordene al Instituto de Educación Física Doctor Romero Brest -de-

pendiente de la Secretaría de Educación de la Ciudad de Buenos Aires- el cese de la práctica por la que se asignaba un mayor número de vacantes a los hombres que a las mujeres en la matrícula correspondiente al turno noche de tal instituto. La jueza de primera instancia acogió la demanda. La Sala confirmó el pronunciamiento, por entender que la asignación de una cantidad menor de vacantes para las mujeres que para los hombres, violaba el deber de igualdad de trato entre ambos sexos y constituía una práctica lesiva de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación.

La Sala también se refirió a los alcances de la legitimación para interponer la acción de amparo, caracterizándolos de un modo amplio y propicio al acceso a la justicia por la vía elegida, criterio que se transformó en una nota característica del fuero. En tal sentido, se declaró que dado que el objeto estatutario de la asociación actora consistía en luchar contra la discriminación de la mujer, aquella estaba legitimada para accionar por amparo para lograr la protección de estos derechos de incidencia colectiva.

También se aludió en esta sentencia a la innecesariedad de la configuración de un perjuicio actual como recaudo de procedencia de la acción de amparo, puesto que esta también es viable cuando se encuentre configurada una lesión inminente, y por ello le dio curso a la acción intentada para evitar que durante el año lectivo siguiente, se mantuvieran las condiciones de ingreso discriminatorias para las mujeres en el instituto de educación física de que se trata.

Finalmente, en la sentencia se descalifica por discriminatoria y violatoria de los principios de igualdad entre hombres y mujeres, no sólo el establecimiento de cupos fijos por sexo que derivaban en el ingreso de mayor número de varones que de mujeres, sino también la práctica que adoptaba el instituto de educación físi-

4 Sentencia del 12/12/2000. LL 2001C 834. LA LEY Cita Online AR/JUR/2260/2000 Infojus: SUC2000981. Abeledo Perrot: 1/49918 // JA 2001-III-500.

5 Carencia que fue subsanada con la sanción de la ley 2145 (BOCBA 12/01/2007).

ca, por la que se excluía a las mujeres de la práctica de deportes tradicionalmente considerados “masculinos”. Ambos comportamientos lesionaban el derecho a la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres, particularmente en la faz positiva que tiene esta garantía, que obliga a la Ciudad de Buenos Aires a remover los obstáculos de cualquier orden que impidan el goce de estos derechos.

En palabras de la Sala, la discriminación derivaba de la fijación de cupos fijos por sexo, y se evitaba mediante la “simple supresión de ese *mumerus clausus*, permitiendo el ingreso de personas de ambos sexos sin distinciones hasta cubrir el número de vacantes disponibles”.

II. 2001: Luncheon Tickets SA v. GCBA⁶

Aun luego de diez años de haber sido pronunciada, esta sentencia de la Sala 1 continúa siendo de referencia obligada para encarar el tratamiento de medidas cautelares requeridas en el marco de juicios ordinarios de impugnación de actos administrativos de contenido tributario. Es también un *leading case* en punto a la caracterización del instituto que contiene el artículo 9° del Código Contencioso Administrativo y Tributario local, que si bien presenta una redacción análoga al *solve et repete*, funciona de un modo bien distinto, como aclara la sentencia comentada.

En la causa la empresa actora había requerido la suspensión cautelar de los efectos de una resolución de la Dirección General de Rentas que había determinado un tributo. El juez de primera instancia rechazó dicho planteo y una vez concedido el recurso de apelación, la Cámara confirmó su pronunciamiento.

En primer término la Sala sentó cuál es la inter-

pretación que corresponde asignar al artículo 9° del CAyT, que vale recordar, dispone que “Cuando el acto administrativo impugnado ordenase el pago de una suma de dinero proveniente de impuestos, tasas o contribuciones; el/la juez/a puede determinar sumariamente y con carácter cautelar, de acuerdo a la verosimilitud del derecho invocado por la parte, si corresponde el pago previo del impuesto, tasa o contribución, antes de proseguir el juicio”.

Los magistrados afirmaron que esta norma no consagra el principio del “*solve et repete*” en la órbita local sino que contrariamente, el pago previo de los tributos como condición de acceso a la instancia jurisdiccional no constituye un principio implícito del ordenamiento jurídico, sino que debe surgir en cada caso de las leyes que regulen la cuestión, dado que el art. 12, inc. 6° de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires establece que dicho acceso no puede limitarse por razones económicas.

En consecuencia, consideraron que el artículo 9° del CAyT, no consagra el principio *solve et repete* aunque faculta al juez interviniente, y en circunstancias excepcionales, a ordenar el pago de los tributos reclamados antes de continuar el juicio.

Ahora bien, el hecho de que el pago previo no sea un recaudo de admisibilidad de la acción impugnativa, no implica que el Fisco no pueda reclamar el impuesto. Es que como bien alertaron los magistrados, la falta de exigibilidad del pago previo no equivale a la suspensión del acto administrativo determinativo del impuesto y por ello, para lograr este efecto, es menester que el actor obtenga la suspensión cautelar del acto determinativo, en los términos del art. 189 del CAyT. En otros términos, la sólo impugnación por vía judicial de la resolución determinativa no impide “*per se*” la ejecución de dicho acto administrativo

También se transformó en un criterio de referen-

⁶ Sentencia del 15/10/2001, LL 2002 A 854. LA LEY Cita online: AR/JUR/2649/2001 Infojus: FA01370422; RAP N° 278 pág 197.

cia para casos futuros, lo expuesto en la sentencia en cuanto a la forma en que puede tenerse por acreditado el peligro en la demora, en este tipo de medidas cautelares suspensivas de una determinación impositiva. Ello así puesto que los camaristas aclararon que a tales efectos resulta insuficiente la mera constatación de la importancia de las sumas reclamadas, ya que en verdad lo que se necesita tener por probado, al menos en modo indicia-rio, es la incidencia que el pago del tributo determinado por el Fisco pueda tener en la gestión de la empresa y los recursos de que dispone el solicitante.

III. 2002: Ramallo Beatriz v. GCBA⁷

Aun cuando ya durante el año 2001 ambas salas del fuero se habían expedido con relación a la problemática del derecho a la vivienda, creo que esta sentencia dictada por la Sala 2 es paradigmática en cuanto a la caracterización y los alcances que se han asignando a este derecho constitucional en la justicia contenciosa administrativa y tributaria local. Si bien al fallar la causa la Sala sostuvo que se encontraba frente a un “caso límite” (ver considerando 7), desafortunadamente no se trató de un caso aislado, ya que un elevado porcentaje de los amparos que actualmente tramitan en el fuero, contienen planteos de características similares a los que analizó la Cámara en el precedente que estoy recordando.

En el caso la parte actora había iniciado una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, por considerar arbitraria e ilegal la decisión de poner fin a los programas de emergencia habitacional de los que era beneficiaria. En primera instancia se hizo lugar a la pretensión y se declaró que era inconstitucional que los planes en cuestión tuvieran plazos de vigencia. Consecuentemente, se ordenó a la demandada, entre otras

medidas, garantizar el derecho a la vivienda de los actores hasta tanto cesen las causas que originaron la asistencia.

La Sala 2 confirmó parcialmente la sentencia. Para así decidir, los jueces consideraron que conforme los preceptos constitucionales que rigen el derecho a una vivienda digna -arts. 14 bis de la Constitución Nacional y 31 de la Constitución local- y las normas que establecían los programas de emergencia habitacional – en el caso, el dec. 607/97 -, resultaba un deber jurídico del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires efectuar prestaciones positivas respecto de las personas o grupos familiares amparados por dichos planes, no obstante que hubieran vencido los plazos por los que originariamente fueron objeto de ayuda.

Se enfatiza particularmente en el decisorio el rol de los Tribunales en la evaluación de esta problemática y se rechaza la defensa opuesta por el Gobierno demandado en cuanto a que el tema constituye una cuestión ajena al control judicial. Contrariamente, se afirma que el carácter justiciable del derecho a la vivienda digna surge de su tutela constitucional, como así también de las recomendaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -observación general N° 4-, en cuanto a los deberes de los Estados partes del Pacto de adoptar medidas razonables para asegurar su vigencia, otorgando prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables, sin que sea óbice para ello las dificultades económicas que pueda padecer el Estado.

En este entendimiento, la Sala consideró que si el Poder Ejecutivo local había adoptado un curso de acción tendiente a asegurar el derecho a la vivienda respecto de los actores, el Poder Judicial podía examinar en el caso concreto si la alternativa elegida se adecuaba a las exigencias previstas por el derecho supranacional, la Constitución Nacional y la de la Ciudad de Buenos Aires, sin que ello implicara un análisis de oportunidad, mé-

⁷ Sentencia del 12/02/2002, LA LEY Cita Online AR/JUR/1661/2002

rito o conveniencia, sino de la idoneidad de la medida adoptada para garantizar el acceso de los interesados al derecho agraviado.

Al realizar el análisis específico de las normas cuestionadas, la Sala consideró que la determinación de plazos de vigencia de los programas de asistencia habitacional adoptados por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, no resultaba “a priori” inconstitucional, pues ello constituye una modalidad del plan, que puede ser prevista en aras de la planificación de la gestión gubernamental.

En tal sentido, los jueces argumentaron que dado que el derecho a la vivienda invocado por los actores no se encontraba encadenado a una modalidad específica de cobertura estatal, sino al aspecto sustantivo de la provisión de una vivienda adecuada, no existía óbice constitucional a la mutación de los planes implementados por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en tanto y en cuanto no se interrumpa ni se desvirtúe la prestación de fondo.

Otro concepto que incorpora la sentencia, que a la postre resultó de indispensable consideración en las causas en las que se debaten derechos económicos y sociales, es el principio de no regresividad. Conforme a la caracterización de la Sala, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuanto prevé el carácter progresivo de las políticas adoptadas para la tutela del derecho a una vivienda digna, impone a los Estados parte la obligación de avanzar hacia el objetivo de la plena efectividad del mismo, siendo contraria a aquella toda medida que implique un deliberado retroceso en la materia. En este entendimiento, consideró que no resultaba viable jurídicamente, retrotraer a quienes habían sido beneficiarios de diversos programas habitacionales por hallarse en una situación de vulnerabilidad, al estado anterior de desprotección, a menos que se prevean nuevos

mecanismos para ampararlos y/o hasta tanto los beneficiarios se encuentren en condiciones de superar por sí mismos tal estado de emergencia.

Por estos argumentos, los magistrados entendieron que debía acogerse la acción de amparo promovida contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, tendiente a que se cumplan los objetivos de los programas de emergencia habitacional con carácter previo a efectuarse el egreso de los amparistas, incluso una vez concluida su extensión temporal.

En síntesis, dado que al vencimiento del plan, el derecho a la vivienda digna no estaba garantizado en las circunstancias particulares del caso, el Tribunal dictó sentencia ordenando a la Administración garantizar la efectiva vigencia de aquel, pero facultándola a elegir la modalidad concreta con la que cumplir con su obligación en la materia.

IV. 2003: **García Elorrio, Javier M. v. Ciudad de Buenos Aires**⁸

El carácter de democrático y participativo que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires otorga a sus instituciones (conf. art. 1º) ha dado lugar a interesantes casos judiciales por medio de los cuales particulares o entidades de defensa de derechos de incidencia colectiva, reclaman el derecho a la participación ciudadana, al acceso a la información y al control de la gestión pública.

Un claro ejemplo de esta familia de fallos es la causa García Elorrio, pues en ella se pretendía lograr el establecimiento de las Comunas que consagran los artículos arts. 82, inc. 3, 127 y ss. de la Constitución local.

A la fecha de interposición de la acción de am-

8 Sentencia del 19/05/2003 LL2003-E, 533. : AR/JUR/1069/2003; Abeledo 3003519; Eldial.com AA17B2; RAP N° 269 pág 120.

paro, se encontraba vencido el plazo máximo de cinco años previsto en la cláusula transitoria decimoséptima de la Constitución para la para la realización de la primera elección de los miembros de Juntas Comunales⁹. El Sr. Javier García Elorrio, en su calidad de habitante de la Ciudad de Buenos Aires, promovió amparo contra el Gobierno y la Legislatura de la Ciudad agraviándose por la falta de sanción de la ley de creación de Comunas. Sostuvo que tal omisión lo privaba del derecho a elegir y ser elegido y de controlar la cosa pública relacionada con su barrio. Solicitó por ello que se condenara a la demandada a proyectar, sancionar y promulgar la ley omitida.

La demanda fue parcialmente admitida. El juez de primera instancia ordenó a la Legislatura que produjera un despacho sobre alguno de los proyectos de ley presentados, para su debate y sanción y ordenó al Poder Ejecutivo que en caso de que la Legislatura no llegara a sancionar la ley, convocara a elecciones en cada uno de los distritos delimitados para los dieciséis Centros de Gestión y Participación, con la modalidad de elección y forma de integración previstas en el art. 130 CCABA.

Dispuso, además, que las Juntas Comunales pasaran a cumplir los objetivos, funciones y competencias que las normas entonces vigentes otorgaban a las entonces Direcciones Generales de los Centros de Gestión y Participación, que dependerían de las Juntas, en el marco de las funciones exclusivas y concurrentes establecidas en la Constitución, y que el Gobierno de la Ciudad adoptara las medidas instrumentales que fueran necesarias para posibilitar el ejercicio de las funciones que la Ley Fundamental asignaba a las Juntas. Todo ello, hasta tanto se dictaran las leyes previstas en los arts. 127 y ccts. del Título Sexto de la Constitución de la Ciudad.

Si bien la Sala 1 dejó sin efecto lo referido a la convocatoria a elecciones, confirmó los restantes puntos de la sentencia y en especial, intimó al Poder Legislativo para que sancione una ley de comunas durante el período legislativo del año 2003 entonces en curso¹⁰.

En primer término, la Cámara despejó los cuestionamientos planteados a la legitimación del actor y a la caracterización de la causa como una cuestión política. Así, se indicó que el actor tenía un interés personal en la controversia ya que la omisión de proyectar, sancionar y promulgar la ley de creación de Comunas lo privaba de ejercer el control de la cosa pública relacionada con su barrio y de sufragar, que es un derecho asegurado por la Constitución. La Dra. Weinberg, entonces magistrada integrante de la Sala, puntualizó que “el simple hecho de que en el juicio se busque protección para un derecho político no implica que él entrañe una cuestión política. No debe confundirse cuestión política con derechos nacidos de la ley para actuar en la vida cívica”. Por su parte, el voto del Dr. Corti destacó que había una omisión (no dictar una ley), de una autoridad pública (la Legislatura), que lesionaba un derecho político-electoral (elegir y ser elegido en las juntas comunales) con arbitrariedad manifiesta (pues ello surgía de una lectura sumaria del texto constitucional). Dado que la ley de organización de las comunas era imprescindible para ejercer el derecho, existía una relación de causalidad entre el no dictado de la ley y su lesión.

En cuanto a la omisión inconstitucional, los jueces consideraron que el plazo previsto en la cláusula transitoria decimoséptima de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para la realización de la primera elección de los miembros de las Juntas Comunales, alcanzaba también a la sanción de la ley sobre

⁹ La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires fue sancionada el día 1° de octubre de 1996 por lo que el plazo máximo de cinco años previsto en dicha cláusula transitoria concluyó el día 1° de octubre de 2001

¹⁰ La ley de comunas 1777 (modificada por las leyes 3233 y 3719), fue finalmente sancionada el 1/09/2005.:

comunas a la cual refieren los arts. 82, inc. 3, y 127 de la citada Constitución, pues la sanción de la ley respectiva era el presupuesto lógico de la elección.

En atención a que había varios proyectos en danza en la Legislatura, que por distintos motivos no habían sido sancionados, la Sala consideró que si bien no le cabía evaluar los motivos de índole sustancialmente política y/o concernientes al funcionamiento interno del cuerpo legislativo- por los cuales ninguno de aquellos proyectos habían sido sancionados, sí le correspondía constatar el claro incumplimiento de la previsión constitucional, ante el vencimiento del plazo fijado al efecto.

El Dr. Corti remarcó las dificultades políticas que mostraba el asunto puesto que el constituyente estableció una doble exigencia: la fijación de un plazo máximo para efectuar la elección, lo que restringía el ámbito de la oportunidad para decidir, y la necesidad de dictar una ley que debía ser sancionada con una mayoría calificada. Sin embargo, también recalcó que estas notas, que permitían explicar las causas de la omisión, no podían convertirse en razones jurídicas legitimadoras de la omisión incurrida.

Como adelanté, la mayoría revocó lo relativo a la orden impuesta al Poder Ejecutivo local a convocar a elecciones, ya que consideró que constituía una facultad exclusiva de la Legislatura determinar qué proyecto tratar, de qué forma, bajo qué trámites parlamentarios y con qué contenidos, por lo que no le cabía al Ejecutivo suplir la omisión legislativa.

V. 2004: Paz, Marta y otros v. Ciudad de Buenos Aires¹¹

Este caso es sumamente interesante puesto que atañe al proceso de nombramiento de magistrados y demarca, mediante un análisis de las normas constitucionales involucradas, cuáles son las competencias respectivas de los Poderes locales, en el proceso institucional complejo que debe cumplirse para la designación de jueces.

La acción fue promovida por tres de las actuales vocales de la Cámara en lo Contravencional y de Faltas de la Ciudad, quienes luego de haber sido propuestas por el Consejo de la Magistratura para ocupar estos cargos previa realización del concurso respectivo, se vieron alcanzadas por la sanción de la ley 1086 que en forma sobreviviente, dispuso la eliminación de dichos cargos. Las amparistas pidieron la declaración de inconstitucionalidad de la ley citada y de la ley 935 y su inmediata incorporación al Poder Judicial aduciendo, entre otros argumentos, que dado que sus pliegos no habían sido rechazados por la Legislatura dentro del plazo establecido por el art. 118 de la Constitución local, se había operado su “designación ficta”.

La Sala 2 hizo lugar a la acción. Sintéticamente expuesto, resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 935 y de los arts 1, 2, 3 y 4 de la ley n° 1086 y considerar aprobadas las propuestas de las actoras como juezas de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas en los términos del art. 118 de la CCABA. Consecuentemente, ordenó al Consejo de la Magistratura que dispusiera lo que correspondiera a efectos de que se recibiera a las actoras el juramento de rigor y se asignaran las partidas presupuestarias necesas-

¹¹ Sentencia del 20/05/2004 DJ 2005-1, 474 - JA 2004-III, 373 AR/JUR/2282/2004 // TSJ AR/JUR/831/2005 03/03/2005; Abeledo 20042414 // TSJ 10001351; Infojus TSJ FA05380076

rias para ponerlas efectivamente en funciones.

En cuanto a la ley 935, la sala la descalificó puesto que entendió que le permitía a los legisladores extender el plazo previsto por el art. 118 de la CCABA, y ello implicaba apartarse de la voluntad del constituyente.

Luego de recordar las distintas etapas que atravesó el proceso destinado a cubrir los cargos de camaristas, el tribunal manifestó que hasta el dictado de la ley 1086 los cargos para los que concursaron las actoras existían efectivamente, y que la intención del proyecto de la ley fue, precisamente, reducir la cantidad de jueces. En este punto, los magistrados destacan que aunque son incuestionables las atribuciones de la Legislatura para determinar el número de tribunales que compondrán el Poder Judicial, estas facultades ya no existen cuando los juzgados ya han sido creados y sus jueces designados, atento las garantías e inmunidades que rodean al Poder Judicial.

Habida cuenta que el aludido artículo 118 CCBA establece que transcurrido el plazo de sesenta días “se considera aprobada la propuesta”, los magistrados entendieron que la situación de las actoras era equiparable a la de quienes hubiesen gozado de aprobación expresa, puesto que ya revestían, al momento de la entrada en vigencia de la ley 1086, de las inmunidades y garantías de la magistratura por lo que la falta del juramento ritual no podía pueda resultar óbice a lo expuesto.

En consecuencia, la ley analizada era inconstitucional puesto que “creados válidamente los cargos, celebrados íntegramente los concursos, presentados los pliegos ante la Legislatura y transcurrido en exceso el plazo del art. 118 CCABA, los legisladores carecían ya de facultades para reducir el número de los jueces de la Cámara en lo Contravencional y de Faltas”. En otros términos, la ley 1086 era inconstitucional porque fue el producto del ejercicio de una facultad, que si bien compete

al legislador, en el momento y las condiciones en que lo hizo ya le estaba vedada.

Si bien este decisorio fue parcialmente revocado por el Tribunal Superior de Justicia, se confirmó la sentencia en cuanto tuvo por designadas a las actoras como juezas de cámara¹².

VI. 2005: III República de la Boca v. Ciudad de Buenos Aires¹³

El fuero registra varios precedentes interesantes en temas de derecho ambiental. La sentencia de la Sala 2ª, dictada en la causa III República de la Boca, es particularmente destacable en tanto incluye la declaración de inconstitucionalidad de una norma reglamentaria de los supuestos en los que resulta menester practicar el estudio previo de impacto ambiental, cuestión que resulta de consideración central en esta familia de casos.

Se trataba de una acción de amparo interpuesta contra las disposiciones del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través de la cuales se habían llamado a licitación, para construir viviendas en espacios verdes del predio conocido como “Casa Amarilla” en el Barrio de la Boca. El proyecto planteaba construir nueve edificios con 1231 viviendas (que totalizaban una superficie cubierta de 95.983,04 m²), en un lote de terreno de 32779 m².

Los amparistas esgrimían que las licitaciones cuestionadas eran inconstitucionales, entre otros motivos porque cercenaban su derecho a gozar de un am-

¹² El TSJ se apartó de lo decidido por la Sala 2 en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes 935 y 1086 así como la orden impartida al Consejo de Consejo de la Magistratura que disponga lo que corresponda a los efectos de que se reciba el juramento a las actoras y se asignen o readecuen las partidas presupuestarias necesarias para ponerlas efectivamente en funciones (sentencia del marzo 3 de 2005, Citar ABELEDO PERROT N°: 10001351).

¹³ Sentencia del 29/12/2005, LL 2006 – E, 337

biente sano y porque violaban la obligatoriedad de la evaluación previa del impacto ambiental y su discusión en audiencia pública.

La demandada argüía que estos exámenes no resultaban obligatorios en el caso, ya que el rubro “vivienda colectiva” ha sido categorizado por la reglamentación de la ley 123 como sin relevante efecto ambiental, por lo que ni el estudio, ni la audiencia pública previa, eran exigibles en el caso.

En primera instancia se hizo lugar a la acción y se ordenó, con carácter previo a la realización de las obras licitadas, la realización del procedimiento técnico administrativo de impacto ambiental en su integridad y la celebración de una audiencia pública. Además, se declaró de oficio la inconstitucionalidad del decreto 1352/2002, en la medida que este establece que la construcción de viviendas colectivas, debe ser categorizada como de impacto ambiental sin relevante efecto.

La Sala 2ª, por mayoría, confirmó la sentencia. Coincidió en la necesidad de declarar la inconstitucionalidad del decreto 1352/2002 en tanto opinó que la categorización automática que esta otorga a la construcción de viviendas colectivas, como de sin relevante impacto ambiental, colisionaba en el caso, atento la magnitud de las obras proyectadas, con normas de superior jerarquía, tales como los preceptos que en materia ambiental contienen los artículos 41 de la Constitución Nacional; 26, 27 y 30 de la Carta Magna local y la ley 123.

Tanto el Dr. Russo como el Dr. Balbín, aunque en votos separados, consideraron que la reglamentación atacada, en su aplicación en el caso concreto, llevaba a modificar la ley 123 que en principio debía complementar, y esta circunstancia infringía el mandato constitucional de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.

En este orden de ideas, los camaristas aclararon

que aunque la categorización automática como de impacto ambiental sin relevante efecto para ciertos casos, no implicaría *per se* la inconstitucionalidad de la norma reglamentaria que así la consagra, esta disposición debía ser aplicada razonablemente a los casos concretos y sin desvincularse de las disposiciones de los artículos 12 y 13 de la ley 123.

El Dr. Balbín agregó que la reglamentación desconocía el mandato legal en los casos de viviendas colectivas de uso residencial por cuanto categoriza a priori y de modo dogmático esos proyectos como de impacto ambiental sin relevante efecto, sin efectuar distinción alguna y, por lo tanto, recibe tal encuadramiento cualquier obra o emprendimiento aun cuando pudiese resultar alcanzada por alguno de los supuestos incluidos en el ámbito de la presunción legal del art. 13 de la ley 123.

En síntesis, dadas las características específicas del emprendimiento constructivo en cuestión, los preceptos de esta ley no podían soslayarse, puesto de lo contrario se desvirtuaban sus disposiciones y la tutela preventiva que el constituyente y legislador pretendieron otorgar al medio ambiente.

Consecuentemente, la sentencia ordena la realización de la totalidad del procedimiento de impacto ambiental, que incluye la presentación del dictamen técnico respectivo y la celebración de la audiencia pública, en aras de preservar tanto el principio de prevención de los eventuales efectos negativos sobre el ambiente, como el postulado de participación y discusión pública que recepta la Constitución local.

VII. 2006: Fravega SA v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires¹⁴

En esta causa la Sala 2 declaró la inconstitucionalidad de la regulación local de la denuncia de ilegitimidad (art. 94 de la ley de procedimientos administrativos local), que impide la revisión judicial de los actos administrativos firmes, contra los cuales se hubieran interpuesto denuncias de tal índole.

Si bien este parecer había sido adelantado por el Dr. Balbín en su disidencia en el caso OSMIFA SA v. DGR¹⁵, es en la sentencia que recuerdo en la que se adopta, por mayoría, la postura opuesta a la sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente Gorrordo Allarúa de Kralj v. Estado Nacional¹⁶.

En el caso, el Fisco le había impuesto a la empresa actora una multa equivalente al 200% del importe de un tributo, porque lo había ingresado, voluntariamente, con un retardo de un día hábil. El particular impugnó el acto sancionatorio en sede administrativa a través de un recurso de reconsideración que presentó con ocho días de atraso. La Administración rechazó *in limine* el recurso y también decidió no otorgarle tratamiento como denuncia de legitimidad, en virtud de que “el procedimiento se ajustó a derecho, tanto en sus aspectos formales como sustanciales”. Ante ello el contribuyente dedujo una demanda de impugnación del acto administrativo sancionatorio y entre otras cosas, solicitó la declaración de inconstitucionalidad del art. 94 de la ley de procedimientos administrativos de la Ciudad de Buenos Aires y la suspensión de la ejecución fiscal relativa a la multa cuestionada.

La Sala 2, con una mayoría integrada por la Dra.

Daniele y el recordado Dr. Russo declaró la inconstitucionalidad de la norma impugnada y declaró habilitada la instancia judicial “en orden a las particulares circunstancias del caso”. Así, los jueces entendieron que la instancia judicial para impugnar el acto que resolvió la denuncia de ilegitimidad debía tenerse por habilitada ya que aquel se había adentrado en la cuestión de fondo, al afirmar que se ajustó a derecho el procedimiento por el cual se había impuesto la multa cuestionada.

De esta manera, se le vedaba al particular en forma arbitraria el acceso a la justicia, “transformando un procedimiento administrativo previo que pretende dar a la Administración la oportunidad de revisar sus decisiones o corregir errores, en un modo inconstitucional de consagrar la irrevisibilidad judicial de un acto administrativo”, y ello implicaba un cercenamiento del control judicial del acto sancionatorio, en abierta contradicción con lo dispuesto por el art. 106 de la Constitución local.

También se dijo que de no hacerse lugar al planteo de inconstitucionalidad se consagraría de hecho la facultad de la Administración de resolver una controversia con fuerza de verdad legal, lo cual le está vedado tanto al Poder Ejecutivo de la Ciudad — art. 108, Constitución local— como al Nacional — art. 109, Constitución Federal—. Todo ello conducía a declarar la inconstitucionalidad de la norma, puesto que en las circunstancias del caso, no resultaba posible preservar su vigencia sin violentar el principio *pro actione* y las garantías de defensa en juicio y de acceso a la jurisdicción, previstas en el art. 18 de la Constitución Nacional y arts. 12 inc. 6 y 13 inc. 3 de la Constitución local.

El doctor Centanaro, al fundar su disidencia, entendió que la instancia judicial no se encontraba habilitada ya que el particular, por su actuar negligente, había dejado vencer los plazos perentorios para la interposición del recurso administrativo, lo que tornaba inviable

¹⁴ Sentencia del 28/12/2006; Abeledo 20071018

¹⁵ Sala 1, sentencia del 10/09/2001

¹⁶ CSJN, 4/02/1999.

el control judicial, sin lesionar el derecho de defensa¹⁷.

VIII. 2007: “Confederacion General Economica de la Ciudad Autonoma de Buenos Aires v. GCBA y otros”¹⁸

Al igual que en la causa García Elorrio que recordé más arriba, se debatía aquí una presunta inconstitucionalidad por omisión (la falta de reglamentación legal del Consejo Económico Social creado por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires). Sin embargo, es en este en donde se advierten con mayor claridad las dificultades que pueden presentarse para dar cumplimiento a un dispositivo judicial que ordena a un órgano legislativo poner fin a una omisión constitucional, mediante la sanción de una ley que como acto político requiere la obtención de mayorías y consensos.

En el caso, la Sala 2ª debía fallar una acción de amparo interpuesta por una asociación civil que agrupa a asociaciones, cámaras, centros, uniones, federaciones y confederaciones empresarias con sede en la Ciudad de Buenos Aires y cuyo objeto consiste en actuar en defensa de los intereses profesionales de sus representados, con el objeto que se declarara la inconstitucionalidad de la omisión en que incurriría el Poder Legislativo en no reglamentar por medio de la sanción de la ley respectiva, el Consejo Económico y Social previsto en el artículo 45 de la Constitución de la Ciudad.

En primera instancia se rechazó la acción, básicamente con el fundamento de que no era posible intimar

a la Legislatura a tratar un proyecto de ley inexistente, máxime cuando aquella había informado que todos los proyectos propuestos hasta la fecha del informe, habían fracasado por falta de consenso. El *a quo* entendió que aún cuando existiera un proyecto de ley en trámite, no era posible obligar judicialmente a los legisladores a aprobarlo, es decir, que el Poder Judicial no podía ordenar a la Legislatura aprobar ningún proyecto en particular y menos aún, imponerle un plazo perentorio para arribar a un consenso que permita ir cumpliendo las sucesivas etapas reglamentarias.

También se señaló en primera instancia que lo anterior no implicaba que el electorado se hallara indefenso frente a la inactividad de los legisladores, pues a criterio del juez, aquel disponía de otros medios –diferentes a la acción judicial de amparo– para actuar frente a lo que consideren un inadecuado desempeño de la función legislativa (conf. art. 67, CCABA, que prevé la revocatoria de mandatos).

La Sala 2ª hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, revocó la sentencia y en consecuencia, dispuso hacer saber al Poder Legislativo que debía sancionar la ley prevista por el art. 45 de la Constitución de la Ciudad, durante el período legislativo 2008.

El tribunal de alzada fundó su decisión en los siguientes argumentos:

El artículo 106 de la CCABA atribuye al Poder Judicial “el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución” y el artículo 18 del mismo cuerpo normativo garantiza “la defensa en juicio”. Esas premisas no tienen ninguna excepción o restricción en el articulado de la ley fundamental. De ahí que carecía de todo asidero la pretensión de la existencia en el ámbito de la Ciudad de “actos de gobierno”, “actos institucionales” o “cuestiones políticas no justiciables”.

¹⁷ Es necesario apuntar, a fin de evitar confusiones, que recientemente el TSJ se ha expedido, en el marco de la misma causa, rechazando, por mayoría la inconstitucionalidad del art. 94 de la LPACBA que regula la denuncia de ilegitimidad (Expte. n° 8998/12 “G.C.B.A s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: “Frávega SA c/ GCBA s/ impugnación de actos administrativos”, 11/09/13).

¹⁸ Sentencia del 11/09/2007, LA LEY 04/01/2008. Abeledo Perrot 35020903 // SJA 18/03/2009; Eldial.com AA429E; Infojus FA07370016

Dado que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, y siendo que el art. 45 CCABA establece que la Legislatura “debe” reglamentar por ley al Consejo Económico y Social, la sanción de esa ley no constituye una actividad discrecional del legislador. Una cosa es admitir un proceso progresivo de la instalación de las diversas instituciones nacidas como consecuencia de la autonomía de la Ciudad y otra que la Legislatura pueda decidir a su sola voluntad y sine die la posibilidad de reglamentar o no la conformación del Consejo. En este sentido, los magistrados consideraron que el requerimiento constitucional no se encontraba satisfecho plenamente por la presentación de numerosos proyectos de ley ni por su tratamiento en comisión.

La procedencia de la acción deducida no pretendía sustituir la voluntad del legislador, ni indicarle, sugerirle u ordenarle que reglamente el Consejo Económico y Social en una u otra dirección sino que ante una demora de casi diez años en dictar la ley respectiva, el amparo importaba acudir a otro órgano constitucional a efectos de subsanar tal omisión, instando al Legislativo a hacer esto último, en el marco de sus competencias específicas y del modo que considere más conveniente.

Son parámetros a tener en cuenta para subsanar las omisiones legislativas el transcurso de un tiempo razonable para que se tipifique la mora legisferante y la existencia de una directriz constitucional clara en la materia, tal como la que contiene el artículo 45 de la Constitución. En cuanto al recaudo temporal, el Tribunal puntualizó, como pauta de referencia, que los demás consejos previstos constitucionalmente ya había sido reglamentados y que además, el constituyente fijó un plazo de entre cuatro y cinco años para la concreción efectiva de las Comunas, que supone un diseño legislativo de mayor complejidad que el del Consejo Económico y Social, así como una ley con una mayoría agravada. Ante este panorama, la Sala 2ª consideró que los casi

diez años transcurridos desde la instalación de la Legislatura hasta el dictado del fallo “constituyen un plazo que excedería una razonable pauta temporal para reglamentar la organización y funcionamiento del tal órgano”.

No puede alegarse en forma indefinida la dificultad de los cuerpos colegiados en alcanzar los consensos. “En tales casos, la esencia del poder plural y republicano exige la conformación de los consensos necesarios para poder tomar las decisiones que dan vida a las instituciones democráticas”, máxime cuando la sanción de esta decisión no necesita mayorías agravadas en los términos de los artículos 81 y 82 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ni un trámite legislativo especial, como el de doble lectura previsto en los artículos 89 y 90 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En cuanto a la legitimación del accionante y el derecho potencialmente agraviado, los camaristas consideraron que la entidad era, simultáneamente, titular de un derecho propio y de otro de incidencia colectiva, en virtud de lo cual se encontraba habilitada a plantear una acción de amparo. Ello porque la actora constituye una asociación civil que agrupa a diversas entidades empresarias con sede en la Ciudad de Buenos Aires, por lo que según entendió la Cámara, la ausencia de reglamentación del Consejo la afectaba directamente, en tanto vulneraba “su derecho a poder participar del debate y elaboración consensuada de políticas de gobierno en la materia desde un órgano constitucional.” Paralelamente, la titularidad del derecho de incidencia colectiva provenía de que la actora no accionaba sólo en su propio interés, sino en el de todas las organizaciones empresariales, sindicales de trabajadores, profesionales, etc., con entidad para integrar el órgano constitucional previsto por el art. 45.

Como dije la más arriba, los jueces encontraron

configurada una inconstitucionalidad por omisión y dispusieron hacer saber al Poder Legislativo que debía sancionar la ley respectiva para poner fin a esta situación irregular.

IX. 2008: “Defensoría del Pueblo c/ Ciudad de Bs. As.”¹⁹

Esta sentencia es ciertamente novedosa, en tanto muestra algunas de las derivaciones que las afectaciones a derechos de incidencia colectiva pueden producir en materia resarcitoria. Parafraseando el voto de la Dra. Daniele – ver considerando 30 - la nueva dinámica constitucional, al reconocer la existencia de derechos colectivos, impone que ante un daño a estos derechos, surja, el deber de recomponer y/o el de resarcir, para revertir el daño originado a la sociedad; ésta es puntualmente la problemática que aborda el fallo.

En sus orígenes, la causa había sido promovida por la Defensora del Pueblo en sede civil, con el propósito de preservar el patrimonio cultural-histórico de la Ciudad de Buenos Aires, y de evitar la demolición del inmueble conocido como “Casa Millán”, que había sido propiedad de Don Antonio Millán, cofundador del barrio de Flores. Por este motivo, la actora había requerido cautelarmente una medida de no innovar respecto del exterior del inmueble, medida que si bien fue ordenada, no logró cumplirse puesto que el inmueble fue demolido. La demolición tuvo lugar no sólo estando notificada la medida cautelar, sino luego de que entrara en vigencia una reforma del Código de Planeamiento Urbano que había incluido el predio en la categoría de Área de Protección Histórica.

Ante esta situación, la Defensora del Pueblo pidió el resarcimiento en carácter de daño moral colectivo infringido por la demolición, que fue admitido en primera instancia. La Sala 2ª confirmó el pronunciamiento y condenó al Gobierno de la Ciudad y la empresa constructora interviniente a abonar una indemnización fijada en la suma de la suma de \$ 550.000 para el GCBA y \$ 500.000 para la empresa constructora que adquirió el inmueble y lo demolió, y dispuso destinarlo a la preservación, recuperación y difusión del patrimonio cultural, por medio de un programa a llevar a cabo por la Comisión de Patrimonio Histórico de la Ciudad.

La sentencia es riquísima tanto desde la reseña de los antecedentes fácticos del caso, como desde la argumentación jurídica que lleva a los jueces a admitir la acción. En su desarrollo, se abordan cuestiones como la legitimación procesal de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires para reclamar resarcimientos en nombre de la comunidad, cuál es la naturaleza jurídica del bien afectado, qué valor tiene la cosa juzgada administrativa frente a una ley de orden público, si el Código de Planeamiento Urbano se encontraba o no vigente al momento de los hechos, la responsabilidad de los agentes involucrados en la demolición de un bien protegido, etc., todo ello en pos de resolver si correspondía o no el resarcimiento del daño moral colectivo ocasionado.

En primer término, se admite la legitimación del Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires para reclamar el resarcimiento del daño moral colectivo, en base a lo dispuesto en los arts. 41 y 43 de la Carta Magna, de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y de los arts. 14, 26 y 27 de la Constitución local. Además, dado que el derecho conculcado, es decir el patrimonio histórico de la Ciudad, es del tipo de incidencia colectiva, los jueces remarcaron que su protección se encuentra atribuida a la Defensoría en cuestión, en función de lo establecido por el art. 137 de la Constitución local.

¹⁹ Sentencia del 14/08/2008. LL 2010 A, 316. Abeledo 70048944; Eldial.com AA4ADA

Seguidamente, y luego de conceptualizar la categoría de daño moral colectivo, se condena al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires resarcir este rubro, en tanto se lo halló responsable de autorizar la demolición del inmueble cuando ya estaba en vigencia la reforma al Código de Planeamiento Urbano que expresamente protegía al bien y luego de notificada la medida cautelar ordenada en el marco de este mismo expediente que prohibía su destrucción.

En cuanto a la empresa constructora, la mayoría entendió que su obligación resarcitoria nacía de la circunstancia de que había adquirido el bien con una finalidad contraria a la establecida por el Código de Planeamiento Urbano - que procuraba la protección y preservación del bien como patrimonio histórico - cuyo desconocimiento no podía alegar.

A fin de cuantificar el daño moral colectivo, en el voto de la Dra. Daniela se enfatizan las dificultades para determinar resarcimientos que exceden lo individual, y se concluye que por ello debía evaluarse su trascendencia en el medio social. Dado que en el caso el inmueble había sido adquirido por una empresa constructora con el claro propósito de realizar un complejo habitacional, entendió que la indemnización debía ser fijada de modo de “conjuguar los intereses comerciales con la protección de los bienes sociales y, de tal manera, disuadir que el auge del comercio inmobiliario se transforme en una causal de daño a la comunidad”.

El Dr. Russo votó en disidencia, ya que consideró que la sentencia de primera instancia al fijar el monto indemnizatorio carecía de un fundamento valorativo razonable, máxime en un caso complejo como el que nos ocupa, en el que la pretensión de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires accionante era de difícil determinación.

Adicionalmente, consideró que la Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires carecía de legitimación para reclamar el resarcimiento del daño moral colectivo puesto que sería “más que forzado” intentar trasladar las afecciones sufridas en el fuero íntimo por cada una de las personas integrantes de la comunidad del barrio donde se encontraba ubicado el bien, a un daño de carácter colectivo.

X. 2009: “Freyre, Alejandro v. GCBA”²⁰

Como adelanté en las palabras iniciales, la única sentencia de primera instancia que integra esta reseña es la que dictó la Dra. Gabriela Seijas en el marco de la causa Alejandro Freyre, en la que la magistrada declaró la inconstitucionalidad de las normas del Código Civil que prohibían el matrimonio entre personas del mismo sexo.

La causa se inicia porque los actores, que convivían desde hacía más de cuatro años, iniciaron una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad ya que el Registro Civil les denegó un turno para contraer matrimonio, por tratarse de dos personas del sexo masculino.

Como es sabido, el juzgado acogió la demanda y declaró la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil y en consecuencia, ordenó a las autoridades del Registro Civil que celebren el matrimonio de los actores.

La sentencia desarrolla un concepto amplio del derecho a la igualdad, superador del concepto tradicional, que parte de la premisa de que aquel supone previamente el derecho a ser quien se es, y la garantía de que el Estado sólo intervendrá para proteger esa existencia y para contradecir cualquier fuerza que intente cercenarla

²⁰ Sentencia del 10/11/2009, Juzgado CAyT n° 15. LA LEY Cita online: AR/JUR/42627/2009
Abeledo 70057353; Eldial.com AA592B

o regularla severamente. En esta línea de ideas, se afirma que no se es igual en la medida de la ley sino ante ella, y por ende, la ley debe tratar a cada uno con igual respeto en función de sus singularidades, sin necesidad de entenderlas o regularlas.

Se señala también que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires “reconoce y garantiza el derecho a ser diferente”, y no admite discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o por pretexto de “orientación sexual”. Así, a fin de facilitar la impugnación de distinciones ilegítimas realizadas por el legislador, en el decisorio se argumenta que el constituyente de la Ciudad ha establecido una lista de clasificaciones sospechosas de ocultar motivos de distinción incompatibles con el principio de no discriminación. A falta de demostración suficiente por parte del Estado, la presunción de ilegitimidad queda confirmada y la norma portadora del criterio de distinción no supera el examen de constitucionalidad.

Se examinan además las diferentes formas en que ha sido regulado el matrimonio a lo largo de la historia en los distintos países. En lo referente a las connotaciones religiosas del decisorio, se apunta que en el estado actual de secularización de las instituciones civiles no hay duda de que los sentimientos religiosos de algunos no pueden ser una guía para delimitar los derechos constitucionales de otros y que los poderes del Estado no pueden ser llamados a interpretar textos religiosos o a tomar partido en la valoración que ellos hagan de la homosexualidad.

Es interesante el análisis que se hace en la sentencia respecto al instituto de la unión civil y porque este no satisface adecuadamente el planteo de los amparistas. La jueza considera que la unión civil, más allá de que otorga algunos beneficios en el ámbito de la Ciudad, carece del valor simbólico del matrimonio y por ello no supera el problema de la discriminación, ya que lleva a perpetuar el concepto de “iguales pero separados” que ha servido

como una forma de camuflar el repudio hacia grupos excluidos. En otros términos, el mero mantenimiento de un régimen exclusivo para parejas heterosexuales refuerza el estereotipo, la estigmatización y la falta de aprobación y reconocimiento frente a diferentes sexualidades

Finalmente, el fallo apunta que aunque el Gobierno local no tenía potestades para invalidar las normas cuestionadas del Código Civil, ello no era un obstáculo para admitir judicialmente la pretensión puesto que el Poder Judicial, a través de medios tales como el control judicial de constitucionalidad, puede remover los obstáculos que limiten la igualdad y la libertad e impidan el pleno desarrollo de la persona y su efectiva participación en la vida política, cultural, económica y social de la comunidad.

Esta sentencia, junto con otras que se dictaron en el fuero meses más tarde, precedieron la reforma introducida en los artículos 172, 188 y concordantes del código Civil en el año 2010, que desde entonces admite el matrimonio entre personas del mismo sexo. El efecto anticipador de la reforma legislativa, o mejor dicho, impulsor y promotor de esta última que produjo esta sentencia del juzgado n° 15 del fuero es innegable y de allí que la haya incluido en esta selección conmemorativa.

XI. 2010: Fallo plenario “Meza, Lorena c/ Salomone, Sandra y otros s/daños y perjuicios”²¹

Esta sentencia plenaria que lleva el n° 2/2010 estableció como doctrina general obligatoria para el Fuero, “*que el plazo de prescripción de la acción del paciente para reclamar daños y perjuicios originados por una mala praxis médica efectuada en un establecimiento público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es de diez (10) años, (cf. Art. 4023 C.C.)*”.

²¹ LA LEY Cita online: AR/JUR/92146/2010; Infojus FA10370001

De esta manera, la Cámara cierra un debate entre distintas posturas que se sostenían en los juzgados de primera instancia e incluso entre ambas Salas del Fuero, en relación a la prescripción en casos de mala praxis en hospitales públicos de la CABA. Si bien la cuestión de fondo se vinculaba con un caso de responsabilidad médica, el decisorio proyecta sus efectos a múltiples casos de responsabilidad del Estado por actividad ilícita y pivotea su análisis en torno del derecho a la salud, a la igualdad entre los pacientes atendidos por nosocomios públicos y privados y reaviva el clásico debate acerca de la aplicación de las categorías diseñadas por el Código Civil a la responsabilidad del Estado.

La mayoría, integrada por los Dres. Weinberg de Roca, Balbín, Centanaro y Corti, se conforma con cuatro votos diferentes, en los que a través de distintos desarrollos argumentales, se arriba a la misma solución, esto es la prescripción decenal.

La Dra. Weinberg de Roca claramente se inclina por el carácter contractual de la relación Estado-paciente, y atento la inexistencia de una norma particular, colige que debe aplicarse el plazo general de prescripción decenal previsto en el art. 4023 del Código Civil, citando en su apoyo jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

El Dr. Balbín desarrolla extensamente la teoría del contrato administrativo y su naturaleza jurídica. Señala que el régimen propio de estos contratos es el derecho público, y en ese marco y en ciertos casos, algunos de sus elementos están regidos parcialmente por el derecho privado pero ello no excluye al derecho público. A su vez, señala que el vínculo entre el paciente y el hospital se caracteriza por la existencia de derechos y deberes recíprocos, enmarcados en el principio constitucional de autonomía individual. Plantea que establecido el carácter contractual de la relación, se presenta el problema de la ausencia de una norma o principio general del De-

recho Público, y la necesidad de integrar la laguna recurriendo a otras ramas del derecho. En este caso, señala que tratándose de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, la aplicación del ordenamiento civil encuentra sustento en la similitud fáctica que presenta la actividad que da origen al deber de responder.

En el voto del Dr. Centanaro, se realiza un extenso análisis de la noción de “contrato” y sus distintos antecedentes históricos. Señala que se define al contrato como todo acuerdo de contenido patrimonial, superando esta noción el limitado ámbito del Derecho Privado y extendiéndose a todo el ordenamiento jurídico. Asimismo, sostiene que cuando el Estado contrata con particulares, realiza un contrato administrativo que podrá o no tener facultades exorbitantes del Derecho Privado. Con respecto a la cuestión tratada, opina que la misma se inscribe dentro del ámbito de la responsabilidad contractual aún cuando se trate de un caso de asistencia prestada como servicio público. Con cita de Bueres, señala que no cabe distinguir el caso de un médico que trabaja en un hospital público o en una clínica privada. Agrega que no obstante la gratuidad de la atención, media un acuerdo de voluntades con contenido patrimonial entre el paciente y la administración del nosocomio que lo recibe.

Concluye señalando que, a efectos de computar el plazo de prescripción de la acción de daños y perjuicios por actividad ilícita originada en dicho vínculo, resulta de aplicación por analogía el plazo residual previsto por el art. 4023 del Código Civil, esto es un plazo de diez (10) años.

El voto del Dr. Corti repasa las distintas posturas que se han expresado en la doctrina y la jurisprudencia en relación al tema debatido. Por otra parte, destaca que la responsabilidad del Estado es una institución de derecho público y por ello, resulta regulable por el derecho público local. Ahora bien, del análisis del orden vigen-

te, se verifica que el legislador local ha omitido regular este asunto. Ello implica, ante la laguna legal, que el juez debe realizar una tarea interpretativa para colmar este vacío. En este caso, y siguiendo la posición que ya había sostenido en casos anteriores, considera este magistrado que la solución debe encontrarse dentro del mismo derecho público local. En este sentido, y analizando diversas regulaciones particulares contenidas en las leyes de la Ciudad, entiende que puede inferirse la hipótesis de un plazo general de cinco (5) años para todos los supuestos de derecho público local. Sin embargo, considera que existe otro argumento de peso superior para concluir en la aplicación del plazo de diez (10) años. En este punto, refiere a la aplicación de principios superiores del ordenamiento constitucional, en particular el principio de igualdad. De acuerdo a este razonamiento, señala que son inconstitucionales las respuestas que otorgan menores plazos de prescripción a los sujetos que se atienden en hospitales públicos. Es decir, que en el caso particular establecer un plazo de cinco (5) años implicaría una lesión al principio de igualdad, en conexión con el derecho a la salud. Concluye entonces también, al igual que los votos anteriores, en postular en este caso la prescripción decenal.

Nótese por otra parte que la doctrina plenaria se refiere a acciones iniciadas por el paciente, pero no abarcaría, al menos en una primera lectura, a aquellas acciones judiciales incoadas por los herederos del paciente.

Finalmente, cabe señalar que se registra el voto en disidencia de la Dra. Daniele, que se inclina por establecer para estos casos un plazo de prescripción de cinco (5) años

XII. 2011: “Barila, Santiago c/GCBA s/amparo”²²

El caso resuelto por la Sala II de la Cámara de Apelaciones del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, en fecha 14 de abril de 2011, se refiere a las personas discapacitadas y en particular a su derecho de acceso al empleo público.

El fallo refiere al cumplimiento del cupo de 5% de personas con necesidades especiales dentro del ámbito de la Administración Pública, según establece el artículo 43 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. En este sentido, se había iniciado una acción de amparo de carácter colectivo, con el fin de exigir al GCBA el cumplimiento de este cupo.

El Tribunal, a los fines de efectivizar el cumplimiento de dicho mandato constitucional, ordenó a la Administración que, en lo sucesivo, todos los contratos de trabajo, bajo cualquier modalidad (locación de servicio, obra, etc.), se celebren con las personas inscriptas en el Registro Laboral Único de Aspirantes con Necesidades Especiales creado por el artículo 9 de la ley 1502, hasta que se dé estricto cumplimiento a los términos e incorporaciones graduales previstas por la ley 1.502 y su modificatoria ley 3230. Debe señalarse que el Registro mencionado se encuentra bajo la órbita de un organismo del GCBA denominado COPIDIS (Comisión para la Plena Integración e Inclusión de las Personas con Discapacidad).

Para lograr este cometido, el Tribunal señala que previo a celebrar contrato de cualquier naturaleza, la participación de que se trate deberá solicitar la nómina de las personas inscriptas en la COPIDIS que cumplan con las condiciones e idoneidad para el cargo. Únicamente en el supuesto de no contar con personas inscriptas que observen dichos recaudos, y dejándolo asentado por

²² LA LEY Cita online: AR/JUR/13602/2011; Eldial.com AA7538

acto fundado -que deberá ser comunicado a la COPIDIS para que lo haga saber entre las personas inscriptas en el registro y publicado en el Boletín Oficial de la Ciudad-, de modo de deslindar, a todo evento, las responsabilidades establecidas por el artículo 15 de la ley 1.502, se podrá proceder a contratar personal al margen de esta manda.

Asimismo, la Cámara condenó al GCBA para que en el plazo de 60 días convoque a concurso, o el procedimiento que se estime adecuado, conforme la naturaleza de la vacante, entre las personas inscriptas en la COPIDIS -Registro Laboral Único de Aspirantes con Necesidades Especiales creado por el artículo 9 de la ley 1502-, a fin de cubrir cada uno de los cargos vacantes.

A su vez, con carácter cautelar, el Tribunal ordena al Gobierno que se abstenga de promover cualquier tipo de concurso o procedimiento, para cubrir dichas vacantes; sin antes cumplir con el deber legal enunciado en la Ley Nº 1.502 (art. 2) e instruir, en consecuencia, los procedimientos de selección entre las personas inscriptas en el registro de la COPIDIS y que cumplan los recaudos específicos exigibles para el cargo vacante.

Para llegar a estas conclusiones, la Cámara despliega una argumentación en referencia a los derechos constitucionales involucrados, y también en relación a la naturaleza de la acción de amparo colectivo. Con cita de la Corte Suprema de Justicia (causa "Mendoza"), señala que estos litigios, por su complejidad, adquieren particularidades específicas, que exigen diversas intervenciones de los Tribunales y, en consecuencia, no se agotan en un único acto jurisdiccional que extingue el litigio. A su vez, destaca el Tribunal que las intervenciones de los órganos de justicia han de estar direccionadas a procurar alcanzar una solución estructural al conflicto y que las decisiones judiciales relativas a la implementación de políticas públicas, exigen de decisiones progresivas, tendientes a concretar, en forma efectiva, el mandato constitucional.

XIII. 2012: Frondizi Marcelo Hernando y otros c/ GCBA s/ Amparo²³

En los autos, la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero se pronunció sobre la viabilidad de una medida cautelar destinada a impedir la construcción de obras del Centro Civico que el GCBA pretende realizar en el predio en el que está ubicado el Hospital Borda. Entre varias cuestiones de interés, dejó sentada su opinión en cuanto a que las causas cuya defensa es asumida por el Ministerio Público de la Defensa (MPD) en primera instancia, deben ser patrocinadas y dirigidas por los defensores de primera instancia y no de la Cámara, como se discutía en el caso.

La acción había sido iniciada por los actores, con el patrocinio letrado del Defensor General de la CABA, el Defensor General Adjunto subrogante ante el fuero Contravencional y de Faltas de la CABA - a su vez titular de la Unidad Especial Temática "Patrimonio Histórico de la CABA" (UET)-, y la Defensora de Cámara subrogante, más sin contar con el patrocinio del defensor de primera instancia.

El Tribunal de Alzada confirmó lo decidido por la jueza de grado en cuanto ordenó que el patrocinio letrado de los amparistas debía ser encauzado a través de la defensoría de primera instancia, en virtud de lo previsto en los arts. 36 inc. 3, 38, 40 y 41 de la ley 1903.

En tal sentido, apuntó que existen dos supuestos de excepción a tal regla general: a) el que prevé el art. 38 párr. 1 *in fine* parte de la misma ley -actuación indistinta del MPD en primera o segunda instancia- y b) el que se origina en una decisión del titular del MPD -quien puede disponer la actuación conjunta o alternativa de dos o más magistrados del MPD, de igual o diferente jerarquía, cuando la importancia o dificultad de los asuntos lo haga aconsejable (conf. art. 36 inc. 2)-. No obstante,

23 Infojus: NV 4144

la Sala destacó que si bien tales situaciones permiten la actuación de otra instancia del área – es decir, distinta a la del defensor de primera instancia- , tal obrar debe realizarse en el marco de una actuación conjunta y bajo la conducción del titular de la defensoría de primera instancia, en su carácter de titular de la causa.

Por otro lado, señaló que los titulares de cada una de las ramas del Ministerio Público están habilitados a elaborar criterios de actuación de sus integrantes, que deben ser públicos y comunicados por escrito a cada uno de ellos y simultáneamente a la Legislatura y al Consejo de la Magistratura de la CABA.

En punto a la situación configurada en la causa, señaló que la resolución del Defensor General que dispuso la tramitación del proceso exclusivamente por los magistrados presentados en él, contradecía la misión asignada legalmente a la defensoría de primera instancia y afectaba el principio de unidad de actuación, que implica que cada uno de sus integrantes en su actuación representa al MPD en su conjunto

XIV. 2013: Plenario “Eiben”²⁴

Finalmente, otro importante precedente a destacar es el acuerdo plenario de fecha 31/05/2013, recaído en los autos “Eiben Francisco c/ GCBA s/ Empleo Público” (Expte. n° 30370/0), mediante el cual se fijó el criterio a seguir respecto de la tasa de interés aplicable en caso de ausencia de convención o leyes especiales que establezcan una tasa especial.

La doctrina plenaria resolvió aplicar a los montos reconocidos en los decisorios judiciales el promedio que resulte de las sumas líquidas que se obtengan de (a) la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual

vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina y de (b) la tasa pasiva promedio que publica el BCRA (comunicado 14290).

Ahora bien, al mismo tiempo que se determinó dicha tasa, se efectuaron distinciones en función a los distintos tipos de obligaciones que originan las sumas a indemnizar (dinerarias o derivadas de hechos ilícitos) y a las variables temporales a las que resultan de aplicación los intereses.

Así, se determinó que la tasa indicada debe aplicarse desde el momento de la producción del daño o inicio de la mora y hasta el efectivo pago (cumplimiento de la sentencia), con excepción de los supuestos en los que los jueces fijen indemnizaciones a valores actuales –como puede ocurrir en el caso de los hechos ilícitos-, en los que deberán aplicar una tasa pura del 6% anual por el período comprendido entre la mora y la fecha de la sentencia y, a partir de allí, la tasa fijada conforme los parámetros detallados precedentemente.

Por la minoría votaron los jueces Corti y Seijas, quienes entendieron que resulta aplicable otra tasa de interés. El Dr. Corti consideró que corresponde calcular los intereses de acuerdo a la tasa pasiva del BCRA, con excepción del período enero/septiembre de 2002, en el cual debe aplicarse la tasa activa que publica el BCRA, por tratarse aquel de un coyuntural período de inestabilidad debido al proceso devaluatorio de la moneda. Por su parte, la Dra. Seijas propuso la aplicación de la tasa activa cartera general efectiva anual vencida que publica el Banco de la Nación Argentina, desde la mora hasta el efectivo pago, sin hacer distinciones temporales.

²⁴ LA LEY Cita online: AR/JUR/46920/2013

La revocación de los contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito y conveniencia: alcance indemnizatorio

Juan G. Corvalán (*), Nieves Macchiavelli (***) y Victoria Finn (***)

* Juan G. Corvalán. Abogado (UBA). Postgraduado en Derecho Administrativo y Especialista en Derecho Tributario. Doctorando en Ciencias Jurídicas. Juez del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesor de la Universidad de Buenos Aires.

** Nieves Macchiavelli. Secretaria del Juzgado de 1º Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 19 del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

*** Victoria Finn. Prosecretaria Coadyuvante del Juzgado de 1º Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 19 del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

I. Liminar

La problemática que se deriva de la revocación¹ del contrato administrativo² con invocación de la oportunidad, mérito y conveniencia³ por parte de autoridad pública, ha sido objeto de diversas posiciones doctrinarias⁴.

En estas breves líneas, intentaremos desarrollar tres cuestiones centrales: *primero*, las diferentes posturas en torno a si corresponde o no otorgar una reparación

1 Adherimos en este punto a la posición doctrinaria que sostiene que la extinción de un contrato administrativo por parte de una autoridad pública, invocando razones de oportunidad, mérito y conveniencia, constituye un acto de revocación encuadrado en el art. 18 de la LPA y del Decreto 1.510/97 (en virtud de lo dispuesto en el art. 7 inc. f de ambos ordenamientos normativos) en tanto conforma una prerrogativa estatal propia del régimen exorbitante que caracteriza a los contratos administrativos (v. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo — Tomo III, AP/DOC/2371/2012, apartado 760; Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3, Capítulo 4, apartado IV-25; Balbín, Carlos F. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, Ed. La Ley, 2001, p. 625/627 y Parada Ramón, Derecho Administrativo I, Ed. Marcial Pons, 2012, p. 189). Ver también la Ley de Procedimiento Administrativo Alemana de 1976 arts. 59 y ss. En contra de esta postura y sosteniendo que se trataría en el caso de una rescisión unilateral sin culpa del contratista ver Cassagne, Juan Carlos “El Contrato Administrativo”, Ed. Abeledo Perrot, 2005, p.155).

2 A los efectos de intentar una definición de los contratos administrativos, deberá analizarse el elemento subjetivo (que una de las partes sea una autoridad administrativa) objetivo (fin público o propio de la Administración) y la finalidad (satisfacción de necesidades públicas), a lo que cabe agregar la existencia explícita o implícita de cláusulas exorbitantes del derecho privado (v. CSJN Fallos: 316:212, 315:58, 321:714 entre otros).

3 Más allá de la dificultad dialéctica que conlleva intentar una definición concreta de los términos a los que se refiere conceptos jurídicos indeterminados como la oportunidad, el mérito y la conveniencia, resulta oportuno recordar la definición adoptada por Laura M. Monti al indicar que la Administración extingue el acto "...con base en una discrecional interpretación del interés público que la lleva a decidir no continuar con la tramitación, ya sea porque ha concluido en la inconveniencia de ejecutar el contrato, o bien ha resuelto efectuar modificaciones en el proyecto o a otras características relativas a su ejecución, o por cualquier otra razón dejada a su apreciación prudencial" (v. Monti, Laura M., Consecuencias de la revocación del llamado a licitación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, publicado en Contratos Administrativos, segunda edición de las Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ed. Rap, p. 409).

En virtud de ello nos referiremos al interés general, interés público y razones de oportunidad, mérito y conveniencia en forma indistinta.

4 A modo ilustrativo y a los efectos de conocer en profundidad las diferentes posturas existentes ver Mónica Muñiz Montero en Contratos Administrativos, Ismael Farrando (h) Director, Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, Bs. As., 2002, p. 551 y ss; Ariel Cardaci Méndez, en Revocación del contrato de Obra Pública. Cuestiones de Oportunidad, mérito o conveniencia, Ed. Astrea, Bs.As., 2014, entre otros.

integral frente a tales supuestos; *segundo*, si nos hallamos frente a responsabilidad contractual o extracontractual del estado; *tercero*, cuál es la interpretación que debe hacerse frente a lo dispuesto por las normas de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

II. Recepción Normativa Nacional.

Los preceptos normativos que en esencia regulan el régimen de la revocación por razones de interés público, hasta el momento no han sido objetados constitucionalmente por nuestra Corte Suprema^{5/6}.

En este contexto, creemos prudente destacar dos cuestiones importantes inherentes a la problemática señalada:

Por un lado, la Constitución Nacional no prevé el alcance o el “quantum” indemnizatorio frente a la privación de la propiedad, frente a las posturas que pregonan

5 En efecto no pretendemos desconocer las críticas vertidas en torno a la legitimidad de la sanción del Decreto Nº 1.023/2001 (Conf. Gordillo, Tomo1, Capítulo, p. XI-14).

6 No debe perderse de vista que la Administración se rige por el principio de competencia y vinculación positiva a la ley. Así, Cassagne sostiene que "...En definitiva, el contenido actual de la vinculación de la Administración a la ley u ordenamiento jurídico, traducida en el principio de legalidad administrativa, muestra que la norma jurídica no es vista como un límite externo de actuación de los poderes públicos, en el sentido que frente a un poder de libre determinación inicial sólo se oponen los límites impuestos por el ordenamiento -doctrina de la vinculación negativa de la Administración por la ley-, sino, por el contrario, como una condición o habilitación previa del ordenamiento para la actuación administrativa -doctrina de la vinculación positiva-. En definitiva, estos principios jurídicos fueron cristalizados normativamente en la Ley Fundamental alemana de 1949, donde en el artículo 20.3 se establece que el Poder Ejecutivo está "sometido" a la ley y al Derecho." (V. Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo (Homenaje a Miguel S. Marienhoff), 1998, AP Nº: 1701/002463).

De esta manera, el Ejecutivo no podrá apartarse de lo específicamente regulado en la norma, y el co-contratante deberá conocer y atenerse a dichas reglas, so riesgo de incurrir tanto el contratista como la Administración en un obrar ilegítimo, lo que ocasionará la nulidad de todo lo actuado. Así la CSJN ha sostenido reiteradamente que "...la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimiento de contratación (Fallos: 308:618 y 316:382)." ("Lix Klett S.A. 1. C. (s/ quiebra) el Biblioteca Nacional – Sec. de Cultura de la Nación s/ cobro de sumas de dinero" del 31/07/2012).

la reparación integral o bien la exclusión del lucro cesante.

Por otro, la Convención Americana de Derechos Humanos protege la propiedad previendo una indemnización “justa” frente a su restricción (v. art. 21). Si bien dicho término no delimita explícitamente el “*quantum*”, podría ello constituir un “piso mínimo” que deberá ser determinado en el concreto, conforme las circunstancias y presupuestos del caso.

Ahora bien, a nivel infraconstitucional el derecho a una indemnización se encuentra previsto en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo a través de su art. 18, disponiendo que los contratos serán regidos por las respectivas leyes especiales (conf. art. 7º inc. f).

Así, el Decreto 1.023/2011 regula el régimen de las contrataciones del Estado, el cual resulta aplicable a la gran mayoría de los contratos⁷, incluidos los de Obra Pública (conf. art. 4º inc. b).

Desde esta perspectiva, el art. 12º del precitado decreto establece las facultades y obligaciones de la Autoridad Administrativa, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases condiciones, o en la restante documentación contractual. Así, en el inc. b, segundo párrafo se establece que: “La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante.”

⁷ Conforme el art. 4º, dicha norma es de aplicación a los contratos de: Compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente. Como así también a los contratos de Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias. Quedan excluidos los contratos de empleo público, las compras por caja chica, los que se celebren con estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, y los comprendidos en operaciones de crédito público (v. art. 5º).

En idéntica línea, el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 893/2012, reglamentario del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, prevé en su art. 21º: “La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante, sino únicamente a la indemnización del daño emergente, que resulte debidamente acreditado.”

En el ámbito específico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el alcance de la indemnización ha sido expresamente dispuesto por el legislador a través de la ley 2.095. Allí se dispuso que la utilización de las prerrogativas referidas a la interpretación de los contratos, resolución de dudas en su cumplimiento, modificación, caducidad, rescisión o resolución, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia “no genera derecho a indemnización en concepto de lucro cesante”⁸.

III. Tesis Existentes a la luz del criterio jurisprudencial de la CSJN.

La extinción del contrato administrativo por razones de interés público constituye una actividad lícita de la administración generadora de responsabilidad contractual⁹. Por tanto, no resultan aplicables de modo directo los criterios jurisprudenciales vertidos respecto

⁸ Ley N° 2.095, art. 9º inc. “a”.

⁹ En efecto la actuación del Estado, tanto en su actividad contractual, como extracontractual, lícita o ilícita, le generará responsabilidad siempre que la actuación pueda serle imputada y exista una relación de causalidad entre la actividad y el daño ocasionado, así refieren que “La imputación es la relación entre un comportamiento como condición y una sanción como competencia establecida por un acto de voluntad de una norma, mientras que la causalidad es la relación entre una causa y un efecto descrita por la ley natural que es independiente de tal intervención (...) en el ámbito administrativo no se refiere tanto a la autoría del hecho dañoso como a saber a quién corresponde resarcir por mandato legal” (V. Juan - Cruz Alli Aranguren, Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el derecho administrativo Francés, Ed. Universidad Pública de Navarra, 2009, Pamplona, España, ps. 464/465).

de la responsabilidad extracontractual del Estado¹⁰.

Sentado ello, a lo largo del tiempo y a la luz de los pronunciamientos de la Corte Suprema, se ha ido forjando un criterio amplio y otro de carácter restringido, según se entienda que la indemnización resulta comprensiva del lucro cesante¹¹ o solo del daño emergente¹².

Veamos ambas tesis.

3.1. Tesis Amplia

En la "tesis amplia" se insertan los pronunciamientos que propugnan un reconocimiento integral de la reparación al contratista que abarque el daño emergente y el lucro cesante¹³.

Los fundamentos de esta postura pueden resumirse del siguiente modo¹⁴:

a) La responsabilidad Estatal que genera la obligación de responder, tiene origen en los artículos 16° -derecho a la igualdad- y 17° -derecho de propiedad- de

la Constitución Nacional¹⁵.

b) Todo co-contratante ostenta una expectativa de lucro que integra su derecho de propiedad;

c) La reparación integral resguarda conductas disvaliosas de la administración que tiendan a revocar caprichosamente los contratos sin reparar adecuadamente los daños¹⁶;

d) Razones de equidad y justicia social;

e) El artículo 18 de la LNPA no limita ni establece el alcance de la indemnización;

e) Por último, se argumentan dos razones por las cuales no corresponde aplicar el régimen de la expropiación:

e.1 primero, la expropiación debe ser interpretada y aplicada en forma restrictiva toda vez que constituye una excepción constitucional al principio de reparación integral;

e.2 segundo, la expropiación transfiere un derecho, mientras que la revocación lo extingue.

3.1.1 Criterios jurisprudenciales

La CSJN no ha sido uniforme en torno a las causas de extinción de los contratos administrativos por razones de interés público¹⁷. No obstante, a partir del *leading*

10 Ello, en tanto se tratan de dos supuestos diferentes. En efecto, para que proceda la responsabilidad extracontractual por actividad lícita, se requiere ciertos presupuestos: existencia de un daño cierto, relación de causalidad entre el accionar del Estado y el daño, posibilidad de imputar jurídicamente los daños al Estado, ausencia de deber jurídico de soportar el daño, y existencia de un sacrificio especial en el afectado. En la responsabilidad contractual estos factores son analizados de modo diferente, en tanto se modifica el origen de la responsabilidad: el nexa causal está dado directamente por la existencia del contrato administrativo. Asimismo, existe una sujeción voluntaria del contratista al régimen previsto por el ordenamiento, lo que no significa que por ello éste no debe ser justo y razonable.

11 Tomaremos como definición del lucro cesante, la intentada por la CSJN en el precedente "Sánchez Granel" Fallos: 306:1409, cuando sostiene que el lucro cesante comprende las "ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas" (v. Cº 4).

12 Daño emergente, entendido como la pérdida efectiva sufrida en los bienes existentes en el patrimonio del contratista al momento de la revocación.

13 Defendida principalmente en la doctrina nacional, entre otros, por CASSAGNE, ESCOLA, GORDILLO, BIANCHI, DROMI y BARRA. Mientras que en la doctrina comparada, podemos mencionar a GARCÍA DE ENTRERRÍA, FERNÁNDEZ y SAYAGUÉS LASO, entre otros (V. citas bibliográfica de Mónica Buj Montero, "Contratos Administrativos..." cit., ps.556/557)

14 V. Mónica Buj Montero, "Contratos Administrativos..." cit., ps. 556/562.

15 V. Cassagne, Juan Carlos con la colaboración de Estela B. Sacristán, "El Contrato Administrativo", Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2ª edición, Bs As, 2005, ps. 159 y ss.

16 V. Cassagne, Juan Carlos, "El Contrato..." cit., ps. 159 y ss.

17 Tal como se adelantó, excluimos de este análisis tanto a los casos referidos al alcance de la indemnización por responsabilidad extracontractual lícita del Estado, como puede ser el caso del fallo "Juncalán", como así también las causales relativas a supuestos de Caso fortuito o Fuerza Mayor (acontecimientos extraordinarios o imprevisibles que no han podido preverse, o que previsto no ha podido evitarse), en donde la doctrina y jurisprudencia afirman la procedencia de la indemnización por el daño emergente (Fallos "Cacik" 1992, "Chediak" 1996, "Castellone" 2003 – "Benito Roggio e Hijos S.A. y otro c. EN" – CSJN-2013). Asimismo, se excluye a la rescisión del contratista argumentando conductas de la administración encuadradas en el "Hecho del príncipe" (actos o incumplimientos de las autoridades públicas estatales, no contratantes de tal gravedad que hacen

case “Sánchez Granel¹⁸”, el máximo tribunal federal adoptó una postura amplia en cuanto al deber de reparar en forma integral, argumentando en esencia, cuatro razones que sintetizamos del siguiente modo:

Primero, la invocación genérica del deber de reparar frente a supuestos de responsabilidad estatal por su actividad lícita¹⁹. La Corte utiliza este argumento sin realizar ninguna distinción en el origen de dicha actividad, sea contractual o extracontractual.

Segundo, la referencia al principio general de la responsabilidad plena²⁰, acudiendo para ello al principio general del deber de no dañar.

Así, en diversos pronunciamientos la Corte ha optado por recurrir a reglas del derecho privado para resguardar la equidad de las posiciones, omitiendo expresamente en ciertos casos, la utilización de principios o reglas del derecho público.

En efecto, en el precedente Sánchez Granel la CSJN rechazó en forma expresa la aplicación de la regla contenida en la Ley de expropiaciones por considerar que “...esta supone una restricción del derecho de propiedad mediante una ley del congreso valorativo de la utilidad pública...”²¹

En idéntico sentido²², la Corte aplicó supletoria-

imposible la ejecución del contrato), como puede ser el caso del Fallo “Zonas Francas Santa Cruz S.A. c. Estado Nacional Poder Ejecutivo Nacional Decreto 1583/1996 s / Daños y Perjuicios” CSJN, del 09/06/2009.

18 CSJN “Sánchez Granel C/ DNV” 20/09/1984

19 Fallo Sánchez Granel cit. C° 5.

20 CSJN “El Jacarandá S.A. c. Estado Nacional” 28/07/2005, C° 8 y 9.

21 CSJN “Sánchez Granel...” cit. C° 8.

22 CSJN “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Contecsa c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales” 29/03/1977. Frente a ello resulta interesante el criterio sostenido por Hutchinson cuando sostiene que no existe un principio de integralidad del resarcimiento y, reseña que la responsabilidad civil tiene por finalidad procurar al status quo ante de daño, esto es la reposición de las cosas a su estado anterior, así indica que “Algunos entienden por reparación integral la reparación total, esto es de todo el daño, pero lo integral bien puede ser la repa-

mente las reglas del Código Civil sin hacer mención alguna a los principios de derecho público (C° 4).

Tercero, la inexistencia de preceptos explícitos que rechacen el lucro cesante.

Conviene señalar que los precedentes que reúnen esta doctrina, refieren a supuestos de hechos acaecidos de modo previo a la vigencia del Decreto 1.023/2001 y 893/2012.

En efecto, tanto en los precedentes “Sánchez Granel” como “Cotecsa”, la CSJN rechazó en forma expresa que sea aplicable al supuesto, la Ley de Obra Pública de 1947, en tanto la misma no preveía expresamente la revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito y conveniencia²³.

En virtud de ello, la Corte optó por el principio de la reparación integral, aunque dejó entrever que pueden existir excepciones al sostener que: “... dicha indemnización podrá encontrar obstáculos quizá, en razones de fuerza mayor, en el mismo contrato o en una ley específica que dispusiera lo contrario para algún caso singular.”²⁴

Por último, los argumentos para sostener una reparación integral, se relacionan con las circunstancias del caso.

En el precedente “El Jacarandá”, la Corte hizo primero alusión a la responsabilidad que le cabe al Estado

ración global, esto es la que toma en conjunto a los daños que el sistema admite como reparables” (V. Hutchinson, Tomás, La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público publicado en el libro Contratos Administrativos, Segunda edición, Rap, cit. p.655.)

23 Recordemos que si bien el reglamento de las contrataciones del Estado prevista por el Decreto 5720/77, limitaba la reparación del Estado (conf. art. 88º), el mismo no se aplicaba de forma directa a las Obras Públicas (conf. art 3º); recién con la sanción del Decreto 1.023 el 13/08/2001, aplicable a los contratos regidos por la Ley de Obra Pública conforme lo dispuesto en el art. 4º inc. b, se excluyó en forma expresa la reparación del lucro cesante ante la revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito y conveniencia (conf. art. 12º inc. b).

24 V. Fallo “Sánchez Granel...” cit. C° 6.

por su actuar lícito, destacando luego que "...la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación..." (v. Cº 9), por lo que finalmente entendió que en el caso no existían fundamentos para limitar la reparación al daño emergente.

3.2. Tesis Restringida

En contraposición a la doctrina que sostiene la obligatoriedad de la reparación plena en los supuestos de revocación de los contratos administrativos por razones de interés público, encontramos la tesis restringida²⁵. Esta sostiene, a trazo grueso, que sólo cabe resarcir el daño emergente y no el lucro cesante.

Entre sus fundamentos podemos señalar los siguientes:

a) En primer lugar, se argumenta que la reparación integral no tiene jerarquía constitucional, en tanto:

a.1 Ella no surge de la Constitución Nacional, y

a.2 El art. 21º inc. 2 CADDHH -de jerarquía constitucional conforme lo dispuesto en el art. 75º inc. 22- prevé frente a la excepción de la privación de la propiedad, una indemnización "*justa*" en los casos y formas establecidos por la ley.

De ello se deduce –en esta tesis- que no existiría ningún impedimento para restringir el alcance de la reparación, siempre que la misma sea considerada razonablemente *justa*.

b) En segundo plano, se argumenta que frente a un vacío legal, debe acudirse en forma directa a las normas de derecho público, como es el régimen de las expropiaciones que excluye en forma expresa el lucro

cesante, en virtud de la "fuerza expansiva de los principios indemnizatorios"²⁶:

c) En tercer término, la tesis restringida parte de la base de que la vigencia de otras normas de derecho público excluyen expresamente el lucro cesante.

En efecto, la Ley de Obra Pública prevé la rescisión del contrato por causas no imputables al contratista, aunque no regula de manera expresa la revocación de la administración por las causales estudiadas²⁷.

Por otra parte, los Decretos 1.023/01 y 893/12 vigentes, establecen en forma explícita la exclusión del lucro cesante en estos casos (conf. art. 12º inc. b y art. 121º respectivamente).

Asimismo, se ha sostenido²⁸ la existencia de otras normas de derecho público que excluyen la reparación del lucro cesante, entre las que podemos mencionar la ley de Emergencia N° 25.344 y la ley de Defensa Nacional N°23.554.

3.2.1. Criterios jurisprudenciales

La CSJN ha admitido una reparación restringida, bajo los siguientes lineamientos:

no corresponde realizar una aplicación automáti-

²⁵ Entre los expositores de esta postura, podemos señalar, entre otros a MARIENHOFF, COMADIRA, SARMIENTO GARCÍA y HUTCHINSON, (V. Mónica Buj Montero, "Contratos Administrativos...", cit. p. 560).

²⁶ Aquí se alude a una "Idéntica naturaleza" que se configura frente a supuestos de derecho público debe acudirse a reglas de éste. Y por otro lado, se habla del fundamento en la garantía del interés público. Textualmente se afirma: "...Lo que la Constitución establece respecto a indemnización en materia de expropiación, implica un principio general de derecho, aplicable a todas las hipótesis en que un derecho patrimonial cede por razones de interés público...". Ver Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo (Tomo IV, AP/DOC/2456/2012). Esto ha sido reafirmado por Comadira al señalar que la procedencia de una reparación integral siempre y en todo caso, de todo daño, significaría reconocer un derecho absoluto y por tanto abonar una concepción de los derechos antisocial (V. Comadira, Julio Rodolfo en El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, Ed. La Ley, p. 241).

²⁷ No se liquidará a favor de éste suma alguna por concepto de indemnización o de beneficio que hubiera podido obtener sobre las obras no ejecutadas (conf. art. 54º inc. f).

²⁸ V. Comadira, Julio Rodolfo en "El Acto..." cit. ps. 242/243.

ca de la noción de reparación plena, sino que debe evaluarse las circunstancias del caso.

Así, en el precedente Ruíz²⁹, la CSJN entendió que "...el reconocimiento de la indemnización debe atender a las circunstancias de cada caso (Fallos: 296:729) a fin de recomponer, con equidad, la situación del contratista que ha invertido su trabajo y su capital para obtener una utilidad razonable y que ve frustrada su ganancia a raíz del desistimiento..." (Conf. C° 18).

No obstante, en el caso concreto entendió que no correspondía hacer lugar a lo demandado, en tanto evaluó: i) el plazo por el cual la actora omitió impulsar su reclamo, ii) el desinterés demostrado, iii) las circunstancias fácticas que le llevaron a la conclusión que el contratista habría asumido otros compromisos que atenuaron su lucro cesante y iv) la magnitud de los gastos³⁰.

Debe existir un nexo causal relevante entre las expectativas de ganancias reclamadas y la revocación del contrato.

Entendemos coherente colocar en este apartado el caso "IMSA MICSA"³¹. Ello, en tanto éste fallo sólo refiere a aquellos ítems que razonablemente pudieron generar expectativa de lucro por el contratante, a raíz de una conducta determinante del Estado³².

Por tanto, la CSJN restringe la dimensión de la

expectativa reconocida, limitándola a aquella que compruebe un nexo causal directo e inmediato con la actuación de la autoridad pública (Conf. C° 5).

Tercero, aceptar la reparación integral frente a un supuesto de responsabilidad estatal por actividad lícita, equivaldría a asimilarla a la responsabilidad estatal por actividad ilícita³³. Es decir, significaría el absurdo de entender que cuando el Estado pretende proteger el interés público está actuando de modo ilegítimo.

Cuarto, la tesis restringida sostiene la aplicación analógica de los supuestos previstos en el derecho público, como el supuesto de la expropiación³⁴.

Quinto, el conocimiento que debe exigírsele al contratista respecto de las reglas vigentes que rigen la relación contractual³⁵.

Por último, se alude a la buena fe de la autoridad administrativa y el contratista como un colaborador de la Administración³⁶.

IV. Conclusiones

A partir de este breve repaso del panorama doctrinario y jurisprudencial, evidenciamos una clara tensión entre las fuentes del derecho a la hora de determinar el alcance de la reparación debida por la Administración Pública, con motivo de la revocación contractual en análisis.

El legislador a nivel nacional y local, ha restringido la indemnización al daño emergente, mientras que la opinión de la doctrina se encuentra dividida entre quienes entienden que existe un fundamento constitucional que

29 Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) ~ 1993/05/24 ~ Ruíz Orrico, Juan C. c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social).

30 Ello en la medida en que los gastos invertidos en una obra intelectual, no son asimilables a los compromisos asumidos para la realización material de una obra (C° 18).

31 CSJN "IMSA MICSA c/ESTADO NACIONAL – Ministerio de Obras y Servicios Públicos – OSNA Ente Residual S/ Proceso De Conocimiento" 22/12/09.

32 En el caso, la CSJN únicamente reconoce a la actora el lucro cesante que responda por la eventual adquisición que realizaría sobre el sulfato que expresamente el Estado le había autorizado a comprar para ese año y rechaza, en cambio, el reclamo respecto a todos aquellos conceptos que se extendían en el tiempo.

33 Conf. disidencia del Fallo "Sánchez Granel" cit. C° 10 y 7.

34 Conf. disidencia del Fallo "Sánchez Granel" cit. C° 12 y 13 y disidencia del Fallo "El Jacarandá" cit. C° 10 y 11.

35 Conf. disidencia del Fallo "Sánchez Granel" cit. C° 15.

36 Conf. disidencia del Fallo "Sánchez Granel" cit. C° 15 y Fallo "Ruiz" cit. C° 16.

exige y hace obligatoria la reparación integral frente a dicho supuesto (tesis amplia), y los que no reconocen que exista tal derecho del co-contratista (tesis restringida).

La jurisprudencia de la CSJN no ha vertido mayor aporte a la cuestión, en tanto si bien se ha inclinado por reconocer una indemnización de tipo amplia, no se ha pronunciado al momento de manera expresa respecto de la constitucionalidad, o no, de los preceptos legales y reglamentarios que restringen la aplicación del lucro cesante.

Por otra parte, los pronunciamientos colectados, tampoco esbozan una fundamentación clara y precisa acerca del alcance de la indemnización debida, por cuanto la CSJN ha fundado su decisión echando mano a supuestos de responsabilidad extracontractual, o bien, a normas de derecho privado.

Desde tal casuística, y a los efectos de arribar a una conclusión respetuosa de todo el bloque normativo existente creemos importante tener en consideración los siguientes aspectos para comprender la problemática:

La existencia de un deber jurídico de la autoridad pública de reparar al co-contratante frente a la decisión unilateral de extinguir el contrato por razones de oportunidad, mérito y conveniencia;

Que se trata de un caso de responsabilidad contractual por actividad lícita, al que no resultan aplicables las soluciones previstas para supuestos de responsabilidad extracontractual;

Que existe un deber constitucional y convencional de reconocer una indemnización “justa” frente al sacrificio del derecho a la propiedad por razones de utilidad pública o interés social, en los casos y las formas establecidas por la ley (art 21 inc. 2 CADH).

Sobre esos parámetros, corresponderá al juzgador analizar en el caso concreto la constitucionalidad o no

de los arts. 12 inc. a) del Dto. 1.023/01, 121 Dto. 893/12 y 54 inc. f) LOP y 9 inc. a) Ley 2.095,³⁷ a los efectos de determinar si la reparación allí prevista configura la indemnización “justa” prevista en CADH. Y a tales fines, es de gran utilidad la noción que al efecto ha proporcionado la Corte Interamericana de los Derechos Humanos como “...*el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular*”^{38/39}, debiendo el Estado utilizar los medios proporcionales a fin de vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción.⁴⁰

En suma, el alcance indemnizatorio deberá comprender aquello expresamente estipulado en la nor-

37 En sentido concordante se pronuncia Fonrouge, Máximo, al indicar que la delimitación del resarcimiento no puede realizarse en forma abstracta, previendo para ello la inclusión expresa en alguna cláusula del contrato a efectos que el contratista conozca efectivamente los alcances de la obligación (v. Fonrouge, Máximo en La indemnización en la revocación del Contrato Administrativo por razones de interés público”, en Contratos Administrativos, segunda edición, Rap. Cit. p. 667/671).

38 CIDH, “Salvador Chiriboga vs. Ecuador”, sentencia del 03 de marzo de 2011. Si bien en el caso se analizó la legitimidad de una expropiación, entendemos que la doctrina de la CIDH respecto del alcance de la indemnización puede ser traída al ámbito de responsabilidad contractual, en tanto lo que se resguarda en todos los casos es el derecho a la propiedad en los términos del instrumento internacional. V. C° 62.

39 Entendemos la decisión de la CIDH como una interpretación que debe guiar la aplicación efectiva de la Convención Americana, a efectos de resguardar la vigencia del mandato constitucional y convencional. Así lo ha entendido Sabsay al mencionar que “Sobre el alcance del control, Albanese señala que “la recopilación de interpretaciones convencionales llevada a cabo tanto por diferentes Comités como por la Corte Interamericana a través de Observaciones Generales u Opiniones Consultivas respectivamente, configura una guía válida para que los jueces nacionales puedan dilucidar el alcance del control de convencionalidad establecido en algunas sentencias de la Corte”. Esta suerte de control preventivo de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales tiene además como objetivo principal el de evitar la responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, deben interpretar las normas en los casos en los que les toca pronunciarse de tal modo que se adecuen de manera concordante a la convergencia entre las normas de fuentes diversas. Ello no se limita al texto de los tratados sino también a la interpretación que han hecho a nivel interamericano la Comisión y la Corte previstas como autoridades de aplicación en el Pacto de San José de Costa Rica. Así, los informes, las opiniones consultivas, las recomendaciones y las sentencias de estos órganos adquieren para el caso argentino jerarquía constitucional, como la misma Corte lo ha manifestado en el citado caso “Giroldi”...” (V. Sabsay, Daniel Alberto, El bloque de constitucionalidad federal y el control de convencionalidad, Publicado en: La Ley, 28/03/2013, La Ley 2013-B, 944).

40 CIDH, “Salvador Chiriboga vs. Ecuador”, V. C° 69.

ma en cuyo marco fue encuadrado el contrato (conjuntamente con las especificaciones que surjan de la contrata y los pliegos), sin perjuicio de que corresponde al

juez evaluar las circunstancias de cada caso a los fines de determinar la razonabilidad de la indemnización debida a la luz de lo dispuesto en la CADH.

Violencia de género: abordajes institucionales desde el Poder Judicial de Tucumán

Mariana Dato (*)

* Especialista en Análisis Institucional (UNSA). Secretaria Académica del Centro de Capacitación y Especialización Judicial del Poder Judicial de Tucumán. Profesora en Ciencias de la Educación (UNT). Ex Jefe de Trabajos Prácticos de Introducción a la Educación de la Facultad de Artes de la UNT. Ex Becaria de posgrado CONICET. Miembro de Proyectos de Investigación aprobados por el CIUNT (Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Tucumán).

En este ensayo se busca marcar algunos aspectos problemáticos que han surgido a partir del abordaje de la violencia de género como parte de la agenda las políticas públicas judiciales.. Se hace hincapié en la compleja trama que encierra la violencia doméstica, tanto desde la perspectiva de la víctima como de los operadores judiciales involucrados que tienen el desafío de generar intervenciones profesionales oportunas. Para esta finalidad se ha considerado pertinente recurrir a un caso real de violencia doméstica, describiéndolo en un estilo narrativo. Se estima que esta conjunción provocadora de teoría y metodología es un instrumento válido que permite mostrar -en oposición a un mero decir- las múltiples voces que se conjugan en el campo judicial: de la víctima, de los agentes de justicia y de los que analizamos esta compleja realidad.

La información que se presenta es producto de una entrevista a una funcionaria judicial que se desempeña en la Oficina de Violencia Doméstica. Dicha información ha sido plasmada en este trabajo, tomando elementos del periodismo narrativo. Esta línea de trabajo toma recursos del campo literario para dar a conocer una realidad concreta, manteniendo siempre el compromiso de informar. Es una herramienta útil para los casos de violencia de género que llegan a los Tribunales porque recupera la vivencia de quien la padece. Este artículo pretende modestamente hacer visible lo cotidiano que muchas veces se ignora como sufrimiento de la mujer. Se ha mantenido en reserva la identidad de las personas involucradas utilizando seudónimos.

Se intentará analizar el caso de referencia a partir de herramientas conceptuales del campo de la Filosofía, Sociología y Psicología porque aportan a la construcción de una mirada integradora sobre la violencia de género que trasciende el ámbito jurídico/judicial.

I. La víctima

1

Llegar a la Oficina de Violencia Doméstica no es un asunto de mapas, croquis o folletos institucionales, o de indicaciones de expertos en pasillos. No es caminar, saludar y sentarse a hablar: “buenas, quiero hacer una denuncia”. Marcela ha demorado veinte años en caminar desde su casa hasta la OVD. Le significó una excursión que ha precisado de todos sus esfuerzos, un ascender extenuante, agotador y peligroso. Una de las paradojas de Borges es que el laberinto perfecto no tiene paredes: es el infinito desierto. La paradoja que vive Marcela es que el agujero más profundo está en las alturas del edificio de barrio norte donde vive. Una altura a la que, en flagrante oxímoron, ha descendido hace más de treinta años, previa celebración, con vals y todo.

La violencia doméstica es como la columna de aire de la presión atmosférica, sutil doblegadora de los cuerpos que la aceptan. No termina de aplastarlos, por las mismas razones por las que el amo no mata al esclavo. Así ejercido el poder logra la plena dominación del otro, porque se conforma como un conjunto de pequeños poderes cotidianos que conforman una trama microscópica, microfísica, ubicua: penetra entre todas las cosas, en todos los actos, en la misma voluntad, en el cuerpo, en todos los cuerpos.¹ El poder para Foucault no sólo reprime sino que también produce: produce efectos de verdad, produce saber y creencias, produce sujetos. Ello se hace patente en las mujeres víctimas de violencia que construyen una imagen devastada y negativa de sí misma, espejo de la proyección de un otro perverso que las hace sentir culpables de la situación vivida.²

1 FOUCAULT, M.1979. Microfísica del Poder. 2da. Edición. Madrid. La Piqueta. 189p.

2 En el análisis del fenómeno del poder no se debe partir del centro y descender, sino más bien realizar un análisis ascendente, a partir de los “mecanismos infi-

En su relato, Marcela narra temerosa su agobio por los quehaceres domésticos. Es que el pan no se compra, se amasa en una moderna máquina Ultracomb, gran regalo que trabaja todas las noches. Así ella no tiene que abandonar la casa para salir a buscarlo todos los días. Enfatiza todo el tiempo la expresión machista: abandonar la casa, porque el axioma que ha regido sus días es sencillo de resumir: no salir sin necesidad. A la definición de necesidad la tiene su marido; y significa sólo a la iglesia cada domingo. Los niños a la escuela en transporte escolar, a las compras las hace él, que también le elige la ropa, los cosméticos y todo lo demás. Es él quien la desconecta, justo antes de salir, del teléfono, internet y la televisión, para, justo después de salir, cerrar con llave. Con la llave.

Toda para mí, le repetía. Toda para él, dice ella. Esa frase novelera y romántica era la fórmula que la condenó por años al auscultamiento y a las prescripciones totales. El marido era médico, sabía diagnosticar y recetar: esa ropa hoy, esto ahora, nunca tal cosa, no se te ocurra decir tal otra, no pienses en pensar aquello. En la entrevista los lugares comunes se multiplican al infinito.

2

Lo descrito expresa casi gráficamente la violencia contra la mujer definida en la ley nacional 26.485 como toda conducta, acción u omisión que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como privado, basada en una relación desigual de poder, afecta su vida, libertad, dignidad o integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, así como también su seguridad personal³. La falta de libertad, su subjetividad vul-

nerada, se hacían patente a cada minuto todos los días. El relato es asfixiante. En su caso la visibilización de la víctima en cuanto tal, esto es, de ser a (re)conocerse violentada, aconteció por un cambio en la estructura familiar. La partida de los hijos representó en ella que al exilio doméstico, a la expropiación de todos los rincones de su voluntad, se sumó la falta de los niños, que, aunque ya grandes eran siempre compañeros, y también, terceros perjudicados. Para los hijos construir un hogar les reveló una normalidad que destacaba como un trasfondo luminoso la oscura vida que habitaron. El momento que Marcela había esperado miles de horas llegar estalló de una vez: qué hacemos mamá, no podés seguir así. La verdad.

II. La institución

La excursión de Marcela fuera de la sima supone una caja de herramientas que incluye elementos personales, familiares e institucionales. Lo que ha ocurrido puertas adentro de su vida no es meramente subjetivo y privado; es la expresión concreta de una realidad discriminante que muchas veces, más de lo que se cree asume una faceta delictiva.

Ese equipamiento ha sido un enorme desafío institucional. Uno de ellos ha adquirido forma en los últimos años. La Oficina de Violencia Doméstica (OVD) del Poder Judicial de Tucumán es una herramienta importante creada para aumentar la visibilidad de estos delitos a veces imperceptibles. Se trata de un espacio interdisciplinario integrado por abogados, médicos, psicólogos y trabajadores sociales que se ocupa de recibir el relato de la víctima y elaborar un informe de riesgo para facilitar el acceso a justicia, garantizando un derecho de raigambre constitucional. Su práctica resulta una alternativa a la tradicional "vía jurisdiccional" de ingreso de la denuncia

nitesimales", que poseen su propia historia, técnica y táctica. En este sentido, la sociedad patriarcal es resultado de condiciones de posibilidad generadas por la ubicuidad del poder y su penetración en los intersticios de las relaciones sociales.

3 ARGENTINA. Senado y Cámara de Diputados de la Nación. 2009. Ley 26.485: Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mu-

jeres en los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales, art. 4, 1er párrafo, marzo de 2009.38p.

en sede de la Fiscalía de Instrucción, Defensoría Oficial de turno o repartición policial o del Poder Ejecutivo. Su creación expresa una política de Estado encarada por la Corte Suprema de la Nación, donde se fundó la primera oficina en el año 2008. La realidad arroja cifras sorprendentes: según el Observatorio de Femicidios de Argentina, en los últimos cinco años, 1236 mujeres murieron asesinadas por sus parejas o ex parejas. Hay un caso de femicidio cada 35 horas aproximadamente.

Instalada en la agenda de las políticas públicas, la violencia de género y su expresión como violencia doméstica motivó a que cada Tribunal provincial fuera haciendo lo propio, y Tucumán fue pionero al crear la primera OVD del interior, en el ámbito del Poder Judicial. No es casual que haya sido la primera vocal - y única en los más de 100 años de la corte suprema tucumana - quien se ha convertido en la promotora de acciones en pos de proteger los derechos de las mujeres, combatir la discriminación en razón del género y mejorar los procesos de acceso a justicia de las víctimas de violencia doméstica, conforme a los tratados internacionales que abordan esta problemática.

La incorporación constitucional de Tratados sobre Derechos Humanos con la reforma constitucional de 1994 traduce también el compromiso del Estado argentino con su protección. Se incorporó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que considera que la mujer puede sufrir discriminación tanto en los ámbitos públicos como privados, y que ésta incluye la violencia basada en el sexo, es decir, por ser mujer, y que la afecta en forma desproporcionada. La vinculación de la violencia de género como una forma de discriminación sitúa el problema en otro lugar de análisis: exige a los Estados el compromiso con el diseño y ejecución de políticas públicas para combatirla. Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la

Mujer⁴ o Convención de Belem do Pará define a la violencia contra las mujeres como (...) cualquier acción o conducta, basada en su género, que causare muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado⁵. Reconoce que la violencia contra las mujeres tiene su origen en la desigualdad histórica de los géneros, y expresa el compromiso asumido por los Estados de adoptar medidas que aseguren la prevención, investigación, sanción y reparación de los actos de violencia.

El trabajo de la OVD se enmarca en lo dispuesto por la ley nacional nº 26.485, de protección integral a la mujer, a la que adhirió Tucumán mediante ley provincial nº 7.264. No excluye la competencia de los Defensores Oficiales, ni de los servicios gratuitos dependientes del Colegio de Abogados y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán.

Su funcionamiento, además de requerir la creación de una estructura técnica y presupuestaria idónea, implicó la necesidad de profesionalización en la materia a los funcionarios que la integrarían, y la coordinación interinstitucional con los otros Poderes del Estado, sobre todo en relación a tres cuestiones claves: la competencia civil y penal en los casos de violencia doméstica, la legislación vigente en el plano nacional y provincial y los tratados internacionales en materia de protección de derechos humanos incorporados a nuestro texto constitucional, y las dificultades detectadas en el cumplimiento de las medidas dispuestas para la protección de las víctimas.

Luego de más de dos años de acción, y más de tres mil personas atendidas, es posible decir que la OVD ha permitido con su trabajo una mayor visibilidad de la violencia doméstica como un problema público, y que

4 Anales de Legislación Argentina (Adla) LVI-B, 1722.

su acción sin duda ha cooperado en la sensibilización y toma de conciencia de nuestros operadores judiciales acerca de la envergadura y de la presencia que en nuestra sociedad tiene esta problemática, y que resulta transversal a todos los sectores sociales y económicos.

III. La atención psicológica en la OVD

Ana trabajaba desde hacía años como Perito Psicóloga en el Poder Judicial. Obtuvo su título de grado en la universidad pública. Estaba acostumbrada a un modo de acción basado en la escuela tradicional de psicología forense. Utilizaba a diario entrevistas estructuradas o pruebas psicológicas, informes de terceros, análisis de registros médicos, escolares, antecedentes judiciales, etc. Su función diagnóstica terminaba con el juicio oral, cuando mostraba, en lo posible mediante indicadores precisos, su informe pericial ante la Fiscalía, la Querella y la Defensa. Criterios como relevancia, confiabilidad y validez debían convertirse en orientadores de su práctica. Era importante lograr la exclusión de cualquier fuente de datos que no se asocie directamente con el propósito legal de la evaluación psicológica.

La propuesta de integrar la Oficina de Violencia Doméstica la sorprendió gratamente. Implicaba para ella un cambio de paradigma, un re-descubrimiento de su práctica que se organizaría, de aquí en más, en torno al relato de las víctimas, dejando instrumentos premoldeados a un lado. El desafío principal: insisitir, contener, animar a promover la denuncia y trabajar en aras a la desculpabilización de la persona que se acerca a un espacio de escucha de este tipo, sin saber del todo que al sufrimiento puede seguirle la propia muerte. La violencia de género en sus distintas expresiones era hasta hace no mucho considerado un problema del ámbito privado, llegándose incluso en muchos casos, a desestimar su investigación y dictaminar el archivo de tales causas.

Para salir de la sima propia del ámbito forense tradicional basado en el uso de tests psicométricos y proyectivos, Ana necesitó emprender un trabajoso proceso de formación, reflexión y discusión en ateneos con su grupo de pares, entre otras herramientas, buscando nuevas respuestas a interrogantes de tipo *¿Cómo se trata a una persona denunciante?, ¿cuál es la escucha diferente, apropiada, capaz de detectar el sufrimiento solapado que, como en el caso de Marcela, se expresa por primera vez en el consultorio de la OVD?*. Convertirse en reveladora de casos de violencia física, económica, sexual o simbólica- los tipos comunes de violencia contra la mujer- no es una tarea sencilla. Sumado a eso y en paralelo, la otra tarea de sensibilización a los operadores del sistema judicial- magistrados y funcionarios- para que pudieran conjugar la empatía y su saber profesional en el abordaje de las víctimas, y, en consecuencia, dictar las medidas cautelares necesarias en pos de su protección, resultaba otra misión trascendente.

IV. Reflexiones sobre la mujer

El Homo Sacer es una figura del derecho romano que se aplicaba a la persona carente de derechos. La paradoja, señalada por el filósofo italiano Giorgio Agamben⁵, es que se trata de incorporar en el código de leyes a la desprotección legal. Esta intemperie es una abominación para nuestro sistema normativo. Sin embargo nos sirve el concepto para denotar el desafío actual: que la Justicia pueda alcanzar a aquellos socialmente discriminados, excluidos, silenciados, allí donde opera el desconocimiento de que existe el lugar legal. Borges decía que es inmortal quien no sabe de la muerte; así también es en este aspecto un Homo Sacer quien no conoce su derecho o acepta deponerlos ante la dominación sim-

⁵ AGAMBEN, G. 2004. *Estado de Excepción (homo sacer II)* Traducción de Antonio Gimeno Cuspiner. Valencia. Pre-Textos.135p.

bólica o real, ante la internalización de la discriminación, o en su caso, de la dominación masculina. Hoy la que más preocupa por su extensión e intensidad, es la que se produce sobre la mujer.

En la violencia de género se presenta a la mujer como propiedad. Se convierte en una mercancía, se cosifica sin pensamiento, sin acción, sin voz. La víctima es forzada a aceptar el exilio, a carecer de vínculos, de comunicación, de libertad. En el proceso de concientización de esta realidad, lo más difícil es que ella comprenda que lo que le ocurre no es solamente un proceso psicológico, biográfico, individual, sino que su caso se inscribe en un plexo cultural más amplio y estructural de sesgo patriarcal. En "La imaginación sociológica" Charles Wright Mills⁶ propone un esquema de análisis para aplicar a la relación individuo- sociedad. Hace referencia a la distinción entre inquietudes - propias de cada individuo- y problemas - considerados como un asunto público- y cómo se vinculan ambos, ya que un cambio producido en el ámbito personal, puede venir estimulado por algo suscitado en una órbita más amplia (institucional) y viceversa..

La universalidad de la dominación masculina, el hecho de que exista y que involucre los ámbitos de la sexualidad, afectividad, economía y política, da cuenta de que estamos ante algo muy enraizado que no se reacomoda simplemente con la conquista de ciertos derechos postergados para las mujeres. Mirar históricamente la estructura social nos lleva a darnos cuenta de cómo los individuos -varones y mujeres-, en tanto estamos inmersos en ese modelo patriarcal que supone una política de dominación, contribuimos a reproducir una visión del mundo que enmascara la violencia de los varones sobre las mujeres, incluso en aquellos actos privados que consideramos "neutros".

Toda lectura individual debe inscribirse en su tiempo y su cultura. Las sociedades tienen biografía y una sucesión histórica, con la imaginación sociológica podemos captar esta historia para luego proponer intervenciones precisas sobre esta. Esta imaginación operaría a favor del desarrollo de capacidades intelectuales para comprender y elaborar conclusiones lúcidas acerca del mundo. Sólo si conoce las posibilidades que han tenido otros individuos en su misma circunstancia podrá trascenderse la propia experiencia y modificarse la realidad. Considerar la violencia de género sólo como el subproducto de una relación enferma entre un varón y una mujer y aislarla del marco constitutivo y reproductor de la desigualdad entre ambos, conlleva el peligro de quitar la parte política a lo personal. Instituciones como la familia, el Estado, la educación, la religión y las ciencias han perpetuado y deificado el estatus superior del hombre, reproduciendo el patriarcado y es este sedimento el que debemos problematizar para transformar la sociedad. A esa sociedad, a esa cultura es a donde deben apuntar las políticas públicas: a un cambio profundo en los modos de ser, de actuar y de estar en el mundo que tantas veces sacrifica literalmente a cientos de mujeres (en esto hay una diferencia en contra de nuestra sociedad: el Homo Sacer romano no podía ser objeto de martirios religiosos). No se trata de moralidad subjetiva, sino de una inmoralidad social a la que estamos intimados a combatir desde todos los ámbitos.

6 MILLS, W. 1961. *The Sociological Imagination*. N.Y. Grove Press. 234p.

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Justicia Nacional Ordinaria

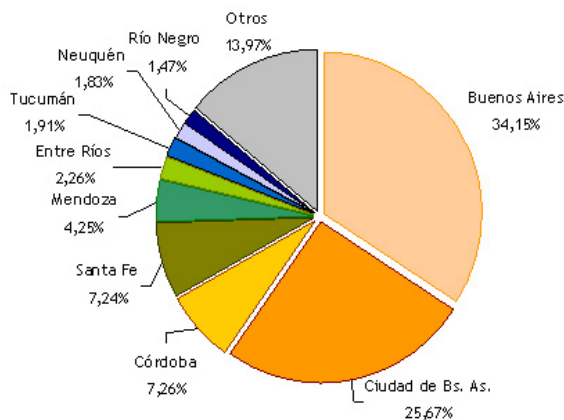
Julio A. De Giovanni (*)

* Abogado. Presidente de la Unidad de Implementación y Seguimiento de las Políticas de Transferencia de Competencias del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Legislador de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en dos períodos (1997-2000 y 2003-2007).

I. La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. El reconocimiento constitucional de sus facultades jurisdiccionales

La Ciudad de Buenos Aires cuenta con una población cercana a los tres millones de habitantes¹, que se ha mantenido estable durante los últimos quince años. Si se suma a la población residente en el conurbano bonaerense, la población ronda los trece millones de personas².

La Ciudad continúa siendo uno de los cuatro distritos más ricos del país (después de la Provincia de Buenos Aires y antes de Córdoba y Santa Fé). Aporta al PBI nacional y a la masa de recursos tributarios coparticipables más del 25% del total y recibe solamente el 1,4 % de la masa asignada al conjunto de las provincias (Decreto 705/2003).



El decreto mencionado, que asigna el porcentual mencionado como participación a la Ciudad de Buenos Aires, ha tenido como antecedente la autonomía consa-

grada en la reforma constitucional de 1994³.

Cabe recordar que el reconocimiento de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires fue uno de los temas que integró el Núcleo de Coincidencias Básicas acordado en el Pacto de Olivos, y contenido en la Ley N° 24.309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional de 1994.

Expresamente en su punto F se previó: *“LA ELECCION DIRECTA DEL INTENDENTE Y LA REFORMA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.*

El pueblo de la ciudad de Buenos Aires elegirá direc-

³ CONSIDERANDOS del Decreto 705/2003: Que por el Artículo 8° de la Ley N° 23.548 y sus modificaciones, se dispuso que el ESTADO NACIONAL entregaría, de la parte que le corresponde según lo normado en dicha ley, a la ex MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES una participación compatible con los niveles históricos, la que no podrá ser inferior en términos constantes a la suma transferida en el año 1987.

Que con fecha 1 de octubre de 1996 se dicta la CONSTITUCION DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES en cumplimiento de lo dispuesto por el Artículo 129 de la CONSTITUCION NACIONAL, la cual le otorga un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción.

Que el Decreto N° 692 del 26 de abril de 2002 estableció que la participación que le corresponde a la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES por aplicación del Artículo 8° de la Ley N° 23.548 será transferida en forma automática y diaria por el BANCO DE LA NACION ARGENTINA hasta un monto mensual equivalente a la doceava parte del nivel que se establezca anualmente en las leyes de Presupuestos de Gastos y Recursos de la Administración Nacional.

Que el 12 de diciembre de 2002 se suscribió un Acta Complementaria entre el ESTADO NACIONAL y la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES aprobada por Ley de la Ciudad N° 1008 de fecha 8 de enero de 2003, con el objeto de contribuir a asegurar el desenvolvimiento fiscal y patrimonial que permita consolidar la organización y funcionamiento institucional de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES.

Que por la Cláusula primera de la misma se reconoce la necesidad de que las transferencias a la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES en concepto de Coparticipación Federal de Impuestos se fijen mediante un coeficiente de participación equivalente al UNO COMA CUARENTA POR CIENTO (1,40%) del monto total recaudado por los gravámenes establecidos en el Artículo 2° de la Ley N° 23.548 y sus modificaciones.

Que en dicho marco, resulta necesario determinar la participación que le corresponde en el régimen de Coparticipación Federal de Impuestos instaurado por la Ley N° 23.548 y sus modificaciones, dándole igual tratamiento que al resto de las jurisdicciones participantes en el mismo.

Que en consecuencia corresponde derogar lo dispuesto por Decreto N° 692/02. Que ha tomado la intervención que le compete la Dirección General de Asuntos Jurídicos del MINISTERIO DE ECONOMIA.

Que el presente decreto se dicta en uso de las facultades otorgadas por el Artículo 99 inciso 2 de la CONSTITUCION NACIONAL.

1 Conforme datos del último censo poblacional 2010: 2.890.151 habitantes

2 Conforme datos del censo 2010: 12.806.866 habitantes

tamente su jefe de gobierno.

La ciudad de Buenos Aires será dotada de un status constitucional especial, que le reconozca autonomía y facultades propias de legislación y jurisdicción.

Una regla especial garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.

Para llevar a cabo estas modificaciones se aconseja la reforma al artículo 67, inciso 27, y al artículo 86, inciso 3 de la Constitución Nacional.

Disposición transitoria. Hasta tanto se constituyan los poderes que surjan del nuevo régimen de autonomía de la ciudad de Buenos Aires, el Congreso ejercerá sobre la capital de la República las facultades establecidas en el inciso 27, del artículo 67."

Esto fue recordado en el fallo de la CSJN, conocido como fallo Gauna: *"Que la ley 24.309 --declarativa de la necesidad de la reforma constitucional-- delimitó la materia susceptible de modificación y, al definir "la finalidad, el sentido y el alcance ..." de la reforma habilitada, estableció que será dotada de un "status constitucional especial". Esto suscitó una profusa discusión doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la ciudad que llegó a ser definida de muchas maneras (v. gr. como una semi-provincia o cuasi provincia, entidad "sui generis", municipio autónomo, etc.). La primera novedad aportada por la reforma constitucional de 1994 consistió en la referencia concreta a la Ciudad de Buenos Aires en varias disposiciones de la Norma Básica, mediante las cuales se le otorgó a aquélla un perfil distintivo y diferenciado de la Capital Federal, de las provincias y de los municipios. Precisamente una de las ramas del Gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires expresamente prevista por el artículo 129 C.N. es la que ejerce la jurisdicción y, por lo tanto, el pueblo de la Ciudad tiene el derecho de organizarlo*

*sin interferencias del Gobierno Federal."*⁴

Podemos concluir entonces que, con la autonomía de la Ciudad, se consagró la igualdad de todos los habitantes de la Nación en cuanto a su derecho a regirse por sus propias normas y a organizar sus instituciones de gobierno. El habitante de la Ciudad de Buenos Aires puede ahora elegir a sus autoridades, controlarlas y, eventualmente, castigarlas si defraudan sus expectativas.

La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires importa el reconocimiento de los derechos políticos básicos a sus habitantes; y esto es lo que justificó su inclusión en el Núcleo de Coincidencias Básicas del Pacto de Olivos y su consagración constitucional.

El artículo 129 de la Constitución Nacional (ref. 1994) establece: *"Artículo 129.- La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad.*

Una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.

En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones."

Los temas de la administración (Gobierno autónomo) y legislación ya están resueltos a través de la promulgación de la Constitución de la Ciudad y del establecimiento de la legislatura de la Ciudad, *"...el de la jurisdicción sigue siendo el centro del debate al ser muy discutible --para algunos- la interpretación de los artículos pertinentes tanto*

4 G. 292. XXXIII.Gauna, Juan Octavio s/ acto comicial 29-3-97.

*en la Constitución Nacional como en la de la Ciudad...*⁵

La Ciudad reclama el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales no solamente porque ello importa el cumplimiento del mandato constitucional y la igualdad de sus habitantes con los del resto del país, sino especialmente porque la guía la convicción de que debe mejorarse –sensiblemente– el servicio de justicia que es prestado actualmente por la justicia ordinaria nacional a los habitantes de la Ciudad.

El mejoramiento del servicio de justicia importa realizar cambios en materias esenciales como el acceso a la Justicia y su descentralización; la modernización en la infraestructura y en la organización funcional de los tribunales; y en la actualización legislativa que asegure una menor duración y un costo sensiblemente menor de los procesos y la creación de instancias de conciliación y mediación.

Ello se advierte ya en la organización judicial moderna y adecuada que se ha dado la Ciudad a través de la sanción de sus leyes institucionales (Ley Nº 7 -Ley Orgánica del Poder Judicial- y sus modificatorias; Ley Nº 31 -Ley Orgánica del Consejo de la Magistratura- y sus modificatorias; Ley Nº 1903 -Ley Orgánica del Ministerio Público- y sus modificatorias) y de sus normas procesales (Ley Nº 2303 -Código Procesal Penal-; Ley Nº 189 -Código Contencioso Administrativo y Tributario-; Ley Nº 402 -Ley de Procedimiento ante el Tribunal Superior de Justicia-; Ley Nº 2451 -Régimen Procesal Penal Juvenil-; y Ley Nº 2145 -Ley de Amparo-).

II. Jurisdicción Federal y Jurisdicciones Provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Hasta la reforma de la Constitución Nacional de 1994, la jurisdicción se dividía en federal y provincial, según cual fuera la entidad política en cuyo nombre se ejercía la función jurisdiccional.

Esta reforma introdujo como novedad que el gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires también tiene facultades de jurisdicción. En la actualidad, aún cuando no se quisiera admitir que el gobierno de la Ciudad es un gobierno provincial más, debe considerarse, cuanto menos, que existen tres órdenes de gobierno en la República Argentina: nacional; provincial y de la Ciudad de Buenos Aires; y municipal; y dos órdenes de jueces para ejercitar las respectivas funciones jurisdiccionales que son a saber: federal; y provincial y de la Ciudad de Buenos Aires.

Por lo tanto coexisten en la Ciudad (al igual que en las Provincias) la jurisdicción federal y la local, y por ende, los jueces federales y los jueces de la Ciudad de Buenos Aires.

Esta coexistencia reclama –necesariamente– de reglas que establezcan de qué temas y/o de qué personas tiene que ocuparse cada una de ellas y, eventualmente, que determinen los mecanismos para dirimir los conflictos que pudieren generarse entre ambos órdenes jurisdiccionales.

En este sentido entendemos que la Constitución Nacional, interpretada de buena fe y de acuerdo con los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, nos da el hilo conductor para resolver esta cuestión.

En principio, debemos dejar sentado que tanto la Justicia Federal como la Justicia Provincial y la del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires tienen su funda-

⁵ Asistencia técnica en la organización del modelo de Poder Judicial para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (P.N.U.D.) Proyecto ARG/00/011

mento en la Constitución Nacional, lo que significa que no es materia que pueda ser dejada libremente al arbitrio del legislador.

Hay que tener presente, además, que de conformidad con el artículo 108 CN, el ejercicio de la jurisdicción le corresponde en el orden nacional al Poder Judicial de la Nación que será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales (federales) inferiores que el Congreso estableciere en todo el territorio de la Nación, incluida nuestra Ciudad.

Así el artículo 116 CN establece que corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales (federales) inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75, y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en reiterados pronunciamientos que, no obstante la generalidad de los términos de los artículos 67 inciso 17, 84 y 100 de la Constitución Nacional (actuales artículos 75 inciso 20, 108 y 116), estas disposiciones no se oponen a la exclusión de la competencia federal si no existen los propósitos que la fundamentan.

Pero este reconocimiento de la facultad del Congreso de la Nación de acotar con criterio restrictivo los alcances del ámbito en el que puede ejercerse la competencia de la justicia federal cuando no existan razones de tutela de intereses nacionales que la justifiquen, no entraña de ninguna manera la facultad de ampliar esa esfera de lo federal a cuestiones ajenas a las

contempladas en las normas constitucionales.

Esta ampliación de la competencia federal está vedada por otras normas constitucionales (artículos 75 inciso 12, 121 y 129 C.N.) toda vez que entrañaría una avasallamiento de la autonomía de las Provincias o del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (artículos 5, 6, 75 inciso 31 y 99 inciso 20 C.N.).

Ya establecidos los poderes surgidos del nuevo régimen de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, la única "jurisdicción nacional" que hoy puede ejercerse en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires (al igual que en el territorio del resto de las Provincias) es la llamada Justicia Federal.

Antes de la reforma que consagró la autonomía de la Ciudad, la CSJN sostuvo en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de los jueces federales difería sustancialmente de la de los "jueces del territorio de la Capital", no obstante ser unos y otros "nacionales" y proceder a su nombramiento el Gobierno Nacional.

La Corte consideró que los primeros (jueces federales) ejercían una jurisdicción de excepción limitada a los casos enumerados en el artículo 100 (actual 116) de la Constitución Nacional, mientras que los segundos (denominados jueces nacionales) ejercían la jurisdicción ordinaria que el Poder Legislativo les confiriera.

Por lo tanto la jurisdicción de los "jueces nacionales" ordinarios de la Capital Federal tenía algún sentido en el pasado, basándose en que la Ciudad carecía de autonomía y que algún tribunal debía encargarse de las cuestiones de derecho común que se suscitaban en un territorio federal.

Pero desde la consagración de la autonomía de la Ciudad, estas razones han dejado de existir.

Nótese que si adoptamos el ejercicio de supo-

ner que la Capital Federal es trasladada al territorio de otra jurisdicción diferente de nuestra Ciudad, resultaría asombroso que los jueces provinciales fueran seleccionados en la forma prevista en la Sección Tercera de la Constitución Nacional (por el Consejo de la Magistratura de la Nación) y designados en la forma prevista en el artículo 99 inciso 4º (nombramiento por el Presidente de la Nación, en base a la propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, ambos de la Nación); como igualmente que su actuación estuviera sujeta a las facultades disciplinarias de una autoridad nacional como el Consejo de la Magistratura, integrado en la forma prevista en el artículo 114 de la Constitución Nacional; y que su acusación pudiera ser, por ende, decidida por este órgano nacional.

Esto es, precisamente, lo que sucede en nuestra Ciudad sin que ello genere ni asombro ni escándalo alguno ni en los actores del sistema judicial, ni en los habitantes, ni en los funcionarios de los otros poderes de la Ciudad.

Si los porteños ejercemos nuestro derecho a elegir a nuestras autoridades incluido el Poder Legislativo, es lógico que tengamos la facultad de intervenir en la elección de nuestros jueces locales.

Por lo tanto, solamente cabe definir cuáles son los alcances de las facultades de jurisdicción que tiene la Ciudad de Buenos Aires después de la reforma constitucional de 1994.

Entendemos que la fórmula que nos llevará a encontrar la solución correcta es excluir de la esfera de la jurisdicción de la Ciudad aquellas cuestiones que son eminentemente federales y reservar para sí todas las cuestiones no federales, de conformidad con la interpretación armónica de los artículos 108, 116, 117 y 129 C.N.

Si por mandato constitucional (artículo 129 C.N.)

la Ciudad de Buenos Aires tiene facultad de jurisdicción así como la tienen las provincias (artículo 75, inciso 12 y 121 C.N.), la consecuencia lógica es que tanto la Ciudad de Buenos Aires como el resto de las provincias tienen la facultad de administrar justicia siempre y cuando ésta no sea de competencia federal.⁶

*“La justicia federal es de excepción, y por regla debe prevalecer la justicia ordinaria. Si la Ciudad Autónoma de Buenos Aires goza de autonomía plena en el orden jurisdiccional, es plausible afirmar que la justicia federal –en un diseño ideal deberá también ser excepcional en su territorio, debiéndose delinear para tal efecto un esquema en donde la justicia de la Ciudad sea considerada prioritaria a la federal, tal como lo dispone la Constitución Nacional y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Si bien la justicia federal es una justicia de excepción, que se ejerce cuando ceden las jurisdicciones ordinarias de las provincias; la justicia federal también es ordinaria bajo el nombre común de justicia nacional o federal en el territorio de la Capital Federal, cuando lo es en razón del territorio. De este modo pierde su carácter de excepcional, porque comprende todas las causas ordinarias o excepcionales para las provincias, que se produzcan en ese territorio. Con la reforma constitucional de 1994, este carácter particular que la justicia federal asumía en el territorio de la Capital Federal deja paso a la construcción de una verdadera justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tal como se presenta en el resto de las provincias argentinas.”*⁷

⁶ La Comisión -Decreto 1417/96- elaboró en el ámbito del Ministerio de Justicia un Anteproyecto de ley de Transferencia de la Función Judicial de los Tribunales Nacionales con competencia ordinaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuyo art. 20 establece: La transferencia a la que se refiere el Art. 1º comprende las actuales competencias de los fueros nacionales en lo Civil, Comercial, Criminal y Correccional y del Trabajo, con excepción de las competencias federales. El conocimiento de las causas que no sean de estricta competencia federal corresponderá a los jueces de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁷ Asistencia técnica en la organización del modelo de Poder Judicial para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (P.N.U.D.) Proyecto ARG/00/011.

III. Metodología del proceso de transferencia de competencias del Poder Judicial de la Nación (no Federal) al Poder Judicial de la Ciudad

En el año 1996, fue creada por el P.E.N. una Comisión Técnica mixta formada por representantes del Ministerio de Justicia de la Nación y del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para asistir técnicamente al traspaso de las competencias judiciales (Decreto N° 1417/1996).

Esta Comisión identificó las siguientes metodologías para concretarlo⁸:

1) Aplicación “ex-novo” en las competencias previstas por el art. 106 de la Constitución de la Ciudad, a partir de una fecha futura a determinar, con una nueva estructura de recursos humanos y materiales, y la determinación de su impacto presupuestario. Se requerirá asimismo, el desarrollo de una propuesta sobre el establecimiento de competencias residuales para la actual jurisdicción judicial nacional con actuación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y sobre la transferencia gradual de personal, recursos financieros y bienes de uso, tanto inmuebles como muebles.

2) Transferencia global y de una sola vez de la actual justicia nacional con actuación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3) La implementación de una alternativa “mixta” y flexible, que abarque ambas posibilidades, que combine la aplicación “ex-novo” para ciertas competencias y transferencias parciales o graduales de ellas, o de ciertos fueros o servicios judiciales nacionales a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En esta alternativa es apropiada la intervención del Gobierno Nacional a partir de la realización de un convenio (en realidad, de varios) con el

Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que determine un programa de actividades conjuntas para:

a) establecer qué áreas y competencias son susceptibles de transferir sin desactivar totalmente la actual justicia ordinaria en sus distintas jurisdicciones (por ejemplo: tribunales de familia, justicia correccional);

b) facilitar el “traslado” a la C.A.B.A. de los magistrados nacionales necesarios para ponerlas en funcionamiento;

c) organizar la estructura de la justicia ya existente en la C.A.B.A. para prestar algunos de los servicios y competencias que hoy presta la justicia nacional.

Esta Comisión recomendó la última metodología como la más adecuada, conforme el relevamiento que realizó y la opinión recabada de los informantes clave del sistema consultados.

El proceso de transferencia de competencias iniciado por la Ciudad ha seguido, en gran medida, las recomendaciones de la Comisión, pese a los obstáculos que generó la sanción de la denominada Ley Cafiero la cual, fundada en la disposición constitucional que estableció la necesidad de que el Congreso Nacional dicte una ley de garantía de los intereses del Estado Nacional en tanto la Ciudad de Buenos Aires sea sede del gobierno federal⁹, fue sancionada el 8 de noviembre de 1995.

Esta ley excedió la instrucción constitucional ya que recortó las facultades otorgadas a la Ciudad en el artículo 129 ya citado. Así, su artículo 8^o¹⁰ ha demorado y

9 Artículo 129.- La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación...

10 ARTICULO 8 - La justicia nacional ordinaria de la ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación. La ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales.

obstaculizado la definitiva organización de la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

Creo importante señalar que el Juez a cargo del Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario Nº 18, doctor Marcelo López Alfonsín, declaró la inconstitucionalidad del artículo 8º de la Ley 24.588.¹¹

Pese a las restricciones impuestas por la ley, la Ciudad logró iniciar el proceso de transferencia de competencias judiciales en materias distintas de las mencionadas en el artículo 8º de la Ley 24.588, mediante la celebración de dos Convenios de transferencia de competencias judiciales penales.

11 Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 15 de agosto de 2013. AUTOS Y VISTOS; CONSIDERANDO: ...II. Que dadas las particulares circunstancias de la causa, sobre todo teniendo especialmente en cuenta que se advierte a fs. 122 vta un cuestionamiento acerca de la constitucionalidad del artículo 8º de la Ley 24.588, considero necesario abordar las consecuencias derivadas de la autonomía de la Ciudad, en especial en lo que hace a sus facultades jurisdiccionales que son precisamente las que se encuentran en juego en este pleito... Vale recordar que la autonomía que la Ciudad ostenta tiene su fuente en la Constitución, y por ende las únicas limitaciones que admite son las que le impone la propia Ley Fundamental (CNCiv, sala B "Rubino, Rita Graciela c/ GCBA s/ daños y perjuicios", 17/10/2001). En estas coordenadas, la norma reglamentaria del artículo 129 debió ceñirse a garantizar los intereses del Estado Nacional (CSJN, Fallos 320:875, "Gauna, Juan O", 07/05/1997). No obstante, y apartándose de lo dispuesto por los constituyentes, prescribió que la Ciudad sólo ejercerá sus facultades de jurisdicción en ese ámbito caprichosamente reducido que, además, abarca cuestiones que no son susceptibles de afectar los intereses nacionales, tal como lo comprueba el hecho incontrastable de que, en el ámbito provincial, esas mismas materias son competencia local (CCAyT de la CABA, Causa Nº 25274-1 "GCBA", 03/04/2008). ...este magistrado advierte motivos para apartarse del criterio jurisprudencial reseñado. Estos básicamente se encuentran plasmados en el artículo 6º de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que impone un mandato expreso a las autoridades constituidas, permanente e irrenunciable, para garantizar la plena vigencia de la autonomía de la Ciudad. ...Teniendo especialmente en cuenta el nivel de desarrollo autonómico que ha alcanzado la Ciudad de Buenos Aires desde que este carácter le fuera reconocido en 1994 hasta la fecha, entiendo que es el momento propicio para que los jueces locales cumplamos el mandato y asumamos su efectiva defensa, cuestionando toda norma que limite el grado de autonomía que emerge del artículo 129 Constitucional, como es el caso del artículo 8º de la Ley 24.588. ... En estas coordenadas, no puede más que declararse la inconstitucionalidad del artículo 8º de la Ley Nº 24.588 en tanto es de estricta necesidad en el presente caso, toda vez que resulta palmariamente contrario al artículo 129 Constitucional. (Sentencia de Primera Instancia firme. "Consorcio de Copropietarios del edificio calle José Bonifacio 2949/55/61 contra INSTITUTO DE LA VIVIENDA DE LA CABA y otros s/ Ejecución de Expensas". Expdte Nº B 60635-2013/0.

Estos Convenios fueron suscriptos por el Jefe de Gobierno, en ejercicio de la facultad que le otorgó la Constitución de la Ciudad¹², y aprobados por leyes nacionales y locales.

Con la aprobación de estos convenios interjurisdiccionales se logró perforar la Ley Cafiero,¹³ ya no es discutible que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ejerce competencias jurisdiccionales.

El primero de los convenios tuvo por objeto la transferencia de la competencia con relación al delito de tenencia, portación y suministro de armas de uso civil, siguiendo las recomendaciones de la Comisión Técnica Mixta ya mencionada: *"En una primera etapa, se recomienda que las infracciones relacionadas con la tenencia, portación y suministro a quien no fuera legítimo usuario, de armas de uso civil, cometidos en el territorio de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires sean investigadas*

12 La Cláusula Transitoria Decimotercera de la Constitución de la Ciudad faculta al Gobierno de la Ciudad para que convenga con el Gobierno Federal que los jueces nacionales de los fueros ordinarios de la Ciudad, de cualquier instancia, sean transferidos a su Poder Judicial, conservando su inamovilidad y jerarquía, cuando se disponga que la justicia ordinaria del territorio de la Ciudad sea ejercida por sus propios jueces. Esta facultad no impide –según la propia Constitución– que las autoridades constituidas puedan llegar a un acuerdo en términos diferentes para lograr una transferencia racional de la función judicial.

13 La reforma constitucional de 1994 estableció la autonomía legislativa, jurisdiccional y administrativa de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129 de la C.N.), contribuyendo, de ese modo, al fortalecimiento del sistema federal argentino. Más allá del debate doctrinario sobre el "status" de la ciudad, en cuanto a su identificación con las provincias, resulta claro que el "desideratum" de la norma constitucional es concluir en una autonomía jurisdiccional plena, en los mismos términos que gozan las provincias. Tal como lo establecen la cláusula transitoria decimotercera de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; la disposición primera del título cuarto de la Ley 7, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires; y el art. 6 de la Ley 24.588, Ley de Garantía de los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires, quedan habilitados el gobierno de la Nación y el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para suscribir convenios que conduzcan a un ordenado traspaso de competencias. Es evidente la necesidad de un traspaso progresivo de competencias, que gradúen el cambio de funciones de los diferentes operadores de justicia, a fin de garantizar en el período de transición una administración de justicia que no se vea alterada en su prestación por los cambios. (del Informe de la Comisión formada con representantes de la Nación y la Ciudad con actuación en la órbita del Ministerio de Justicia de la Nación).

por el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.”

Este Convenio fue celebrado por el Presidente de la Nación y por el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 7 de diciembre de 2000 y fue aprobado por la Ley nacional Nº 25752 de 2003 y por la Ley local Nº 597 de 2001.

El segundo convenio transfirió competencia judicial con relación a trece delitos¹⁴. Fue suscripto el 1º de junio de 2004 por los titulares de los Poderes ejecutivos de ambas jurisdicciones y aprobados por leyes emanadas de los Poderes Legislativos de las mismas (Ley Nacional Nº 26357 de 2008 y Ley local Nº 2257 de 2007), transferencia que también tuvo su fundamento en la recomendación de la Comisión citada: *“Asimismo, los gobiernos nacional y de la ciudad deberán acordar a través de la modalidad de convenios la transferencia de las competencias de la actual justicia correccional, y el traspaso de facultades de investigación de los restantes delitos ordinarios al Ministerio Público de la Ciudad.”*

Ambos se están ejecutando, habiendo asumido los Jueces y el Ministerio Público de la Ciudad su competencia en forma plena, lo cual ha redundado en una notable mejoría en el servicio de Justicia.

Si a ello añadimos que la Ciudad se ha dado en aquellas materias en las que ejerce sus facultades jurisdiccionales (contencioso administrativas y tributarias; y contravencionales, de faltas y penales transferidas) normas adjetivas de última generación, como el Código Procesal Penal (sancionado en el año 2007) y el Código Contencioso, Administrativo y Tributario, la necesidad de continuar avanzando en el proceso de transferencias de

competencias judiciales resulta evidente.

También ha sido sancionada la Ley Nacional Nº 26.702 que transfiere la competencia para investigar y juzgar otros 27 delitos penales, cuya aceptación por parte de la Legislatura se encuentra aún pendiente.

Sin embargo, en los fueros penal de instrucción; civil; de familia; laboral; y comercial, todavía los habitantes de Buenos Aires somos juzgados por tribunales integrados por magistrados designados por autoridades nacionales, pese al expreso mandato constitucional contenido en la Disposición Transitoria Décimo Quinta de la Constitución Nacional¹⁵, habiendo transcurrido dieciocho (18) años desde la sanción de la Constitución de la Ciudad; y carecemos de facultades disciplinarias que nuestros representantes puedan ejercer sobre estos magistrados; ordenándose aún los procesos por los códigos formales nacionales.

Es importante, asimismo, analizar cuáles son las razones que habitualmente se esgrimen para justificar la dilación en este proceso.

14 Lesiones en riña, Abandono de personas, Omisión de auxilio, Exhibiciones obscenas, Matrimonios ilegales, Amenazas, Violación de domicilio, Usurpación, Daños, Ejercicio ilegal de la medicina, Inasistencia Familiar, Protección animal y Discriminación.

15 Hasta tanto se haya dictado el estatuto organizativo la designación y remoción de los jueces de la ciudad de Buenos Aires se regirá por las disposiciones de los arts. 114 y 115 de esta Constitución.

IV. La reasignación de los recursos correspondientes a las competencias transferidas

La condición prevista en el artículo 75 inciso 2º¹⁶ de la Constitución Nacional es reproducida en los textos de las leyes que aprobaron los convenios de transferencia mencionados y de la Ley 26.702, en términos similares.¹⁷ En todos los casos expresamente se prevé la transferencia de las partidas presupuestarias o la reasignación de recursos conforme al artículo 75 inciso 2º de la Constitución Nacional.

Hay, por lo tanto, un reconocimiento expreso de la Nación en cada uno de los textos emanados del H. Congreso (Ley Nº 25.752; Ley Nº 26.357 y Ley Nº 26.702), de que frente a cada transferencia de competencias ju-

risdccionales deben reasignarse a la jurisdicción local (al Poder Judicial de la Ciudad) los recursos (federales) que hasta ese momento solventaban los gastos de la Justicia Nacional Ordinaria.

“La Constitución Nacional establece normativas claras y precisas al establecer que no habrá transferencias de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos. Sin embargo, puede apreciarse que la historia de la participación de la Ciudad de Buenos Aires dentro de las relaciones financieras entre niveles de gobierno parece haber tenido siempre algunas particularidades que deben ser consideradas detalladamente si el objetivo es realizar este proceso de transferencia de los servicios de Justicia en forma viable y exitosa...”¹⁸

En este aspecto la Ley 26.702 señala en forma expresa la metodología que deberán seguir ambas jurisdicciones para dar cumplimiento con lo previsto en el artículo 75 inciso 2º CN. Las autoridades de aplicación designadas en el artículo 6º son el Ministro de Economía y Finanzas Públicas de la Nación; y los Ministros de Hacienda y de Justicia y Seguridad de la Ciudad. Definido por ellos el monto su incidencia se aplicará sobre el porcentaje de participación determinado a favor de la Ciudad en el Decreto 705/2003, conforme lo previsto en la Ley de Coparticipación Federal vigente (artículo 8º Ley 23.548).

A partir de mediados del año 2000, se produjo la transferencia de las ejecuciones fiscales promovidas por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las que hasta ese momento tramitaban ante el fuero nacional en lo civil. Estas causas se radicaron, a partir de ese momento, ante el fuero Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad.

La cantidad de ejecuciones fiscales transferidas

¹⁶ Artículo 75 inciso 2º CN: ...No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por Ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso.

¹⁷ Ley CABA Nº 597 y Ley Nacional Nº 25.752, que aprueba el Primer Convenio: CUARTO: La transferencia de las competencias que son objeto de este convenio se deberán acompañar de los recursos pertinentes, según lo dispuesto por el Artículo 75 inc. 2 de la Constitución Nacional, la cláusula decimotercera de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, y la cláusula primera de la Ley Nº 7 (título cuarto) de Organización del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (disposiciones complementarias y transitorias). A tal fin, los firmantes designarán un representante cada uno a los efectos de la estimación y liquidación de los importes respectivos, en los términos del Artículo 8 de la Ley Nº 23.548. En ningún caso habrá duplicación de gastos.

Ley CABA Nº 2257 y Ley Nacional Nº 26.357, que aprueba el Segundo Convenio: TERCERA: La transferencia de competencias objeto del presente convenio se acompañará de los recursos pertinentes según lo dispuesto por el artículo 75 inciso 2º de la Constitución Nacional, y la cláusula transitoria decimotercera de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A tal fin los firmantes designarán un representante cada uno a los efectos de la estimación y liquidación de los importes respectivos, en los términos del art. 8º de la Ley Nº 23.548. En ningún caso habrá duplicación de gastos.

Ley Nacional Nº 26.702: ARTICULO 6º.- La estimación y liquidación de los importes respectivos en los términos previstas por el artículo 8º de la Ley 23.548, a fin de que la transferencia de competencias establecida en la presente ley sea realizada con la correspondiente reasignación de los recursos financieros (artículo 75, inciso 2 de la Constitución Nacional), será efectuada en forma conjunta entre el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación y los Ministerios de Hacienda y de Justicia y Seguridad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En ningún caso habrá duplicación de gastos.

¹⁸ Asistencia técnica en la organización del modelo de Poder Judicial para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (P.N.U.D.) Proyecto ARG/00/011

representaban más del 50 % del total de las causas en trámite ante el Fuero Nacional en lo Civil, estimándose en más de 80.000 procesos de ejecución anuales.

Estas causas fueron transferidas (y asumidas por el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires) sin que fuera reclamada al Gobierno Nacional suma alguna en concepto de reasignación de recursos, pese a que las ejecuciones fiscales representan el 90 % de la carga de trabajo del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario.¹⁹

El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires actuó con un criterio diferente al aceptar la transferencia de competencias penales, mediante la firma de los convenios interjurisdiccionales ya mencionados.

La Dirección General de Relaciones Fiscales procedió a hacer una estimación del costo en relación a las competencias transferidas. Esta estimación fue equivalente al incremento en un 0,0663422 del coeficiente de participación que le adjudicó el Gobierno Nacional a la Ciudad de Buenos Aires en el Decreto 705/2003.²⁰

Todos los meses, la Dirección General de Relaciones Fiscales de la Ciudad formaliza este reclamo ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; el Ministerio de Economía y la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación, actualizado por el procedimiento ya indicado.²¹

Sin embargo este costo -cuya determinación no solamente resulta sumamente compleja, sino que además es susceptible de diferentes metodologías que arro-

jan resultados diferentes- no ha generado en la Nación un ahorro equivalente, en tanto el Poder Judicial de la Nación mantiene competencias que son ejercidas por los Fueros en lo Criminal y Correccional, lo que obliga a mantener las mismas estructuras, sin merma alguna del gasto para la Nación²².

Una condición expresamente prevista en las normas nacionales que aprueban la transferencia de competencias jurisdiccionales de la Justicia Ordinaria Nacional a la Justicia de la Ciudad es la que ordena evitar la duplicación de gastos, en las tres normas bajo la misma fórmula: *“En ningún caso habrá duplicación de gastos.”*

Podemos afirmar que tanto en el caso de las competencias sobre las ejecuciones fiscales como en el de las competencias correccionales, la reducción de trabajo en los juzgados nacionales (ordinarios) fue sustancial.

Por ende, si la Justicia Nacional Ordinaria no distribuye los recursos que han quedado parcialmente ociosos de forma tal que ello redunde en un ahorro proporcional o en una mejoría sustancial del servicio que presta a los justiciables, no puede imputar a la Ciudad la duplicación de gastos.

Sin embargo, resulta necesario reconocer que el Gobierno de la Nación ya está realizando un aporte significativo a la Ciudad con causa en la transferencia de competencias penales *“tal como lo dispone el artículo 75 inc.2 de la Constitución Nacional y la cláusula transitoria decimotercera de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, el traslado de competencias debe ser acompañado de*

19 Conforme Anuario 2012. Estadísticas Descriptivas. Fuero Contencioso Administrativo y Tributario. Justicia de Primera y de Segunda Instancia.

20 El costo mensual fue estimado en \$ 5.947.110,90 a junio de 2008, sin aclarar cómo se llega a esta cifra. Y ésta cifra -anualizada- es la que representa (a valores de esa fecha) el 0,0663422 de lo coparticipado a la Ciudad en el año 2008. Ver Nota 38/DGRFIS/2009.

21 El costo mensual fue estimado en \$ 5.947.110,90 a junio de 2008, sin aclarar cómo se llega a esta cifra. Y ésta cifra -anualizada- es la que representa (a valores de esa fecha) el 0,0663422 de lo coparticipado a la Ciudad en el año 2008. Ver Nota 38/DGRFIS/2009.

22 También el Gobierno de la Ciudad promovió contra la Nación un juicio ordinario cuyo objeto es obtener se condene al Estado Nacional a ejecutar la obligación asumida en la cláusula 3 del Convenio N° 14/2004, de fecha 1 de junio de 2004 (designar su representante a los efectos de la estimación y liquidación de los importes respectivos) “GCBA c/ Estado Nacional s/ Ordinario” Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10, a cargo de la Dra. Liliana Heiland, Secretaría N° 19 a cargo de la Dra. Marta Scatularo.

*la transferencia de los recursos necesarios para atenderlas.*²³

Este aporte constituye una reasignación de recursos (como ambas partes reconocen); se ejecuta conforme lo previsto en el Convenio N° 13/2004 celebrado el 1° de junio de 2004, entre el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación y el Gobierno de la Ciudad; y se brinda a través del Servicio Penitenciario Federal.

Así fue previsto por ambas partes en forma expresa: *“Que en tal sentido, la cooperación brindada por el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, a través del Servicio Penitenciario Federal, debe ser considerada como un aporte de recursos en los términos de la norma constitucional ut supra citada (se refiere al art. 75 inc.2° CN).”*²⁴

El objeto de la cooperación surge de las cláusulas primera y segunda.

La respuesta a las solicitudes de antecedentes penales por parte del Registro Nacional de Reincidencias; y

El servicio de tratamiento de condenados y de guarda, custodia y traslado de procesados cuyo juzgamiento esté a cargo de jueces con competencia penal de la Ciudad.

La Ciudad ha mantenido un promedio de veinte (20) reclusos desde su firma, los cuales se encuentran alojados, reciben tratamiento médico y son capacitados en dependencias del Sistema Penitenciario Federal.

A fin de adjudicar un valor real al aporte del Gobierno Nacional debemos considerar cuál es el costo mensual de mantenimiento de un preso retenido en una cárcel federal, ello conforme la previsión presupues-

taria realizada en la Ley de Presupuesto Nacional.

Creo que esta prestación del Gobierno Nacional es un importante principio, estoy convencido que debemos continuar impulsando la transferencia de competencias; instar al Poder Ejecutivo Nacional²⁵ a cumplir la obligación asumida en la cláusula tercera, último párrafo del Convenio celebrado el 1° de junio de 2004, entre el señor Presidente de la Nación Argentina, doctor Néstor Kirchner; y el señor Jefe del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, doctor Aníbal Ibarra, procediendo a designar su representante *“a los efectos de la estimación y liquidación de los importes respectivos, en los términos del art. 8° de la Ley N° 23.548”*²⁶; y reconocer los esfuerzos que cada una de las partes realiza en este proceso.

V. Conclusiones

Considerando que también se encuentra pendiente la aceptación de la transferencia de las competencias prevista en la Ley Nacional N° 26.702, por parte de la Ciudad, (a cargo de su Legislatura), resulta éste un inmejorable momento para que ambos gobiernos generen un espacio de análisis y negociación, en el que se acuerde la metodología para el cálculo del costo de la transferencia y se contemple la compensación de los aportes que vienen realizando una y otra jurisdicción.

Mi compromiso es continuar impulsando el proceso de transferencia de competencias judiciales de la Nación a nuestra Ciudad, como lo hiciera como asesor en la Convención Estatuyente de 1996; como legislador de la Ciudad en los dos períodos en que fui honrado con

23 Cuarto considerando del Convenio de Cooperación entre el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aprobado por Ley N° 1915 (2005).

24 Quinto considerando del Convenio citado en la nota anterior.

25 Fue inspirado en esta convicción que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires promovió la acción ordinaria contra el Gobierno Nacional, por cumplimiento de esa obligación (respecto del segundo de los convenios de transferencia), la cual hasta el momento no tiene resolución.

26 La Ciudad designó -a tal fin- al doctor Guillermo Montenegro, su Ministro de Seguridad y Justicia, lo que demuestra la importancia que adjudica a la negociación pendiente.

mi elección; como Consejero de la Magistratura de la Ciudad; y ahora como el funcionario a cargo del órgano del Consejo que tiene por misión institucional, precisamente, la concreción de este objetivo tan deseado por los habitantes de la Ciudad, la *Unidad de Implementación y Seguimiento de las Políticas de Transferencia de Competencias*, que fue creada en el año 2010²⁷. Colabora activamente con nuestro trabajo el órgano consultivo integrado por representantes del Tribunal Superior de Justicia, del Ministerio Público Fiscal, del Ministerio Público de la Defensa, del Ministerio Público Tutelar, a la cual se convoca según la temática que se plantee.

Obvio resulta afirmar que la única forma de avanzar en este proceso es el diálogo de ambos gobiernos, el cual deberá nutrirse con los valiosos antecedentes que han sido elaborados desde el año 1998²⁸ en esta materia, y con el aporte de cada uno de sus actores.

27 Res. CM N° 523/2010 y sus modificatorias.

28 INECIP (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales), y FOROS (Foros de Estudios sobre la Administración de Justicia). También el PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (P.N.U.D.) PROYECTO ARG/00/011 ASISTENCIA TECNICA EN LA ORGANIZACION DEL MODELO DE PODER JUDICIAL PARA LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES, y los Informes elaborados por la Comisión Técnica Mixta para el Traspaso, organizada en sede de la Secretaría de Justicia y Asuntos Legislativos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Notas para la enseñanza de ética judicial

Diego Duquelsky Gómez (*)

* Abogado (UBA). Secretario Académico de la Escuela del Servicio de Justicia. Master en Teorías críticas del derecho y la democracia por la Universidad Internacional de Andalucía. Adjunto regular de Teoría general y filosofía del derecho (UBA).

Presentación

Paradójicamente, el Poder Judicial se encuentra alcanzado por la crisis de legitimidad que azota a los poderes públicos en general pero -aunque parezca contradictorio- al mismo tiempo es visto como la esperanza final, la última ratio para defender derechos vulnerados y resolver conflictos que deberían ser superados desde otros ámbitos.

Para que esa peculiar responsabilidad que pesa sobre los magistrados no sea vivida como una insoponible carga, para que ese especial poder no corra el riesgo de desviarse, para que ese particular saber pueda ser canalizado en servicio de la sociedad, es necesaria una toma de conciencia sobre las implicancias éticas del rol y los principios que la rigen.

I. Razones que explican su surgimiento

Sería absolutamente ingenuo o terriblemente presuntuoso pretender brindar en algunos pocos párrafos una explicación cabal a un fenómeno tan complejo y polifacético como el del surgimiento -a nivel no sólo continental sino global, o al menos “occidental”- de una fuerte tendencia primero a la reflexión y luego a la codificación, en materia de ética profesional en general y, en particular, de la ética judicial.

Señalados los riesgos -lo que quizás nos exima de la imputación de ingenuidad- nos atreveremos a señalar algunos rasgos propios de nuestra época que si bien no nos darán una respuesta, nos orientarán en la reflexión.

Vivimos tiempos signados por la aceleración histórica, la complejidad, la heterogeneidad, el desarrollo científico-tecnológico y esto impacta necesariamente en el ejercicio profesional, porque esos rasgos epocales generan ante todo *riesgo*.

Nótese que -como señala Cárcova¹, parafraseando a Raymond Aron- con dieciocho siglos de por medio, Napoleón y Julio César emplearon aproximadamente el mismo tiempo en llegar de Roma a París, o que un miembro de la burguesía francesa de tiempos de Luis XIV disfrutaba de los mismos recursos que un romano de clase alta. A partir del siglo XX el proceso de aceleración histórica se hizo casi inconmensurable.

Pensemos en la noción de complejidad, que es definida por las teorías sistémicas como “*el exceso de las posibilidades del mundo*”. Y la única forma de reducir la complejidad del entorno, es aumentando la complejidad interna de nuestros sistemas sociales.

Tomemos un par de ejemplos. Para el mundo de los antiguos romanos, bastaba que el sistema jurídico distinguiera entre derecho quirritario, para los habitantes de la ciudad, y *iusgentium*, para los extranjeros. A medida que se complejiza la sociedad y cambian los modos de producción, se diferencia el derecho comercial en la edad media, el derecho laboral con la revolución industrial, etc.

Lo mismo pasa con la medicina. Hasta mediados del siglo XX uno llamaba al médico, generalmente *el* médico del barrio, que nos “*curaba de todo*”. A medida que se conoce -y se complejiza- más sobre nuestro “entorno” de enfermedades, el sistema médico se complejiza internamente generando hiperespecializaciones.

Cuando hablamos de “*heterogeneidad*” nos referimos a un doble fenómeno. Procesos de movilidad social, tanto ascendente como descendente, migraciones internas y externas, el impacto cultural de la globalización y los medios masivos de comunicación son todos fenómenos que contribuyen al fin de las sociedades homogéneas.

¹ CARCOVA, Carlos María, Derecho Política y Magistratura, Biblos, Buenos Aires, 1996, p. 129 y sgtes.

Esto se traduce en que los miembros que integran un mismo cuerpo o grupo profesional, ya sean los médicos que comparten la guardia de un hospital, los jueces que integran un fuero, los urbanistas que diseñan el espacio público, tengan cada vez menos valores compartidos o visiones comunes del mundo. Y otro tanto ocurre con los destinatarios de sus servicios, pacientes, justiciables, etc.

El desarrollo científico-tecnológico contribuye a este panorama general. Porque no sólo nos permite comunicarnos y hacer cosas más rápidamente y con menos esfuerzo, sino que también alienta la falta de reflexión sobre lo que decimos y hacemos. A esto cabe agregar que cada vez más se agranda la brecha entre las herramientas que utilizamos y la comprensión que tenemos de su funcionamiento.

Entendemos, al igual que un hombre primitivo, que una brasa caliente nuestra comida, pero si bien sabemos manejar un horno a microondas no tenemos la menor idea de las razones físicas que explican su funcionamiento.

¿Qué vínculo existe entre las características que acabamos de señalar como propias de estos tiempos con el surgimiento de las preocupaciones éticas? Que, como decíamos unos párrafos atrás, todos estos factores entrañan *riesgo*.

El desarrollo científico y tecnológico nos ha puesto por primera vez en la historia en situación de hacer desaparecer a la propia especie humana. Las profesiones, cada una desde su ámbito, deben lidiar cada día más con situaciones donde la decisión a tomar muchas veces sea irreversible, a nivel personal, social, económico, ecológico, etc.

Debemos asumir que la técnica no es sólo instrumental, que ninguna técnica es neutral. Que la ilusión

positivista de poder separar como compartimentos estancos el contexto de descubrimiento, el contexto de justificación y el contexto de aplicación, no era más que una ficción.

Y allí donde se requiere reflexión, prudencia, responsabilidad aparece la reflexión ética.

II. Las éticas profesionales y las particularidades de la ética judicial

La ética aplicada puede ser caracterizada –como sostiene Jorge Douglas Price²– como la reflexión sobre el qué pensamos que debemos hacer en concreto. En ese contexto surgen las preguntas y las búsquedas de respuestas éticas propias de distintos planos o subsistemas de la vida social: ética profesional, ética ambiental, bioética, ética sexual, ética pública, etc.

La ética profesional es parte, entonces, de la ética aplicada. Y si bien a los profesionales de todas las áreas se le plantean preguntas con relevancia ética, en algunas áreas del actuar y el saber –como la medicina– desde hace tiempo es frecuente encontrar no sólo extensas reflexiones teóricas, sino además procedimientos estandarizados a través de Consejos Consultivos y Comités de Ética en hospitales o centros de salud, como una forma de ayudar a tomar decisiones a los profesionales.

Un debate común a la hora de establecer códigos de ética profesional se plantea con el carácter autónomo o heterónomo de los mismos. Vale decir ¿pueden órganos formales, estatales, dictar las normas éticas aplicables a un determinado grupo profesional? Si así fuera ¿qué diferencia habría entre éstas normas y cualquier norma del ordenamiento jurídico?

² Douglas Price, Jorge, Ética Judicial en Ética e independencia del Poder Judicial, Sesiones de Jueces de Segunda Instancia de las Provincias Argentinas, Córdoba, 2004

Teniendo en cuenta que uno de los criterios claves para distinguir al derecho de la moral pasa efectivamente por la autonomía, la gran mayoría de los códigos de ética profesional suelen ser elaborados por los propios miembros del grupo destinatario.

Otro rasgo mayoritario de los códigos de ética profesional es que los mismos suelen diseñarse sobre la base de principios y no en base a normas³. Los códigos de ética generalmente no detallan circunstancias fácticas y sus consecuencias punitivas, sino que suelen dar pautas para el obrar, razones para decidir, etc.

La ética judicial, por su parte, presenta algunas particularidades, vinculadas a la características propias de la función jurisdiccional, tanto *"institucionales"* como *"culturales"*.

Cabe señalar en primer término que la actividad jurisdiccional, casi como ninguna otra, se encuentra regulada normativamente. Ello torna especialmente compleja la articulación entre el marco legal y el marco ético de actuación. O bien porque podría presuponerse que – como sostendría el *"positivismo ideológico"*⁴– la mera aplicación de la ley garantiza el soporte ético del actuar y en consecuencia resulta redundante; o bien por el temor a que, en nombre de la ética, el juez se aparte del sistema jurídico al adoptar las decisiones.

Por otra parte, la función jurisdiccional y la tarea hermenéutica han sufrido importantes cambios en los últimos años, y ello ha cambiado también la imagen social de lo que podríamos considerar un *"buen juez"*. Parece haber cada vez mayor consenso, además, en que ser un buen juez va más allá de la propia actividad profesional. Que son exigibles a los magistrados ciertos comportamientos y ac-

titudes también en su vida privada, lo que nuevamente genera tensiones y requiere delicados equilibrios.

También es interesante destacar que, fundamentalmente a partir de los cambios introducidos en casi todas las jurisdicciones de los mecanismos de selección de jueces, a través de sistemas de concursos públicos y abiertos, la composición social de los poderes judiciales se ha visto fuertemente alterada, registrándose el proceso de heterogeinización al que hacíamos referencia unos párrafos atrás.⁵

III. El Código Iberoamericano de Ética Judicial como "código modelo".

Aunque en un principio con denominaciones que muchas veces no incluían la expresión "ética judicial" sino más bien bajo la fórmula del "estatuto", el proceso codificador en la materia se viene desarrollando a nivel internacional desde mediados de los años ochenta, cuando se aprobaron los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura sancionado en el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente y ratificado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

A ello siguieron Carta Europea sobre el Estatuto del Juez del Consejo de Europa de 1998, al año siguiente el Estatuto Universal del Juez por la Unión Internacional de Magistrados, en el 2001 el Estatuto del Juez Iberoamericano por la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, los Principios sobre la Conducta Judicial de la ONU del 2002.

La Declaración de Copan-San Salvador aprobada en el año 2004 durante el IV Encuentro Iberoamericano

³ Para una acercamiento a la distinción entre normas y principios véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Planeta Agostini, Barcelona, 1993

⁴ Ver Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª edición ampliada y revisada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.

⁵ Ver ATIENZA, Manuel, "Ética judicial", en *Revista Jueces para la democracia* N° 40, 2001.

de Consejos de la Judicatura y VIII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia constituye el antecedente directo del Código Iberoamericano que tomaremos de base para el tramo final de estas reflexiones.

La elección de este material no obedece a la ausencia de códigos de ética judicial en nuestro país. Es cierto que a diferencia de otros países latinoamericanos –como Honduras, Guatemala, Costa Rica, Panamá, Puerto Rico, Chile, Venezuela, México, Perú, Paraguay o Bolivia- Argentina no ha aprobado un código con alcance nacional. Sin embargo, a nivel provincial, desde 1998, en que Formosa, Santiago del Estero y Corrientes aprobaron los suyos, hasta el recientemente sancionado en Tierra del Fuego a fines de 2010, distintas provincias han adoptado códigos de ética judicial, entre los que han despertado particular interés los de Córdoba y Santa Fe.

Utilizar el Código Iberoamericano como texto pedagógico presenta a nuestro juicio tres grandes ventajas. La primera de ellas es que ha sido concebido, desde su propio origen como un *"código modelo"*. Como una herramienta facilitadora y orientadora para todas aquellas jurisdicciones que adopten para sí la decisión de afrontar los desafíos de la ética judicial. Ello hace que muchos de los códigos locales sancionados con posterioridad, recojan mayoritariamente los principios en éste consagrados.

La segunda ventaja, es la inversa. El Código Iberoamericano fue elaborado recogiendo lo más significativo de los materiales producidos hasta ese momento en los distintos países de nuestro continente. En consecuencia, refleja también en buena medida los principios contenidos en los códigos anteriores a su aprobación, que data del año 2006.

Finalmente, un interés adicional presenta el hecho de que los dos expertos internacionales a quienes la Cum-

bre Judicial Iberoamericana encomendó la redacción del código modelo sean ambos reconocidos iusfilósofos: un argentino, Rodolfo Vigo y un español, Manuel Atienza.

IV. Exigencias impuestas al juez en razón del cargo o función

Los trece principios incorporados al Código Iberoamericano de Ética Judicial son independencia, imparcialidad, motivación, conocimiento y capacitación, justicia y equidad, responsabilidad institucional, cortesía, integridad, transparencia, secreto profesional, prudencia, diligencia y honestidad profesional.

Una clasificación muy difundida es aquella que distingue aquellos principios que se vinculan al ejercicio de la función judicial de aquellos que se refieren a las cualidades personales y conductas privadas de los magistrados.

Entendemos que dicha clasificación resulta práctica, en tanto y en cuanto formulemos una sutil modificación. No son los principios –que en general abarcan ambos aspectos- sino las exigencias que de ellos se derivan los que pueden responder a uno u otro ámbito. Por tal motivo veremos que principios tratados en este apartado volverán a serlo en el próximo, aunque desde una perspectiva diferente.

Aun cuando en el propio código sus autores expresan que el orden de los principios no implica una prioridad o importancia, la independencia aparece como una virtud central para el Poder Judicial.

En ese sentido, el artículo 1º del Código resalta como razón de ser de las instituciones destinadas a garantizar la independencia judicial, no situar al juez en una situación de privilegio, sino garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos.

cos, como forma de evitar la arbitrariedad y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales.

El juez independiente es definido en el artículo 2º como aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo.

Recordemos que la independencia debe ser entendida en un doble sentido, del poder judicial en su conjunto frente a otros poderes públicos o privados, pero también de cada juez en particular en relación a los otros miembros del poder judicial.

Por tal motivo el artículo 3º dispone que el juez, con sus actitudes y comportamientos, debe poner de manifiesto que no recibe influencias -directas o indirectas- de ningún otro poder público o privado, bien sea externo o interno al orden judicial.

Recíprocamente, al juez no sólo se le exige éticamente que sea independiente sino también que no interfiera en la independencia de otros miembros del poder judicial (artículo 7º).

Justicia e imparcialidad han ido históricamente de la mano en la reflexión ético-filosófica. Esta idea se ha mantenido vigente hasta nuestros días a punto tal que autores como Rawls, por ejemplo, han elaborado complejos artificios teóricos –como la posición originaria- como medio para garantizar la imparcialidad en la selección de los principios de justicia.⁶

El Código Modelo se hace eco de esa larga tradición encontrando como fundamento de la imparcialidad judicial en el derecho de los justiciables a ser tratados por igual y, por tanto, a no ser discriminados en lo que respecta al desarrollo de la función jurisdiccional. (art. 9º)

En su artículo 10º, asimismo, define al juez imparcial como aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio.

Interesa reflexionar en esta instancia sobre la fórmula utilizada al final del artículo y que podemos encontrar a lo largo de todo el código. Evitar no sólo lo que es, sino también lo que pueda “parecer”.

En ese sentido el artículo 11 dispone que el juez está obligado a abstenerse de intervenir en aquellas causas en las que se vea comprometida su imparcialidad o en las que *un observador razonable pueda entender que hay motivo para pensar así* (el resaltado es nuestro).

De igual modo el artículo 13 plantea que el juez debe *evitar toda apariencia de trato preferencial o especial* con los abogados y con los justiciables, proveniente de su propia conducta o de la de los otros integrantes de la oficina judicial.

El objetivo de este tipo de formulaciones se vincula con el propósito general de los códigos de ética de convertirse en una herramienta que también coadyuven en la tarea de restituir lazos de confianza entre la ciudadanía y los poderes públicos. Y a tales fines, resulta aplicable el viejo dicho de que *“la mujer del César no sólo debe ser honesta sino también parecerlo”*.

El tercer capítulo está dedicado a la motivación de las decisiones. Esta obligación se orienta –dice el artículo 18- a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales. En ese contexto, motivar supone

⁶ Rawls, John, Teoría de la Justicia, FCE, México, 1995

expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión.

Es clara en este punto la influencia de las teorías discursivas o deliberativas de la justicia y la democracia, lo que nos remite entre otras a las ideas habermasianas⁷ para quien la deliberación, la argumentación, la fuerza de los buenos argumentos, etc. eran condiciones necesarias para la validez de los juicios morales.

También señalábamos que los procedimientos constitucionales y jurisdiccionales tendían a formalizar ciertas condiciones que –aunque de un modo imperfecto– se emparentaban con la *“situación ideal de diálogo”*. En carriles muy semejantes se mueven también las teorías de la argumentación propuestas por Robert Alexy y el propio Manuel Atienza, coautor del código.

A lo largo de todo el capítulo se van presentando las distintas aristas que presenta la fundamentación de las decisiones judiciales tanto en materia de hechos como de Derecho. En materia de hechos, el juez debe proceder con rigor analítico en el tratamiento del cuadro probatorio, mostrando en concreto lo que aporta cada medio de prueba, para luego efectuar una apreciación en su conjunto. En materia de Derecho no puede limitarse a invocar las normas aplicables, especialmente en las resoluciones sobre el fondo de los asuntos. Asimismo, la motivación debe extenderse a todas las alegaciones de las partes, o a las razones producidas por los jueces que hayan conocido antes el asunto (artículos 22 a 25).

Muy interesante también resulta lo concerniente al lenguaje jurídico. Como todos sabemos, el lenguaje técnico constituye habitualmente uno de los grandes obstáculos para la comprensión del discurso jurídico por parte del lego. Ello ha contribuido al fenómeno que se co-

noce como “opacidad del derecho”⁸. Por ello resulta significativo que las motivaciones deban estar expresadas en un estilo claro y preciso, sin recurrir a tecnicismos innecesarios y con la concisión que sea compatible con la completa comprensión de las razones expuestas (artículo 27).

Dos consideraciones finales resultan oportunas antes de pasar al siguiente principio. Una, altamente positiva, vinculada a lo que podríamos equiparar a una *“inversión en la carga de la prueba”*: una decisión carente de motivación es, en principio, una decisión arbitraria, sólo tolerable en la medida en que una expresa disposición jurídica justificada lo permita. (artículo 20)

La siguiente, fuertemente criticable desde nuestra óptica. El artículo 26 *in fine* dispone que el derecho de cada juez a disentir de la opinión mayoritaria debe ejercerse con moderación, restricción que parece ir en sentido contrario al criterio seguido tanto en el capítulo como en el código en general.

Entre las cualidades del “buen juez” se encuentra la exigencia de conocimiento y de capacitación permanente de los jueces. Conforme el artículo 28 del Código Iberoamericano tiene como fundamento el derecho de los justiciables y de la sociedad en general a obtener un servicio de calidad en la administración de justicia.

Es interesante este artículo porque es uno de los pocos en que la administración de justicia es concebida como un *“servicio”*. Resulta atractivo llamar la atención sobre este punto ya que existe un arduo debate, las más de las veces implícito, entre los especialistas en administración de justicia sobre este punto, contraponiéndose dos cosmovisiones: *“servicio”* vs. *“poder del estado”*.

En cierto sentido la discusión encierra un trasfondo ideológico muy fuerte, que tiene que ver con presentar la actividad jurisdiccional como una actividad técnica

7 Habermas, Facticidad y Validez, Trotta, Madrid, 1998

8 Ver Cárcova, Carlos María, La opacidad del derecho, Trotta, Madrid, 1998

y neutral o reconocer su carácter político, ideológico.

Sin embargo, afortunadamente, no es esta la idea que dejan traslucir los restantes artículos del capítulo, donde se pone énfasis no sólo a las capacidades técnicas sino también a las actitudes éticas.

Este es el típico caso que presentábamos en la introducción del tema, cuando señalábamos que un mismo principio abarca exigencias relativas al cargo y otras a las cualidades y actitudes personales. Por tal motivo parte del capítulo será analizado en el siguiente apartado.

Nos limitaremos a señalar aquí que conforme el artículo 31, el conocimiento y la capacitación de los jueces adquiere una especial intensidad en relación con las materias, las técnicas y las actitudes que conduzcan a la máxima protección de los derechos humanos y al desarrollo de los valores constitucionales.

Significativo resulta también el artículo 32, donde se establece que el juez debe facilitar y promover en la medida de lo posible la formación de los otros miembros de la oficina judicial.

Como veremos reiteradamente a lo largo de nuestro análisis, muchos de los deberes éticos del *"buen juez"* se vincularán a su relación con los integrantes de los equipos de trabajo del magistrado.

Posiblemente el capítulo V sea el que más escozor provocaría a quienes sigan adscribiendo a posturas como las que atribuíamos en capítulos previos al *"positivismo ideológico"* o al *"formalismo jurídico"*, quienes verían en el desarrollo conjunto de los principios de justicia y equidad a la reencarnación del más arcaico iusnaturalismo.

Sin embargo, más allá del uso de alguna terminología cercana a esta última corriente, como la que podríamos encontrar en el artículo 35 –"el fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del

Derecho"– lo cierto es que no es patrimonio exclusivo de ninguna escuela reconocer que el juez tiene siempre un margen de actuación y que el mismo está orientado por ciertos principios regulativos.

Así, el artículo 36 explica que la exigencia de equidad deriva de la necesidad de atemperar, con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes.

En los restantes artículos del capítulo podemos reconocer con claridad la influencia de teorías como la de Ronald Dworkin, a través de expresiones del tipo *"el juez equitativo es el que, sin transgredir el Derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes"* (artículo 37); *"el uso de la equidad estará especialmente orientado a lograr una efectiva igualdad de todos ante la ley"* (artículo 39) o *"el juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan."* (artículo 40).

Sin lugar a dudas el principio de responsabilidad institucional es el que en forma más directa, explícita y precisa apunta al propósito de la justicia de recuperar una imagen positiva por parte de la comunidad, a punto tal que el artículo 43 expresamente dice que *"el juez tiene el deber de promover en la sociedad una actitud, racionalmente fundada, de respeto y confianza hacia la administración de justicia."*

Implica, asimismo, asumir el carácter colectivo de la administración de justicia. Vale decir que, sin que esto implique afectar su independencia, cada juez –con prescindencia de su jerarquía y competencias– debe reconocer que forma parte de una estructura institucional que requiere para su adecuado funcionamiento del compro-

miso activo de todos sus integrantes (artículo 42).

Una consideración especial merece el artículo 46, que como parte de la responsabilidad institucional de los magistrados dispone que el juez debe evitar favorecer promociones o ascensos irregulares o injustificados de otros miembros del servicio de justicia.

¿Debería llamarnos la atención un artículo de esta naturaleza? ¿Por qué aparece detallada este tipo de conducta en un código de ética que como regla general se basa en un alto grado de abstracción y generalidad en su articulado?

La reflexión que cabe hacer en este punto es que los códigos de ética pueden ser también leídos como *"catálogos de malas prácticas"*. Muchas de las conductas que aparecen detalladas en los distintos artículos no hacen más que llamarnos la atención sobre ciertas prácticas que, por su grado de proliferación y por lo perjudicial de sus consecuencias para el sistema judicial, los propios integrantes del cuerpo sienten que deben ser expresamente vedadas.

El principio de cortesía, que podría imaginarse como propio del ámbito de las exigencias personales o de conducta privada de los magistrados, es concebido en el Código Iberoamericano, por el contrario, en forma íntimamente ligada al plano institucional, poniéndose de relieve en el artículo 48 que su cumplimiento contribuye a un mejor funcionamiento de la administración de justicia.

Por su propia naturaleza, la cortesía implica alteridad, un *"otro"* con quien ser cortés, que en el caso de los magistrados se transforma en muchos *"otros"*: sus pares, los restantes miembros de la oficina judicial, los abogados, los testigos, los justiciables y todos aquellos que se relacionan con la administración de justicia.

En algunas de sus proyecciones, el principio de cortesía se vincula con los de motivación, ya analizado, y

con el de transparencia que veremos más adelante. Así lo podemos ver en el caso del artículo 50 que establece que el juez debe brindar las explicaciones y aclaraciones que le sean pedidas, en la medida en que sean procedentes y oportunas y no supongan la vulneración de alguna norma jurídica.

Como ya hemos visto, particular atención presta el Código a diversos aspectos del funcionamiento interno de la oficina judicial. En lo relativo a la cortesía, se establece que en el ámbito de su tribunal, el juez debe relacionarse con los funcionarios, auxiliares y empleados sin incurrir -o aparentar hacerlo- en favoritismo o cualquier tipo de conducta arbitraria.

El artículo final del capítulo orienta el comportamiento del juez sobre el modo de recibir críticas o cuestionamientos tanto a sus decisiones como a sus actos, disponiendo que debe mostrar una actitud tolerante y respetuosa hacia las mismas.

El principio de integridad, identificado por lo que en muchos códigos de ética se conoce como *"decoro"*, hace casi exclusiva referencia a exigencias impuestas al juez relativas a sus conductas personales y su modo de vida, que trataremos en el próximo apartado.

El capítulo IX está dedicado a la transparencia, presentada como una garantía de la justicia de las decisiones judiciales.

En rigor de verdad, la exigencia puede ser entendida tanto como una virtud autónoma como complementaria de otros principios ya analizados.

En cuanto autónoma, la transparencia en la administración de justicia es el correlato específico o particular en el ámbito judicial de la publicidad republicana de los actos de gobierno. Así, por ejemplo, el artículo 58 establece que aunque la ley no lo exija, el juez debe documentar en la medida de lo posible todos los actos de

su gestión y permitir su publicidad.

No debemos olvidar, por otra parte, que nuestros países latinoamericanos -si bien influidos por la tradición constitucional norteamericana- en lo concerniente al ámbito estrictamente jurisdiccional son herederos del modelo inquisitivo heredado desde tiempos de la colonia. Ello ha instaurado una cultura de oscuridad y celo que exceden el secreto profesional y que cuesta mucho revertir.

Otro tema novedoso para nuestros jueces, acostumbrados a *“hablar a través de sus sentencias”*, es aprender a relacionarse con los medios masivos de comunicación, agentes particularmente poderosos en las sociedades contemporáneas.

A ellos se refiere el artículo 59, disponiendo que el juez debe comportarse en relación con los medios de comunicación social, de manera equitativa y prudente, y cuidar especialmente de que no resulten perjudicados los derechos e intereses legítimos de las partes y de los abogados.

Pero la transparencia resulta, por su parte, complementaria de otros principios. Así, ofrecer información útil, pertinente, comprensible y fiable (artículo 57) es un complemento indispensable tanto para el principio de motivación -que encuentra en dicha información el sustento fáctico de la sentencia- como para el de responsabilidad institucional.

En buena medida la crisis de confianza en la justicia está motivada por falencias en la comunicación. También para recuperar y afianzar ese vínculo es necesario, conforme el artículo 60 que los jueces eviten comportamientos o actitudes que puedan entenderse como búsqueda *injustificada o desmesurada* de reconocimiento social (el resaltado es nuestro).

La aparición del secreto profesional a continuación de la transparencia, resulta un excelente ejemplo para mostrar que nos encontramos, siguiendo la distin-

ción de Dworkin, frente a principios y no frente a normas.

Mientras que no pueden coexistir normas contradictorias en un sistema jurídico, en el caso de los principios no ocurre lo mismo, sino que se tratará de evaluar el peso relativo de uno u otro en cada caso concreto.

El fundamento del secreto profesional no es otro que salvaguardar los derechos de las partes y de sus allegados frente al uso indebido de informaciones obtenidas por el juez en el desempeño de sus funciones (artículo 61).

A esos fines los jueces tienen obligación de guardar absoluta reserva y secreto profesional en relación con las causas en trámite y con los hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función -sino que también deben procurar que los funcionarios, auxiliares o empleados de la oficina judicial cumplan con el secreto profesional (artículos 62 y 65).

Aparecen nuevamente en este capítulo (al igual que en el tercero), algunas restricciones llamativas en torno a los órganos colegiados. Así como el artículo 26 in fine pretendía limitar el ejercicio del disenso, el artículo 63 establece que los jueces pertenecientes a órganos colegiados han de garantizar el secreto de las deliberaciones del tribunal, salvo las excepciones previstas en las normas jurídicas vigentes. Entendemos que esta última salvedad debería constituir la puerta que equilibre secreto y transparencia en esos casos.

Finalmente, otro artículo que llama la atención en este capítulo es el 64, que más allá de la trascendencia de su contenido, pareciera tender a garantizar más el debido proceso que el secreto profesional. Veamos: *“Los jueces habrán de servirse tan solo de los medios legítimos que el ordenamiento pone a su alcance en la persecución de la verdad de los hechos en los actos de que conozcan.”*

En la propia presentación del Código Iberoame-

ricano, sus redactores presentan al capítulo X dedicado a la prudencia como prueba de que en el orden de los principios no hay jerarquía, ya que se ha dejado casi para el final una de las virtudes clásicas vinculadas a la justicia.

Como todos sabemos, en el propio origen etimológico de la expresión “jurisprudencia” podemos encontrar la “prudentia” -aunque claro está en una acepción posiblemente más ligada a la noción actual de sabiduría.

La caracterización que hace el Código Modelo de la prudencia está orientada al autocontrol del poder de decisión de los jueces, a la adopción de una actitud abierta y paciente para escuchar o reconocer nuevos argumentos o críticas en orden a confirmar o rectificar criterios o puntos de vista asumidos.

Así, en el artículo 69 se define al juez prudente como el que procura que sus comportamientos, actitudes y decisiones sean el resultado de un juicio justificado racionalmente, luego de haber meditado y valorado argumentos y contraargumentos disponibles, en el marco del Derecho aplicable.

Cuando en el primer apartado de esta unidad especulábamos sobre las razones de explicaban el surgimiento de una nueva preocupación por la ética aplicada, señalábamos una serie de “factores de riesgo” que requerían precisamente prudencia y reflexión, toda vez que muchas veces nos enfrentamos a situaciones que obligan a decisiones irreversibles.

Por eso resulta tan significativo el artículo 71, cuando señala que al adoptar una decisión, el juez debe analizar las distintas alternativas que ofrece el Derecho y valorar las diferentes consecuencias que traerán aparejadas cada una de ellas.

Rigen para el par “prudencia/diligencia” las mismas consideraciones efectuadas en relación con la “transparencia/secreto profesional” en cuanto a la convivencia

de principios aparentemente opuestos o contradictorios. Hecha esta salvedad, pasemos al punto específico.

La inclusión de la diligencia en los códigos de ética judicial es otro claro ejemplo de lo señalado precedentemente cuando hablábamos de las “malas prácticas”, aunque en este caso no se hace referencia tanto a comportamientos individuales como a falencias estructurales de los sistemas judiciales.

Es sabido que, a pesar de décadas en la búsqueda de recetas que logren reducir los tiempos judiciales y de fortunas invertidas por los poderes judiciales en la contratación de consultores internacionales y ONGs especializadas y la implementación de programas pilotos y juzgados modelo, el problema todavía está lejos de solucionarse.

En otros casos, la solución parece estar cerca o aparentemente haber sido alcanzada, pero en la mayoría de los casos sacrificando en el camino derechos y garantías de los justiciables o favoreciendo formas privatizadas de justicia que dejan de lado la tutela estatal a las partes más débiles del conflicto.

Esto no implica que se deba renunciar a que cada juez, en el ámbito de sus posibilidades procure que los procesos a su cargo se resuelvan en un plazo razonable, tendiendo a evitar la injusticia que comporta una decisión tardía (artículos 73 y 74). Para ello, el juez deberá evitar y sancionar las conductas dilatorias y procurar que los actos procesales se celebren con la máxima puntualidad (artículos 75 y 76).

Un artículo específico (el 78) está dedicado a los sistemas de evaluación de desempeño, exigiéndose al juez una actitud positiva hacia los mismos. Esto es también fruto de la resistencia que en muchos ámbitos los magistrados han mostrado de mecanismos de esa índole, como así también a los sistemas de información estadística que se vinculan paralelamente con el principio de transparencia.

El último de los principios, el de honestidad profesional, abarca mayoritariamente planos propios de la conducta personal de juez y serán tratados en el próximo apartado. Sin embargo cabe hacer referencia en esta instancia a dos cuestiones específicas.

Una, que la honestidad en la conducta del juez no aparece sólo como una exigencia ética pura, como un fin moral en sí mismo, sino que en el primer artículo del capítulo XIII se da una fundamentación de tipo teleológica: *“la honestidad de la conducta del juez es necesaria para fortalecer la confianza de los ciudadanos en la justicia y contribuye al prestigio de la misma”*.

La segunda consideración tiene que ver con el funcionamiento de la oficina judicial y con un fenómeno extendido en todos los poderes judiciales, la delegación *informal* de facultades en los funcionarios y empleados de menor jerarquía.

Por tal motivo, recurriendo nuevamente a la idea de que las virtudes no sólo tienen que *“ser”* sino también *“parecer”*, el artículo 81 consigna que el juez debe comportarse de manera que ningún **observador razonable** pueda entender que se aprovecha de manera ilegítima, irregular o incorrecta del trabajo de los demás integrantes de la oficina judicial.

V. Exigencias impuestas al juez referidas a su estilo de vida y conductas personales.

El objetivo del presente punto es analizar el impacto de las exigencias impuestas a los magistrados en su mundo cotidiano y en su vida privada, tanto por principios específicos orientados a tal fin –v.g. integridad– como por las proyecciones de los principios vinculados al cargo o función, estudiados en los párrafos precedentes.

Así, por ejemplo, la independencia judicial implica

que al juez le está éticamente vedado participar de cualquier manera en actividad política partidaria (artículo 4º).

Estas exigencias, por lo demás, no sólo se refieren a aspectos externos de la conducta de los magistrados, sino que se aspira que impacten también en su personalidad, en su conciencia. En tal sentido, el artículo 17 establece que la imparcialidad de juicio obliga al juez a generar hábitos rigurosos de honestidad intelectual y de autocrítica.

Como adelantábamos, el capítulo cuarto, destinado a conocimiento y capacitación, implica exigencias tanto específicas al cumplimiento del cargo, como a actitudes y comportamientos personales del magistrado.

Es muy interesante como el tipo de formación judicial que alienta el Cógido Iberoamericano se muestra altamente superador al formalismo y al normativismo típico de la modelo de ensañanza de nuestras escuelas de derecho.

La complejidad del mundo en que vivimos y los desafíos actuales de la función judicial obligan a una formación múltiple y transdisciplinaria. A ese fin apunta el Cógido Modelo cuando en su artículo 30 establece que la obligación de formación continuada de los jueces se extiende tanto a las materias específicamente jurídicas como a los saberes y técnicas que puedan favorecer el mejor cumplimiento de las funciones judiciales.

Tampoco es posible escindir las exigencias funcionales de las personales en el plano de la responsabilidad institucional, ya que se exige un fuerte compromiso actitudinal para con el buen funcionamiento del sistema de justicia (artículo 42), una actitud de colaboración con la mejora de la organización (artículo 47) y una disposición personal a responder voluntariamente por sus acciones y omisiones (artículo 44).

El capítulo VIII está completamente destinado al

principio de integridad. Si bien está compuesto por pocos artículos, en ellos se resumen las claves de lo que se espera de los magistrados en el plano de su vida personal.

Los propios redactores del Código han confesado que este punto resultó de los más complejos a los fines de consensuar su contenido, toda vez que las exigencias en materias de integridad o *“decoro”* siempre implican el riesgo de violentar el derecho a la intimidad del juez, la esfera de reserva de sus acciones privadas.

Nuevamente, como el juez Hércules de Dworkin, nos encontramos frente a la tarea de armonizar principios o valores que parecen en pugna. La salida propuesta por el código, consiste en el reconocimiento por parte del magistrado de las restricciones que se derivan de la aceptación voluntaria de un cargo de tamaño responsabilidad social.

En esa línea, el artículo 55 establece que el juez debe ser consciente de que el ejercicio de la función jurisdiccional supone exigencias que no rigen para el resto de los ciudadanos.

El fundamento de tales exigencias será nuevamente la búsqueda de una *“reconciliación”* de la sociedad con sus instituciones, habida cuenta que la integridad de la conducta del juez fuera del ámbito estricto de la actividad jurisdiccional contribuye a una fundada confianza de los ciudadanos en la judicatura (artículo 53).

Para definir los alcances de estas limitaciones o exigencias, se apela nuevamente a la fórmula del *“observador razonable”*. En nuestro caso, el límite a la conducta aceptable viene dado por la apreciación de un agente –el observador– del que se presuponen ciertas virtudes –su razonabilidad: *“El juez íntegro no debe comportarse de una manera que un observador razonable considere gravemente atentatoria contra los valores y sentimientos predominantes en la sociedad en la que presta su función”* (artículo 54).

Puede observarse, asimismo, que el límite ético a la conducta personal del juez no responde a una moralidad objetivamente presupuesta sino que se enlaza con la idea de una construcción colectiva bajo la expresión los *“valores y sentimientos predominantes”* exigiéndose además que la conducta se *“gravemente”* atentatoria contra estos.

El artículo 60, que impone al juez evitar comportamientos o actitudes que puedan entenderse como búsqueda injustificada o desmesurada de reconocimiento social es otro típico caso de una exigencia que alcanza simultáneamente al cargo o función pero también al plano personal.

Lo mismo ocurre con el secreto profesional, ya que el código plantea expresamente que el deber de reserva que pesa sobre el juez se extiende no sólo a los medios de información institucionalizados, sino también al ámbito estrictamente privado (artículo 66).

Y otro tanto acontece con el principio de prudencia que detenidamente analizamos en el apartado propio de las exigencias relativas al cargo. Si releemos el contenido del décimo primer capítulo encontraremos una permanente apelación al aspecto actitudinal del juez.

En el caso de la diligencia, que como señalábamos resulta una exigencia potenciada por décadas de falencias estructurales de los sistemas judiciales, tiene sin embargo una proyección directamente vinculada con las actividades particulares de los magistrados.

El artículo 77 establece que el juez no debe contraer obligaciones que perturben o impidan el cumplimiento apropiado de sus funciones específicas.

La inclusión de este artículo obedece a un fenómeno ampliamente extendido en los Poderes Judiciales. Si bien en prácticamente todas las jurisdicciones los magistrados tienen un amplio régimen de incompatibilida-

des, éstas no alcanzan ni la actividad asociativa o gremial, ni la académica. Dos nobles tareas que, sin embargo, en muchos casos son ejercidas con tal intensidad que ello repercute en el funcionamiento de juzgados o tribunales.

Al igual que en el caso de la integridad, el último de los principios -honestidad profesional- también apunta en forma directa a regular aspectos propios de las conductas del juez. O, mejor dicho, que su vida privada se vea indebidamente beneficiada por su condición de magistrado.

Por tal motivo el juez tiene prohibido recibir beneficios al margen de los que por Derecho le correspondan y utilizar abusivamente o apropiarse de los medios que se le confíen para el cumplimiento de su función (artículo 80).

Debe entenderse que estos medios alcanzan tanto a los recursos materiales como a los recursos humanos. De igual modo tanto los asignados *para* el ejercicio de la función, como los resultantes *de* su ejercicio.

Finalmente, se dispone que el juez debe adoptar las medidas necesarias para evitar que pueda surgir cualquier duda razonable sobre la legitimidad de sus ingresos y de su situación patrimonial (artículo 82). Con ese mismo propósito es que muchas normas que regulan la ética pública incluyen el deber judicial de efectuar declaraciones juradas patrimoniales. En algunos sistemas éstas tienen carácter público, mientras que en otros debe acreditarse algún tipo de interés legítimo para acceder a su contenido.

VI. La ética judicial y su doble papel de deber y derecho.

Hemos visto hasta aquí las diversas exigencias que se derivan de los trece principios desarrollados en el Código Iberoamericano de Ética Judicial, exigencias que impactan tanto en lo específico del ejercicio de la magistratura como en los comportamientos, actitudes y valores personales esperables del “*buen juez*”.

También hemos señalado que muchas de las proyecciones de estas “*virtudes judiciales*” reflejan el reconocimiento por parte de los propios magistrados de muchos de los vicios que aquejan a los sistemas de justicia. Y éste ya es por sí mismo un dato para celebrar. El primer paso para transformar la realidad es conocerla.

Pero nos gustaría finalizar reflexionando sobre una ventaja adicional que presenta la adopción de normas en materia de ética judicial, que muestra nuevamente la paradojalidad que atraviesa todo el fenómeno jurídico.

Aunque parezca contradictorio, la asunción de deberes genera simultáneamente derechos. Nótese que es muy frecuente en distintos discursos que atraviesan nuestra sociedad escuchar que “*los derechos implican obligaciones*”. Pues lo opuesto –aunque menos difundido– es igualmente válido.

Una vez plasmados, principios como los de independencia, conocimiento y capacitación, transparencia, diligencia, etc. se abren las puertas para exigir la asignación de los medios y las condiciones de posibilidad para su ejercicio.

Y ese derecho rige tanto para el Poder Judicial en su conjunto frente a los restantes poderes estatales, como para cada magistrado con el resto de los miembros de la justicia, tanto en forma horizontal como vertical.

Pero también da razones para plantarse frente a poderes privados –que en muchos casos son tanto o

más fuertes que los poderes públicos.

Esa será la manera de transmitir a la ciudadanía la confianza que ésta le exige al Poder Judicial. Con la fuerza de decisiones, comportamientos y actitudes pro-

venientes de una base ética de principios sólidamente incorporados a través de un proceso reflexivo, intersubjetivo y democrático.

Algunos lineamientos y conjeturas acerca del proyecto legislativo vinculado al “Ejercicio Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires en materia de Aranceles Profesionales”

Alberto A. Elgassi (*)

* Secretario Letrado de la Secretaría en Asuntos Originarios con competencia electoral del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En oportunidad de participar en la clausura de las jornadas organizadas por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad (CACFJ Nº 6/2012 Resolución nº), tuve oportunidad de destacar lo trascendente y valiosa que resultaba la actividad académica – científica que el Centro de Formación Judicial viene realizando de manera constante, liderada por una Dirección y un cuerpo de Profesores de excelencia haciendo que los encuentros celebrados constituyan sin lugar a dudas un sendero seguro que converge naturalmente en ámbitos propicios para la difusión, el análisis crítico y el debate fructífero de temas innovadores e inherentes a nuestra Justicia estadual.

En ese fecundo y extenso camino que el Centro del Formación Judicial viene realizando desde sus inicios, conjuntamente con las actividades organizadas por las comisiones o institutos académicos de las Asociaciones de Magistrados y Funcionarios de la CABA desde distintos y plurales planos de actuación y conocimiento, integran en mi opinión un panorama completo y auspicioso de capacitación continua a los fines de asegurar a nuestra noble justicia una perspectiva importantísima a favor del justiciable, del operador jurídico y, en suma, un jalón esencial más en su proceso autonómico y de fortalecimiento Institucional signado por un robusto rumbo innovador y de vanguardia.

Una vez más debo agradecer la invitación cursada por el Director del Centro de Formación Judicial a fin de participar en la presente obra consistente en evocar los quince años de la puesta en funcionamiento del Centro, con una exposición que fuera realizada por el suscripto en un Seminario realizado en la Legislatura porteña titulado "Autonomía y Ejercicio de la Abogacía. Hacia una ley de honorarios para la CABA" organizada a fines del año 2012 por el Diputado Daniel Lipovetzky en la cual participaron varios legisladores, funcionarios del Departamento Ejecutivo y autoridades del CPACF pues pienso que pese al tiempo transcurrido aún mantiene

notas de actualidad e interés.

"Como Ustedes habrán de intuir sólo abordaré algunas generalidades sobre el proyecto de Ley de Honorarios Profesionales de Abogados y Procuradores de la CABA toda vez que de acuerdo a la lectura que realicé del mismo, lo asumo detalladamente integrado y completo, por tanto y en gran medida sólo restaría que los Sres. Legisladores procedan a trabajar en su texto y a construir los consensos políticos necesarios para su aprobación.

En esa inteligencia y en primer término estimo esencial destacar que su tratamiento y sanción conllevan importantes beneficios en plurales planos de conocimiento. Me explico.

En primer término y de modo evidente su tratamiento implica ejercicio de autonomía por parte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y un paso más hacia su plenitud como Gobierno Autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción en los términos del art. 129, CN. En efecto, la posibilidad que el distrito cuente con una norma local en materia de honorarios profesionales es auspiciosa, pues implica no sólo una regulación propia local sino además porque deroga a la ley nacional nº 21.839 y sus modificatorias –en tanto aplicada como norma local- caracterizada por estipular patrones remunerativos porcentuales o importes fijos pecuniarios carentes de actualidad y en la cual el CPACF no tuvo participación alguna en su redacción.

Por otra parte y en segundo lugar, estimo que el contenido del proyecto, más allá de las adecuaciones o modificaciones que podrían llegar a realizarse en el seno de esta Comisión, dignifica la actividad profesional pues reconoce esfuerzos, logros y responsabilidades y, en consecuencia, intensifica las garantías del acceso a la justicia, debido proceso y la defensa de derechos que integran el bloque de juridicidad de la CABA.

Asimismo guarda en gran medida congruencia con

los proyectos nacionales con estado parlamentario, lo cual en sí mismo también es muy beneficioso para los operadores jurídicos del sistema en atención a la gran cantidad de juzgados federales y nacionales radicados en el distrito.

También es beneficioso en cuanto determina las unidades arancelarias con montos mínimos para los asuntos no susceptibles de apreciaciones pecuniarias pues, por un lado otorga pautas objetivas de emolumentos y, por el otro, al estar de alguna manera enganchados porcentualmente por afinidad al salario de los magistrados judiciales asegura el mantenimiento constante de sus valores acordes a la realidad económica y profesional entre la retribución del abogado y quien ejerce la Magistratura.

De ese modo el Proyecto sustituye al Protocolo de Regulación elaborado por el CPACF a los fines de confeccionar un estimador actualizado de la regulación de honorarios que incluso ha sido tomado en cuenta por razones de equidad por algunos Jueces de la Justicia Nacional en lo Civil, Sala B, "Silvestri", del 28/06/2011.

Por lo demás, destaco que el proyecto se hace eco de la sana doctrina de reconocerles naturaleza "alimentaria" a los honorarios profesionales (art. 3), Asimismo sostiene auspiciosamente: que los emolumentos pertenecen exclusivamente al profesional que realizó los trabajos; que sólo son embargables hasta el 20% del monto a percibir o directamente inembargables si no superan el SMVyM; que gozan de privilegio especial para el cobro (art. 3); que están libre de tasa de justicia y sellado los expedientes iniciados para lograr su cobro (art. 10) y, en suma, porque colabora de manera interesante a fin de clarificar la determinación de honorarios por tareas extrajudiciales e impide la competencia desleal (art. 5).

En tercer lugar, también es beneficioso para las partes pues, como ya aludí, consagra pautas objetivas para la determinación dineraria de unidades medidas para los supuestos extrajudiciales o para los asuntos no susceptibles

de apreciaciones pecuniarias dotando de seguridad y certeza al sistema. El cliente va a mensurar que es lo que deberá pagar de antemano o, de manera sobreviniente y llegado el caso, los diferendos que pudiesen llegar a presentarse se encontrarán comprendidos en la norma.

También es interesante lo establecido por el art. 16 en cuanto sostiene la nulidad de la regulación cuando sólo se la fundamenta en el articulado de la ley y que todo recibo de honorarios, con imputación precisa del asunto, de fecha anterior a la conclusión de la gestión profesional, se considera como pago a cuenta del que corresponda según el arancel (art. 7).

En suma, como se aprecia el Proyecto de Aranceles Profesionales da pautas objetivas para todos los operadores del sistema, disminuyendo la discrecionalidad judicial o, si se quiere, regulando de manera intensa sus aspectos reglados aliviando presumiblemente en consecuencia la tarea de los jueces y convergiendo coetáneamente a la celeridad, economía y sencillez de los trámites.

Sin perjuicio de lo cual, creo que de manera general se debe contemplar coetáneamente al dictado del presente Proyecto de Aranceles Profesionales, herramientas legislativas que aseguren e intensifiquen la resolución alternativa de conflictos de manera previa al sistema judicial, de manera gratuita y rápida especialmente de aquéllas cuestiones de vecindad, menor cuantía o defensa al consumidor, etc. Tal vez incluso asegurando progresivamente el acceso al patrocinio letrado gratuito por parte de los matriculados para los habitantes en condiciones de vulnerabilidad.

En atención a la pluralidad de innovaciones contempladas, entre muchas otras a las recién aludidas estimo que, a su vez, justificarían reconsiderar el alcance de lo establecido en su art. 50 en cuanto sostiene que la presente ley se aplicará a todos los procesos en curso en los que no haya decisión firme de honorarios al tiempo de su publicación.

También creo que se debería reconsiderar lo establecido en su art. 20 en el sentido que el Tribunal Superior de Justicia suministrará mensualmente el valor resultante del sueldo de juez de primera instancia a los fines de calcular el UMA pues esa información sólo la detenta el Consejo de la Magistratura, CABA, pues dicha Institución es quien ejerce la superintendencia en la materia.

También creo que se debería eliminar del Título del Capítulo 1 la leyenda que alude a una presunción que no es tal pues, de acuerdo a lo establecido por el art. 3 (integrativo de ese capítulo la actividad profesional de los Abogados y Procuradores) todos los honorarios profesionales son de carácter oneroso sin admitir prueba en contrario. O sea no regula presunción alguna.

Con relación a lo establecido en los arts.1, 11, 20 y 39.2 en cuanto sostiene que la presente ley se aplica a cuestiones del procedimiento administrativo, no tengo en claro si las pautas se vinculan simplemente a la determinación de honorarios por los trabajos profesionales de los abogados vinculados a cuestiones del procedimiento administrativo; o si implica algo más y avanza sobre la gratuidad del procedimiento administrativo o si exige el patrocinio jurídico obligatorio en dicha instancia.

¿Acaso en ciertas circunstancias el Estado se hará cargo de honorarios de los abogados de los administrados cuando se decida, por ejemplo, en sede judicial la ilegalidad del acto administrativo?. En suma, mi duda es si se integrarán a las costas procesales judiciales los trabajos extrajudiciales realizados en sede administrativa a cargo del Estado.

Creo que la norma debería contener términos precisos al respecto.

También estimo que se debería tener muy presente que lo regulado por el art. 1 en cuanto a que los honorarios son de orden público y que las causas no concluyen hasta tanto se desinteresen a los profesionales intervinientes, pres-

ten conformidad expresa o incurran en silencio luego de notificación fehaciente (art. 11), estamos reglamentado al Código Civil que regula la prescripción en materia regulatoria.

Por último, creo que resultaría interesante evaluar la posibilidad de regular en el presente proyecto que frente a las regulaciones de honorarios diferidas (o sea que no se dicten con la decisión de fondo) o los resueltos en instancias superiores que sólo admiten recursos de revocatorias (recursos superiores), la posibilidad que previo a la regulación se imponga al profesional como carga y no como facultad el deber de clasificar sus tareas y estimar numéricamente sus honorarios de manera que el obligado al pago pueda ser oído antes de la emisión del auto regulatorio (a diferencia de lo establecido por el art. 16 del Proyecto).

Para concluir, realizaré a mi costa y fortuna algunas conjeturas acerca de la sanción del proyecto de ley:

En atención a lo establecido en el art. 1 (ámbito de aplicación y naturaleza de orden público de la ley), se deduce nítidamente que el proyecto de ley de Aranceles Profesionales para Abogados y Procuradores deroga en el ámbito local a la ley 21.839 y a sus modificatorias, incluso y sólo con dicho alcance, a la ley nº 24.432 (o sea la deroga sólo y en tanto modifica a la ley 21.839).

Con esto quiero decir que se deberá tener muy presente que la ley nacional nº 24.432 de honorarios profesionales modificó además otras leyes de distinta naturaleza, entre ellas el Código Civil y, por tanto, no sé hasta que punto la norma local se verá debilitada por ejemplo cuanto sostiene en el art. 17, in fine que “En ningún caso podrán los jueces apartarse de los mínimos establecidos en el artículo 60”.

En efecto, el art. 3 de la ley 24.432 incorpora al artículo 1627 del CC la posibilidad de que las partes ajusten libremente el precio de los servicios, sin que dicha

facultad pueda ser cercenada por leyes locales. ¿en que situación queda entonces del espíritu de la ley en cuanto persigue o aventa la competencia desleal prevista en el art. 5?.

O acaso cómo se adecuará la norma con relación al citado artículo 1627 en cuanto sostiene: "cuando el precio de los servicios prestados deba ser establecido judicialmente sobre la base de la aplicación de normas locales, su determinación deberá adecuarse a la labor cumplida por el prestador de servicio, los jueces deberán reducir equitativamente ese precio, por debajo del valor que resultare de la aplicación estricta de los mínimos arancelarios locales, si esta última condujere a una evidente e injustificada desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida".

Por último, su art. 13 establece que los jueces deberán regular honorarios (...) sin atender a los montos o porcentuales mínimos establecidos en los regímenes arancelarios nacionales o LOCALES que rijan su actividad, cuando la naturaleza, alcance, tiempo, calidad o resultado de la tarea realizada o el valor de los bienes que se consideren, indicaren razonablemente que la aplicación lisa y llana de esos aranceles ocasionaría una evidente e injustificada desproporción entre la importancia del trabajo efectivamente cumplido y la retribución que en virtud de aquellas normas arancelarias habría de corresponder (...).

El art. 14 idem reitera el concepto que los profesionales de cualquier actividad podrán pactar con sus clientes la retribución de sus honorarios, sin sujeción a las escalas contenidas en las correspondientes normas arancelarias.

Por si quedara algún tipo de dudas el art. 15 establece que lo dispuesto en los arts. 13 y 14 es complementario del Código Civil.

Por todo ello, pareciera ser que de alguna manera el enigma que el presente proyecto intenta conjurar seguirá presente pese a la contundencia y espíritu de la norma.

Dado lo cual y hasta tanto se proceda a la regulación federal en la materia, pienso que el único camino a transitar sería inexorablemente solicitar la inconstitucionalidad de dichos artículos del CC ante los jueces locales, bajo la mirada inexorable de la doctrina pacífica y constante del más Alto Tribunal en su actual integración en cuanto sostiene que la regulación de honorarios no depende exclusivamente del monto del juicio y de las escalas dispuestas en la ley de aranceles sino de un conjunto de pautas previstas en los regímenes respectivos que deben ser evaluados por los jueces y entre lo que se encuentran la naturaleza y complejidad del asunto, la índole, extensión, calidad y eficacia de los trabajos realizados, de manera de arribar a una solución justa y mesurada acorde con las circunstancias particulares de cada caso (V.600.XL "Vaggi, Orestes Juan c/ Tanque Argentino Mediano Sociedad del Estado TAMSE s/ cobro de pesos", 13/05/2008), pues establecer los honorarios profesionales mediante la aplicación automática de los porcentuales fijados en la ley arancelaria, aun del mínimo establecido, puede dar por resultado sumas exorbitantes y desproporcionadas en relación con las constancias de la causa, no compatibles con los fines perseguidos por el legislador al sancionar la ley arancelaria, ni con los intereses involucrados en el caso, ni con los parámetros del mercado de trabajo en general (A. 70. XLI "Astra Compañía Argentina de Petróleo c/ Yacimientos petrolíferos Fiscales s/ proceso de conocimiento", 18/11/2008, T.331, P. 2550). De manera similar "Autolatina Argentina SA (TF 13892 I) c/ DGI s/ recurso extraordinario", resol. Del 22712/2009, T.332, P. 2797).

Pese a que el proyecto de ley circunscribe su aplicación a la Ciudad y a los fueros locales (no nacionales ordinarios), va de suyo que hasta tanto sea dictada la

norma nacional símil a la presente el dictado de la norma local no será neutra y tendrá impacto en el ámbito nacional y local. En efecto, sus innovaciones no pasarán por alto a los letrados intervinientes y, es probable, que se inclinarán por litigar contra el GCBA en los tribunales locales (no en los nacionales como en algunos supuestos aún sucede) o incluso, llegado el caso, tal vez pueda suceder que sigan demandando al GCBA en los Tribunales nacionales por daños, solicitando la aplicación de la presente ley fundado en la especialidad, en la naturaleza procesal local de la norma, que es posterior o incluso tal vez planteando la derogación o inconstitucionalidad sobreviniente de la ley 21.839 y sus modificatorias.

Incluso podrá suceder que sean los propios jueces nacionales con competencias ordinarias quienes apliquen ellos mismos la norma local, sea de manera di-

recta o por renvío; máxime si incluso ya están tomando en cuenta el protocolo del CPACF.

No sería extraño esperar que la sanción del proyecto (en tanto modifica los aranceles profesionales) intensificará exponencialmente el trabajo de la Defensa Pública y de los Tribunales de la Ciudad, generando de manera refleja el fortalecimiento Institucional autonómico del Poder Judicial de la Ciudad.

Para concluir, entonces, en mi opinión resulta claro que el proyecto de Ley de Aranceles Profesionales implica beneficios importantes para el sistema jurídico de la Ciudad pues implica objetividad y previsibilidad en sus normas pues no sólo reducirá la discrecionalidad judicial en materia de honorarios sino que además dotará, como advertí al inicio, de nuevos fundamentos autonómicos y de vanguardia al sistema.

Formación de equipos de trabajo

María Isabel Epele (*)

* Licenciada en Psicología (UBA). Especialista en Psicología laboral. Doctoranda en Psicología (USAL). Consultora de Recursos Humanos. Docente y capacitadora de universidades nacionales y otros organismos públicos.

I. Acerca de la integración generacional

Ya es un hecho. La convivencia de al menos cuatro generaciones en las organizaciones laborales es una realidad.

Si bien siempre ocurrió, siempre constatamos la llegada de nuevas camadas de jóvenes al ámbito laboral, en la actualidad asistimos a una trama particular.

La aceleración de las últimas décadas, con los cambios vertiginosos sostenidos en las tecnologías de la información, ha marcado diferencias sustanciales entre las generaciones, nuevos paradigmas definen la relación de las personas con el trabajo.

La inmediatez y la universalidad de la información global, que permite conocer y participar de cuestiones que se inician y suceden en cualquier sitio del planeta, promueve la construcción de identidades que al mismo tiempo son productoras de otros comportamientos individuales y grupales.

Se enuncian definiciones, descripciones de estilo de comportamiento, imágenes identitarias que rápidamente promueven sentirse parte, perteneciente a un grupo representado con la marca generacional.

En el ambiente laboral aparece el encuentro/desencuentro intergeneracional y sus avatares.

Existen análisis comparativos, descripciones de las similitudes y diferencias, intentos de encuadrar la identidad propia de cada generación, ampliando la comprensión de lo que sucede y buscando alternativas de solución a los conflictos.

Algunas indagaciones buscan comprender de qué se trata esta irrupción de novedades que porta la nueva generación de jóvenes y además como es posible superar la dificultad de integración que aparece en ciertos ambientes laborales. Abramos un poco más el recorrido.

II. Un escenario complejo

En el mundo complejo y globalizado de la interconexión prevalece la velocidad de las comunicaciones, la disponibilidad de información y la rapidez del desarrollo tecnológico. A comparación de otras décadas, el cambio se torna vertiginoso, acelerando las diferencias entre las diversas generaciones, aun cuando la brecha etárea no sea tan extensa.

El escenario de las organizaciones laborales en la actualidad involucra la coexistencia- convivencia de al menos 4 generaciones que encarnan esta diversidad.

Si bien las historias de vida no dejan de ser singulares en sus motivos, decisiones y acciones, asistimos a fenómenos que pueden ser descriptos y analizados con cierta generalización basada en la reiteración de aspectos diferenciales.

Desde hace tiempo se describen *grupos generacionales*, que se agrupan por edades, pero estos grupos que se ordenan por características delimitan identidades clasificables. Sin embargo con la accesibilidad que provee la tecnología asistimos a la construcción de *identidades generacionales*, que forman visiones singulares acerca del modo de pensar la vida, el trabajo, la sociedad, las organizaciones y el proyecto personal, y que operan como productores de subjetividad.

Según la síntesis de Ignacio Alfonso Martínez-Jiménez se trata de cuatro generaciones que conviven hoy en las organizaciones:

1. Tradicional: Nacidos hasta el 45
2. Baby boomer. Nacidos entre el 45 y el 65
3. Generación X: Nacidos entre el 66 y el 80
4. Generación Y: Nacidos a partir del 81 hasta el 92

En el Instituto de Empresa en Madrid, España, el

estudio de Cristina Simón *Generación Y y mercado laboral: modelos de gestión de recursos humanos*, define grupos etéreos y valores propios de cada generación:

1. *Trabajadores tradicionales* (nacidos antes 1946) Lealtad, disciplina, respeto a la autoridad. Valoración de la austeridad. Por regla general, son pragmáticos y disciplinados.

2. *Baby Boomers* (40s 1946-1960) Esperan el éxito. Optimistas y motivados por cuenta propia. Definen la cultura corporativa.

3. *Generación X* (1961-1979) La mejor formación académica, iniciativa personal, una buena dosis de escepticismo hacia las grandes organizaciones. Un valor clave es el logro del equilibrio entre los objetivos de carrera y la calidad de vida.

4. *Generación Y* (a partir de 1980) han vivido toda su vida con la tecnología de la información y que tienen dificultades para la comprensión de un mundo sin ella. Combinan alto ideal de autonomía con ideales de comunidad interconectada.

Será necesario profundizar en las bases de la trama de las diferencias y similitudes, para aproximarnos a un conocimiento más acabado del problema y sus consecuencias en el desarrollo organizacional, ya que no basta aunar criterios de descripción de cada generación.

La clasificación permite caracterizarla pero cada generación posee sus particularidades que determinan comportamientos reactivos y proactivos frente al trabajo de integración que supone ingresar a una organización laboral.

A las reacciones naturales de defensa contra lo nuevo y desconocido, se suman los prejuicios y desentendimientos que potencian la dificultad de integración, tanto para los nuevos como para los antiguos.

En el presente de las organizaciones laborales, el

gerenciamiento está en manos de actores pertenecientes a generaciones anteriores, en especial "baby-boomer" y la ascendiente "generación X".

¿Cómo se construye la autoridad de quienes dirigen cuando encuentran que sus conocimientos y dominio de las Tics son rudimentarios y básicos en comparación con los de sus colaboradores?

¿Cómo se concilian en la necesaria convivencia de grupos, las diversas aspiraciones y expectativas acerca del trabajo y la vida?

Esta diversidad desafía las prácticas tradicionales de los directivos y en especial del área de RRHH.

La integración de los Jóvenes profesionales, pertenecientes a la "generación Y" plantea la necesidad de profundizar este fenómeno, incorporar innovaciones y promover cambios a lo que fue eficaz hasta hace poco tiempo.

Para superar las barreras que provocan los prejuicios y rechazos será necesario ampliar la comprensión de los aspectos diferenciales que resultan positivos y que aportan a la formación de equipos de trabajo.

III. Generación Y: Jóvenes profesionales construyendo su proyecto de vida.

Es denominada generación Milenium, NET o directamente Y, por ser correlativa y diferente a la anterior generación X. Estos Jóvenes profesionales Y traen consigo una visión distinta, sostenida en paradigmas que ordenan la realidad con formas nuevas, que generan contradicción con sus antecesores.

Construir un proyecto de vida, decidir una carrera laboral, formularse objetivos en base a anhelos y aspiraciones es sin duda una ecuación personal que combina el pasado, el presente y el futuro.

Todos nacemos y crecemos en un contexto socio-cultural que atraviesa la historia singular, como parte de la herencia que define parte de nuestra identidad. En ese devenir, que es la historia subjetiva, se hacen propios emblemas y signos preexistentes, así como también se eligen opciones contrarias y novedosas.

Representaciones individuales y sociales acerca del sentido del trabajo, la calidad de vida; la temporalidad diferida requerida para proyectar, las prioridades, el sentido del esfuerzo sostenido para lograr objetivos mediatos, etc. son algunas de las ideas- fuerza que materializan las diferencias generacionales.

La generación de jóvenes profesionales, identificada como Generación Y ya forma parte de las organizaciones y trae consigo nuevos paradigmas en la construcción de su Proyecto Profesional, con ideas, valores, visiones y concepciones acerca de cómo son las cosas y qué quieren hacer de sus vidas muy diferentes a las generaciones anteriores.

La *formula del tiempo*, la línea sobre la que se traza un proyecto presenta diferencias que no son fáciles de asimilar para las generaciones anteriores.

En un contexto de incertidumbre, donde se hace difícil el cálculo de probabilidades para diseñar planes, el tiempo presente adquiere una relevancia que resta linealidad a la concreción de un proyecto a largo plazo.

La historia colectiva, con sus discontinuidades, hace volátil la percepción de lo que antes pudo ofrecer seguridad.

Es factible para los jóvenes plantearse metas de corto plazo, que se persiguen en simultáneo. La idea de oportunidad, de momento presente, se acompaña de decisiones que abren otros senderos, como buscando no postergar ni dejar por fuera inquietudes que parecen divergentes.

Es posible dejar en suspenso estudios, empleos, actividades continuas para decidir realizar un viaje que responde a otras motivaciones.

El tiempo personal tiene su anclaje en el presente, como prioridad, con escasa disposición a dejar para mañana lo que puede concretarse hoy.

La linealidad con que sus padres concretaron su proyecto de vida representa una postergación y en ocasiones una frustración de cuestiones vitales que les parecen indeclinables.

La inmediatez de *la comunicación*, la posibilidad de informarse en tiempo real de lo que acontece en otras latitudes, genera conciencias colectivas que promueven participación. Suelen solidarizarse con causas basadas en ideales, en principios y defensa de derechos, especialmente compartidas por la red. Incorporan en sus acciones parámetros saludables que defienden la calidad de vida.

Se comunican con fluidez utilizando la tecnología como soporte. Inician y sostienen vínculos que empiezan y terminan mediante las redes, aunque no siempre se acompaña de una sociabilidad abierta y espontánea.

Se mueven con caudales de información disponible acerca de numerosos temas, lo que no implica que dispongan de más conocimientos.

Son proactivos en la resolución de problemas que implican explorar y buscar soluciones de tecnología. No le temen a la experimentación y usan con naturalidad aplicaciones y software. Aun así, no necesariamente les resulta fácil trabajar y estudiar en forma virtual.

El *balance entre el trabajo y la vida personal* se plantea como una integración no disyuntiva. El trabajo es parte de la vida personal, y como tal es vehículo para sentirse bien y desarrollar sus aspiraciones. No se conci-

be la disociación entre el trabajo y la vida que han sostenido generaciones anteriores.

La percepción del trabajo integrado con el bienestar, implica un clima laboral positivo, un ambiente basado en el buen trato y tareas entretenidas y variadas.

La tolerancia a la frustración suele ser escasa, con poca disposición a la demora en el tiempo, cuando se trata de esperar para conseguir lo que se quiere.

IV. Un desafío para la gestión de Recursos Humanos

Toda organización laboral moderna proyecta su efectividad para la consecución de sus metas, a través de la planificación y gestión eficaz de los RRHH. Se orienta a atraer, retener y desarrollar al personal, en vistas al crecimiento organizacional, y la concreción de los objetivos.

En ese enfoque, la Gestión del Desarrollo de Personas en las organizaciones, tiene como misión, entre otras tareas, la planificación e implementación de la selección y formación de los líderes futuros, que asuman el gerenciamiento de los procesos de trabajo, en el corto-mediano y largo plazo.

La implementación de estrategias y herramientas, en el marco de la Gestión Integral de las personas, comprende programas de Evaluación de Potencial, Planes de Carrera, Formación de cuadro de reemplazo, Planes de sucesión.

En las organizaciones laborales, el gerenciamiento está en manos de actores pertenecientes a generaciones anteriores, en especial "baby-boomer" y la ascendiente "generación X".

Se torna imperativa la gestión de la diversidad, por la necesaria convivencia de grupos que poseen aspiraciones y expectativas propias acerca del trabajo y la

vida, y que desafían las prácticas de los directivos y en especial del área de RRHH.

Se plantea el desafío de la planificación de la integración de Jóvenes profesionales considerando aspectos pasibles de cierta generalización y los efectos locales que resultan singulares.

El abordaje de la diversidad e integración generacional en las organizaciones laborales en el presente ha sido descrito por diversos autores en los últimos años, motivados por la urgencia de encontrar soluciones pragmáticas a esta problemática.

En esta línea encontramos escritos y notas de diversos niveles de divulgación que apuntan a la incorporación de la temática en la gestión del talento en las organizaciones. Definiciones y descripciones de las características propias de cada generación, se acompañan del énfasis en el cambio de paradigmas que trae consigo la nueva generación Y.

Con datos provistos por el Instituto Nacional de Estadística Y Geografía de México, existen análisis de las diferencias generacionales y las cualidades propias de la Generación Y en las organizaciones laborales. Consultoras internacionales como Deloitte y Manpower presentan trabajos destinados a aportar ideas a la gestión de RRHH en el presente.

Aportes como el de Martín Cuesta ofrecen un marco explicativo de la Generación Y en la Argentina y Latinoamérica, destinado no sólo la comprensión sino también la realización de un trabajo profundo y efectivo con dicho segmento en el mundo laboral.

El estudio del Instituto de Empresa Business School "Generación "Y" y mercado laboral: "Modelos de gestión de Recursos Humanos para los jóvenes profesionales" avanza sobre el diseño de herramientas y prácticas que faciliten la integración generacional.

Las descripciones necesarias por cierto, aportan un muestreo de indicadores de diferencia, con una incipiente profundización que permita la comprensión mas acabada del problema y dé paso a cambios e innovaciones radicales en el Management tradicional de las organizaciones.

V. Cómo Formar equipo

Los Jóvenes Profesionales plantean en forma directa sus necesidades y requerimientos, son renuentes a aceptar condiciones que no les convencen.

Son optimistas en la búsqueda activa de acuerdos para trabajar; consideran que el respeto y la cooperación son más importantes que las estructuras jerárquicas.

En general esperan el respaldo de su superior, asignan importancia al aprendizaje que puede ofrecerles esa relación. Suelen exigir mas interacción, a veces, más de la que están habituados sus jefes.

Empujan a los otros miembros de su equipo a revisar su modalidad de trabajo.

Son inquisidores cuando sienten amenazados sus valores y principios. Rehúsan adaptarse porque sí a lo dado.

Asumen con interés y dedicación tareas de agente de cambio, que impliquen mejoras y actualizaciones, o creación de nuevos procesos de trabajo.

Esperan recompensas, reconocimiento por lo que hacen, no les gusta pasar desapercibidos.

Su integración dependerá de la motivación que encuentren tanto en las condiciones de contratación, como en la flexibilidad y libertad de acción con que se coordinen las acciones.

Se entusiasman con la libertad para decidir en forma conjunta y la oportunidad de aprender de los intercambios.

Se orientan a resultados y disfrutan de asumir variedad de tareas en simultáneo que desafíen sus capacidades.

Cuando sienten que su desempeño está por debajo de lo que consideran su nivel de capacidad, tienden a desmotivarse y buscar otra alternativa de empleo.

Insisten en valorar y promover el ambiente positivo, aportando calidad en los intercambios basados en el respeto y el apoyo mutuo.

No dudan en promover cambios cuando se sienten insatisfechos, por lo cual imprimen un dinamismo a su desempeño que no se sostiene en un ambiente demasiado estructurado.

Con las motivaciones adecuadas son capaces de invertir energía y esfuerzo en su contribución al equipo, pero necesitan actualizar tiempo a tiempo los motivos para la continuidad.

Pueden ser un factor estimulante en el grupo, por su disposición a la interacción con los otros y el incentivo que representa el alcanzar los resultados.

Para los jefes son un desafío constante.

La constancia y el compromiso de que son capaces no es fácil de sostener en el tiempo.

Las organizaciones y el área de RRHH enfrentan en el presente una doble tarea:

- Cómo atraer y estimular la incorporación de los Jóvenes Profesionales
- cómo gestionar los grupos de trabajo para que deseen permanecer en la organización.

Por lo tanto revisar las prácticas tradicionales y desarrollar la comprensión de quienes son y que buscan estos nuevos profesionales, no alcanza.

Solo mediante la gestión de la diversidad genera-

cional como práctica managerial será posible incorporar el aporte innovador y constructivo que trae consigo *la generación Y*, de modo tal que sea posible construir la trama necesaria que hace posible los verdaderos aprendizajes organizacionales

VI. Bibliografía

- Alles, M. (2010) *Conciliar la vida profesional y personal*. Ediciones Granica. Argentina
- Aulagnier, P. (1991) *La violencia de la interpretación*. Amorrortu Editores, Tercera edición en castellano. Argentina
- (1994) *Un intérprete en busca de sentido*. Siglo XXI Editores, Méjico.
- (1992) *El aprendiz de historiador y el maestro brujo*. Amorrortu Editores, 1° reimpresión en castellano. Argentina.
- Baumann, Z. (2003) *Modernidad Líquida*, Fondo de Cultura Económica. Argentina.
- (2005) *Amor Líquido*. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos. Fondo de Cultura Económica. Argentina.
- Bleichmar S. (2011) *La construcción del sujeto ético*. Paidós. Argentina.
- (2006) *No me hubiera gustado morir en los 90*. Taurus. Argentina.
- Castoriadis, C. (1990) *El mundo fragmentado*. Argentina. Ed. Altamira.
- (2013) *La institución imaginaria de la sociedad*. Tusquets Editores.
- (1998) *El avance de la insignificancia*. Encrucijadas del Laberinto IV - Ediciones Cátedra.
- Etkin, J. (2013) *Gestión de la complejidad en las organizaciones*. Ediciones Granica Argentina.
- Fernández, A. M. (2013) *Jóvenes de vidas grises. Psicoanálisis y Biopolíticas*. Ed. Nueva Visión. Argentina.
- (1999) *Instituciones estalladas*. Ed. EUDEBA, Argentina.
- Foucault M. (2002) *Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión*. Siglo XXI. Editores. Argentina
- Franco Y. (2011) *MAGMA Cornelius Castoriadis: Psicoanálisis, política y filosofía*. Ed. Biblos. Argentina
- (2011) *Más allá del malestar en la cultura. Psicoanálisis, subjetividad y sociedad*. Ed. Biblos. Argentina.
- Franco Y. y otros (2002) *Insignificancia y autonomía. Debates a partir de Cornelius Castoriadis*. Ed. Biblos. Argentina
- Franichevich A. y otros, *Generación Y. Sangre nueva en la empresa, Área del Comportamiento Humano* en la Organización IAE Desde el campus
- Gomel, S. (1997) *Transmisión generacional, familia y subjetividad*. Lugar editorial, Argentina.
- Grassi, E. y otros (2009) *El mundo del trabajo y los caminos de la vida*. Espacio Editorial Argentina
- Hatum, A. (2013) *Yrrupción. Los cambios generacionales y el futuro de la organización*. Grupo Editorial Temas, Argentina.
- Hay Group. *Potencial ¿Para qué? Lo que todo CEO debería saber. Nuevos enfoques para seleccionar a líderes adecuados y asegurar su futuro competitivo*. <http://www.haygroup.com/>
- Hornstein L. (2013) *Las encrucijadas actuales del psicoanálisis, Subjetividad y vida cotidiana*. Fondo de cultura económica. Argentina.
- Kristeva J. (1993) *Las nuevas enfermedades del alma*. Cátedra ed. España.
- Lerner, H. (comp.) (2013) *Los sufrimientos*. Argentina. Psicolibro ediciones.

Lipovetsky, G (2011) *La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*, Anagrama

Mascó, A. (2012) *Entre generaciones. No te quedes afuera del futuro*. Grupo Editorial Temas. Argentina.

Maison P. (2013) *El trabajo en la posmodernidad*. Ed. Granica. Argentina.

Maslow A. (2005) *El Management según Maslow*. Paidós. España.

Mattelart A.(2002) *Historia de la sociedad de la información*. Paidós. Argentina.

Ojeda, H. (2013) *Vigilar y Diferenciar*. Ed. Letra Viva. Argentina.

Rifkin, J. (1996) *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*. Argentina. Paidós.

Sennett, R. (2000) *La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*. Anagrama. España.

(2009) *El artesano*. Anagrama. España.

Schein, E. (2010) *Cultura organizacional y liderazgo*. Plaza & Janes. España.

(1988) *Process Consultation: Its role in organizational development*. Prentice Hall.

Simon, C. y otros. (2007) *Generación "Y" y mercado laboral: Modelos de Gestión de Recursos Humanos para los jóvenes profesionales*, Patrocinado por: Instituto de Empresa Business school/ ADECCO

Paradoja de las ideas modernas: burocracia y deshumanización

Bárbara Filgueira (*)

* Fiscal Subrogante (2013/2014) del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Doctoranda en Derecho de la Universidad de la Austral. Profesora Adjunta de la UBA en la materia "Derechos Humanos y Garantías". Autora de publicaciones. Ganadora del Premio "Formación Judicial" del Consejo de la Magistratura en el año 2005.

I. Introducción

En primer lugar, quería expresar mi agradecimiento a las autoridades del Centro de Formación Judicial del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por brindarme la posibilidad de participar en la publicación destinada a celebrar el decimoquinto aniversario de esta institución cuya loable labor coadyuva de manera directa e indirecta en la necesaria capacitación constante y permanente de todos los integrantes del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Como férrea participante de las actividades desarrolladas por el Centro, constantemente, aprovecho esta oportunidad para destacar la ardua tarea académica llevada a cabo a lo largo de todos estos años, la que sin duda alguna, logró acompañar de manera por demás exitosa los diversos cambios normativos que se fueron suscitando desde los orígenes del fuero hasta la actualidad.

En ese marco, y como homenaje al trabajo desarrollado por esta institución durante todo este tiempo, he querido compartir un trabajo cuya inspiración surgió a raíz de una actividad organizada por el Centro de Formación Judicial en el año 2007.

La jornada a la que me refiero fue denominada "Discriminación y Holocausto" y fue llevada a cabo, justamente, en el Museo del Holocausto-Shoa de esta Ciudad. Concretamente dicha actividad tuvo lugar el día 22 de mayo de 2007, y en dicha conferencia, escuché una afirmación que si bien me resultó sorprendente en un primer momento, fue tan reveladora y esclarecedora, que hoy, habiendo transcurrido casi siete años de dicha exposición, he tenido la necesidad de explayarme sobre esa idea que tanto me conmovió y que tan ligada al concepto –dinámico- de Sociedad y Estado se encuentra.

II. Modernidad y burocracia

Básicamente, la premisa antes mencionada, y que diera origen al presente trabajo, radicó en la idea de que así como los avances de la modernidad nos había permitido, como sociedad, alcanzar los más inesperados adelantos científicos –inimaginables con anterioridad-, esas mismas circunstancias habían creado, paradójicamente, el ámbito y las condiciones necesarias para que el holocausto se hubiera desarrollado del modo y en el momento histórico en el que sucedió.

En este sentido, el judeicidio no debía ser entendido como una *desviación* en la senda del progreso de la civilización cometido por actos de barbarie, sino como el *producto* mismo de aquella, bajo el prisma de la modernidad.

Así como la ilustración aportó técnicas, racionalidad, método, mentalidad científica e ideología que permitieron un desarrollo único de la sociedad a lo largo de los siglos XVIII y XX, también, dichos elementos, hicieron posible que toda la maquinaria de exterminio nazi existiera y funcionara a la perfección

Desde el sistema de producción industrial –de cadáveres- instaurado en Auschwitz basado en los principios de eficiencia y economía, pasando por la red de ferrocarriles perfectamente sincronizada, continuando por los crematorios que impedían la expansión de enfermedades y epidemias y finalizando por la administración burocrática que el mismo sistema precisaba, todas y cada una de estas piezas contribuyeron a armar el rompecabezas que permitió que dicho fenómeno sucediera.

El 20 de enero de 1942 se adoptó en la Conferencia de Wannsee una medida que implicaría la solución final de la cuestión judía –y el comienzo de un nuevo capítulo en la historia de la humanidad-: la aniquilación sistemática de todos los judíos que se encontraban en

Europa para lograr el objetivo nazi de que los territorios del Reich fueran *Judenfrei*¹.

En relación a ello es dable destacar que la “solución final” –modo en que oficialmente se denominó al exterminio sistemático de judíos- fue adoptada en dicha conferencia por un grupo de personas “ilustradas” que conformaban las altas esferas del régimen nazi y que podrían haber aprobado cualquier examen psiquiátrico al que se sometieran obteniendo, quizá, resultados óptimos, y que dichas medidas respondieron a principios de racionalidad, planificación y cientificismo y las instituciones que hicieron posible que el Holocausto tuviera lugar.

La Conferencia de Wannsee fue un peldaño clave en el camino hacia el terrible desenlace genocida que todos conocemos. Aquellos que intervinieron en la misma, al igual que la mayoría de los funcionarios del sistema a lo largo de los doce años de dominación, no fueron motivados por un sentimiento de furia ni por un deseo exacerbado de matar.

Si el trato de los nazis a los judíos se hubiera basado en fusilamientos másivos –tal como los efectuados por los *Einsatzgruppen*² en el frente ruso- o en episodios similares al ocurrido la noche del 9 de noviembre de 1938 denominada luego como “la noche de los cristales rotos” –*Kristallnacht*³- no nos encontraríamos frente a un nuevo fenómeno moderno, sino a un acto de violencia repetido

constantemente en la trayectoria de la humanidad⁴.

Por ello, este capítulo de la historia vino a demostrar que el Holocausto, a partir de sus elementos modernos conformativos, resultó ser un fenómeno sin antecedentes hasta ese entonces y que, con la racionalización de sus métodos, podría permitir que cualquier persona llevase a cabo tareas que permitiesen la aniquilación de otros seres humanos, incluso aquellas que en otras circunstancias no podrían siquiera haberlo pensado. La burocracia alemana, mediante la deshumanización y el distanciamiento de los operadores con el resultado final, logró crear una red de personas que si bien consistieron en engranajes indispensables para el que el exterminio se llevara a cabo de manera eficiente, ninguno de ellos se sintió responsable de dicho acto.

En ese aspecto, tanto la burocracia alemana, como la teoría jurídica, permitieron justificar desde el plano teórico y permitieron, desde lo práctico, desarrollar un sistema racional de aniquilación humana, la que fue llevada a cabo por personas consideradas normales e ignorada por la mayoría de la sociedad.

En ese sentido, el presente trabajo, tiene la tarea de enunciar aquellos elementos que constituyeron los pilares esenciales del nazismo, describiendo preponderantemente el papel que desempeñó la utilización de la burocracia gubernamental y el Derecho en general –de la mano de un positivismo extremo- a la hora de justificar la maniobra de exterminio judío.

1 Libre de judíos

2 Los Einsatzgruppen conformaban unidades móviles de exterminio cuyo objetivo fue la aniquilación de los judíos, los gitanos y los comisarios políticos. Según sus propios expedientes, mataron alrededor de un millón de personas, casi exclusivamente civiles, sin supervisión judicial ni respaldo alguno de la legalidad. En virtud de un acuerdo entre Heydrich y el Estado Mayor Conjunto Wagner se podrían desplazar libremente por todo el frente ruso.

3 La noche del 9 de noviembre de 1938 en Alemania un grupo de personas motivada por las autoridades del Régimen atacó, saqueó e incendió tiendas, sinagogas y domicilios judíos. Aproximadamente cien personas perdieron la vida en este triste episodio.

4 Es dable destacar que los batallones de la muerte para el año 1943 si bien habían aniquilado a más de un millón de judíos dichos métodos de matanza fueron reemplazados por otros más racionales toda vez que resultaron ineficientes y onerosos psicológicamente para los asesinos. En palabras de Bauman “una muchedumbre a punto de cometer un linchamiento no es fiable, puede conmovirse” (Bauman, 1997)

III. Burocracia y deshumanización

Tal como lo anunciara más arriba, la mayor parte de las personas que formaron parte del proceso de aniquilación de judíos a lo largo del período de dominación Nazi, fueron personas normales. Cabe aclarar que el término “normales” fue utilizado en reiteradas oportunidades por autores tales como Hannah Arendt (ARENDR, 2005:46) o Zigmunt Bauman (BAUMAN, 2006:41) entre otros. Ello implica que fueron personas que en su gran mayoría no fueron impulsadas por el odio desmedido o patológico hacia los judíos –paradójicamente algunos de ellos habían tenían amigos, amantes, familiares políticos, relaciones comerciales, vecinos-, no eran perversos ni sádicos. Muchos de ellos podrían haber sido considerados ciudadanos ejemplares, buenos padres de familia, e incluso, un modelo para la sociedad en tanto a su buena conducta y modales. Otros, podrían haber pasado desapercibidos ante el ojo crítico de la comunidad por su pobre labor académica, laboral y social, siendo en muchos de los casos considerados mediocres.

La pregunta que surge necesariamente es: ¿cómo pudieron estas personas que no tenían una naturaleza asesina ni macabra formar parte de una maquinaria cuyo fin último consistió en eliminar a sus semejantes?

Aquí es donde la burocracia juega un papel fundamental en el desarrollo del proceso a la hora de inhibir la moralidad de los operadores frente a las atrocidades violentas que debieron suscitarse. El alejamiento y la deshumanización del producto final fueron las claves para permitir que la organización estatal funcionara a la perfección. Recordemos que así como los funcionarios nazis resultaron personas normales, también lo fueron las estructuras burocráticas de las que formaron parte. La organización administrativa gubernamental alemana no fue en nada patológica y se basó en sectores estables y oficiales organizados mediante leyes y ordenamientos

administrativos. Es más, las diferentes áreas que conformaron la agencia gubernamental compitieron en miras al resultado entre ellas.

En la mayoría de los casos, el celo de los burócratas de la “solución final” no se basaba en su antisemitismo, ya que si bien no eran ajenos a él, el móvil principal de su acción se refería más que a su odio racial, a un hábito profesional, sumado a una indiferencia generalizada acerca de la situación del judío.

En el marco de lo expuesto, y sólo a los fines prácticos del presente trabajo, debemos entender por burocracia a la organización piramidal regulada por normas que establecen un orden racional para distribuir tareas y gestionar los asuntos que le son propios. Y eso, justamente es lo que efectuó la alta cúpula del gobierno alemán. Organizó de manera piramidal su estructura, redactó decretos, sancionó leyes y distribuyó tareas de manera racional, teniendo en miras la optimización de los recursos para obtener un resultado satisfactorio.

La burocracia se caracteriza por que la organización se encuentra por encima del hombre, es sabia y ancestral, establece la exigencia de obedecer órdenes provenientes del superior sin cuestionamientos eliminando las opiniones y preferencias personales de los operadores, divide el trabajo, cada eslabón cumple tareas aisladas formando parte de la cadena de mando, crea rutinas que rara vez son cuestionadas, hay reticencia al cambio, deshumaniza, racionaliza los recursos, el funcionario se encuentra sometido a estrictas tareas de disciplina y exento de todo juicio moral, tendiente a la especialización, se funda en argumentos escritos.

Es decir, que a partir de la utilización de los procedimientos que propone la organización burocrática ordinaria, el funcionario alemán se alejó totalmente del producto final que debía obtener y se olvidó que con sus decisiones impartieron órdenes que implicaron la

aniquilación de cientos de miles de personas. En ese contexto, dio lo mismo que el producto final fueran personas, kilos de papas o procedimientos científicos, el funcionario empleó de toda su destreza para racionalizar los recursos y optimizar los resultados.

Ahora bien, volviendo a la pregunta primigenia acerca de cómo ciudadanos que no eran unos degenerados morales pudieron convertirse en asesinos o colaboradores conscientes del proceso, debe destacarse que debieron suceder, al menos, dos cuestiones. En primer lugar se debió neutralizar el sentimiento de piedad propio de todo ser humano y en segunda instancia, se tornó inevitable elaborar mecanismos sociales que permitieran anular la posibilidad de que aquellas personas se enfrentaran con algún tipo de conflicto moral acerca de sus acciones.

¿Cómo logran eliminarse de manera tan radical el sentimiento de piedad y el cuestionamiento moral de las acciones, cuando ambas se encuentran tan ancladas en la esencia misma del ser humano?

En ese sentido, puede decirse que en para que la lógica nazi lograra su cometido, debieron configurarse tres condiciones: 1) la autorización de la violencia, 2) la automatización de los procesos 3) la deshumanización de las víctimas. Cumplidos estos tres requisitos, el gobierno alemán logró llevar adelante un proceso de “muerte anónima en masa”. El anonimato de las víctimas, resultó ser fundamental, ya que el enemigo se deshumanizó y se volvió invisible. De ese modo, tanto la piedad como el conflicto moral, no resultaron un obstáculo para el desarrollo de su objetivo.

Así, la solución final se tornó en una forma de exterminación industrializada que superó ampliamente los límites técnicos y morales alcanzados hasta ese momento. Auschwitz –como paradigma de campo de exterminio- se convirtió en una empresa gigantesca

productiva cuyo éxito se medía por el alcance de la masacre. Bajo estas condiciones y bajo la noción weberiana de la organización burocrática, el honor del funcionario residió en su capacidad para ejecutar las órdenes de las autoridades superiores aun cuando las mismas no coincidieran con sus propias convicciones. Para ello se le exigió al funcionario una elevada disciplina moral y la negación de uno mismo. La extrema disciplina con las autoridades desplazó la responsabilidad moral del agente y lo convirtió en un engranaje que lejos de formular cuestionamientos, cumplió a raja tabla lo ordenado por el propio sistema. Con el alejamiento se logró eliminar la posibilidad de que el instinto de piedad humana surgiera de aquellos que formaban parte del sistema. Un hombre que se conmoviera por la situación de su víctima no solo representaba un peligro latente para el propósito final, sino que resultaba absolutamente antieconómico para el mismo.

Por otra parte, y continuando con el proceso de deshumanización, debemos decir que el hecho de que los actos de gobierno se encontrarán autorizados mediante leyes, normas y decretos que emanaban de la autoridad superior, coadyuvaba aún más con el alejamiento del conflicto moral del agente respecto de sus acciones.

Lo que estaba autorizado, no podía estar mal.

En ese sentido, el “Derecho” y su interpretación se transformó en un pilar fundamental a la hora de justificar tanto la existencia misma de la administración Nazi como los actos llevados a cabo durante este periodo. Partiendo de la noción kelseniana del derecho, las palabras de Fuhrer, sus simples manifestaciones orales, eran consideradas la ley suprema. Partiendo de dicha premisa, toda normativa que lo contradijera era considerada ilegal.

Las leyes fueron la razón misma del sistema y los ciudadanos que las cumplieron –aun cuando su contenido resultara violatorio en esencia de cualquier derecho

humano- resultaron ser miembros ejemplares de la sociedad. La norma fundamental fue, entonces, el Führer, y para abajo, en tanto y en cuanto las normas fueran creadas conforme a los mecanismos aceptados por el ordenamiento y no se contrapusieran con lo dispuesto por la norma fundamental, eran válidas. De esa manera lograron legitimar todo el sistema de confinamiento judío. Debemos recordar que el agravio hacia los judíos comenzó de manera paulatina mediante normas de menor intromisión, tales como la obligación de llevar insignias identificatorias, hasta el conocido desenlace de la solución final consistente en el exterminio de la raza.

Por ello, el Holocausto presentó una particularidad que refuerza la idea de que las leyes lograron legitimar el proceso, las propias víctimas dieron cumplimiento con muchos de los preceptos que surgieron de las propias leyes nazis. La ley legitimó el sistema, y los propios alemanes evitaron cuestionar el contenido moral de aquellas medidas que emanaron del órgano legislativo estatal.

En palabra de Hannah Arendt al describir el conocido juicio del Eichmann en Jerusalén "tal como dijo una y otra vez a la policía y al tribunal, él cumplía con su deber, no solo obedecía órdenes, sino que también obedecía la ley" (ARENDR, 2006:198). Ordenes, ley, deber... Palabras que en su conjunto permitieron su alejamiento con cualquier tipo de conflicto moral. No debemos olvidar, que Eichmann como cientos de funcionarios que participaron en el genocidio no dispararon rifles ni vertieron gas en las cámaras, casi todos los burócratas cumplieron funciones propias de cualquier administración piramidal, esto es, hablaron por teléfono, redactaron leyes, resoluciones y decretos, tuvieron reuniones, cuantificaron resultados y propusieron métodos para optimizar los recursos. Todo ello lo hicieron desde sus escritorios ubicados a kilómetros de distancia de los campos de concentración y exterminio. Ello implicó la imposibilidad

de identificar las relaciones causales entre sus acciones y el asesinato en masa de miles de personas.

En este sentido, el aumento de la distancia física y psíquica entre el acto y sus efectos, invalidaba el significado moral del acto en su totalidad. Como casi todas las acciones socialmente significativas se transmitían por una larga cadena de dependencias causales, los dilemas morales tendieron a desaparecer. Los propios funcionarios, en cumplimiento de la ley, dejaron de ser dueños de sus propios actos ya que, frente a tal maquinaria impuesta "no podían cambiar nada" (ARENDR, 2006:198).

En resumidas cuentas, es dable destacarse que el Holocausto se valió de elementos que fueron característicos de la modernidad. Presentó factores únicos que lo diferenciaron, como expusimos mas arriba, del resto de las masacres que se habían suscitado hasta el momento. De la misma manera que todas las cosas hechas a lo moderno, el fenómeno del Holocausto, por su racionalidad, planificación, cientificismo, coordinación y eficiencia en la administración, también superó a todos sus posibles pre modernos, evidenciándolos como primitivos, antieconómicos y poco efectivos.

En ese contexto, la deshumanización, permitida por la organización burocrática, fue un pilar esencial al momento de desarrollarse la maquinaria nazi. La ira y la furia, como herramientas para el exterminio, hubieran resultado absolutamente ineficaces para llevar a cabo la labor de exterminar a sus semejantes, debiendo concluir necesariamente, que de no haberse perfeccionado de la manera que lo hizo, el resultado de los exterminios no habría alcanzado la magnitud que se conoce actualmente.

IV. A modo de conclusión

Lejos de cualquier objetivo de tinte científico, y como homenaje al Centro de Formación Judicial, el presente trabajo ha tenido la intención de abordar una idea que ha surgido de una actividad organizada por el mismo conjuntamente con la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad y el Museo del Holocausto-Shoa, Fundación Memoria del Holocausto, cuyo objetivo radicó en describir aquellos elementos que habían caracterizado al Holocausto.

No caben dudas que la discriminación, como conducta antisocial, debe ser erradicada de nuestra sociedad. Pero, resulta menos evidente, la necesidad que tienen los entes del estado de revisar de manera periódica sus organizaciones a fin de evitar que a partir de ellas se puedan generar situaciones que alejen a los funcionarios del producto final y que ello albergue cualquier tipo de injusticia para aquellos que son destinatarios de sus actos.

En el marco de lo expuesto, entiendo resulta esencial, que como operadores del sistema judicial -de innegable origen burocrático-, logremos comprender la importancia de no llegar a deshumanizar los conflictos

sociales que por jurisdicción arriban a nuestras manos.

Bajo la numeración de un legajo, hay un conflicto determinado, un damnificado directo, una persona que sufre, otro que no puede dormir, y algún acusado cuya vida se alteró al momento de formarse la causa. Los funcionarios públicos de la Ciudad de Buenos Aires- al igual que el resto de los operadores de otras agencias- tienen la responsabilidad de no alejarse, ni física ni psíquicamente de los efectos que producen sus actos, ya que aun cuando los mismos se encuentren avalados por la normativa legal vigente, deben poder analizar la validez del significado del mismo teniendo en cuenta las consecuencias sociales del acto bajo el parámetro de la razonabilidad.

V. Bibliografía

Arendt, Hannah (2005) *"Eichmann en Jerusalem"*, Ed. Lumen S.A., Barcelona.

Bauman, Zygmunt (2006) *"Modernidad y Holocausto"*, Ed. Sequitur, Madrid

Traverso, Enzo (2002) *"La violencia nazi. Una genealogía europea"*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.

El Derecho Ambiental eficaz y sus principios fundamentales

Jorge Atilio Franza (*)

* Miembro del Consejo Académico del Centro de Formación Judicial del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Camarista, integrante de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesor Titular de Derecho de los Recursos Naturales y Protección del Medio Ambiente (UBA).

I. Introducción

La sostenibilidad ambiental solamente podrá alcanzarse en el contexto de acuerdos nacionales de gobernanza justos, efectivos y transparentes, y del estado de derecho, basados en, los **principios del adelanto de la justicia, la gobernanza y el derecho para la sostenibilidad ambiental.**

En el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, más conocida como Río+20¹, se celebró el Congreso Mundial de Justicia, Gobernanza y Derecho Ambiental, contando con la presencia de los Presidentes de los Tribunales Supremos de Justicia, Procuradores Generales y Auditores Generales de los países miembros. Argentina estuvo representada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti.²

Este congreso, que tuvo como valioso antecedente los aportes de la “Declaración de Kuala Lumpur” representó una oportunidad histórica para que las máximas autoridades de los poderes judiciales del mundo se expresasen sobre el avance de la justicia, la gobernanza y el derecho hacia la sustentabilidad ambiental.

Como mensaje para los Jefes de Estado se expresó que la independencia de la magistratura y el proceso judicial adecuado son vitales para la implementación, desarrollo y ejecución del derecho ambiental, y que tanto los miembros del Poder Judicial como aquellos que contribuyen al proceso son partícipes cruciales en la aplicación y cumplimiento de las leyes ambientales internacionales y nacionales. El acceso a la justicia ambiental debe ser considerado como el mecanismo para garantizar el ejercicio del derecho a un medio am-

biente sano; como garantía de los derechos de acceso reconocidos en el texto y como garantía general para la aplicación de las leyes ambientales nacionales.

II. Río 2012 y Acceso a la Información, Participación Pública y Acceso a la Justicia

La Cumbre de Río 2012 ofrece una oportunidad a las naciones para avanzar en la plena aplicación de los derechos de acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia adoptados en el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992. Las naciones deberán aprovechar la oportunidad de hacerlo a través medidas de aplicación nacional y el desarrollo de nuevos instrumentos internacionales para dar fuerza legal al Principio 10.

En la Declaración de Río de 1992 sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la comunidad internacional reconoció que el desarrollo sostenible depende de la buena gobernanza.³

El Principio 10 de la Declaración establece como elementos necesarios para la gestión ambiental, los derechos de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia.

Los tres “derechos de acceso” facilitan el desarrollo transparente, incluyente y la toma de decisiones responsable en asuntos que afectan al medio ambiente y el desarrollo. El acceso a la información motiva y capacita a las personas a participar de manera informada y significativa. La participación en la toma de decisiones aumenta la capacidad de los gobiernos para responder a las preocupaciones y demandas públicas, lograr consenso, mejorar la aceptación y el cumplimiento de las decisiones ambientales. El acceso a la justicia aumenta la capacidad del público para hacer cumplir el derecho

1 <http://rio20.net/>

2 <http://www.cij.gov.ar/nota-9373-Lorenzetti-presidi--reuni-n-mundial-de-jueces-para-la-sustentabilidad-ambiental.html>

3 <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

a participar, a estar informado y para hacer cumplir las regulaciones así como resarcir los daños ambientales. A su vez, el acceso depende de los gobiernos y la sociedad civil que tienen la capacidad de poner en práctica estos derechos.

La toma de decisiones gubernamentales que no reflejan estos principios básicos tienden a producir resultados que son más propensos a afectar negativamente al ambiente, al desarrollo sostenible y ser socialmente injustos.

III. Avances hasta la fecha en la implementación del Principio 10 y los desafíos que faltan cumplir

3.1. La Declaración de Río de 1992 fue firmada por 178 Estados. El Principio 10 establece:

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de toda la ciudadanía interesada, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida información sobre los materiales y actividades peligrosas en sus comunidades, y la oportunidad de participar en la toma de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a la disposición de todo el público. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

La Declaración de Río fue el punto de partida para el desarrollo del primer tratado internacional jurídicamente vinculante sobre los derechos de acceso - la Convención de 1998 sobre Acceso a la Información, Participación Pública en la Toma de Decisiones y Acceso a la justicia en asuntos ambientales, comúnmente conocido

como Convenio de Aarhus.⁴ En los artículos 4 y 5 de la Convención de Aarhus, los Estados Partes se comprometen en virtud de una serie de obligaciones importantes, incluyendo la recolección de información en poder de entidades privadas, que requieren los organismos públicos para hacer que la información se encuentre efectivamente disponible al público y responder a las solicitudes y dar fuertes derechos de apelación. La Convención ha sido ratificada por 44 países de Europa occidental al centro de Asia¹⁰. En 2003, un instrumento de seguimiento de la Convención de Aarhus se firmó - el Protocolo de Kiev sobre Registros de Emisiones y Transferencia - la cual ha sido ratificada por 26 países.

3.1.1. Acceso a la Información

El Desarrollo Sostenible se basa en información precisa sobre una amplia gama de asuntos ambientales, incluyendo aquellos relacionados con la economía verde y el cambio climático. La divulgación de información es por lo tanto, claramente de interés público y sirve para mejorar la eficacia de los programas de desarrollo sostenible.

A partir de Río 1992, ha habido un aumento importante en el reconocimiento del derecho a acceder a la información de las naciones. Más de 90 países han adoptado leyes marco para el acceso a la información. Más de 100 países tienen el derecho a la información consagrado en sus constituciones. Muchos otros han adoptado los estatutos específicos del medio ambiente sobre acceso a la información o las disposiciones de las leyes generales de protección del medio ambiente. Sin embargo, muchos ciudadanos en la mayoría de Oriente Medio, África, el Pacífico y el Caribe no tienen este derecho.

Además, la práctica en casi todos los países se queda detrás de las leyes. Las causas de esta diferencia

⁴ http://www.wipo.int/wipolex/es/other_treaties/details.jsp?group_id=22&treaty_id=261

varían, entre ellas se encuentra la falta de normas detalladas de las políticas administrativas y operativas, la incapacidad para usar la ley o de sus funcionarios oficiales para aplicar las leyes.

Fuera de estos éxitos, hay muchas lagunas restantes para el acceso a la información. Estas incluyen:

- En todo el mundo, existen algunas leyes que obligan al gobierno a liberar de forma proactiva la información ambiental, incluyendo información básica sobre la calidad del aire y la calidad del agua potable. Acceso significativo a la información ambiental requiere que los gobiernos de forma proactiva reúnan, analicen y difundan información.

- En muchos países existe un mal desempeño en la difusión de información ambiental durante y después de emergencias. La mayoría de los países no divulgan la información pertinente en materia de emergencias ambientales. Los mandatos para producir y difundir información, son generalmente débiles.

- La mayoría de los países producen informes del estado del medio ambiente de buena calidad en general, pero la publicidad es particularmente débil y pocos países hacen intentos para dar a conocer los resultados a través de los medios de comunicación o en un formato utilizable.

3.1.2. Participación Pública

También ha habido un importante despegue de las leyes que requieren Estudios de Impacto Ambiental (EIA). Más de 120 países han adoptado disposiciones legales sobre EIA. Sin embargo, en la práctica, hay muchas lagunas restantes. Estas incluyen:

La participación pública no se ha integrado a nivel de proyecto a través de procedimientos de EIA en muchos países. En muchas ocasiones, incluso cuando no

están abiertos los procesos de participación, existen obstáculos para una participación significativa, incluyendo la falta de tiempo o de los documentos disponibles del proyecto. La consulta se sostiene a menudo demasiado tarde en el ciclo de desarrollo del proyecto para hacer una diferencia significativa en la selección de los resultados.

- La implementación de los procesos de EIA también ha sido criticada por ser débil. A menudo la secuencia de procesos de las EIA excluyen la participación en la definición del alcance y ejercicio de análisis y la determinación de las condiciones. En algunos países, las copias de EIA sólo se proporcionan a los ciudadanos a un costo sustancial, con las restricciones al acceso de manifiesto en otros países por las reclamaciones de confidencialidad comercial.

- Conflictos de intereses en el proceso de audiencia pública, la naturaleza técnica de la EIA y los reclamos de falta de independencia de los sistemas para desarrollar y revisar los EIA son también evidentes.

A un alto nivel, las Evaluaciones Ambientales Estratégicas (EAE) son un mecanismo para incorporar las consideraciones ambientales en las políticas, planes y evaluaciones ambientales estratégicas..

Éstas, se han incorporado en la legislación nacional en América Latina y el Sudeste Asiático.

También existe una Dirección de Unión Europea, que exige que a todos los Estados miembros de la Unión incorporar la EAE en la legislación nacional. Sin embargo, hasta la fecha, la participación pública en los procesos de EAE es aún rudimentaria y necesita ser mejorada. Por otro lado, uno de los puntos fuertes es la disponibilidad general de los documentos relativos a las políticas propuestas.

3.1.3. Acceso a la Justicia

El pilar de acceso a la justicia es a menudo reconocido como uno de los más difíciles de lograr mejoras.

Muchos países han creado o mejorado tribunales y cortes ambientales. Más recientemente la India estableció un Tribunal Verde y Malawi creó un Tribunal Ambiental. La razón principal de estas intervenciones ha sido la creencia de que estas instituciones mejorarán el acceso a la justicia y proporcionarán los medios más eficaces para resolver los conflictos y problemas ambientales.

Hay muchas lagunas restantes. Cuestiones de oportunidad (tiempo necesario para obtener una reparación), la intimidación y los costos (litigio, el que pierde paga los principios, el pago a la corte y los costos para contratar abogados), se pueden destacar como en la urgente necesidad de mejorar en todo el mundo, incluso en países que son parte del Convenio de Aarhus. El riesgo de buscar desagravio por mandato judicial también es significativo. Hay mejoras en muchos países, sin embargo, todavía existen preocupaciones acerca de la posición en los procesos legislativos sectoriales (por ejemplo, planificación y silvicultura). Aún así, los casos de interés público son casi exclusivamente con el apoyo de los donantes y fundaciones.

3.2. De los principios a los derechos exigibles: cómo Rio 2012 podría fortalecer la implementación del Principio de Rio +10⁵

Estamos particularmente esperanzados de que este enfoque tenga éxito en América Latina y el Caribe, donde hay una convergencia normativa en todo el Principio 10. Algunos avances incluyen:

- La Declaración de Santa Cruz +10 reafirmó el

compromiso de los miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) con el Principio 10 y la importancia de la participación pública en decisiones sobre desarrollo sostenible. La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce el derecho de los ciudadanos de la región para tener acceso a la información y participar en las decisiones que afectan sus derechos, mientras que la Secretaría de la OEA lanzó recientemente una Ley Modelo sobre Acceso a la Información.

- Los acuerdos de libre comercio entre varios estados del Norte y América del Sur reconocen la importancia de las evaluaciones ambientales y la necesidad de armonizar las regulaciones y normas ambientales. Los países de la Comisión Centroamericana de Medio Ambiente y Desarrollo (CCAD), junto con las Naciones Unidas han desarrollado instrumentos para la Formación Profesional e investigación para el desarrollo de una estrategia nacional para garantizar los derechos de acceso, en Nicaragua, Honduras y República Dominicana. La CEPAL propone actividades en su programa de trabajo 2011 para ayudar a los Estados a aplicar el **Principio 10**.

- Varios países de la región han sido los pioneros en la mejora de las leyes y prácticas nacionales. Un ejemplo es Chile que está en proceso de revisión de las normas de impacto ambiental que incluyen participación pública para el siguiente nivel - para incluir activamente a los grupos pobres y marginados en la toma de decisiones. Brasil encabeza la lista con el fortalecimiento de innovación del sistema de justicia para proporcionar alivio de los daños ambientales a través de los fiscales y los tribunales ambientales. México tiene una de las más avanzadas leyes de acceso a los sistemas de información en el mundo.

5 [http://aica.org/aica/documentos_files/Otros_Documentos/ONU/Carta_de_la_Tierra/doc_Otros_Carta_de_la_Tierra%20\(3\).htm](http://aica.org/aica/documentos_files/Otros_Documentos/ONU/Carta_de_la_Tierra/doc_Otros_Carta_de_la_Tierra%20(3).htm)

Declaración de Kuala Lumpur⁶

Los participantes transmitieron un grupo de mensajes fundamentales. Con respecto a la justicia social y la sostenibilidad ambiental, los participantes dijeron que:

a) Correspondía a los representantes de la comunidad jurídica en general desempeñar una función clave en la promoción de actividades nacionales e internacionales dirigidas a alcanzar las metas en materia de sostenibilidad ambiental y un más papel activo para fortalecer su contribución a ese respecto;

b) En los últimos decenios habían tenido lugar importantes avances que habían fomentado el desarrollo y una más amplia aplicación de los principios del derecho ambiental internacional;

c) Era preciso seguir fortaleciendo los vínculos operacionales entre justicia social y medio ambiente en esferas tales como evaluación de los efectos sobre el medio ambiente, principios procesales, incluidos los principios relativos al acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia, el equilibrio entre consideraciones ambientales y de desarrollo en el proceso de adopción de decisiones judiciales y en actos del ministerio público, así como un mayor uso de auditorías ambientales como medio para fomentar la justicia social;

d) La justicia ambiental requería que se prestase atención a la desproporcionada distribución del impacto ambiental a nivel nacional y hubiese mayor reconocimiento del hecho de que los pobres eran los más afectados por la degradación ambiental y de que se precisaba una distribución equitativa de la carga para mitigar el cambio climático y la degradación ambiental;

e) Era imprescindible fortalecer la capacidad de todos los interesados directos encargados de velar por la justicia social y la sostenibilidad ambiental, tales como jueces, fiscales, abogados, auditores, los defensores del pueblo, parlamentarios y encargados de la formulación de políticas, así como de la sociedad civil en general, con inclusión del sector privado, mediante programas adecuados y específicos de creación de capacidad;

f) Era preciso fortalecer las bases jurídicas para el fomento de la sostenibilidad ambiental mediante el apoyo mutuo en las actividades dirigidas a salvaguardar el medio ambiente y los derechos humanos;

g) La mitigación de la pobreza y la justicia social eran objetivos fundamentales de todo nuevo marco institucional para el desarrollo sostenible y de cualesquiera medidas para reformar el marco institucional existente;

h) Se debía abordar de manera urgente la reforma del proceso de formulación de acuerdos ambientales multilaterales para garantizar la participación más amplia posible de los asociados y agentes de la sociedad civil;

3.3. La participación de la población en la adopción de decisiones y acceso a la justicia y la información, de conformidad con el décimo principio de la Declaración de Río, lo que incluye analizar las posibilidades de tomar disposiciones del Convenio de Aarhus al respecto;

Convenio Aarhus (*El "Convenio de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas sobre acceso a la información pública, participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente"*)

Desde finales de 1980, los ambientalistas de distintos países han suscitado el reconocimiento de tres derechos que consideran vitales para la consecución del desarrollo sostenible, tres derechos que cimientan la lla-

⁶ <http://www.aeryd.es/empresas/aeryd/documentos/declaracionkualalumpur.htm>

mada “democracia participativa ambiental” y que se vinculan al derecho fundamental de disfrutar de un medio ambiente adecuado: el derecho de acceder a la información ambiental, la participación en la toma de decisiones que afectan al medio y el derecho de acceder a la justicia para proteger el medio ambiente.

La primera plasmación internacional de este esfuerzo se produjo en 1992 a través del Principio 10 de la Declaración de Río, que establece: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

Se trata de un Convenio que incorpora una serie de novedades y precedentes importantes. El Convenio de Aarhus reconoce el derecho de todas las personas, incluyendo las de las generaciones futuras, a vivir en un medio que permita garantizar su salud y bienestar. No sólo hace un reconocimiento genérico de los tres derechos: acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia, sino que además establece los procedimientos concretos, las condiciones mínimas que los países que lo apliquen tendrán que garantizar a sus sociedades para el ejercicio de los mismos.

Además, establece un mecanismo para controlar el cumplimiento del Convenio.

Se crea un Comité responsable de examinar las quejas que se reciban respecto a la falta de cumplimiento del mismo. La novedad es que el Comité también examina las denuncias que la gente le haga llegar. Las organizaciones ambientales no gubernamentales –ONG– juegan un papel sin precedentes en la consecución del mismo. Participaron en todo momento en su negociación, con voz pero sin voto.

Tomaron parte en todos los grupos de trabajo y negociación de forma activa y fueron escuchadas y sus opiniones tenidas en cuenta en muchas ocasiones. Su participación queda reconocida en el propio texto del Convenio, y de hecho, siguen participando en las reuniones oficiales.

Han designado a una persona para que les represente en la oficina del Convenio e incluso, propusieron sus propios candidatos al Comité de Cumplimiento.

Además, el Convenio se aplicará también a las propias instituciones de la UE, ya que la Comunidad Europea lo firmó en 1998 y está dando los pasos necesarios para ratificarlo.

El Convenio Aarhus dice que: para que los ciudadanos puedan disfrutar del derecho a un medio ambiente saludable y cumplir el deber de respetarlo y protegerlo, deben tener **acceso a la información medioambiental**, estar legitimados para participar en los procesos de toma de decisiones y tener derecho de acceso a la justicia cuando tales derechos sean denegados.

El Convenio de Aarhus obliga que las partes firmantes presenten un Informe Nacional de Cumplimiento que explique las medidas adoptadas por las administraciones responsables de su aplicación. El informe consiste en dar respuesta a las preguntas planteadas en un cuestionario oficial que debe ser cumplimentado a través de un proceso que cuente con la participación pública.

El convenio de Aarhus modifica el ejercicio de los tres derechos citados de la siguiente manera:

En cuanto al **acceso a la información ambiental**, el Convenio de Aarhus establece una serie de mejoras en las condiciones que se establecen para acceder a la información, se amplía la definición de información ambiental, se define con más exactitud quién queda obligado a proveer la información, se establece un plazo máximo de un mes para obtener esta información, se regulan las obligaciones de proveer activamente información al público y, por último, se exige el establecimiento de registros o inventarios que permitan el acceso a la información ambiental en manos de las empresas, los llamados registros de emisiones y transferencias de sustancias contaminantes.

En **materia de participación pública** Aarhus regula las condiciones en que ésta debe producirse según se trate de decisiones ambientales sobre actividades específicas, sobre planes, programas y políticas, o sobre legislación. Si bien hay una serie de condiciones comunes: en primer lugar, que las ONG ambientales siempre tienen derecho a participar. En segundo, que se podrá acceder a todas las informaciones pertinentes; que la participación se producirá siempre desde el inicio del procedimiento de decisión, cuando es posible una influencia real en la decisión en cuestión; que los plazos deben ser suficientes para que haya una participación efectiva; y por último, que la decisión final tomará en cuenta los resultados de la participación del público.

En cuanto al **acceso a la justicia** el Convenio regula no sólo el derecho a acceder a la tutela judicial en el caso de que se vulnere el derecho de acceso a la información o de participación pública, sino también cuando se produzca cualquier incumplimiento de la legislación ambiental, bien por acción u omisión, ya sea por parte de la administración o de un particular. Los países que

apliquen el Convenio quedan también obligados a informar al público de los recursos administrativos y judiciales con que cuente y a establecer los mecanismos de asistencia apropiados para eliminar o reducir los obstáculos financieros y de otro tipo que dificulten el acceso a la justicia.

IV. El Derecho de acceso a la información ambiental en el plano internacional

La prevención de riesgos y daños ambientales es una característica del derecho ambiental y la información es un requisito o presupuesto de dicha acción preventiva. Sin perjuicio de la naturaleza instrumental de la obligación de informar, la misma ha sido entendida en el ámbito internacional como una obligación en sí misma. Tal como señala Fernández de Casavates, "los Estados, en la regulación que hacen de la utilización del medio ambiente tanto de carácter general como en la práctica fronteriza, recogen por vía convencional una serie de obligaciones: de no contaminar, de prevenir, de cooperar, de consultar, de informar, etc. En estos supuestos y, dado que se hallan recogidos en acuerdos internacionales entre los Estados afectados, se trata de obligaciones convencionales concretas cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional del Estado autor de su violación".

Desde los inicios del derecho ambiental internacional, la obligación de informar fue incluida en los Tratados Internacionales. Si bien dicha obligación no fue incluida en el Tratado de Estocolmo de 1972, lo cierto es que ya en el Convenio de Londres firmado en el año 1973, se establecía dicha obligación y lo mismo establecían el Tratado de Oslo sobre prevención de la contaminación marina por vertidos de buques y aeronaves y el de protección de especies amenazadas celebrado en Washington en 1973.

Con posterioridad, la obligación de informar fue introducida de forma generalizada en numerosos Convenios Internacionales entre los cuales podemos mencionar el Convenio de Viena de 1989 sobre transporte transfronterizo de residuos peligrosos; el de Helsinki celebrado en 1992 sobre efectos transfronterizos de los accidentes industriales y los últimos convenios sobre la Diversidad Biológica y Cambio Climático. Por su parte, la Declaración de Río de Janeiro de 1992 establece en sus principios 18 y 19, respectivamente, la obligación de los Estados de “notificar inmediatamente a otros Estados de los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos súbitos en el medio ambiente de esos Estados” y de “proporcionar la información pertinente y notificar previamente y en forma oportuna, a los Estados que posiblemente resulten afectados por las actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe”.

En igual sentido, el Dr. Hitters, magistrado integrante de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, y con relación a la competencia local en materia ambiental, especifica que: La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha referido a la competencia en materia ambiental en una causa sobre la inconstitucionalidad de la ley 11366, llegando a la conclusión de que: “Si predomina en la causa la materia ambiental, la competencia es local. Que son las autoridades de la provincia de Buenos Aires, las encargadas de **COMPROMISOS REGIONALES E INTERNACIONALES EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, LA PARTICIPACIÓN Y LA JUSTICIA EN TEMAS AMBIENTALES**

1992. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: La Declaración es un compromiso no vinculante acordado por 178 gobiernos en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio

Ambiente y el Desarrollo (Cumbre para la Tierra, Río de Janeiro (Brasil), 1992). El principio 10 de la Declaración plantea que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, que toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas y que los Estados deberán proporcionar acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños.

1992. Programa 21: Plan de acción no vinculante en pro del desarrollo sostenible aprobado por los países en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Cumbre para la Tierra, Río de Janeiro (Brasil), 1992). Los capítulos 23 a 40 tratan de temas relacionados con el acceso a la información y la participación de la sociedad civil en la toma de decisiones.⁷

1998. Convención sobre el acceso a la información, la participación ciudadana y el acceso a la justicia en la toma de decisiones en asuntos ambientales (Convención de Aarhus): Es un instrumento regional vinculante, cuyas funciones de secretaría están a cargo de la Comisión Económica para Europa (CEPE), que proporciona estándares mínimos para que los países adopten en sus legislaciones nacionales. Los tres pilares de la Convención son el acceso a la información, la participación y la justicia en la toma de decisiones para el ambiente. Entró en vigor el 30 de octubre de 2001. Hasta la fecha se han hecho partes en el Convenio 45 países, con muy diferentes niveles de desarrollo económico. Si bien es un instrumento regional, la Convención de Aarhus está abierta para la adhesión de países que no son miembros de la CEPE. La adhesión requiere que los países modifiquen sus leyes nacionales para alinearse con los postulados de la Convención.

⁷ <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21sptoc.htm>

2002. Plan de Aplicación de las Decisiones de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible (Johannesburgo): El párrafo 164 del Plan de Implementación señala que todos los países deberían promover la participación pública, incluso mediante medidas encaminadas a proporcionar acceso a la información en lo que respecta a la legislación, los reglamentos, las actividades, las políticas y los programas. También deberían promover la plena participación pública en la formulación y aplicación de políticas de desarrollo sostenible.⁸

2006. Declaración de Santa Cruz+10: En ella los países de la Organización de los Estados Americanos (OEA) reafirmaron su compromiso con el principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.⁹

2010. Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales del PNUMA: El propósito de estas directrices voluntarias, aprobadas 25º período de sesiones del Consejo de Administración del PNUMA, es proporcionar una orientación general a los Estados que lo soliciten sobre el fomento del cumplimiento efectivo de los compromisos contraídos en relación con el principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, en el marco de su legislación y procesos nacionales.

2011. Conclusiones de la Reunión Regional Preparatoria de América Latina y el Caribe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible: En la oportunidad los países de la región señalaron que es necesario alcanzar compromisos para, entre otras cosas, la implementación cabal de los dere-

chos de acceso a la información, participación y justicia ambientales consagrados en el principio 10 de la Declaración de Río.¹⁰

2012. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20): En el documento final de la Conferencia, denominado “El futuro que queremos”, los países recalcaron que la participación amplia del público y el acceso a la información y los procedimientos judiciales y administrativos son esenciales para promover el desarrollo sostenible (párrafo 43). Alentaron, asimismo, la adopción de medidas a nivel regional, nacional, subnacional y local para promover el acceso a la información, la participación del público en la adopción de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, cuando proceda.

2012. Declaración sobre la aplicación del principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: Firmada por 11 países de América Latina y el Caribe en el marco de la Conferencia de Río+20. En ella los países signatarios señalan que es necesario alcanzar compromisos para la implementación cabal de los derechos de acceso a la información, participación y justicia ambientales, consagrados en el principio 10 de la Declaración de Río de 1992. Por ello, manifiestan su voluntad de iniciar un proceso que explore la viabilidad de contar con un instrumento regional abierto a todos los países de la región y con la significativa participación de toda la ciudadanía interesada, con el apoyo de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) como secretaría técnica.¹¹

2013. Declaración de Santiago de CELAC: En la Primera Cumbre de la Comunidad de Estados Latinoa-

8 http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/pdf/WSSD_PlanImpl.pdf

9 <http://www.oas.org/dsd/Documents/DECLARACION+10.pdf>

10 <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getprod.asp?xml=/rio20/noticias/paginas/5/43755/P43755.xml&xsl=/rio20/tpl/p18f-st.xsl&base=/rio20/tpl/top-bottom.xsl>

11 <http://www.eclac.cl/rio20/noticias/paginas/5/48585/Declaracion-esp-N1244046.pdf>

americanos y Caribeños (CELAC), realizada en Santiago, Chile, los días 27 y 28 de enero de 2013, los países de América Latina y el Caribe aprobaron la Declaración de Santiago, en la que señalan: “valoramos las iniciativas para la implementación regional del Principio 10 de la Declaración de Río 1992, referido a los derechos de acceso a información, participación y justicia ambiental, como una contribución relevante para la participación de la comunidad organizada comprometida con el desarrollo sostenible”.¹²

2013. Declaración Cumbre CELAC-UE:¹³ La importancia de la implementación cabal del Principio 10 también fue reafirmada en la Cumbre CELAC-UE, realizada en Santiago de Chile los días 26 y 27 de enero de 2013. En la Declaración, los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) y de la Unión Europea (UE), y los presidentes del Consejo Europeo y de la Comisión Europea, señalan: “reconocemos la importancia de aplicar el Principio 10 de la Declaración de Río 1992 en la Cumbre de la Tierra y reiteramos la importancia de impulsar iniciativas en esta materia”. Reiteraron asimismo el derecho de los ciudadanos a participar en la formulación, implementación y seguimiento de las políticas públicas.

V. El principio de no regresión. Concepto. Alcances

El principio de no regresión ambiental ha sido defendido por uno de los pioneros del Derecho ambiental europeo, el profesor M. Prieur¹⁴, en el marco del doctorado honoris causa conferido por la Universidad de Zaragoza (2010). “El medio ambiente nos deja, a la vez, –dice

el Profesor- en un espacio sin fronteras y en tiempo sin límites” y, cada vez en más textos jurídicos ambientales aparece la proyección de su ámbito de protección hacia “las generaciones futuras”. Entre los muchos textos que se citan, una clara afirmación de la irreversibilidad de las medidas relativas al medio ambiente es la afirmación contenida en el artículo 37 de la **Carta de Derechos Fundamentales del nuevo Tratado comunitario de Lisboa** para defender un “alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad”.

Pero, por encima de los reconocimientos, mas o menos explícitos, del Derecho Internacional y de muchas Constituciones de los países del mundo, sobre la emergencia de un verdadero **derecho al medio ambiente** –que todos los seres humanos tenemos en este Planeta- mi buen amigo Michel concluye afirmando que “el derecho ambiental contiene una esencia intangible estrechamente vinculada al mas intangible de los derechos humanos: el derecho a la vida, entendido como un derecho a la supervivencia frente a las amenazas que sufre el Planeta debido a las múltiples degradaciones del medio de vida de los seres vivos”. Y de aquí el formidable reto que él mismo nos propone –a juristas y no juristas- “... crear una nueva escala de valores para garantizar, de la mejor manera posible, la supervivencia del frágil equilibrio entre el hombre y la naturaleza teniendo en cuenta la globalización del medio ambiente”.

Los objetivos de resultado que caracterizan al Derecho ambiental así como variados elementos extraídos de fuentes internacionales y europeas prestan sustento a la tesis. Una particular atención cabe incluso conceder a la posibilidad de incluir el derecho al medio ambiente entre los derechos humanos, con la consecuencia de aplicarle el principio de no regresión característico de estos. En

¹² <http://www.minrel.gob.cl/documentos-i-cumbre-celac/minrel/2013-02-08/155151.html>

¹³ http://www.minrel.gob.cl/prontus_minrel/site/edic/base/port/cumbre.php

¹⁴ Prieur, Michel, El nuevo principio de “no regresión” en Derecho Ambiental, Pu-

blicación correspondiente en el acto de investidura del grado de Doctor Honoris Causae. Prensa Universitaria de Zaragoza 21 de junio de 2010.

todo caso, bajo la óptica de los ordenamientos nacionales, diversos elementos extraídos de los textos constitucionales, legales y reglamentarios y de la jurisprudencia avalan el reconocimiento de un principio de no regresión ambiental esgrimible frente a los cambios normativos.

El principio de no regresión enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad, y tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencias daños ambientales irreversibles o de difícil reparación.¹⁵

“Al estado actual de su desarrollo es posible reducir su contenido, alcances y limitaciones acudiendo al Derecho Internacional Ambiental, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional regulador del Libre Comercio y las Inversiones, así como a la misma Constitución Política y en especial, a la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.”

El principio de no regresión implica necesariamente una obligación negativa de no hacer. De esta forma, el nivel de protección ambiental ya alcanzado debe ser respetado, no disminuido sino incrementado. La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es precisamente la de no retroceder, no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos, no derogar o modificar normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección.

Es preciso señalar que, el principio de no regresión no se opone a la idea de evolución clásica ni a la mutabilidad propia del derecho (modificación permanente e inevitable) a raíz de que no existe ningún derecho que sea inmutable o eterno. El derecho siempre debe evolucionar por medio de procesos de modificación y derogación legislativos, reglamentarios e incluso jurisprudenciales. A lo que sí se opone el derecho ambiental a partir de la puesta en práctica del principio de no regresividad es a cambios en el bloque de legalidad y jurisprudencial que tengan como finalidad la eliminación o disminución del nivel de protección ya alcanzado a favor de intereses no ambientales.

Este principio encuentra en los procesos de desregulación y simplificación de trámites a su principal enemigo y amenaza permanente. La plasmación de las ideas de la desregulación trae consigo diversos efectos en la política ambiental, en especial la reducción de presupuestos, desmantelamiento de programas de intervención del Estado, así como la rebaja, disminución o relajación e incluso la derogación de normativa que protege al medio ambiente.

Es importante tener presente que las regresiones manifiestas en materia de medio ambiente son inimaginables. No sería factible la abrogación brutal de las leyes anticontaminación o de las leyes de protección de la naturaleza. En cambio, las regresiones insidiosas o progresivas se encuentran a la orden del día. Se trata de regresiones graduales, que son las que más amenazan el derecho ambiental.

El principio de no regresión no es ilimitado ni irrestricto y se encuentra condicionado por los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, así como por las reglas unívocas de la ciencia, técnica, conveniencia y la lógica. A la vez, la actuación del Estado en esta materia se ve limitada por el deber

¹⁵ Chacón, Mario Peña, “El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense”. El Dial. Com DC 1783 Publicado 06/12/2011

de garantizar, defender y preservar este derecho, por los principio de desarrollo sostenible y uso racional, precautorio o evitación prudente y por la vinculatoriedad de la normativa ambiental.

La no regresión del derecho en palabras de Michel Prieur ha sido objeto de pocos estudios por oponerse tanto a la evolución clásica del derecho como a su modificación permanente e inevitable.

El artículo 28 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1793), señala que ***“una generación no puede comprometer con sus leyes a generaciones futuras”***, ello es un claro mensaje a favor del principio de no regresión. Efectivamente, en la actualidad, al modificar una ley que protege el medio ambiente para reducir su grado de protección estamos imponiendo a las generaciones futuras un medio ambiente más degradado a través de una ley con contenido regresivo.

La regresión del derecho ambiental que se decida hoy constituirá entonces una vulneración de los derechos de las generaciones futuras, ya que lleva a imponer a dichas generaciones futuras un medio ambiente degradado.

La no regresión en derecho ambiental se justifica en primer lugar, a través de razones vinculadas al carácter finalista de este derecho. En tal sentido, es inherente a los objetivos perseguidos por el derecho ambiental. También se fundamenta en el derecho ambiental internacional, que de forma permanente establece la idea de que el objetivo es la progresión de la protección del medio ambiente en beneficio de la humanidad. Finalmente, la no regresión del derecho ambiental se verá legitimada, de forma jurídica, a través de los derechos humanos, que reconocen a ciertos derechos fundamentales un carácter irreversible que en el futuro también se podrán

reconocer a favor del derecho ambiental.¹⁶

Junto a la intangibilidad de los derechos garantizados por la constitución, existe, de forma mucho más extendida, una no regresión impuesta al legislador. En varias constituciones sudamericanas existe la idea de limitación de los poderes del legislador en lo que respecta a los fines perseguidos por ciertos derechos esenciales. Según la Constitución Argentina, los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio. (art. 28 CN)

VI. Declaración sobre la aplicación del Principio 10 en América Latina y el Caribe

En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20), realizada en Río de Janeiro en junio de 2012, se firmó la Declaración sobre la aplicación del principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.¹⁷ En la Declaración, los países signatarios se comprometieron a elaborar e implementar un plan de acción al 2014, con el apoyo de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)¹⁸ como secretaría técnica, para avanzar en la consecución de un convenio regional u otro instrumento para avanzar en la implementación cabal de los derechos de acceso a la información, participación y justicia en asuntos ambientales.

La importancia del acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales fue reconocida 20 años atrás en la Conferencia de las Naciones

¹⁶ Prieur, Michel, El nuevo principio de “no regresión” en Derecho Ambiental, Publicación correspondiente en el acto de investidura del grado de Doctor Honoris Causae. Prensa Universitaria de Zaragoza 21 de junio de 2010.

¹⁷ <http://www.eclac.org/cgi-bin/getprod.asp?xml=/rio20/noticias/paginas/5/48585/P48585.xml&xml=/rio20/tpl/p18f-st.xml&base=/rio20/tpl/top-bottom.xml>
¹⁸ <http://www.eclac.cl/>

Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 1992). En la oportunidad, 178 gobiernos manifestaron que:

“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes” (Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992).

A 20 años de la aprobación del principio 10 de la Declaración Río, la importancia del acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales has sido reafirmada y ampliada en diversas iniciativas internacionales y regionales, entre ellas .

La Primera Reunión de los Puntos Focales Designados por los Gobiernos de los Países Signatarios de la Declaración sobre la aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe, se realizó los días 6 y 7 de noviembre de 2012 en la sede de la CEPAL en Santiago.¹⁹

En la hoja de ruta, los países signatarios reafirmaron también la importancia que tienen la participación y las contribuciones de la sociedad civil en este proceso.

Los fundamentos que sustentan esta afirmación son:

I) La participación del público es imprescindible en cualquier iniciativa que apunte hacia el desarrollo sostenible. Es ampliamente reconocido que el involucramiento sistemático de la ciudadanía fortalece las instancias de toma de decisiones, ya que provee los medios para que otros intereses y perspectivas estén presentes en el proceso y por lo tanto sean considerados por los gobiernos y formen parte de la toma de decisiones en cuestión

II) El acceso a la información es clave cuando se aborda el Principio 10: la participación del público aumenta los niveles de transparencia al tener acceso a los documentos, a las reuniones y a la capacidad que tienen las organizaciones participantes de informar a otras. Si no hay acceso a la información, no hay transparencia, lo que significa que los debates y decisiones sobre el Principio 10 se tomarán sin el conocimiento del público.

III) La participación es fundamental para dar legitimidad al proceso de creación de un instrumento regional, más aún si se trata de uno que regule los derechos de información, participación y acceso a la justicia contemplados en el Principio 10. En un sistema democrático, el espacio público es donde los ciudadanos, en forma individual o colectiva, tienen la oportunidad de ser parte de las instancias de toma de decisiones que les interesan. Cualquier proceso multilateral es un espacio público y, por ende, debe proveer los canales y medios para la participación.

La participación es clave para aumentar la experiencia y el conocimiento sobre el tema en cuestión. Hay diversas organizaciones de la sociedad civil con una amplia trayectoria en cuanto al Principio 10. Ellas pueden entregar información relevante sobre las prácticas nacionales en la materia y sobre los principales desafíos que deben enfrentarse.

¹⁹ <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getprod.asp?xml=/rio20/noticias/noticias/7/48307/P48307.xml&xs=/rio20/tpl/p1f.xsl&base=/rio20/tpl/top-bottom.xsl>

VII. Bibliografía

- <http://rio20.net/>
- <http://www.cij.gov.ar/nota-9373-Lorenzetti-presidi--reuni-n-mundial-de-jueces-para-la-sustentabilidad-ambiental.html>
- <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>
- http://www.wipo.int/wipolex/es/other_treaties/details.jsp?group_id=22&treaty_id=261
- [http://aica.org/aica/documentos_files/Otros_Documentos/ONU/Carta_de_la_Tierra/doc_Otros_Carta_de_la_Tierra%20\(3\).htm](http://aica.org/aica/documentos_files/Otros_Documentos/ONU/Carta_de_la_Tierra/doc_Otros_Carta_de_la_Tierra%20(3).htm)
- <http://www.aeryd.es/empresas/aeryd/documentos/declaracionkualalumpur.htm>
- <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21sptoc.htm>
- http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/pdf/WSSD_PlanImpl.pdf
- <http://www.oas.org/dsd/Documents/DECLARACION+10.pdf>
- <http://www.eclac.cl/cgibin/getprod.asp?xml=/rio20/noticias/paginas/5/43755/P43755.xml&xsl=/rio20/tpl/p18f-st.xsl&base=/rio20/tpl/top-bottom.xsl>
- <http://www.eclac.cl/rio20/noticias/paginas/5/48585/Decalacion-esp-N1244046.pdf>
- <http://www.minrel.gob.cl/documentos-i-cumbre-celac/minrel/2013-02-08/155151.html>
- http://www.minrel.gob.cl/prontus_minrel/site/edic/base/port/cumbre.php
- <http://www.eclac.org/cgi-bin/getprod.asp?xml=/rio20/noticias/paginas/5/48585/P48585.xml&xsl=/rio20/tpl/p18f-st.xsl&base=/rio20/tpl/top-bottom.xs>
- <http://www.eclac.cl>
- <http://www.eclac.cl/cgibin/getprod.asp?xml=/rio20/noticias/noticias/7/48307/P48307.xml&xsl=/rio20/tpl/p1f.xsl&base>
- Andorno, Roberto. *"El principio de precaución: un nuevo estándar jurídico para la Era Tecnológica"*, LL del 8/7/2002.
- Benjamín, Antonio Ermann, *"Derechos de la naturaleza, p. 31 sigtes., en obra colectiva Obligaciones y Contratos en los albores del S.XXI, Abeledo Perrot, 2001. También véase del mismo autor "Objetivos del derecho ambiental", p. 57 y sigtes., ponencia del 5° Congreso Internacional de Derecho Ambiental, "El futuro control de la polución y de la implementación de la regulación ambiental", San Pablo 4 a 5 de junio de 2001, Imprenta Oficial del Estado. En: Cafferata, Néstor A. "Principio Precautorio y Derecho Ambiental". LA LEY 2004-A, 1202.*
- Bergel, Salvador, Cátedra de Bioética de la UNESCO, *"Las variedades transgénicas y el principio de precaución"*, Comunicación en Seminario internacional *"Biotecnología y Sociedad"*, desarrollado los días 16 y 17/11/1999 en Facultad de Derecho de la UNBA. En: Cafferata, Néstor A. *"Principio Precautorio y Derecho Ambiental"*. LA LEY 2004-A, 1202.
- Casagrande Nogueira, Ana Carolina, *"El contenido jurídico del principio de precaución en el derecho ambiental brasileño"*, p. 285, en obra colectiva 10 años de Eco 92. el Derecho y el Desarrollo sustentable, Congreso Internacional de Derecho Ambiental - 6, 2002. En: Cafferata, Néstor A. *"Principio Precautorio y Derecho Ambiental"*. LA LEY 2004-A, 1202.
- Chacon, Mario Peña, *"El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional cos-*

tarricence". El Dial. Com DC 1783 Publicado 06/12/2011.

Cortina, Adela. "Fundamentos Filosóficos del Principio de Prevención". En: Romeo Casabona, Carlos María "Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho". Ed. Leme Machado. "Direito Ambiental Brasileiro.". Malheiros Editores. 8ª ed. Brasil. 2000, p. 46 PRIEUR, Michel. "Derecho del Medio Ambiente". 3ª ed. Paris, Dalloz, 1996. p. 144. En: LEME MACHADO. "Direito Ambiental Brasileiro.". Malheiros Editores. 8ª ed. Brasil. 2000, p.47.

Esain, *El principio de progresividad en material ambiental*, JA. 2007-IV-1175.

Grupo Daisaku Ikeda. "Principios preventivo y precautorio en el derecho ambiental: entre la ciencia y la ética". En: www.eft.org.ar.

Highton, Elena, "Reparación y Prevención del Daño al Medio Ambiente ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?", p. 807, en obra colectiva, "Derecho de Daños", parte 2º, Ed. La Rocca, 1993. En: Cafferata, Néstor A. "Principio Precautorio y Derecho Ambiental". LA LEY 2004-A, 1202 Goldenberg, Isidoro H. - Cafferata, Néstor A. "El principio de precaución", JA 2002- IV, fascículo n. 6, 06.11.02, Editorial Lexis Nexis.

Kourilsky, Philippe-VINEY, Genevieve. "El Principio de Precaución". Paris, 1999. En: Pastorino, Leonardo Fabio. "El daño al ambiente". Ed. Lexis Nexis. Bs. As. 2005.

Franza, Jorge Atilio, "Tratado de Derecho Ambien-

tal una visión sistemática holística y transversal del derecho como instrumento del desarrollo sustentable. *Doctrina. Legislación Jurisprudencia*". Ediciones Jurídicas .Buenos Aires Setiembre 2005. Páginas 690.

Franza, Jorge Atilio "Delitos Ambientales". Editorial Ediciones Jurídicas, páginas 350. Buenos Aires. Octubre de 2006.

Franza, Jorge Atilio, "Manual de Derecho de los Recursos Naturales y Protección del Medio Ambiente. *Doctrina. Legislación Jurisprudencia*". Ediciones Jurídicas .Buenos Aires, Noviembre 2010. Página 544.

Prieur, Michel, *El nuevo principio de "no regresión" en Derecho Ambiental*, Publicación correspondiente en el acto de investidura del grado de Doctor Honoris Causae. Prensa Universitaria de Zaragoza 21 de junio de 2010.

Ruiz, José Juste. "Derecho Internacional del Medio Ambiente", Mc. Graw Hill, Ciencias Jurídicas, Madrid 1999, p. 78. En: Martínez, María Paulina. "El principio precautorio en el derecho internacional comparado, en los procesos de integración, y en el derecho argentino". Trabajo para el Doctorado "Derecho Ambiental de la Integración Comparado y de Argentina". Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Valls, Mario F. *Presupuestos mínimos ambientales. Ley general 25.675. Comentada, anotada y concordada*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012.

Ampliando el horizonte en materia de protección de grupos vulnerables. El caso de los adultos mayores

Magdalena Beatriz Giavarino (*)

* Abogada. Mediadora. Especialista en Derecho Procesal Profundizado. Asesora General Tutelar Adjunta de Incapaces del Ministerio Público del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Docente. Autora de publicaciones especializadas.

I. Encuadre fáctico

Vivir más y mejor, es –a no dudarlo– una meta que perseguimos conciente o inconscientemente todos los seres humanos. A ello contribuyen todos los adelantos médicos, científicos, tecnológicos y, por cierto, jurídicos. Es que el Derecho no puede estar ajeno a los cambios socio-económicos y culturales que vienen experimentando las sociedades modernas y que afectan directamente al individuo humano inmerso en el devenir de las mismas, proyectándose a veces, en situaciones de extrema vulnerabilidad.

Cuanto más, si consideramos al ser humano en ciertas etapas de la vida –como la niñez y la ancianidad– donde su plena autonomía personal se ve condicionada por una serie de limitaciones sico-físicas y sociales que lo colocan en una situación de desventaja frente a su prójimo, en las relaciones intersubjetivas.

Hoy día, es un hecho innegable que el promedio de longevidad del ser humano, se ha ido corriendo en sentido positivo por causa de un sinnúmero de circunstancias de diverso tipo e, indudablemente, por los avances de las ciencias médicas y recursos asistenciales.

Pero también, este “largo vivir” trae aparejado la puesta en evidencia del natural deterioro de las facultades físicas y mentales, con la consecuente minusvalía operativa del sujeto.

En el caso que nos ocupa, es precisamente la etapa de la mayor edad, la que impone la necesidad de un abordaje integral e integrador, desde todos los ángulos posibles de las vivencias humanas.

Así como existen normativas y programas vinculados a garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de los adultos mayores, desde el punto de vista de las obligaciones del Estado para con ellos, hay un aspecto de la vida cotidiana que considero tiene una

importante proyección jurídica en el campo de sus derechos fundamentales y que, paradójicamente, los excluye de un sistema de protección integral de sus derechos.

Cuanto más grave es el problema, cuando nos enfrentamos a situaciones que oscilan entre la “senectud” y la “senilidad”, entre la normalidad y la patología de las facultades cognitivas¹

Se trata en el caso, del ingreso del adulto mayor, en uno de los llamados “geriátricos” o “geronto-siquiátricos” y la incidencia que tal acontecimiento en la vida del sujeto, tiene en su aptitud jurídica para autogestionarse.

Estas líneas procuran acercar una reflexión, en el sentido de los reales alcances de la capacidad de obrar del adulto ingresado en una institución de las referidas y la consecuente necesidad de implementar algún tipo de tutela que resguarde sus derechos más elementales.

De la mano de ello, el pensar en una mayor intervención de las áreas judiciales en lo atinente a la efectiva protección de sus derechos, desde una perspectiva de goce pleno.

II. El problema de base

Por los cambios que viene experimentando la sociedad moderna, por necesidades económicas, por fallencias culturales, por un desmerecimiento hacia quien es “improductivo” en una sociedad básicamente consumista, en definitiva por la transformación de la escala de valores personales y sociales, la población mayor se ha convertido en un estamento altamente vulnerable, por su grado de dependencia de voluntades ajenas.

¹ Senectud: “...Período de la vida humana que sigue a la madurez...”; senilidad: “degeneración progresiva de las facultades físicas y síquicas debida a una alteración de los tejidos”. Diccionario de la Real Academia Española.

Sumado a ello, la disgregación del modelo familiar tradicional, ha impuesto –principalmente en los centros geográficos de alta concentración urbana- la práctica de trasladar a las personas mayores, a las llamadas “residencias” y que pretenden operar como “hogares sustitutos”.

Este fenómeno que se reproduce geométricamente en nuestra sociedad, supone –desde una visión jurídica- un cambio sustancial en la esfera de derechos del “residente”, fundamentalmente, en lo que atañe a su autonomía personal.

Los motivos por los cuales se recurre a estas instituciones, son muy variados y no viene al caso en esta ocasión, referirse a ellos. En general, se puede decir de aquéllas, que se sostienen en la idea de “asistencialismo social”, es decir, cubren una necesidad social, cual es la de dar un hábitat estable a personas que integran un colectivo humano caracterizado por la disminución biológica de sus capacidades físicas y/o mentales

Sin embargo, sí resulta pertinente plantear la inquietud que generan estas “residencias” como lugares de estancia generalmente definitiva, donde personas de por sí vulnerables, se exponen a limitaciones incompatibles con el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

Poder precisar con exactitud su número, es un objetivo prácticamente irrealizable. Es que a la par de las “residencias geriátricas” públicas con la cual el Estado viene a satisfacer la necesidad de vivienda de este núcleo poblacional, están los emprendimientos privados y a su respecto, no podemos dejar de tener en claro que –más allá del valor que puedan tener como recurso socialmente útil- se trata de explotaciones comerciales².

2 En un trabajo elaborado por la Subsecretaría de la Tercera Edad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y publicado bajo el título “Ejes de gestión para la Tercera Edad”, uno de los artículos incluidos (“La Fiscalización de Residencias para Mayores, desde una perspectiva de derechos”-Aizen, Rosa-pag. 123 y sig.), se hace mención a la existencia de 576 establecimientos inscriptos en el Registro Único y Obligatorio creado por Ley 661, en los cuales se estima –a la fecha de

Sin embargo, la naturaleza de los derechos y prioridades involucradas, nos impone la unión de ambos extremos y nos lleva a la ineludible conclusión, de prever y proveer los necesarios controles públicos a fin de no desnaturalizar los objetivos que justifican el recurso.

Ahora bien, refería líneas atrás que cuantificar las instituciones en funcionamiento, es prácticamente imposible y ello se debe a una triste realidad, cual es la existencia de propiedades afectadas a esta actividad, sin autorización alguna para ello y sin consecuente control público

A título ilustrativo, baste mencionar que solamente en la Ciudad de Buenos Aires –como se acota en la nota 2- se tienen registrados más de 550 establecimientos geriátricos autorizados como tales, además de los públicos que –en número de dos en la C.A.B.A. y dos en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires- y a ellos hemos de sumar un número indefinido de lugares clandestinos que se dedican a esta actividad y que a veces, es casi imposible detectar si no es por denuncias de distinta procedencia, que advierten sobre irregularidades.

Como se expondrá más adelante, este tipo de instituciones reciben personas con un criterio de “dependencia funcional en razón de la edad”. Esta “dependencia” puede deberse a una limitación física o síquica o a ambas, pero asociadas a su emplazamiento etario. Ello determina que se fije un “piso” de edad a partir del cual es válida la admisión como “residente”, piso que se estima en 60 años.

Se reciben así, personas que a su ingreso o durante su estadía, evidencian deterioro cognitivo y volitivo propio de la edad a veces y otras, asociado a una patología mental.

Sumado a ello, en la dinámica propia de este tipo de instituciones se destaca en general, la restricción a

elaboración del informe- que estaban alojando a unas 16000 personas.

la libertad ambulatoria del alojado, derecho éste fundamental, garantizado constitucionalmente, que -en este contexto- orilla en situaciones de ilegitimidad.

Se plantea entonces la problemática vinculada al abordaje de su tratamiento, no solo desde un punto de vista médico-asistencial -que no es el de interés para el presente aporte-, sino también jurídico.

III. El marco normativo referencial

Líneas arriba, mencionábamos que así como se han implementado programas especialmente destinados a cubrir necesidades de tipo económico, social y cultural para este grupo etario³, también se han sancionado distintas normas que conforman un plexo normativo específico, que procuran un cauce de aspectos puntuales de la problemática global.

Partimos de un reconocimiento desde el más alto nivel de nuestro sistema legal; en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires "...garantiza a las personas mayores.....el pleno goce de sus derechos....." (art. 41) y, en paralelo podríamos decir, "...garantiza a las personas con necesidades especiales, el derecho a su plena integración..." (art. 42) e impone al Estado, la obligación de implementar políticas públicas, en pos del logro de tales objetivos.

En el caso que nos ocupa, resulta pertinente la vinculación entre adultos mayores y personas con necesidades especiales, dado que aquéllos –sencillamente por la etapa etaria que atraviesan- resultan acreedores a ser considerados sujetos con "necesidades especiales",

3 Así existe un "Programa de Subsidios Alternativos a la Institucionalización", de ayuda económica, un "servicio de Atención Gerontológica Domiciliaria", destinado a cubrir necesidades socio-sanitarias de los adultos en sus domicilios, varios "Centros de Día" como espacios de recreación cultural o el "Programa Buenos Aires Presente para adultos mayores", enfocado hacia la atención de los adultos en situación de calle.

mucho más si se le suma un déficit síquico.

En este marco, no podemos olvidar tampoco que la "Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad"⁴ a las cuales adheriera la Corte Suprema de Justicia de la Nación –Acordada del 24 de febrero de 2009- nos aporta principios más que pertinentes, al tiempo de velar por los derechos de este grupo etario.

Así podemos apreciar que, al referirse a los "beneficiarios" de las reglas aprobadas y enumerar los sujetos vulnerables, dice claramente:

El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia. (Sección 2º-2.(6)).

A ello, deberíamos agregar dado el caso, que cuando este instrumento alude a las causas que habilitan una protección especial, reconoce que "Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, las discapacidades...y la privación de libertad" (misma Sección, 1. (4))⁵.

En este marco tutelar, son varias las normas que se han dictado en resguardo específico de este colectivo humano. Sin pretender agotar la lista y a mero título ilustrativo, baste mencionar en la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 3799 del 12 de mayo de 2011⁶ que tiene por objeto: "...la promoción y difusión de acciones y programas destinados a la protección de las personas adultas mayores que sean víctimas de violencia, abuso, maltrato

4 Aprobada en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Brasilia (República Federativa del Brasil), entre el 4 y el 6 de marzo de 2008.

5 Si bien es cierto que esta última causa requiere, para las Reglas, que haya sido ordenada por "autoridad pública", no podemos dejar de establecer una simetría fáctica con quienes son "alojados" en este tipo de instituciones.

6 Promulgada por Decreto 324/11 del 08 de junio de dicho año.

y discriminación, en cualquiera de sus formas.” (art. 1º) o la Ley 4036 del 24 de noviembre de 2011⁷ que garantiza la protección integral de los “Derechos Sociales” a partir del acceso de los grupos que considera vulnerables, a las prestaciones implementadas en políticas públicas dirigidas a esos sectores. Entre ellos, dedica varios artículos a los “adultos mayores” (arts. 16 a 21) y a las “personas con discapacidad” (arts. 22 a 25).

Sin embargo, la normativa de mayor relevancia para la problemática propuesta a reflexión, en la contenida en la Ley 661 (BOCABA Nº 1300) y sus sucesivas modificaciones, de las cuales la más importante la constituye la dispuesta por Ley 2935 en el año 2008, a lo que se suma una resolución del Ministerio de Desarrollo Social (Resolución Nº 7-SSTED/08), por cuanto este plexo alude a la aprobación, organización y funcionamiento en todos sus aspectos, de los “centros residenciales para adultos mayores” dentro de la Ciudad y para el caso de los públicos, la resolución mencionada establece puntillosamente el modus operandi al que deben ajustarse, fijando –en todos los casos- inclusive los derechos que tienen dichos sujetos.

No es el lugar para hacer un análisis de dicha normativa, solo cabe mencionar que, a los fines del tema planteado, dichas instituciones son catalogadas como “no sanatoriales”, sino de alojamiento, de residencia del adulto mayor, donde se preve que ingresen por propia decisión y se mantengan en iguales condiciones.

Lamentablemente, la realidad nos muestra un panorama absolutamente distinto y de aquí la preocupación que se intenta reflejar en estas líneas.

IV. La institucionalización y los derechos del adulto mayor

Usualmente el ingreso de una persona mayor a una “residencia geriátrica”, hace que genéricamente se la identifique como “institucionalizada”. Si bien es una palabra que no figura en el Diccionario de la lengua española, claramente tiene un sentido de “incorporación” a una institución determinada, de “pertenencia”, de “sujeción”, de “dependencia” a la misma.

Y ese contenido, no se aparta de la realidad. Por lo general, los relevamientos que se hacen desde distintas organizaciones, sobre este tipo de institución, abordan el punto de la voluntariedad en el ingreso del adulto mayor y de su permanencia en el lugar.

Esta cuestión, de alta significación en el marco del respeto de los derechos de las personas, generalizada en la práctica debido a la necesidad de atender los intereses de los otros actores involucrados –familiares, amigos que ingresan al adulto, exigencias organizativas de la institución, etc.–, antes que las del propio alojado, guarda estrecha vinculación con la naturaleza jurídica que le asignemos a este tipo de instituciones y con ello, el marco de derechos que le asisten al sujeto allí ingresado.

Precisamente esos intereses o necesidades institucionales, son los que imponen algunas “reglas” en la convivencia, siendo de destacar las que aún como vía de hecho, restringen o excluyen la libertad ambulatoria de la persona. Cuánto más, si se trata de adultos con sus capacidades síquicas deterioradas, sea por patologías mentales originarias o adquiridas fruto del encierro, el aislamiento y la soledad.

Partamos de la base que toda restricción impuesta a la libertad personal es violatoria de derechos constitucionales y por lo tanto, a priori, ilegal. Este calificativo se desvanece, en tanto concurra una causa legalmente ad-

⁷ Promulgada automáticamente el 04 de enero de 2012.

mitida en razón de responder a intereses superiores que justifiquen el cercenamiento de la autonomía personal.

La “institucionalización” de la persona mayor, en la medida que no sea voluntariamente aceptada en todo su transcurso temporal, constituye una restricción ilegítima de la libertad en la medida que le sea vedado o restringido el libre desplazamiento que supone el ingreso-egreso rutinario y cotidiano de la institución.

Así lo han reconocido también nuestros Tribunales en varios fallos. Solo para ejemplificar, baste reparar en un fallo de la Sala M de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, que data del año 1996, donde el Tribunal en oportunidad de conocer un reclamo por daños y perjuicios contra un geriátrico, incoado por el hijo de un alojado que habría sufrido un accidente mortal en circunstancias que saliera de la institución, sostuvo con relación al estatus del damnificado –y parafraseando otro fallo que cita;

“...el señor.....no era un paciente ni un enfermo, sino un anciano que con los achaques propios de su edad, estaba en condiciones de mantener los atributos de su libertad ambulatoria. Una interpretación distinta de esta cláusula importaría consagrar, para una persona no incapacitada, una privación ilegítima de la libertad que no es tolerada por la Constitución Nacional, ni por las declaraciones Universal y Americana de los Derechos Humanos, de jerarquía constitucional....” (Santote, Marta Noemí c/Residencia San Julián y otros s/daños y perjuicios-Sala M-CNApel. Civil- 18.03.96- elDial –AFFB1).

Y en materia penal, el criterio ha sido el mismo. Así, podemos leer que:

“...los internados en residencias geriátricas, no sufren por ello reducción en sus derechos individuales por lo que no es justo que experimente restricción de ningún tipo, pues no existen incapacidades dispuestas

por médicos ni familiares y si lo pretendieren, su actitud es contraria a la norma del art. 140 del Código Civil, pudiendo asimismo hasta llegar a constituir el supuesto de privación ilegítima de la libertad. O sea, que la incapacidad y la internación necesitan siempre e inexcusablemente, orden judicial” (Tribunal Oral en lo Criminal Nº 14-03.12.09- “S.A.C. y otra s/privación ilegal de la libertad- EDFA On Line)

Todo lo dicho, no quita que se instauren ciertas pautas convivenciales, máxime cuando se trata de organizar a grandes grupos, pero ellas deben siempre dejar a salvo el derecho de la persona de disponer sobre su propio y personal desplazamiento, en tanto y en cuanto no existan causas que –partiendo de la propia necesidad existencial del sujeto alojado- requieran una medida limitativa.

Esta situación fáctica se suele ver con bastante regularidad en los “geriátricos” privado. En los públicos de la Ciudad de Buenos Aires o de la Provincia de Buenos Aires, por el contrario, el derecho a “entrar y salir libremente del Centro Residencial” está expresamente consagrado en la reglamentación vigente (ver Resolución Nº 7-SSTED/08 ya citada), con lo cual el escenario es totalmente opuesto en este sentido.

Pero volviendo al punto anterior, el enfoque de este dato de la realidad se agrava cuando estamos en presencia de personas dependientes mentales, sea por decrepitud propia de la edad o por patologías específicas. Desde lo médico asistencial, suelen estar bajo el control en el mejor de los casos, de algún profesional siquiatra de la institución o de la respectiva Obra Social o medicina prepaga; pero desde el punto de vista del plexo de derechos que supone su condición de persona jurídicamente capaz –en principio-, termina ubicándose fuera del sistema de protección.

No podemos dejar de advertir que, además del decaimiento normal de la senectud, cuando las patolo-

gías mentales se cronifican, las instituciones reconocidas como de “internación psiquiátricas” no mantienen a sus “pacientes” y los suelen derivar a “geronto-psiquiátricos”.

Para hacer una muy escueta síntesis entonces de la operatoria de estas instituciones en lo que atañe al planteo de autos, tenemos que el sujeto que ingresa, lo hace por lo general, con escasa comprensión de la situación, llevado por familiares o amigos quienes por lo general, son los que no solamente prestan conformidad para el ingreso, sino que suelen dejar “directivas” respecto de ciertos aspectos de la vida del alojado –salidas, visitas, llamadas telefónicas, etc.–, por “seguridad de los residentes”, viven encerrados hasta con rejas a veces en las ventanas.

Allí, pierden no solo la administración del patrimonio que tuviere –muchas veces ingresan habiendo otorgado previamente poderes a familiares o conocidos–, sino su propia dignidad, su identidad, pasar a ser “objetos” a cuidar.

V. El meollo del problema jurídico

En circunstancias normales, una persona debilitada síquicamente, con su autonomía restringida por causa de afección de su aptitud mental, sea orgánica o funcional, encuadra en el grupo de “discapacitada” con el alcance que da a este estatus, tanto la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”⁸ (art. 1º, segundo párrafo), así como la Ley 26657 de Salud Mental, vigente en todo el territorio nacional, estaría comprendida en el plexo de derechos y obligaciones a su respecto, que le asegura la antedicha normativa.

El punto está en el caso de los adultos deficitarios mentales alojados en “residencias geriátricas”, que en general, al ser consideradas estas instituciones, lugares

de “residencia”, de “alojamiento”, no de “internación”, a pesar que se les llegue a eliminar a veces, sus libertades ambulatorias aún, subrepticamente, no se les aplica la normativa vinculada a las “internaciones” psiquiátricas y, en consecuencia, tampoco los derechos y garantías reconocidos a quienes están privados por tal causa, de su plena libertad.

La circunstancia de que estas instituciones sean asimiladas a un “hospedaje” con connotaciones de domicilio permanente del sujeto, a quien se le prestan servicios complementarios –entre ellos, de atención psiquiátrica– hace que queden excluidas –como dijera en el párrafo anterior– de la aplicación de la normativa vinculada al resguardo jurídico de quien tiene limitadas sus capacidades síquicas y resultan jurídicamente vulnerables.

De hecho, frente a estas situaciones de dependencia mental, no existe obligación alguna de encuadrarse dentro de la nueva ley de salud mental, con todo lo que ello implica desde el punto de vista médico asistencial y jurídico.

Esto determina que, el anciano deficitario mental que es “alojado” en una “residencia geriátrica”, pase absolutamente inadvertido para el sistema de protección de sus derechos y quede a la merced de terceros que –desde un punto de vista jurídico– pasan a tomar un rol de “depositarios” de seres dejados a su guarda y conservación.

Esta es una problemática, que no ha pasado inadvertida a la justicia de familia. Así, en oportunidad de posicionamientos dispares esgrimidos en torno de la designación del abogado previsto por el art. 22 de la Ley 26657, por la Defensora Pública de Menores e Incapaces de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y del Trabajo Nº 5 y el Curador Público actuante en autos⁹, respecto de

8 Aprobada por Ley 26378, sancionada el 21 de mayo de 2008 y promulgada el 8 de junio del mismo año.

9 Expediente Nº 26662/07: “Di Pascuale, Ana María s/Inhabilitación” – Juzgado nacional de Primera Instancia Nº 8

una persona alojada en un Hogar de Ancianos, la Defensora General de la Nación dispuso que:

“...para justificar la intervención prevista en el art. 22 de la Ley Nacional de Salud Mental, en supuestos vinculados a una persona que no hubiera sido declarada incapaz y alojada en un establecimiento que presenta condiciones residenciales, deberá determinarse, en el caso concreto, si la internación corresponde a la realización de un tratamiento psiquiátrico y si fue dispuesta con su consentimiento...”¹⁰

Demás estar decir, que los parámetros que toma esta resolución –la necesidad de someterse a un tratamiento psiquiátrico como causa de ingreso o permanencia y la presencia o no de consentimiento- muy lejos está de ser realista.

De hecho, la finalidad de los geriátricos, no es la de dar tratamientos psiquiátricos y por otra parte, el eventual consentimiento que puede prestar el ingresante no solo no admite posterior revisión, sino que además, está enmarcado en una problemática social, familiar, personal que pone en duda la real comprensión del hecho. No podemos dejar de destacar, que en la mayoría de los casos, ingresan engañados y luego al ser despojados de toda pertenencia material y afectiva, están absolutamente impedidos de retomar sus derechos.

VI. Conclusión

El dato de la realidad nos tiene que mover a la reflexión. Todo ser humano aspira a la longevidad, pero también a una buena calidad de vida. Lo que vemos y hacemos hoy con nuestros mayores, es un espejo de lo que podemos padecer mañana cada uno de nosotros. Aún visto el problema desde un ángulo egoísta, no

podemos perder la oportunidad de invertir en nuestro propio futuro.

La situación del alojado padeciente mental, en un geriátrico –cuente o no con un equipo regular, permanente de siquiátras- debe ser enfocado como una “internación”, voluntaria o involuntaria según sea la verdadera comprensión que pueda tener el individuo de su situación de vulnerabilidad y residencia en la institución.

Pero cualquiera sea el caso, debe trabajarse sobre la base de la legislación vigente en materia de salud mental, con el debido control judicial, habilitando así las distintas instancias y recursos que permitan una efectiva tutela de sus derechos, de modo de respetar al máximo su autonomía personal.

Es éste un desafío más que importante para el Poder Judicial en sus distintas esferas de actuación y al Ministerio Tutelar, principalmente en tanto su actuación cabe interpretarla en un sentido amplio, comprensivo de todo padeciente mental que resulte vulnerado en sus derechos fundamentales.

VII. Bibliografía

Savery, Reinalda Beatriz – *“La soledad de las personas mayores institucionalizadas”* –Revista Argentina de Alzheimer y otros Trastornos Cognitivos – Nº 10-Año 2010:49

Investigación sobre *“Exclusión social de discapacitados físicos y mentales dependientes institucionalizados en América Latina y el Caribe”* – Trabajo realizado en Argentina (Fundación ISALUD), Chile (Universidad Católica de Chile) y Uruguay (Universidad Católica de Uruguay) con el aporte del BID y de la OPS. Se puede consultar un resumen de la misma en la publicación de la Universidad ISALUD de Junio de 2008.

“Los ancianos en riesgo por irregularidades en gería-

¹⁰ Resolución DGN Nº 1408/11 del 04 de noviembre de dicho año.

tricos" nota periodística de Mauro Federico publicada en "Crítica de la Argentina", en su edición del 05.04.10 sobre los resultados de una auditoría realizada por la Auditoría

General de la Nación sobre los establecimientos contratados por PAMI.

Criterios de actuación relevantes establecidos por la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas

Gustavo González Hardoy (*)

* Abogado. Especialista en Administración de Justicia con orientación en Derecho Penal. Secretario General de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Autor de publicaciones relativas con la gestión judicial.

I. Introducción

En primer lugar quiero desear un muy feliz aniversario al Centro de Formación Judicial a través de todos sus funcionarios y empleados integrantes y a aquellos que alguna vez se desempeñaron en esa dependencia del Consejo de la Magistratura. Segundo, agradecer a los Dres. Eduardo Molina Quiroga y Carlos Parise por la oportunidad que brindan de expresar sin reparos opiniones con motivo de la festividad señalada.

El Centro de Formación Judicial de la CABA siempre se caracterizó por la difusión de las ideas, siendo un foro de discusión sana del Derecho. Además fijó como objetivo la permanente capacitación en diferentes niveles y de manera abierta para el personal, para los funcionarios y para los magistrados de cualquier ámbito. En ese orden y aprovechando los años de experiencia en el fuero penal, contravencional y de faltas desde sus inicios, es mi intención (con las limitaciones del caso) dar a conocer una serie de criterios de actuación fijados por el máximo tribunal ordinario judicial, es decir, por la Cámara de Apelaciones.

II. Breve Reseña

2.1. Período 1998 - 2003

La reforma constitucional de 1994 introdujo nuevas características institucionales a la Ciudad de Buenos Aires.

El artículo 129 de la Carta Magna Nacional establece el régimen de gobierno autónomo de la Ciudad con facultades propias de legislación y jurisdicción. De esa manera la competencia legislativa del Congreso de la Nación en la Ciudad de Buenos Aires cesó el 26 de octubre de 1997 cuando se constituyeron los poderes surgidos del régimen autonómico, conforme lo prevé la disposición transitoria decimoquinta de la Constitución Nacional.

Luego, en ese marco, se dictó el Estatuto Organizativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, denominado Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que, destinó su Título Quinto al Poder Judicial.

Lo novedoso de la estructura del Poder Judicial de la Ciudad es que está integrado por el Tribunal Superior de Justicia, el Consejo de la Magistratura, los demás Tribunales y el Ministerio Público.

Entre los fueros ya establecidos se encuentra el Contravencional y de Faltas que en el año 2008 modificó su denominación al incorporar -a través de convenios de transferencias de competencias aprobados por leyes de la Nación y de la Ciudad- los delitos que más abajo se mencionarán, conformándose el Fuero Penal, Contravencional y de Faltas.

Los edictos policiales constituyeron la legislación Contravencional de la Ciudad durante casi todo el siglo XX pese a que fueron declarados inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo del 17 de Mayo de 1957 en los autos "Mouviel, Raúl Oscar y otros s/desordenes, Art. Nº 1 inc. c)". Luego, sin embargo, el Congreso de la Nación siguió atribuyendo competencia a la Ciudad hasta que se constituyó la Legislatura porteña. Se estableció así, que la primera legislatura sancionaría, dentro de los tres meses de constituida, un Código Contravencional que contuviera las disposiciones de fondo en la materia sustitutivas de los edictos de policía y las normas de procedimiento necesarias para el funcionamiento del fuero. Sin embargo, ello recién ocurrió en marzo de 1998.

La Constitución de la Ciudad de 1996 encomendó al Jefe de Gobierno el cese inmediato del enjuiciamiento de los edictos de policía por parte del jefe de la Policía Federal, diseñando una reforma progresiva que comprendía la designación de jueces contravencionales en comisión.

El Fuero se puso en funcionamiento con magistrados en comisión a comienzos de 1998 obligado por la manda constitucional.

El artículo 36 de la Ley Nº 7 establecía que la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas estaría integrada por doce (12) jueces funcionando en cuatro (4) salas de tres (3) miembros cada una.

Mediante el Acuerdo Nº 1 de fecha 16 de marzo de 1998 se conformó una única Sala en virtud de la designación de los Dres. Teresita S. Robledo y Carlos A. Ventureira efectuadas por el Decreto Nº 268 del Jefe de Gobierno de la Ciudad de fecha 13 de marzo de 1998.

En noviembre de ese mismo año, mediante el Decreto Nº 2.338 se designó a los Dres. Raúl Agustín Desanti y Alberto Oscar Lucangioli, y mediante la Acordada Nº 43 se puso en funcionamiento otra Sala.

Dado que cada sala estaba constituida por un número par de magistrados, en caso de empate o de ausencia de alguno de ellos, la sala se integraba con un juez de la otra, en forma sucesiva y alternada.

En esa oportunidad también se adjudicaron los Juzgados del Nº 1 al Nº 4 a los Jueces, Dres. Germán Camps, Carlos Bentolila, Marcelo Vázquez y Graciela Dalmas, respectivamente.

En el año 2004, la cantidad de Juzgados ascendió a veintidós (22); en el año 2005, a veinticuatro (24) y finalmente, en el año 2007, a treinta y un (31) Juzgados.

La constitución del Fuero Contravencional y de Faltas importó el cese de la Justicia Municipal de Faltas creada por la Ley Nº 19.987.

En la primera etapa, tanto la sede del Tribunal como de los Juzgados de Primera Instancia funcionaron en el edificio del ex Tribunal de Faltas sito en Carlos Pellegrini Nº 211.

En el mes de julio de 1999 las dependencias jurisdiccionales fueron trasladadas al edificio de la Avenida Leandro. N. Alem Nº 684, actual sede del Consejo de la Magistratura de la Ciudad.

Cabe agregar que todas las designaciones de magistrados, funcionarios y empleados en ese momento fueron realizadas en forma provisoria, sujetas a los concursos públicos de antecedentes y oposición.

2.2. Período 2004 - 2011

A fines del año 2003, en noviembre, se cumplieron los mecanismos constitucionales de designación, y se renovó la integración original de la Cámara de Apelaciones.

Se constituyeron dos (2) salas de tres (3) jueces cada una y mediante la Acordada Nº 1/2003 de fecha 28 de noviembre de 2003, se designaron las respectivas autoridades: Sala I: integrada por el Dr. Marcelo Vázquez (Presidente de la Cámara), el Dr. José Sáez Capel (Presidente de Sala I) y la Dra. Elizabeth Marum (Vicepresidente Sala I) y Sala II: integrada por la Dra. Marcela De Langhe (Vicepresidente de la Cámara), el Dr. Pablo Bacigalupo (Presidente Sala II) y el Dr. Fernando Bosch (Vicepresidente Sala II).

La nueva conformación del Tribunal adoptó un perfil diferente de trabajo y dispuso, entre otras cuestiones: la numeración única de expedientes y su reinicio en cada año; la organización del cuadro de turnos quincenal de los Juzgados; la incorporación de la jurisprudencia de la Cámara en la Página Web del Tribunal Superior de Justicia; la solicitud de un software de ingreso de datos y gestión judicial; los criterios de asignación de causas a los Juzgados del Fuero; la aprobación de rubros estadísticos; etc.

En el año 2006 se conformó la Sala III integrada por

la Dra. Marta Paz, la Dra. Silvina Manes y el Dr. Jorge Franza.

Por último, a raíz de la reforma al artículo 36 de la Ley Nº 7 mediante la Ley Nº 3.318, en el año 2010 se integró el Tribunal con el décimo Juez de Cámara, el Dr. Sergio Delgado.

Las autoridades de la Cámara de Apelaciones conforme la Acordada Nº 4/2010, y la Resolución CM Nº 151/2011 se designan según un procedimiento específico que se halla plasmado en el art. 1 del Reglamento Interno del Fuero

3. Legislación

El Poder Ejecutivo local, en el mes de marzo del año 1998, promulgó tanto el Código Contravencional (Ley Nº 10) como la Ley de Procedimientos en la materia (Ley Nº 12 y modificatorias Leyes Nº 4.101 y Nº 4.023).

La Ciudad - a través de la Ley Nº 597 sancionada en el año 2001 - y el Congreso de la Nación -por Ley Nº 25.752 del mes de julio de 2003- aprobaron el Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad.

Este convenio comprendió los hechos de tenencia y portación de armas de uso civil y su suministro a quien no fuera legítimo usuario, sancionados en el artículo 42 bis de la Ley Nº 20.429 y en los artículos 189 bis, 3er. párrafo y 189 ter. del Código Penal - todos según Ley Nº 25.086 - y en los artículos 3º, 4º y 38º de la Ley Nº 24.192, cometidos en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires, que serán investigados por el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires y juzgados por sus Jueces competentes, conforme a los procedimientos establecidos por la Ley Nº 12 de la Ciudad de Buenos Aires, y hasta tanto se dicten las normas procesales de la Ciudad, con aplicación supletoria del Código Procesal Penal de la Nación en todo lo que no se encuentre ex-

presamente previsto en aquella ley.

En el año 2004, a través de la Ley Nº 1.472 se aprobó el nuevo Código Contravencional. (conf. Ley Nº 4.034 del año 2011 – Ver Anexo 11). Mientras tanto, en materia penal se aplicó supletoriamente el Código Procesal Penal de la Nación hasta que en el mes de abril de 2007 se promulgó el Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires (Ley Nº 2.303).

En materia de faltas la legislación de fondo, a partir del año 2000, es la Ley Nº 451 está constituida por sus modificatorias, en tanto el procedimiento está regulado por la Ley Nº 1.217 del año 2003.

En el mes de marzo de 2008 se sancionó la Ley Nº 26.357 que aprobó el Segundo Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad firmado el 1 de junio de 2004.

En este convenio se estableció que serán investigados y juzgados por el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, los siguientes delitos: Lesiones en riña (artículos 95 y 96 del Código Penal); Abandono de personas (artículos 106 y 107 del Código Penal); Omisión de auxilio (artículo 108 del Código Penal); Exhibiciones obscenas (artículos 128 y 129 del Código Penal); Matrimonios ilegales (artículos 134 a 137 del Código Penal); Amenazas (artículo 149 bis primer párrafo, del Código Penal); Violación de domicilio (artículo 150 del Código Penal); Usurpación (artículo 181 del Código Penal); Daños (artículos 183 y 184 del Código Penal); Ejercicio ilegal de la medicina (artículo 208 del Código Penal); Delitos tipificados en las Leyes Nº 13.944 sobre el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, Nº 14.346 de protección de los animales contra actos de crueldad; y artículo 3º de la Ley Nº 23.592 que penaliza actos discriminatorios.

En el avance, que nutre la autonomía constitu-

cional de esta Ciudad, durante el año 2009 los Senadores Daniel Filmus y Miguel Ángel Pichetto presentaron un proyecto de nueva transferencia de competencias penales, aprobado por la Ley N° 26.702, que incluye los siguientes delitos: Lesiones (artículos 89 al 94 del Código Penal); Duelo (artículos 97 al 103 del Código Penal); Abuso de armas (artículos 104 y 105 del Código Penal); Violación de domicilio (Título V, Capítulo II, artículos 150 al 152 del Código Penal). Expresamente en el supuesto del artículo 151 siempre que al hecho lo cometiere un funcionario público o agente de la autoridad de la Ciudad de Buenos Aires; Incendio y otros estragos (artículos 186 al 189 del Código Penal); Impedimento u obstrucción de contacto, tipificado por Ley N° 24.270; Penalización de Actos Discriminatorios, conforme lo dispuesto en la Ley N° 23.592; Delitos y Contravenciones en el Deporte y en Espectáculos Deportivos, conforme lo dispuesto en las Leyes N° 20.655 y N° 23.184 según la redacción de la Ley N° 24.192, en los aspectos que resulten aplicables a la jurisdicción local; Delitos contra la Administración Pública, ocurridos exclusivamente en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuando se tratare de actos cometidos por sus funcionarios públicos, o contra sus funcionarios públicos, que atenten contra el funcionamiento de sus poderes públicos u ocurran en el marco de un proceso judicial que tramite ante los tribunales locales: a) Atentado y resistencia contra la autoridad (artículos 237, 238, 239, 240, 241, 242 y 243 del Código Penal), b) Falsa denuncia (artículo 245, Código Penal), c) Usurpación de autoridad, títulos u honores (artículos 246 incisos 1., 2. y 3., y 247 del Código Penal), d) Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos (artículos 248, 248 bis, 249, 250, 251, 252 1° párrafo y 253 del Código Penal), e) Violación de sellos y documentos (artículos 254 y 255 del Código Penal), f) Cohecho y tráfico de influencias (artículos 256, 256 bis, 257, 258, 258 bis y 259 del Código Penal), g) Malversación de caudales públicos (artículos

260 al 264 del Código Penal), h) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (artículo 265 del Código Penal), i) Exacciones ilegales (artículos 266 al 268 del Código Penal), j) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (artículos 268 (1), 268 (2) y 268 (3) del Código Penal según Ley N° 25.188), k) Prevaricato (artículos 269 al 272, del Código Penal), l) Denegación y retardo de justicia (artículos 273 y 274 del Código Penal), m) Falso testimonio (artículos 275 y 276 del Código Penal), n) Evasión y quebrantamiento de pena (artículos 280, 281 y 281 bis del Código Penal); Delitos contra la fe pública, siempre que se trate de instrumentos emitidos por la Ciudad de Buenos Aires, o cuya competencia para emitirlos sea de la Ciudad: a) Falsificación de sellos, timbres y marcas (artículos 288, 289 inciso 1., 290 y 291 del Código Penal), b) Falsificación de documentos (artículos 292 al 298 del Código Penal); Delitos vinculados a materia de competencia pública local: a) Delitos de los funcionarios públicos contra la libertad individual (artículos 143 al 144 quinto del Código Penal), siempre que fuera cometido por un miembro de los poderes públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, b) Delitos contra la libertad de trabajo y asociación (artículos 158 y 159 del Código Penal), c) Estafa procesal (artículo 172 del Código Penal), acaecida en procesos judiciales tramitados ante los tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, d) Estafa (artículo 174 inciso 5 del Código Penal), siempre que el hecho se cometiere contra la Administración Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, e) Delitos contra la seguridad del tránsito y del transporte (artículo 193 bis del Código Penal y Ley N° 24.449), f) Desarmado de autos sin autorización, conforme lo prescripto en el artículo 13 de la Ley N° 25.761, g) Profilaxis en relación a los delitos tipificados por la Ley N° 12.331, h) Estupefacientes, con ajuste a lo previsto en el artículo 34 de la Ley N° 23.737 conforme la redacción de la Ley N° 26.052 (artículos 5° incisos c), e) y párrafos penúltimo y último, 14 y 29 de la Ley N° 23.737), i) Suministro infiel e irregular

de medicamentos (artículos 204, 204 bis, 204 ter y 204 quater del Código Penal).

La Ley Nº 26.735, publicada en Boletín Oficial del 28/12/2011, introdujo modificaciones en el régimen penal tributario, regulado por la Ley Nº 24.769. La primera de ellas regulaba como delitos penales tributarios, una serie de conductas en perjuicio de la percepción de tributos nacionales o indebidos desvíos de subsidios del fisco nacional, exclusivamente.

El texto modificado considera también delito penal tributario a las conductas en perjuicio de los fiscos locales. El aspecto que nos interesa principalmente, es que cuando la víctima fueren los fiscos locales, no debería intervenir la jurisdicción federal en las provincias, ni la nacional en la Ciudad de Buenos Aires.

Por ello, la nueva redacción el artículo 22º reconoce la jurisdicción de los tribunales locales (provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) para la persecución de los delitos tributarios propios de las respectivas jurisdicciones, y no los nacionales. Obviamente, se conserva la jurisdicción nacional para los impuestos nacionales en la Ciudad de Buenos Aires, y de la justicia federal para los mismos impuestos nacionales, en las provincias según donde corresponda radicar la causa.

El anterior texto del Artículo Nº 22 decía: "La aplicación de esta ley en el ámbito de la Capital Federal será de competencia de la Justicia Nacional en lo Penal Económica; en el interior del país será competente la Justicia Federal."

El actual Artículo Nº 22 expresa: "ARTÍCULO 22.- Respecto de los tributos nacionales para la aplicación de la presente ley en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, será competente la justicia nacional en lo penal tributario, manteniéndose la competencia del fuero en lo penal económico en las causas que se en-

cuentren en trámite ante el mismo. En lo que respecta a las restantes jurisdicciones del país será competente la justicia federal. Respecto de los tributos locales, serán competentes los respectivos jueces provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires."

Criterios de Actuación:

En este acápite se señalarán algunas Acordadas por medio de las cuales se adoptaron decisiones que luego fueron incluidas en el Reglamento para la Jurisdicción Penal Contravencional y de Faltas (en adelante Reglamento Interno del Fuero-RIF)

REGISTRO DE ARMAS: estableció la obligatoriedad de contar con un libro de registro de armas, y en el futuro, salvo petición expresa, no deberán ser remitidas a la Cámara junto con las actuaciones que motiven la intervención. (Contenido del artículo 24 del RIF).

PROTOCOLIZACIÓN DE SENTENCIAS DE CÁMARA: quedó plasmado, con las modificaciones introducidas por la Acordada Nº 13/05, en los Artículos Nº 40, Nº 18.5 y Nº 24 del RIF.

NUMERACIÓN ÚNICA DE EXPEDIENTES - ACORDADA Nº 5/2004: que ingresan al Fuero independientemente de la materia que se traten establecida en el Artículo Nº 23 del Reglamento Interno Fuero.

CARÁTULAS PARA LOS EXPEDIENTES - ACORDADA Nº 7/2004: Diseñó un nuevo modelo de plasmado en el Artículo Nº 23 del RIF.

REQUISITOS PARA ELEVAR UNA CAUSA A CÁMARA - ACORDADA Nº 10/2004 Así, la falta de los sellos aclaratorios de los magistrados y funcionarios intervinientes y la omisión o incorrecta foliatura de las actuaciones, genera la devolución del expediente al Juzgado de origen para que los subsane con la consiguiente demora en el trámite. (Artículo Nº 51 del RIF).

CRITERIOS DE ASIGNACIÓN DE CAUSAS - ACORDADA Nº 11/2004 (conf. Anexo ACORDADA 21/2004 y mod. ACORDADA Nº 7/2008): En lo sustancial, la Cámara determina cuál es el Juez competente y se las remite para que éste disponga lo que estime corresponder según el estado de las actuaciones, dándole la debida intervención al Fiscal que por razones de turno deba ejercer la acción. Complementariamente en la ACORDADA Nº 7/2008 se decidió incorporar como pauta de asignación de causas a los Juzgados del Fuero, con motivo de las solicitudes autónomas realizadas a través de los órganos de la Administración, que serán adjudicadas entre los Juzgados que se encuentren de turno a la fecha de su ingreso al fuero con jurisdicción en el lugar donde se pretenda efectuar las medidas requeridas, considerando a cada pedido en forma autónoma sin perjuicio que el resultado de la diligencia luego derive en la formación de otra causa, la que a su vez será asignada según la materia. ACORDADA Nº 6/2006: Dispuso, por mayoría, mantener el criterio y el modo de realización de la asignación de causas a las Salas del Tribunal prevista en el Artículo Nº 12 del Reglamento Interno del Fuero. SORTEO DE MAGISTRADOS PARA JUICIO ORAL PENAL Y CONTRAVENCIONAL, ANTE EXCUSACIONES se dispuso que NO se remite la causa material, porque el sistema sortea automáticamente.

EXCUSACIONES - ACORDADA Nº 12/2004: que el Juez/a que se excuse, remitirá la causa a la Secretaría General de la Cámara para que mediante sorteo de práctica entre la totalidad de los Juzgados de Primera Instancia del Fuero desinsacule quien deberá intervenir excluyéndolo de los siguientes sorteos a los fines de la debida compensación (norma contenida en el Artículo Nº 47 RIF).

COMPENSACIÓN DE CAUSAS- ACORDADA Nº 18/2004: los casos de apartamiento de los Jueces según quedó contenido en el Artículo Nº 48 del Reglamento

Interno del Fuero.

EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN - ACORDADA Nº 19/2004: en las causas de índole penal elevadas a la Cámara por apelación de la sentencia, en las cuales queda vedada la intervención de los magistrados de la Cámara de Apelaciones que hubieren conocido previamente, sin importar las razones que generaron aquella intervención contenida en el Artículo Nº 16 del Reglamento Interno del Fuero. ACORDADA 1/2013: resulta aprobada por unanimidad la redacción del art. 16 RIF de la siguiente manera: "Como excepción al principio de prevención, en las causas contravencionales y penales elevadas por apelación de la sentencia queda vedada la intervención de los Magistrados que hubieren conocido en etapas anteriores, debiendo sortearse otra Sala".

CONFLICTOS DE COMPETENCIA POR TURNO - ACORDADA Nº 20/2004: determinó que todas aquellas cuestiones que se susciten por esa razón entre los Juzgados de Primera Instancia del Fuero serán resueltos por la Presidencia de la Cámara, conforme norma del Artículo Nº 4 del Reglamento Interno del Fuero. ADEMÁS VIA PRESIDENCIA DEL TRIBUNAL SE RESUELVEN LAS CUESTIONES POR CONEXIDAD Y DE COMPENSACION DE CAUSAS (ART. 4.9 RIF).

CUESTIÓN DE COMPETENCIA - ACORDADA Nº 1/2012 – ETAPA DE TRANSICIÓN: ".para las causas en materia contravencional en las que ya se haya establecido la audiencia del art. 45 del LPC continuará entendiendo el mismo.

SOLUCIÓN A CONFLICTOS DE COMPETENCIA- ACORDADAS Nº 3/2007 Y 4/2009: entre el fuero Penal Contravencional y de Faltas de la Ciudad y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional del Poder Judicial de la Nación, dado que hasta el momento no existe pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se recordó

a los señores Jueces la Acordada Nº 3/2007 en virtud de la cual se decidió que la cuestión de competencia sea dilucidada por el Superior del Fuero que previno. magistrado que la fijó. ...”

JUECES POR ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL (Artículo Nº 210 Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires): sorteo o asignación equitativa que efectúa la Secretaría General entre los jueces que intervendrán en aquellas causas elevadas a juicio, distintos a los que actuaron en la etapa instructora.

SISTEMA DE SUBROGANCIAS DE JUECES DE CÁMARA - ACORDADA Nº 21/2004, para los casos en que no se logre alcanzar mayoría en el acuerdo para fallar en las causas en conocimiento de una Sala del Tribunal, plasmado en el Artículo Nº 13 del Reglamento Interno del Fuero. ACORDADA 3/2012: en todas aquellas causas que entraran por primera vez al Tribunal, continuarán conociendo los mismos Jueces que tomaron intervención primigeniamente al momento de ingresar el expediente a la Sala sorteada y hasta la etapa procesal oportuna. Vale decir que la metodología se acordaba para causas originarias, es decir para aquellas que, a la fecha de la asignación en Secretaría General, no habían sido elevadas con antelación a la Alzada. ACORDADA 6/2013: el Presidente de la Cámara continuará interviniendo en las causas de su sala de origen en las cuales se ha dispuesto el pase a resolver de las actuaciones con anterioridad a su asunción como tal.

PROYECTO SUBROGANCIAS DE JUECES- ACORDADA Nº 1/2008: sistema rotativo de subrogancias temporales que asegure en forma equitativa y transparente la posibilidad de todos y cada uno de los jueces de desempeñar las suplencias mencionadas y que oportunamente se instrumente en la reglamentación pertinente.

APARTAMIENTO MAGISTRADOS - ACORDADA Nº 10/2005, la causa se envía a la Secretaría General para que,

mediante sorteo de práctica, desinsacule el nuevo Juzgado que intervendrá, debiendo remitir las actuaciones al señor/a Juez/a apartado para que tome razón de lo decidido y envíe las mismas al nuevo Juzgado a sus efectos.

HORARIO ATENCIÓN DE LA MESA DE ENTRADAS DE LA SECRETARÍA GENERAL - ACORDADA Nº 13/200 se recepcionarán causas, oficios y demás documentación desde las 9:00 horas hasta las 14:00 horas. Después de este horario sólo se recibirán las cuestiones que merezcan urgencia como causas con detenido, clausuras, secuestro de alimentos precederos cuando así corresponda, legajos administrativos con vehículo retenido, exhortos o allanamientos con fecha para su cumplimiento.

NOTIFICACIONES A LOS INTEGRANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL- ACORDADA Nº 21/2005 determinó la oportunidad y la modalidad de notificación personal.

REGISTRO DE FIRMAS DE MAGISTRADOS- ACORDADA Nº 24/2005 para efectuar diligencias en extraña jurisdicción.

RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY EN MATERIA PENAL- ACORDADA Nº 3/2006 “Cuando se interpusiere recurso de inaplicabilidad de ley en causas penales, se aplicará lo previsto en el art. 11 de la ley 24.050. El Presidente de la Sala lo elevará, sin más trámite, al pleno que decidirá sobre su procedencia. A tal fin, el Presidente de la Cámara convocará a acuerdo, en un plazo no mayor a diez días hábiles, en el que se resolverá exclusivamente sobre la admisibilidad del recurso votando en primer término los jueces de la Sala de origen y posteriormente los restantes miembros de la Cámara según el orden del sorteo a practicarse teniendo un plazo de tres (3) días para fundamentar sus votos. Las impugnaciones que eventualmente se deduzcan contra lo decidido por el pleno serán resueltas por el mismo órgano en la forma prevista en este artículo, actuando el Presidente de la Cá-

mara como juez de trámite. Si se concede el recurso de inaplicabilidad se seguirá el trámite previsto en los arts. 9 y 10 del Reglamento para la Jurisdicción. Una vez fijado el temario y previo a convocar al Acuerdo Plenario (art. 9 "in fine") se correrá traslado por el plazo de diez días al Fiscal ante la Cámara de Apelaciones para que emita el dictamen respectivo." (texto con anterioridad a la ley 2303)

DOBLE CONFORME- ACORDADA Nº 3/2008: Artículo Nº 290 CPPCABA: aplicación de la regla general disponiendo que las causas que ingresen a Cámara se adjudican en forma secuencial y alternativa de modo que resulte igualitaria entre las salas y por materia (conf. Acuerdo 2/2003 del 4/12/2003 y Artículo. 40.2 Reglamento Interno del Fuero). El recurso debe ser presentado directamente ante la sala que dictó el fallo.

RECURSO DE APELACIÓN – EFECTOS- ACORDADA Nº 4/2009: Artículo Nº 335 in fine del Código Procesal Penal de la Ciudad, se decidió, por unanimidad, a fin de asegurar el derecho de defensa en juicio, en el caso particular cuando los jueces de primera instancia dispongan la medida cautelar del Artículo Nº 335 in fine del mencionado Código y la misma sea apelada, que el recurso tiene efecto suspensivo.

PROYECTO REGLAMENTO INTERNO DEL FUERO- ACORDADAS Nº 2/2010 y N 4/2010 que recepta la reforma introducida por la Ley Nº 3.318.-

HABEAS CORPUS EN DÍAS Y HORAS INHÁBILES- JUZGADOS- ACORDADAS Nº 12/2004; 3/2006; 1/2008; y 4/2008: entenderán los magistrados que se encuentren de turno por 24 horas a contar desde las 9 horas por cada juzgado.

CONSULTA HABEAS CORPUS- ACORDADAS Nº 13/2004 Y 3/2006: "entenderá mensualmente -incluyendo sábados, domingos y feriados-, con exclusión de los periodos de receso judicial -que conocerá en ese su-

puesto la Sala de Feria- cada Sala del Tribunal en forma rotativa, comenzando la Sala I durante el mes en curso y así sucesivamente."

COMUNICACIÓN INMEDIATA DE UNA DETENCIÓN AL JUEZ DE TURNO- ACORDADA Nº 7/2004, encarar a las autoridades de prevención en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, que extremen los medios disponibles a fin de que, en los casos en que se proceda a la detención de alguna persona por hechos penales comprendidos en el convenio de transferencias de competencias, se practique por vía telefónica la inmediata comunicación al Juez Contravencional y de Faltas, al Fiscal en lo Contravencional y de Faltas y al Defensor Oficial en lo Contravencional y de Faltas en turno (conforme Artículo Nº 13 inciso 1 última parte de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires).

REGISTRO DE CONTRAVENCIONES

FORMULARIO DE ANTECEDENTES- ACORDADA Nº 7/2004: formato para comunicar al Registro de Contravenciones (Artículo Nº 83 de la Ley Nº 10) la incorporación de los antecedentes y, asimismo, el modelo de oficio para solicitar antecedentes en los términos del Artículo Nº 54 de la Ley Nº 12.

ELIMINACIÓN DE DATOS- ACORDADA Nº 9/2005: no se informará acerca de penas impuestas después de los cuatro años de su dictado, para lo cual se preverá un mecanismo de eliminación automática, con la salvedad de aquellas penas que superen ese término (Ley Nº 255 y Capítulo V del Código Contravencional, texto Ley Nº 1.472 y Artículo Nº 50 de la Ley Nº 1.472).

CONDENAS A PERSONAS DE EXISTENCIA IDEAL- ACORDADA Nº 12/2005: no existiría impedimento legal alguno para incorporar, eventualmente, en las planillas de datos aquellos antecedentes que surjan de sentencias condenatorias dictadas en su contra.

REGISTRO DE SUSPENSIÓN DE PROCESO A PRUEBA-: ACORDADA Nº 19/2005: registro diferenciado de aquellas sentencias que se remiten en los términos del Artículo Nº 76 ter del Código Penal para su debida información -conf. Artículo Nº 54 de la Ley Nº 12. "En materia Contravencional no será de aplicación la remisión al Registro de Contravenciones de las resoluciones que dispongan la suspensión del proceso a prueba".

ACCESO DIRECTO AL REGISTRO DE CONTRAVENCIONES- ACORDADA Nº 1/2009 Y 1/2010: por la Fiscalía General que se efectúe en cada causa en particular de la forma reglamentariamente prevista y habitual. Por los Secretarios de los Juzgados deberá ser autorizado por el Juez respectivo. Asimismo, por Resolución de Presidencia de Cámara, en el año 2012 se dispuso la Consulta al Registro de Contravenciones vía correo electrónico desde las Fiscalías del Fuero a la siguiente dirección: regjucont@jusbaire.gov.ar.-

ALOJAMIENTO DE CONTRAVENTORES- ACORDADAS Nros 1/2005; 5/2005; 9/2005; ACORDADA Nº 10/2005; 6/2006; 6/2007; 3/2008; 1/2010 con pena de arresto, se efectivizará en la calle Viamonte Nº 1155, hasta tanto la Ciudad cuente con un centro propio. Asimismo dispuso que "a partir del día 24 de mayo de 2008 los condenados en materia Contravencional con penas de arresto deberán ser alojados en la Unidad 18 del SPF." Los internos a disposición de este fuero sean mantenidos en esa unidad salvo que ellos soliciten lo contrario. Este criterio fue sustentado por el Tribunal, en las Acordadas Nº 10/2005, Nº 6/2006 y Nº 6/2007

SECRETARIA DE EJECUCION - REGLAMENTO - ACORDADAS Nº 21/2005; 1/2009; 6/2010; 7/2010: Siendo que la ejecución de las sentencias se encuentra legalmente bajo la órbita de los jueces, cuando se susciten cuestiones que excedan del marco reglamentario vigente de la Oficina Común de Coordinación y Seguimiento

de Ejecución de Sanciones deberá remitir los actuados en consulta a la Presidencia de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas. La Secretaria Judicial tiene como función reglamentaria la ejecución de las resoluciones dictadas por los jueces al conceder la suspensión del proceso a prueba sin perjuicio de la facultad de control que el Artículo Nº 311 del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires, le otorga al Ministerio Público Fiscal. ACORDADA Nº 3/2011: Es el Juez, además en su carácter de Juez de Ejecución, el único quien debe establecer cuáles o bajo que condiciones habrá de enviar a la Secretaría de Ejecuciones los elementos necesarios para iniciar el cumplimiento de la sentencia.

GESTIÓN JUDICIAL – MEDIOS INFORMATICOS - OBLIGATORIEDAD: ACORDADAS Nº 6/2004, 2/2005; 1/2005; 7/2005; 4/2006; 2/2007; 3/2008; 7/2008; 1/2009; 4/2009; 7/2010; 8/2010 (ESCANEO DE EXPEDIENTES-DIGITALIZACIÓN DE CAUSAS)

COMISIÓN DE IMPLEMENTACIÓN DEL JusCABA (ACORDADA Nº 10/2005)

COMISIÓN para la redacción de la CARTA COMPROMISO CON EL CIUDADANO (2006/2007) (ver Anexo 8 parte pertinente)

COMISIÓN DE GESTIÓN JUDICIAL, constituida en la órbita de la Cámara. Se ofició a todos los Magistrados para que manifestaran el interés en la temática. (ACORDADA Nº 4/2008)

COMISIÓN DE SEGUIMIENTO Y MEJORA DEL JusCABA. (ACORDADA Nº 4/2011)

PUBLICIDAD A LAS ACORDADAS EN LA BIBLIOTECA - ACORDADA Nº 7/2010: PÁGINA WEB DE LA CÁMARA, se sugirió que por Secretaría se envíe a la Biblioteca del Edificio copia de las Acordadas del Tribunal y la creación de una página Web de la Cámara para la difusión de los actos propios del órgano jurisdiccional.

CONSULTA DE EJECUCIONES DE MULTAS POR EL GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES: se decidió el otorgamiento de una clave para la consulta en la Mesa de Entradas de la Cámara (Acordada Nº 4/ 2011).

NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA se estableció la obligatoriedad de la notificación electrónica a través del sistema JusCABA en el ámbito del Fuero Penal, Contravencional y de Faltas entre los Juzgados, la Cámara y sus Salas, la Secretaría General, el Registro de Contravenciones y la Secretaría de Ejecución, el lapso para la utilización simultánea de los dos sistemas para la capacitación y evaluación e instó al Consejo de la Magistratura a que dicte la resolución respectiva cuyo proyecto fue presentado en la Comisión de Seguimiento con las modificaciones efectuadas para su implementación.

ACORDADA Nº 2/2009 Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires Acordada Conjunta con el Ministerio Público Fiscal: "En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a los nueve días del mes de junio de dos mil nueve y siendo las 11:30 horas, se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces de Cámara: "Luego de un intercambio de opiniones los señores magistrados expresan: Con el dictado de la Ley 2303 que sancionó el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,.... Por lo expuesto entonces al inicio de la presente Acordada y en la inteligencia de que las premisas indicadas coadyuvarán, juntamente con las medidas que adoptará en similar sentido la Fiscalía General de la Ciudad, a un mejor desenvolvimiento de la tarea judicial, este Tribunal RESUELVE: 1) DESTACAR la conveniencia de consensuar criterios que contribuyan a mejorar el servicio de administración de justicia tal como se realiza mediante el dictado de esta Acordada y de la Resolución nº 149/RFG/2009 de la Fiscalía General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2) RECOMENDAR a los Sres. Jueces en lo Penal, Contravencional y de Faltas el cumplimiento de las pautas de actuación expuestas en la presente Acor-

data. 3) SOLICITAR al Consejo de la Magistratura se impulse con celeridad y con la participación de todos los actores del sistema judicial el análisis de las cuestiones atinentes a la implementación de un eficiente y seguro sistema de notificaciones por medios digitales y de su factibilidad a través del sistema Juscaba, como así también de nuevas tecnologías que coadyuven a un más eficaz servicio de administración de justicia. Líbrense los oficios que correspondan. Acto seguido se da lectura del presente Acuerdo."

ESTADISTICAS: ACORDADA Nº 2/2003: Se estableció la periodicidad trimestral de las estadísticas. ACORDADA Nº 12/2004: Se aprobaron los rubros estadísticos. ACORDADA Nº 18/2004: Se decidió remitir los datos al Consejo de la Magistratura.; ACORDADA Nº 25/2004: Se aprobaron los rubros estadísticos del Registro de Contravenciones. ACORDADA Nº 1/2005 Se dispuso INFORMAR AL REGISTRO DE CONTRAVENTORES, los pronunciamientos en materia penal a los efectos estadísticos, además de las comunicaciones de rigor al Registro de Reincidencia y Estadística Criminal. ACORDADA Nº 18/2005 Se decidió realizar estadísticas según sentencias del Tribunal.

OFICINA DE NOTIFICACIONES- RES CM Nº 44/2012 Creó la Oficina de Notificaciones dependiente de la Presidencia de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

MESAS DE ENTRADAS DE LOS JUZGADOS-RES CM ACORDADAS Nº 7/2005 Y 12/2005. Superintendencia funcional de las Mesas de Entradas de los Juzgados.

PLENARIOS RELEVANTES- PLENARIO Nº 3/2005 Convocatoria a Acuerdo Plenario: ¿Es disponible por las partes, en el marco de un acuerdo de juicio abreviado en los términos del art. 43 de la ley 12, la imposición o no de costas procesales, incluida la tasa de justicia?. Declarar que no es disponible por las partes, en el marco de un

acuerdo de juicio abreviado en los términos del art. 43 de la Ley 12, la imposición o no de costas procesales, incluida la tasa de justicia

ACORDADA Nº 7/2006: Convocatoria a Acuerdo Plenario: ¿Cuál es el plazo que rige para apelar resoluciones no definitivas en materia contravencional? con relación al plazo que rige para apelar resoluciones no definitivas en materia Contravencional. Los Dres. Silvina Andrea Manes y Jorge Atilio Franza votan en disidencia porque entienden que resultan inconstitucionales los fallos plenarios a nivel local en atención a la inexistencia de normas de la Legislatura en este sentido. Los señores Jueces: De Langhe, Marum, Paz, Bosch, Vázquez y Bacigalupo, en el sentido de que el plazo para apelar resoluciones no definitivas en materia contravencional es de cinco (5) días, votando en disidencia los Dres. Manes y Franza por entender que el plazo es de tres (3) días. -

ACORDADA 1/2014: ALCANCE ART. 2.1.3 del Código de faltas: sanciona al titular o responsable de “un local bailable o de un lugar cerrado al que concurra público, que permita el ingreso de una cantidad de personas superior a la capacidad autorizada en el permiso o habilitación otorgada por la autoridad competente...”.—Postura de la mayoría: el artículo mencionado configura un tipo infraccional abierto, y no es posible considerar que la norma se complemente únicamente con “el permiso o habilitación otorgada por autoridad competente” pues claramente en dicha disposición legal se hace referencia a la “capacidad autorizada de personas”, es decir, a la relación espacio-persona de acuerdo a lo establecido en el Código de Edificación.

La ética como herramienta de gestión estatal

Carolina González Rodríguez (*)

* Abogada (UBA). Master en Derecho Empresario (ESEADE). Doctoranda en Filosofía del Derecho (UBA). Investigadora adjunta Fundación Bases (Rosario, Santa Fe, Argentina) e Interactivity Foundation (Washington DC, USA).

I. Introducción

En el año 2009 recibí la invitación del Dr. Martin Krause a sucederlo en el dictado de un curso ofrecido por el Centro de Formación Judicial (CFJ) del Consejo de la Magistratura del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, sobre una temática por demás apasionante. Se trataba del “Curso de Ética para la Función Pública” que, desde entonces, me siento honrada de seguir siendo invitada a dictarlo una vez por año.

Si bien la temática no me era extraña, el hecho de relacionarse al ejercicio de la función pública la convertía en un desafío en tanto, como se lo advertí al Director del CFJ, Dr. Carlos María Parise, personalmente nunca había pasado por la función pública, y –por el contrario- siempre me desempeñé en el sector privado. No conocía al Estado “por dentro”, ni sabía si y cómo el ejercicio cotidiano en su seno podría presentar aristas que hicieran de la ética una necesidad mayor o diferente a la que –personalmente estimo- resulta imprescindible no sólo para el ejercicio profesional, sino para el ejercicio de la paternidad, de la fraternidad, de la vecindad, de la ciudadanía en general. Aun así tomé el desafío, el que rindió sus frutos al permitirme conocer a muchos funcionarios judiciales, quienes, salvo muy contadas excepciones, participaron activamente, trasluciendo un bagaje ético que sería deseable encontrar en las primeras líneas de los agentes y funcionarios públicos en todos los niveles: nacional, provincial y municipal.

En la primer parte de este breve ensayo se presenta una identificación de la función pública y se analizan sus características, de modo tal de identificar elementos particulares que la diferencien de la función privada, si las hubiera. En tal sentido, la Escuela de **Public Choice** (o de Pública Escogencia) plantea un análisis económico del ejercicio profesional en ese ámbito, del cual se desprende que –a diferencia de lo acontecido con

el sector privado- el cálculo costo/beneficio de determinadas decisiones es diferente a aquel realizado en el sector privado, por lo que se hará una muy esquemática presentación de los contenidos y conclusiones de esta escuela de pensamiento.

Ante esta superlativa herramienta epistemológica, es ineludible preguntarse cuáles son los motivos que orientan a un agente a accionar de modo correcto, mientras que otro –puesto en las mismas circunstancias deliberativas- opta por transitar el camino de la corrupción. La ética, habiendo sido estudiada y abarcada desde Aristóteles a la actualidad, brinda un marco conceptual dentro del cual podrían explorarse distintas respuestas.

En la segunda parte se realiza una identificación superficial de esta rama de la filosofía que es la ética, y se considera la eficiencia de la normativa vigente en la materia, teniendo en mente los sonados casos de corrupción de los últimos tiempos, representativos de una ética pública que colisiona de frente con aquella que sería deseable.

Finalmente, en la última parte se resumen los contenidos abordados y se presentan las conclusiones, abogando por un puntual posicionamiento en la materia.

II. La función pública

2.1. El medio en el cual tiene lugar: el Estado

Para Thomas Hobbs (2011), el Estado es la consecuencia directa de un acuerdo celebrado, en algún momento de la historia, por la humanidad toda, mediante el cual se crea el Leviathan: un ente supraindividual, con poderes prácticamente ilimitados los que, a la vista de Hobbes, resultaban imprescindibles para concretar una vida pacífica y viable. Un Leviathan que, en mérito a las facultades otorgadas y a las libertades resignadas a su

favor, pudiera sacar a los hombres del “estado de naturaleza” en el que se encontraban, y poner fin a la vida del hombre tal como se la conocía hasta entonces, “solitaria, pobre, desagradable y corta” (Hobbes, 2008:126). En la misma línea argumental, Jean Jacques Rousseau (2008), en “El Contrato Social” adhiere a la idea pivote de las ciencias políticas y sociales, y teoriza que el Estado no puede más que ser un producto del designio humano, voluntariamente creado con vistas a contener al hombre –eminentemente malo– de sus instintivas reacciones.

Tal como lo señala Oppenheimer (1926:3), Platon, Marx y Carey adhieren a la concepción filosófica del hombre esencialmente “lobo del hombre”, y en una simplificación que podría resultar grosera, justifican un Estado prácticamente todopoderoso, con facultades ilimitadas que gobernará sobre el más amplio espectro de la vida de los individuos en sociedad. En oposición a estas premisas, la denominada “Escuela de Manchester” adhiere a la concepción liberal que admite un Estado mínimo, restringido a una sola función de policía, temporal y provisorio, hasta tanto se lograra la utopía anarquista de sociedades sin gobiernos centrales.

Como también lo defiende Oppenheimer (1926:4) son tantas las “visiones variadas y conflictivas que es imposible tanto establecer un principio fijo, o formular un concepto satisfactorio de la real esencia del Estado”.

En todo caso, la historia reciente muestra la existencia de un Estado cada vez más fuerte y con una presencia constante y extendida a todos los aspectos de la vida, el que desde 1930 en adelante se configurado como un “Estado de bienestar”, abocado no sólo a las funciones de garantía de las libertades individuales, tal como se dispone en los instrumentos fundantes para Occidente como son el *Bill of Rights*, de la Constitución de los Estados Unidos, de 1689, y la Constitución de los Estados Unidos de América, de 1761. Este “Estado de

Bienestar” tiene funciones no sólo negativas, de arbitraje e intermediación en las relaciones de los individuos entre sí, sino que se arroga funciones positivas, empresariales y de provisión de bienes y servicios que –con anterioridad– quedaban sólo sujetas a los términos de intercambio entre las personas que conforman una determinada sociedad.

Sin perjuicio de fijar el año de 1930 (año en que tuvo lugar la crisis económica más severa de la historia moderna, en los Estados Unidos de América), la postura mayormente aceptada sostiene que el Estado de Bienestar se origina no como consecuencia de sistemas de industrialización y cambios en los sistemas de producción, sino como una consecuencia directa de mecanismos de construcción social voluntarios, devenidos de los movimientos de masas generados por los presuntos beneficiarios de las políticas sociales resultantes. Así, los “pobres”, las “masas” y las “clases trabajadoras explotadas” se canalizaron a través de sindicatos centralizados, los que lograron un status hegemónico en partidos políticos de bases socialistas-reformistas (Stephens, 1979).

2.2. Características particulares

El fundamento de esta tendencia hacia el Estado de Bienestar radica en el hecho de asumir como cierto e innegable que ante las fallas que el mercado –librado a su volátil comportamiento– presenta, resulta indispensable la existencia de una regulación centralizada que guíe las conductas permitidas y prohibidas de una sociedad.

La existencia del “dictador benevolente” (Salerno, 2002: 122) –una figura de organizador centralizado utilizada mayormente por los teóricos de las Ciencias Económicas clásicos y neo-clásicos– vendría, según esta convicción, a subsanar todos los problemas y desigualdades que el mercado libre presenta, orquestando medidas y políticas públicas que persiguieran el “bien co-

mún”, para lo cual un plantel de funcionarios, un ejército organizacional de burócratas, resulta imprescindible.

Las tareas se extienden y profundizan, tanto en cantidad como en minuciosidad, lo que resulta en la instauración de una burocracia que abarata costos de organización, uniformando procesos y haciéndolos automáticos, y que, excepto para el caso de puntuales posiciones de jerarquía, –a su vez- disminuye, si no elimina, la necesidad de características particulares o habilidades especiales en quienes llevan adelante las tareas.

Para Weber (1991) la burocracia importa (i) un sector jurisdiccional que debe ser organizado de acuerdo a una determinada jerarquía, delimitado por un juego de normas y reglas escritas que son las que lo invisten de legitimidad y legalidad; y (ii) un aspecto jerárquico, de subordinación y superioridad, que es fuerte y significativo. Existe, en este marco, juegos de poder propios que claramente discriminan la esfera de actividad organizacional del burócrata, por un lado, y la esfera de su vida privada, por el otro. Corolario ineludible de este esquema es que **“Los fondos y equipos públicos están separados de la propiedad privada del funcionario: Este factor condicionante es, en todos los casos, el resultado de un largo proceso”** (Weber, 1991:7).

2.3. El problema del Agente y el Principal. La función pública desde la perspectiva de la Escuela de *Public Choice*

En tanto el Estado se “profesionaliza”, se extiende y se afianza como un actor ineludible y estelar para la consideración de cualquier plan de vida por el cual se opte. La burocracia estatal resulta el instrumento, el mecanismo ejecutor de esa macro visión de las sociedades, dando origen a nuevos e inquietantes planteamientos.

Los funcionarios estatales se abocan, entonces, a la administración de recursos públicos, orientan sus es-

fuerzos a la concreción de tareas más o menos sofisticadas, y asumen la gestión de la “cosa pública” como una ocupación central, haciendo de ello su modo de vida y su actividad laboral prioritaria.

Esta realidad ha sido generalmente analizada desde una óptica dogmática en mérito a la cual los funcionarios y empleados del Estado son agentes del “bien común”, dedicados a la prestación de servicios para la comunidad.

Pero en 1962, James Buchanan (con la colaboración de Gordon Tullock) publica *“The calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy”*, obra con la que revoluciona a las ciencias sociales aproximando de manera vinculante, y con una metodología y epistemologías impecables, a las ciencias políticas con las ciencias económicas.

La premisa sostenida por esta escuela de pensamiento, amén de su sofisticada y precisa presentación, es bastante simple: si las decisiones racionales tomadas por los individuos en su accionar en el mercado es por naturaleza egoísta, ¿por qué los economistas (clásicos y neo-clásicos) asumen que su comportamiento, en ejercicio de las funciones dentro del Estado resultaría superior de ese “innato” egoísmo?. Dice Buchanan (Brennan, 1985)

“On the basis of elementary methodological principle it would seem that the same model of human behavior should be applied across different institutions or different sets of rules. The initial burden of proof must surely rest with anyone who proposes to introduce differing behavioral assumptions in different institutional settings. If, for example, different models of human behavior were used in economic (market) and political contexts, there would be no way of isolating the effects of changing the institutions from the effects of changing the behavioral assumptions. Hence, to insist that the ba-

sic behavioral model remain invariant over institutions is to do no more than apply the ceteris paribus device in focusing on the question at issue”

Particularmente, la Escuela del *Public Choice* desafió la consideración del Estado como un actor condescendiente, maximizador del bienestar social, planteando, por el contrario, que los individuos, las personas en sus roles de políticos, funcionarios y burócratas, tienden a priorizar sus propios fines e intereses por sobre los intereses de la generalidad a los que supuestamente representan. La teoría del Estado propuesta por esta escuela de pensamiento se aleja tajantemente de las aproximaciones dogmáticas y postula un entendimiento de la política –que junto con el mercado son los mecanismos de asignación de recursos y satisfacción de necesidades- tal cual es, y no tal cual debería ser.

Se propone, así, considerar a los funcionarios públicos como agentes representantes del interés del pueblo (principal o representado), y a ambos como actores interrelacionados por la búsqueda de soluciones a las cuestiones públicas o de la generalidad.

A partir de esta aproximación, se impone realizar un análisis del juego de incentivos que se desprenden de la regulación estatal, tanto para los funcionarios y empleados del Estado como para los ciudadanos. Tal como lo enseñó Friedrich Hayek, el problema con la prédica y la procuración del bien común, desde una óptica económica, es que en un escenario de recursos escasos, frente a necesidades infinitas, una distribución acertada y “justa” de los recursos existentes demanda un conocimiento pleno, absoluto y abarcativo de la totalidad de las existencias, así como de la totalidad de las necesidades a cubrir (Hayek, 1945).

Su aporte más significativo no sólo a las ciencias económicas sino a la totalidad de las ciencias sociales ha sido el llamado de atención sobre la información dispo-

nible, que resulta vinculante para una acertada y eficiente asignación de recursos. En tanto la misma será siempre –tanto por la naturaleza de las circunstancias como por las capacidades humanas- imperfecta, insuficiente y parcial, ningún individuo, ni grupo de individuos, ni ente centralizado podrá jamás contar con la absoluta totalidad de información necesaria como para disponer –regulatoriamente- la asignación de recursos (siempre escasos) a necesidades (siempre infinitas) de los administrados (Hayek, 1945), de manera acertada y con parámetros de eficiencia que resulten, asimismo, justos.

Además de la falta de información completa, en el caso del sector público, tal como lo grafica Buchanan (1962) la toma de decisiones colectivas conlleva además el problema de los incentivos en los agentes y oficiales públicos (Buchanan, 1962)

“A second and important reason why individuals may be expected to be somewhat less rational in collective than in private choices lies in the difference in the degree of responsibility for final decisions”.

En el caso de las decisiones colectivas, los individuos tenderán a un menor grado de responsabilidad por las consecuencias de las mismas, en tanto la colectividad permitirá la dilución y generará incentivos a la toma de decisiones menos racionales a las que se realizarían de manera individual.

Krause (2011:100) explica a la Escuela de *Public Choice* diciendo

“Uno de los primeros pasos fue cuestionar el supuesto del ‘gobernante benevolente’ que persigue el bien común; porque ¿cómo explicaba esto los numerosos casos en que los gobiernos implementan medidas que favorecen a unos pocos? O más aún, ¿cómo explicar entonces cuando los gobernantes aplican políticas que los favorecen a ellos mismos en detrimento de los vo-

tantes /contribuyentes?”

Asumiendo la inexistencia del doble estándar para los agentes del estado (su comportamiento egoísta en la vida privada, y desinteresada y altruista en la vida pública), vale admitir que –puesto un agente ante una situación deliberativa, en la que debería optar por perseguir su propio interés y el interés del principal al que representa, las opciones estarán dadas por el juego de incentivos, informaciones y valores éticos propios de cada uno de ellos, lo que –en conjunto- los llevaran a tomar la decisión final.

III. La ética como herramienta de alineación de intereses

3.1. ¿Qué se entiende por ética?

En su obra cúlspide, Mises (2007:15) dice:

“La acción humana es una conducta consciente, movilizadora de voluntad transformada en actuación, que pretende alcanzar precisos fines y objetivos; es una reacción consciente del ego ante los estímulos y las circunstancias del ambiente; es una reflexiva acomodación a aquella disposición del universo que está influyendo en la vida del sujeto.”

Esta definición importa una toma de posición clara *ab initio*: el hombre actúa en mérito a su razón, y a la libertad de opción entre distintas alternativas. El libre albedrío guía este entendimiento, y permite que el individuo elija qué camino tomar frente a las circunstancias que permanentemente se le presentan. A diferencia del determinismo, esta postura contiene una concepción del hombre que trae aparejada la consecuencia de asignar premios y castigos a las decisiones tomadas.

A partir de ahí, ellas serán reputadas como “bue-

nas” o “malas” dependiendo de una cantidad de factores que van desde lo individual hasta lo cultural, lo que también se ve impactado por las épocas históricas en las que los hechos consecuentes de las decisiones tomadas hubieran tenido lugar.

La ética es una rama de la filosofía que estudia los orígenes, los contenidos y las variaciones de la moralidad impresa en cada una de las acciones humanas. Su categorización dependerá de la vara utilizada para medirlas.

Pero, en todo caso, es necesario tener claro que la ética es una “ciencia práctica de carácter filosófico” (Rodríguez Luno, 2004 :18). Esto implica que, por ser ciencia, la ética presenta rasgos de uniformidad y orden en el saber, produciendo conclusiones universales sobre su forma y contenido. Al decir de Rodríguez Luno (2004: 19)

“La Ética, en cuanto es un saber ordenado y basado en el conocimiento de las causas, se distingue del conocimiento moral espontáneo que tiene cualquier hombre sin necesidad de razonamientos o pruebas científicas”

El problema que la ética plantea es, básicamente, cuándo una acción es “buena” o “mala”. Y este interrogante significa, a su vez, una serie de otros cuestionamientos tales cómo qué se entiende por bueno y malo, quiénes lo entienden así, cuándo tiene lugar ese entendimiento, entre otros.

Así, una “conducta ética” no significa, precisamente que sea una conducta correcta o deseable. Los códigos mafiosos, por ejemplo, reflejan conductas incorrectas o negativas, desde el punto de vista de la mayoría en Occidente. Sin embargo, es innegable que quienes componen a ese grupo adhieren, a través de sus conductas, a esa particular ética que impone un accionar en el sentido obligatorio y ceñido al conjunto de convicciones propias.

Pero el uso de la palabra “ética” se ha extendido

en un sentido positivo, otorgándosele un contenido de corrección y propiedad que sirve como vara de medición para todas las conductas.

3.2. La regulación positiva

Siguiendo a la Escuela de *Public Choice*, la corrupción tiene lugar cuando los intereses de los agentes no se encuentran alineados con los intereses del principal, o del representado; por lo que, al momento de actuar, de tomar una decisión, el interés propio del agente debe primar por sobre el interés del principal. No se cuestiona cuál de ellos ostenta el interés “más ético”, sino que es la decisión concreta de actuar en interés propio lo que se tilda de “incorrecta”, o “falta de ética”.

Partiendo de ese punto, al menos en Occidente, tal como lo demuestra la Recomendación de la OCDE (1998) la corrupción es vista como un mal, un desvalor social al cual hay que combatir con todas las armas disponibles.

Como sucede con gran parte de los males sufridos por la sociedad en su conjunto, existe la creencia que la primera y mejor manera de atacarlos es a través de la legislación positiva. La sanción de una ley imponiendo una conducta en un sentido dado, o reprochándola a través de la prohibición o la sanción, en el otro, resultan ser las más de las veces la única forma con la que son combatidos los males sociales.

Este caso no es diferente, y la legislación argentina en la materia se ha venido profundizando –en cantidad y extensión– de manera significativa desde al menos los últimos diez años.

3.2.1. La Ley 25188 de Ética Pública y el Decreto 41/99

La ley 25188 de Ética Pública y el decreto 41/99 que regula el Código de Ética en la Función Pública, son las normas troncales para los lineamientos de conduc-

ta exigidos a quienes ingresen a formar parte del sector público, tanto nacional como provincial y municipal. Estas normas están orientadas a imponer una determinada conducta ética a los empleados del sector público, con absoluta independencia del bagaje ético con el que arriben a la función pública el que, por tratarse de adultos, es muy marcado y determinante en la toma de decisiones que deban efectuar. Por lo que la “ética pública” puede –eventualmente– diferir de los contenidos éticos propios del agente.

En cuanto al Código de Ética (decreto 41/99), no difiere sustancialmente de los contenidos incluidos en la ley 25188, pero se adecúa a los lineamientos previstos por la OECD (1998) en cuanto a la oportunidad y conveniencia de contar con un detallado código que imponga puntuales obligaciones éticas a los miembros del sector público.

Lo llamativo de la ley 25.188 es que en su artículo 1º define qué debe entenderse por “función pública” siendo aquella “actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.

Y en el Artículo 2, inciso b), enumera, concretamente, cuáles son las conductas a las que los funcionarios públicos están obligados: honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana.

A lo largo de nueve incisos, el artículo 2 impone obligaciones de cuidado, de acción y de omisión claras y contundentes. De ellos, llama la atención el inciso c), en tanto refleja en el sistema de derecho positivo los preceptos vertidos por Buchanan y la Escuela de *Public Choice*, en cuanto obliga a los funcionarios públicos a “velar en todos sus actos por los interés del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, **privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular**” (el resaltado me pertenece).

Es decir, que de existir voluntad política, que es la necesaria para impulsar el *enforcement* de esta normativa, la mayoría de los casos de corrupción denunciados en sede judicial podrían contar con un pronunciamiento favorable a la reinstauración de la institucionalidad, con tan solo aplicar esta particular legislación positiva. Todos aquellos casos en los que se probara la divergencia entre el interés del principal (el Estado) y el particular de cada uno de los funcionarios corruptos, tendría como resultado indiscutible la sanción a éstos últimos.

3.2.2. Otra legislación

Además de estas normas fundamentales, la Oficina Anticorrupción, en su sitio web¹ da cuenta de 7 (siete) leyes nacionales, 19 (diecinueve) decretos del Poder Ejecutivo Nacional, 17 Resoluciones administrativas (de distintos organismos públicos) y 2 (dos) Actas reflejando los acuerdos internacionales, accesorias a las Leyes 24.759 que incorpora la Convención Interamericana contra la Corrupción, y 25.319 que lo hace con la Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Todo lo indicado es de aplicación al ámbito Nacional, sin reflejar una distribución similar en cada una de las Provincias.

De conformidad a un relevamiento realizado por el diario La Nación²,

“Buenos Aires, Mendoza, Neuquén, Entre Ríos, Tucumán, Misiones, Catamarca, San Luis y Formosa no tienen ley de ética pública, a pesar de que esa norma [la 25.188] se sancionó en el Congreso de la Nación a fines de 1999.

En una zona difusa se ubican las provincias de Jujuy, Río Negro, San Juan, Santa Cruz, Chaco, Santa Fe y La

Pampa. En algunos de esos distritos se realizaron avances, pero los mecanismos de transparencia no funcionan en la práctica por varios motivos. Pero principalmente porque la ley aún no está reglamentada o no se aplica”.

Por su parte, las Provincias de Buenos Aires, Chubut, Corrientes, Tierra del Fuego, Córdoba, Salta y La Rioja cuentan con legislación que –de alguna manera– se vincula con la temática, en tanto obliga a la presentación por parte de los funcionarios públicos a presentar declaraciones juradas de sus bienes. Y Jujuy, por ejemplo, que sí cuenta con una normativa vigente similar, pero desde su sanción hace trece años, nunca fue reglamentada y –en consecuencia– aplicada.

Esta somera identificación de la regulación positiva en materia de ética en el desempeño de un cargo en el sector público, contrasta de manera frontal con los severos y recurrentes casos de corrupción denunciados tanto por la prensa como en sede judicial.

Esto orientaría a creer que no hay legislación positiva que sin fundamento en instituciones arraigadas en la sociedad, y sin el *enforcement* necesario para su real cumplimiento, las normas sobre ética pública resultan tan inoperantes, inconducentes e ineficientes que su ausencia o falta no significaría ningún cambio en la realidad.

IV. Conclusión

En “La riqueza de las Naciones” (2007) Adam Smith hace referencia a la “gran sociedad” como el escenario en el que los individuos deben, inexorablemente, funcionar si es que quieren sobrevivir. La convivencia importa intercambios, producto de la división del trabajo, concepto también aportado por Adam Smith como el gran criterio rector para un mayor o menor grado de desarrollo. Desde el punto de vista institucional que, entre muchos otros, Hayek (1974) propone que las instituciones que permane-

1 http://www.anticorruccion.gov.ar/quees_normativa.asp

2 <http://www.lanacion.com.ar/1546537-que-provincias-esconden-bajo-llave-el-patrimonio-de-sus-gobernadores>

cen en el tiempo son nada más que conductas, acuerdos y costumbres que han probado ser exitosas. En consecuencia, el Estado, tal como lo conocemos es una institución que ha probado contar con la eficiencia suficiente como para mantenerse a lo largo de los siglos.

Independientemente de las teorías sobre sus orígenes, aún quienes adherimos a la idea de un estado mínimo, su existencia y su importancia resultan ineludibles, y las soluciones a los problemas de corrupción son sólo abarcables con eficacia considerando al estado como el actor principal, tanto víctima como victimario a la vez.

Dicho esto, es igualmente necesario admitir que las soluciones al problema de la corrupción que, recordemos, son consecuencia directa de la falta de alineación entre los intereses del agente y del principal, hasta el momento no han sido exitosas. La copiosa, abundante, las más de las veces reiterativa regulación positiva que intenta convertir una elección moral determinada en una obligación legal no ha sido, evidentemente, el camino para lograr el cambio de posicionamientos éticos necesario para terminar con el flagelo de la corrupción.

Esto significa que la ética deseable no puede ser normativizada; por más que se intente, la legislación hacia tal orden no es más que una declamación inconducente. La ética, la guía del recto obrar es propio y particular de cada persona, de cada individuo. Vale la pregunta, entonces, de cómo lograr un cambio sustantivo en los agentes públicos, de manera tal de contar con un cuerpo de funcionarios públicos no sólo profesionalizado, sino con características éticas que permitan esa alineación de intereses tan buscada, y lograr –por fin– que sea la ética deseable la que se convierta en la herramienta de gestión estatal por excelencia

Las alternativas pueden ser varias. En primer lugar, asumir que el Estado es las personas que lo componen. Accionar en el campo del ser, en lugar del deber ser y

aceptar que el Estado es una entequeia, igualmente (sino peor aún) atado a las limitaciones de la escasez; y aceptar que los individuos funcionamos en mérito a incentivos.

A partir de ahí, estimar cuáles serían los incentivos más adecuados para orientar la acción de los agentes públicos hacia las decisiones más éticas y correctas, hacia las deseables (que no son otras que las que los lleven a sobreponer el interés del principal por sobre el de ellos mismos). Esos incentivos podrían darse, por supuesto, de la mano de una capacitación formal, tal como lo viene haciendo el Centro de Formación Judicial del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires desde hace ya varios años.

Sin embargo, las expectativas puestas en esta metodología no deben ser excesivas, ya que los agentes y funcionarios públicos son adultos ya formados en consideraciones éticas, imposible de modificar mediante cursos de formación metódicos y académicos.

Otro mecanismo de lograr que los incentivos operen eficazmente se daría por la concreta ejecución, por el *enforcement* de la regulación vigente, que de sufrir modificaciones deberían orientarse hacia medidas contundentes que afecten realmente al agente potencialmente corrupto, como por ejemplo, la obligatoriedad de la devolución de todos los importes que se probasen malversados, adecuando la legislación de manera tal de permitirle al juez la afectación de bienes de familiares directos del agente implicado, hasta un grado de parentesco tan lejano que procurarse un testamento de confianza implique costos más altos que los beneficios que el acto de corrupción podría traerle aparejado.

Simultáneamente, y con un criterio preventivo y a largo plazo, fomentar la restauración en la sociedad de valores morales tales como la honestidad, el respeto a la propiedad ajena, el cumplimiento de la palabra empeñada y de la labor asumida, y la conciencia de que las

decisiones que tomamos conllevan consecuencias, por lo que las malas decisiones que se tomen tendrán, a su vez, malas consecuencias.

Pero, por sobre todo y hasta tanto el círculo vicioso del presente con niveles de corrupción endémicos se interrumpa y se logre el objetivo sugerido en el párrafo anterior, la única solución con un gran nivel de eficacia es la limitación de las funciones y las tareas del estado a aquellas que originariamente lo motivaron: las funciones de tutela y garantía de las libertades individuales, tanto de su afectación por otros individuos como por el Estado mismo.

El intervencionismo exagerado genera espacios de poder minúsculo pero con gran capacidad de causar daño, tanto a la economía en sí como al tejido social de la Nación. El otorgamiento de licencias, permisos y autorizaciones, por ejemplo, para la realización de actividades comerciales que son ordinarias en cualquier país medianamente civilizado genera nichos de corrupción en los que las ventajas para el agente corrupto son coyunturales y mínimas en comparación con el costo y el daño causado al agregado de la sociedad.

Despojarnos de dogmatismos y voluntarismo moral es lo necesario para aproximarnos a soluciones institucionales que signifiquen un verdadero éxito en la lucha contra uno de los peores flagelos de estos tiempos. La corrupción, como lo demuestra el triste accidente del tren de la línea Sarmiento en la estación de Once ocurrido el 22 de Febrero del 2012, mata. Así lo atestiguan con su vida 52 personas, y la profusión de leyes de ética pública no pudieron impedir esas muertes.

V. Bibliografía

Brennan, Geoffrey (1999). *"The Collected Works of James M. Buchanan"*, Vol. 10 (The Reason of Rules: Constitutional Political Economy)" Accessed from <http://oll.libertyfund.org/title/1826/103016>

Buchanan, James (1962). *"The calculus of consent: logical foundations of Constitutional Democracy"*. The online library of Liberty Fund. Accessed from <http://oll.libertyfund.org>

Hayek, Friedrich (1945). *"El uso del conocimiento en la sociedad"*. American Economic Review, XXXV, Nº 4. Sseptiembre, 1945. Pps. 519-30.

Hayek, Friedrich (1974). *"The Pretence of Knowledge"*. Lectura al recibir el Premio Nobel de Economía. Acceso en http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1974/hayek-lecture.html

Hobbs, Thomas. (2010) *"Leviathan. Revised edition"*. Broadview Press. Buffalo, New York . United States of America.

Krause, Martín (2011). *"Economía, Instituciones y Políticas Públicas"*. Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina.

Mises, Ludwig (2007). *"La Acción Humana"*. Unión Editorial. Madrid, España.

Oppenheimer, Franz (1926). *"The State"*. Vanguard Press. New York. United States of America.

Rodríguez Luño, Angel (2004) *"Ética"*. Editorial EUNSA. Ediciones Universidad de Navarra. Navarra, España.

Rousseau, Jean Jacques (2008) *"El Contrato Social"*. Editorial Maxt. Valladolid. España.

Salerno, John (2002) *"The rebirth of Austrian Economics—in light of Austrian Economics"*: The quarterly journal of Austrian Economics" vol. 5, no. 4. Ludwig von Mises Ins-

titut. Auburn, Alabama, United State of America.

Smith, Adam (2007) *“La Riqueza de las Naciones”*. Economía. Alianza Editorial. Madrid, España.

Stephens, John (1979) *“The Transition from Capitalism to Socialism”*. Macmillan. London, United Kingdom.

Weber, Max (1991). *“¿Qué es la burocracia?”* Editorial Siglo XX, Buenos Aires, Argentina.

La restitución provisoria de inmuebles en el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Un breve análisis del art. 335 del C.P.P.C.A.B.A.

Adrián Patricio Grassi (*)

* Fiscal en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesor de Derecho Penal Parte Especial y Derecho Penal Profundizado en la Universidad Católica Argentina.

I. Régimen legal. Antecedentes

La restitución provisoria de inmuebles, en el marco de un proceso penal tramitado ante los órganos jurisdiccionales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se encuentra regulada en el art. 335 último párrafo del Código Procesal Penal de nuestra Ciudad¹.

La norma en cuestión establece que: *“En los casos de usurpación de inmuebles, en cualquier estado del proceso y aún sin dictado de auto de elevación a juicio, el/la Fiscal o el/la jueza, a pedido del/la damnificado/a, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado fuera verosímil. Se podrá fijar una caución si se lo considerare necesario”*.

El art. 238 bis del Código Procesal Penal de la Nación² es fuente clara y directa de esta norma. Dicho precepto dice así: *“En las causas por infracción al artículo 181 del Código Penal, en cualquier estado del proceso y aún sin dictado de auto de procesamiento, el juez, a pedido del damnificado, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado por el damnificado fuere verosímil. El juez, podrá fijar una caución si lo considerare necesario”*³.

Un precepto similar se encuentra contenido en

1 En adelante, C.P.P.C.A.B.A.

2 En adelante, C.P.P.N.

3 La norma fue incorporada al Código Procesal Penal de la Nación mediante la ley 25.324, bajo la denominación “reintegro de inmuebles” (conf. ALMEYRA, Miguel Ángel, Código Procesal Penal de la Nación. Comentado y Anotado, 1º edición, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 342, donde se recuerda que esa ley fue sancionada con el propósito de agilizar la restitución de los inmuebles a las víctimas del delito de usurpación, lográndose además despejar las dudas que se habían generado antes, respecto de la posibilidad de disponer el lanzamiento de los intrusos en sede penal. Se zanjó, al menos en el terreno legal, también la cuestión relativa a la oportunidad en que podía ser dispuesto el reintegro del inmueble usurpado, que según algunas opiniones, solo podía ser decidido luego de dictarse el auto de procesamiento en orden al delito de usurpación, o aún que no era posible fijarla en la etapa instructoria (conf. D'ALBORA, Francisco José, Código Procesal Penal. Anotado, comentado y concordado, 9º edición, 1º reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 443, y sus citas).

el art. 231 bis del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires⁴:

“En las causas por infracción al artículo 181 del Código Penal, en cualquier estado del proceso, y aún antes de la convocatoria a prestar declaración en los términos del art. 308 de este Código, el agente fiscal podrá solicitar al órgano jurisdiccional interviniente que reintegre el inmueble al damnificado.

Idéntica petición podrá ser presentada por la víctima o el particular damnificado directamente ante dicho órgano.

La solicitud deberá ser resuelta en el menor plazo posible y se podrá disponer provisionalmente la inmediata restitución de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado por el peticionante fuera verosímil. El reintegro podrá estar sujeto a que se de caución si se lo considera necesario.

Las solicitudes y diligencias sobre restitución de inmuebles usurpados tramitarán mediante incidente por separado”.

II. Fundamentos y naturaleza jurídica del instituto. Presupuestos de su aplicación

En las causas penales iniciadas en orden al delito de usurpación, la posibilidad de recurrir a esta restitución provisoria responde a la natural expectativa de la víctima de recuperar la posesión o tenencia de la que ha sido privada, en el menor tiempo posible, evitando así los daños que le producen la manutención del delito en el tiempo⁵.

4 En adelante, C.P.P.B.A. El precepto fue incorporado a dicho código a través de la ley 13.418, art. 1º (sancionada el 21/12/2005; promulgada el 9/1/2006; B.O.: 19/1/2006).

5 Conf. ROBERT, Jonatan, Usurpación, en Asociación Pensamiento Penal, Código Penal Comentado de Acceso Libre, http://www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/cpc/art._181_usurpacion_1, p. 58 (fecha captura: 18/3/2014), donde, con buen criterio, considera que “No puede negarse que en este tipo de procesos penales, quizás el mayor anhelo de la víctima –lejos de perseguir

Partiendo de la premisa que el Derecho Procesal Penal tiene por uno de sus fines principales la realización del Derecho Penal material⁶, y que este último tiene a su vez como fundamento primordial la protección de bienes jurídicos, es razonable que, en el marco de un proceso punitivo, y bajo determinados requisitos, la propiedad privada sea tutelada aún antes de existir una sentencia condenatoria firme. Este instituto es, precisamente, un ejemplo de esa tutela anticipada.

Su fundamento radica entonces en asegurar los fines del proceso para evitar que se tornen ilusorios los derechos de aquella víctima del delito de usurpación que pide la restitución del inmueble⁷. Tiende asimismo, y en esa misma dirección, a la efectiva realización de la sentencia definitiva, evitando que esta última pueda transformarse en un acto meramente declarativo, por lo tardío⁸. Finalmente, la restitución provisoria, cuando se hace efectiva, determina el cese del delito que se estaría cometiendo mediante la ocupación del inmueble, impidiendo que continúen sus efectos.

Varias de esas razones se han visto reflejadas en los fundamentos de la ya citada ley 13.418 de la provincia de Buenos Aires. Allí se indicó que ella tenía el objeto *“de solucionar los conflictos que se suscitan en torno a la restitución de bienes inmuebles, cuya posesión o tenencia ha sido turbada en los términos del artículo 181 del Código*

Penal de la Nación”⁹. Se añadió también que *“La reciente experiencia recogida en las contiendas suscitadas con relación a predios rurales, es decir la tardía restitución de los mismos a sus legítimos poseedores o tenedores obedece a interpretaciones diversas sobre la oportunidad procesal en que puede disponerse la devolución, de ahí la necesidad de dotar a los jueces de la herramienta normativa idónea que pueda ser utilizada como criterio rector”. Igualmente, que “La norma cuya incorporación se sugiere facilitará la labor de los magistrados que intervienen en el conocimiento de los delitos descritos en el artículo 181 del Código Penal, ya que mediante ésta se faculta expresamente al juez -cualquiera fuera el estado procesal de la investigación penal- para disponer la restitución provisoria del inmueble objeto de despojo, sin otro requisito más que la verosimilitud del derecho invocado”. Estos fundamentos reconocen expresamente como fuente directa de la norma al art. 238 bis del C.P.P.N.*

Se trata de una medida cautelar. Por ello, es de carácter provisorio¹⁰. Ello importa que no causa estado en cuanto a la titularidad del inmueble. Así, en caso de demostrarse luego un mejor derecho por parte de otros interesados en el bien, o de los propios ocupantes que fueron desalojados, la restitución puede ser dejada sin efecto, o el inmueble entregado a esos terceros. Y ello puede ocurrir también en otro proceso distinto, como ser un proceso civil donde se discuta la efectiva titularidad u otro derecho real sobre aquél.

Tener en claro que se trata de una medida de naturaleza cautelar y precautoria trae importantes consecuencias. Ellas no siempre han sido cabalmente advertidas en la práctica judicial. Sin embargo, muchas fueron

una sanción o el cumplimiento de una pena por parte del presunto autor- sea recuperar el inmueble en el cual se encontraba llevando adelante la posesión o la tenencia”. En similar sentido, ALMEYRA, Miguel Ángel, op.cit., p. 344.

6 Conf. MAIER, Julio B.J., Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos, 2ª edición, 3ª reimpresión, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 84 y ss.

7 En tal sentido, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VII, ha dicho que “la medida cautelar que trae el art. 238 bis del Código Procesal Penal, en paridad con otras medidas precautorias de carácter procesal, tiene por objeto evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien la solicita, ello es la protección anticipada de la garantía jurisdiccional que se invoca” (causa 33.847, “Guzmán, Robustiano J.,” rta. 17/3/2008).

8 Conf. ALMEYRA, Miguel Ángel, op.cit., p. 344.

9 Fundamentos de la ley 13.418. Fuente: <http://www.hcdiputados-ba.gov.ar/re-fleg/f13418.htm> (fecha de captura: 19/3/2014). No es feliz que se haya recurrido a la palabra “turbada”, pues ella responde, técnicamente, al supuesto de usurpación contenido en el art. 181 inc. 3º C.P., el cual, por sus particulares características, no da lugar a la restitución provisoria que estoy analizando.

10 Conf. ALMEYRA, Miguel Ángel, op.cit., p. 344, quien a la nota de provisoriedad añade las de su instrumentalidad, y el de ser adoptada inaudita parte.

señaladas con notable precisión por los Dres. Lozano y Conde en el fallo dictado por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹¹, en la causa “Gómez Cristian”¹². Tanto estas consecuencias, como otras cuestiones importantes relativas a este muy trascendente fallo, serán tratadas en las páginas siguientes.

La aplicación del precepto se encuentra en primer lugar condicionada a que el inmueble haya sido objeto de una usurpación jurídico-penalmente relevante. Ello no solo surge de su texto expreso, sino del hecho de estar referida a un proceso penal, y, por ende, a ser parte del ordenamiento procesal penal aplicable al caso particular donde ella es tratada y decidida.

Además, la restitución regulada en el art. 335 C.P.P.C.A.B.A. está directamente vinculada al supuesto de usurpación tipificado en el art. 181 inc. 1º C.P. No se extiende, en cambio, ni puede hacerlo, a los supuestos previstos en los incisos 2º y 3º de dicho precepto de fondo.

En los procesos penales seguidos por la presunta comisión de dicho ilícito, será su objeto la investigación, determinación y juzgamiento de conductas relativas al despojo, total o parcial, de la posesión o tenencia de un inmueble por medio de violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad (cf. el art. 181 del CP). Así entonces, para que resulte válida la orden que disponga la restitución provisora del inmueble, los elementos de convicción existentes en el proceso deben permitir sostener la existencia de alguna de esas conductas¹³. Ello, obviamente, con el grado provisorio de certidumbre que es propio tanto de la naturaleza ju-

rídica del instituto, como de la etapa del proceso en que la restitución sea planteada y decidida.

El que se trate de una medida cautelar explica la posibilidad, normativamente prevista, de que su imposición sea acompañada de una determinada fianza que deberá ser depositada por el beneficiario.

III. Cuestiones de índole constitucional

Se han formulado variados reclamos de naturaleza constitucional contra la norma bajo análisis. Ellos se vinculan, según el caso, a supuestas vulneraciones a las garantías de la defensa en juicio, del debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho a la vivienda y la inviolabilidad del domicilio.

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad ya se ha expedido favorablemente acerca de la constitucionalidad del precepto contenido en el art. 335 del C.P.P.C.A.B.A., al resolver en la citada causa “Gómez, Cristian”. Teniendo en cuenta el contenido del voto del Dr. José Osvaldo Casás, y especialmente su punto 2), donde el magistrado convalidó expresamente lo decidido sobre tal cuestión por la Sala II de la Exma. Cámara del Fuero, mas lo decidido en el mencionado voto de los Dres. Lozano y Conde, debe concluirse que el máximo Tribunal de la Ciudad ha decidido en dicho fallo y por mayoría que la norma en cuestión no es inconstitucional¹⁴.

Reclamos de similar índole se han formulado respecto del precepto contenido en el art. 238 bis del C.P.P.N. La jurisprudencia nacional también los ha recha-

11 En adelante, T.S.J.

12 Causa N°8142/11, “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos: Gómez Cristian s/infr. art. 181, inc. 1, CP’” (rta. el 25/2/2013).

13 Conf. voto emitido por los Señores Jueces Lozano y Conde en la sentencia “Gómez Cristian”.

14 El argumento inicial para rechazar el recurso, sobre el cual hubo mayoría expresa de fundamentos, radica en una cuestión formal: el que las decisiones que acuerdan o deniegan medidas cautelares no configuran la “sentencia definitiva” a la que se refiere el art. 27 de la ley n° 402. Sin embargo, al recurrir inicialmente a ese argumento formal, se está convalidando la inexistencia de agravios constitucionales efectivos que permitan exceptuar esa regla. Ello se ve claro en el restante desarrollo de los votos mayoritarios.

zado. Por caso, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital, Sala VII, se ha pronunciado en contra de la existencia de una colisión constitucional entre dicha norma y aquellas que consagran la presunción de inocencia¹⁵.

La Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad, reconociendo la línea jurisprudencial marcada en el fallo "Gómez, Cristian" del T.S.J., ha ratificado recientemente la constitucionalidad del precepto bajo análisis, rechazando el agravio de que la restitución allí establecida funcionaría como una "auténtica pena anticipada", violatoria del principio de inocencia¹⁶.

IV. Cuestiones relativas al trámite de la restitución

En primer lugar, se requiere que la restitución del inmueble sea pedida por el damnificado. Es decir, debe solicitarla la persona que sea particular damnificada por el delito¹⁷, aunque no es necesario que se haya constituido en el proceso como querellante, en los términos de los arts. 10 y ccddes. del C.P.P.C.A.B.A.¹⁸.

En este plano, es materia de debate la posibilidad de que los bienes de dominio público sean objeto de usurpación, en tanto ellos se encuentran fuera del comercio y no pueden ser objeto de posesión o tenencia. Los bienes privados del Estado, en cambio, claramente

pueden ser usurpados, tal como lo ha indicado la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, en el citado fallo "Jiménez".

Así entonces, en principio, y como regla general, la devolución provisoria del inmueble no puede ser dispuesta de oficio¹⁹.

Una importante excepción a dicha regla pareciera surgir de la constatación en flagrancia del inicio de una usurpación. Según el art. 78 C.P.P.C.A.B.A., hay flagrancia cuando el delincuente es sorprendido al momento de cometer el delito, inmediatamente después de cometerlo, o cuando es aprehendido mientras es perseguido por la fuerza pública, por la víctima o por el clamor público. A su vez, el segundo párrafo del art. 78 C.P.P.C.A.B.A., que prevé la llamada flagrancia presunta, equipara a la flagrancia la situación de quien objetiva y ostensiblemente tenga efectos o presente rastros que permitan suponer que acaba de cometer un delito o de participar en él. Por cierto, la flagrancia no solo se refiere al momento en que el delito se consuma, sino que se extiende a toda la etapa previa de su ejecución. Es decir, también es flagrante la constatación de un delito que aún se encuentra en grado de tentativa (art. 42 C.P.).

Entonces, si las fuerzas de seguridad advierten, por caso, el ingreso violento o clandestino de personas a un inmueble ajeno, sea que ese ingreso se ha recién consumado, o aún se está llevando a cabo, y ello se hizo o está haciendo con claros signos de querer invadir el inmueble para instalarse allí, no parece razonable requerir ese pedido del damnificado para impedir la consumación o continuación del ingreso. Sin embargo, es ciertamente discutible que en este caso se trate siquiera de la restitución de la que estoy hablando. En puridad, se trata de una actuación policial tendiente a evitar la consuma-

15 Conf. causa 33.847, "Guzmán, Robustiano J." (rta. 17/3/2008), donde indicó que "la restitución del bien al denunciante no vulnera el estado de inocencia de quien resulta imputado en el proceso, siempre que resulta de disímil tratamiento la investigación relacionada con la posible participación criminal -por un lado- y lo concerniente al derecho a la propiedad -por el otro-, que es en definitiva el bien jurídico tutelado por la norma".

16 Causa N°2.287/14, "Jiménez, Roberto Claudio y otros", rta. 19/3/2014.

17 Conf. ALMEYRA, Miguel Ángel, op.cit., p. 344.

18 Idem anterior, donde también se indica, con buen criterio, que es innecesario que el pedido sea efectuado con patrocinio letrado.

19 Hay aquí una diferencia con el régimen procesal bonaerense, que admite que la restitución sea requerida en forma independiente por el fiscal.

ción o continuación del delito flagrante, que encuentra sustento legal directo en el art. 86 inc. 1º del C.P.P.C.A.B.A., el cual obliga a la policía o fuerzas de seguridad a “impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores”. Por lo tanto, en tales situaciones, las fuerzas de seguridad deben proceder al inmediato desalojo del inmueble, dando cuenta de lo actuado, en forma inmediata, o en el menor tiempo posible, al Fiscal (art. 86 último párrafo del C.P.P.C.A.B.A.). Es decir, tampoco necesitan para así actuar la orden previa del fiscal.

La restitución puede ser dispuesta tanto por el fiscal como por el juez. La propia norma faculta a ambos magistrados a hacerlo. En ello, el ordenamiento procesal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se aparta de las normas similares contenidas en los códigos de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires, que siguiendo el principio de que las medidas cautelares son de competencia jurisdiccional, reservan a los jueces su dictado.

Sin embargo, si la restitución es decidida por el fiscal, pero los ocupantes del inmueble se resisten a cumplirla, la eventual orden de allanamiento que se libre para efectivizar la medida, obviamente, solo puede ser librada por el juez (arts. 108 y ss. del C.P.P.C.A.B.A., que son reflejo cabal de lo establecido en el art. 18 C.N.).

La restitución puede ser decidida en cualquier estado del proceso. Por lo tanto, puede ser adoptada en cualquiera de las instancias del trámite de la causa penal, desde su inicio y hasta su finalización²⁰. Contra lo resuelto en algunas oportunidades, esta decisión no requiere en modo alguno que se haya previamente recibido declaración a quienes resulten imputados por el delito de usurpación, en los términos del art. 161 del C.P.P.C.A.B.A.

Más aún, si la restitución debiera estar supeditada al cumplimiento por parte de las personas que se

encuentran imputadas por la usurpación de la citación para concurrir a dicha audiencia, la medida quedaría sujeta a un hecho cuya ocurrencia dependería únicamente de la voluntad de aquellos, es decir, el de presentarse a escuchar aquella imputación. Tal solución es palmaria-mente inadmisibles, en tanto desnaturaliza por completo el fundamento cautelar del instituto, y es también rechazada en el voto de los Ministros Lozano y Conde en “Gómez”²¹.

Por lo demás, esa solución se encuentra expresamente prevista en el ya citado art. 231 bis del C.P.P.B.A.

En cambio, parece razonable fijar, como regla general, y precisamente para asegurar el adecuado ejercicio de la defensa en juicio, que con carácter previo al pronunciamiento restitutorio, o, al menos, a que se efectivice el lanzamiento, se haya determinado el hecho ilícito que es objeto del proceso, en los términos del art. 92 del C.P.P.C.A.B.A., y, de ser posible, que se haya ordenado la citación de los imputados (arts. 148 y 161 de dicho cuerpo legal). Insisto, sin que sea necesario que ellos hayan cumplido con esa citación.

Aunque no está legamente previsto, varios jue-

21 Los Dres. Lozano y Conde señalan allí que el art. 335 C.P.P.C.A.B.A., al establecer que la orden de restitución puede ser solicitada y dispuesta “en cualquier estado del proceso”, no hace más que escoger la vía prevista en el art. 23 del CP. Asimismo, recuerdan que ello implica que no se ha pretendido, como principio, que se trabe una controversia en ocasión de ordenarse el reintegro provisorio, porque la medida podría ser decretada —eventualmente— antes de que el pleito esté integrado con las partes. Y los distinguidos integrantes de nuestro máximo Tribunal indican que no son pocos los supuestos en que el requisito de “convocar” a indagatoria (o “intimar del hecho”, cf. el art. 161 del CPPCABA) constituiría, en los hechos, un impedimento para hacer cesar la conducta prohibida, o sus secuelas. Bastaría con que no se pueda hallar usurpador para que no se puedan hacer cesar la ocupación. Ponen como claro ejemplo el caso en que el usurpador permitiera el acceso de otras personas al inmueble y luego se diera a la fuga dejando a estos últimos en tenencia de la propiedad. En ese supuesto, de acuerdo con la doctrina sentada en el voto bajo análisis, el requisito de notificar al imputado con carácter previo a hacer cesar los efectos de la usurpación, la ocupación del inmueble por las mencionadas personas constituiría un modo ilegítimo de convalidar una violación al bien jurídico que el Congreso ha decidido tutelar. Ello así, toda vez que el juez se vería imposibilitado de hacer cesar los efectos del delito hasta que pudiera notificar al imputado del hecho que en su contra se investiga.

ces del Fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad han optado por fijar, con carácter previo a resolver sobre la restitución del inmueble, una audiencia para escuchar a las partes involucradas. Cuando razones de suma urgencia no aconsejen lo contrario, aquella se muestra como una prudente decisión, en tanto puede favorecer una solución menos lesiva del conflicto, como ser una mediación entre las partes involucradas (art. 204 del C.P.P.C.A.B.A.).

Para que la restitución sea procedente, el derecho invocado por el requirente debe ser verosímil. Ello significa, antes que nada, que aquél resulte ser el damnificado por esa ocupación; asimismo, que esta última sea 'prima facie' encuadrable en el art. 181 inc. 1º del Código Penal. Tal calidad, por supuesto, debe encontrarse respaldada por elementos probatorios existentes en la causa. Ellos no excluyen su propia declaración testimonial, pero si éste invoca, por caso, la titularidad y dominio del inmueble, ella debe ser acreditada -salvo casos excepcionales donde se requiera una particular premura- mediante los medios idóneos, como ser el informe del Registro de la Propiedad Inmueble, la pertinente declaración de herederos, etc. Al definir cuál es el respaldo probatorio que deberá acompañar la pretensión de ser damnificado por este delito, no debe perderse de vista que, a diferencia de otras legislaciones, nuestro Código Penal no requiere la legitimidad del título que funda la tenencia del inmueble, sino tan solo la existencia de un poder de hecho y consolidado sobre el bien²².

Aunque no está previsto normativamente, debe haber también un peligro en la demora por restituir el inmueble. Si no es así, la restitución carece de legitimidad. Ello es consecuencia de que, como ya fue indica-

do, estamos en presencia de una medida cautelar²³. La cuestión que quedará pendiente, y debe ser analizada en cada caso concreto, es la concerniente a la entidad que deberá tener ese peligro para justificar el dictado de la restitución. Pero ante su completa inexistencia, la medida, insisto, carecerá de sustento y razonabilidad.

Como ya fue señalado, la restitución del inmueble puede ser acompañada de la imposición de una fianza al beneficiario. El monto de esta fianza queda a criterio del fiscal o juez que dispone la medida. Para su determinación, deben tenerse en cuenta tanto el grado de verosimilitud del derecho invocado, como el valor de la propiedad. Y, ciertamente, también la capacidad económica del propio beneficiario, ya que una fianza de imposible cumplimiento pondría en directo entredicho el sentido mismo de la medida cautelar.

En cuanto concierne específicamente al Ministerio Público Fiscal de la Ciudad, a través de la Resolución FG N°121/08 se ha establecido, como criterio general de actuación que, en los supuestos en que se proceda de conformidad con lo previsto en el artículo 335, último párrafo del C.P.P.C.A.B.A., los fiscales intervinientes deberán aplicar el Protocolo de Actuación para la Restitución de Inmuebles Usurpados. Ese protocolo se encuentra delineado en el Anexo I de la mencionada resolución, y fue elaborado por la Secretaría General de Acceso a Justicia y Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Ciudad.

En dicho Anexo I se reconocen como objetivos de dicho protocolo, los siguientes: desocupar el inmueble para reintegrarlo a su propietario o a quien resulte

22 Conf. CREUS, Carlos, Derecho penal. Parte especial, Tomo 1, 7ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 612, y sus citas.

23 Conf. D'ALBORA; Francisco José, op.cit., p. 444. Al respecto, la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad ha indicado que, por ser la restitución que nos ocupa una medida cautelar, "se requiere que se encuentre acreditada, aún de manera provisoria, la verosimilitud del derecho que ostenta quien solicita la misma junto con la acreditación del peligro que se suscita si se postergara la decisión requerida" (conf. causa 2777/13, "Paredes Quiroz, Carlos y otros", rta. 15/11/2013).

ser su legítimo poseedor o tenedor; prevenir la ocurrencia de situaciones que puedan generar cualquier emergencia; ofrecer asistencia inmediata a la población que se encuentre en situación de riesgo, en el inmueble objeto de restitución.

Debe tenerse en claro que esas exigencias contenidas en el criterio general de actuación dictado mediante resolución FG N°121/08 sólo rigen respecto de los integrantes del Ministerio Público Fiscal, pero de ninguna manera pueden condicionar la procedencia de la restitución, especialmente cuando ella es adoptada por el juez²⁴.

En caso de que la restitución provisoria del inmueble pueda afectar, o se encuentren involucrados, menores de edad que se encuentren dentro del mismo, en el trámite de esta medida cautelar deberá intervenir el Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 49 inc. 1° de la ley 1.903, y 40 de la ley 2.451). No debe perderse de vista que, si se trata de menores mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad, son penalmente imputables por la comisión de esta conducta ilícita (art. 2 de la ley 22.278).

Finalmente, aunque la ley no lo requiere expresamente, parece razonable que la restitución sea tramitada por vía incidental, para así no demorar o entorpecer el trámite del proceso.

V. Conclusión

La restitución provisoria de inmuebles usurpados, regulada en el art. 335 del C.P.P.C.A.B.A., cumple una importante función social, en tanto se constituye en un importante instrumento para asegurar la efectiva protección de la propiedad, como bien jurídico penalmente relevante, evitando a su vez que la comisión del delito de

usurpación se prolongue indebidamente en el tiempo, con el consecuente perjuicio para la víctima de tal ilícito.

El instituto en cuestión, tal como está regulado en nuestro ordenamiento procesal penal, cumple así con los fundamentos y naturaleza que le son propios. Son entonces los magistrados encargados de su aplicación, quienes deben tener cuidado en no desnaturalizarlo, interpretándolo de modo irrazonable, y añadiendo a su trámite requisitos que contraríen su finalidad y esencia.

VI. Bibliografía

Almeyra, Miguel Ángel, Código Procesal Penal de la Nación. Comentado y Anotado, 1° edición, Buenos Aires, La Ley, 2007.

Creus, Carlos, Derecho penal. Parte especial, Tomo 1, 7° edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2007.

D'albora, Francisco José, Código Procesal Penal. Anotado, comentado y concordado, 9° edición, 1° reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

Maier, Julio B.J., Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos, 2° edición, 3° reimpresión, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

Robert, Jonatan, Usurpación, en Asociación Pensamiento Penal, Código Penal Comentado de Acceso Libre, http://www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/cpc/art._181_usurpacion_1, p. 58 (fecha captura: 18/3/2014).

²⁴ Conf. Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas, Sala II, Causa Nro.: 36491/11, "INCIDENTE DE APELACIÓN EN AUTOS M. D.", rta. 17/10/2013.

El valor estratégico de la capacitación judicial: desde la tutela judicial efectiva hasta la independencia judicial

Luis Ernesto Kamada (*)

* Especialista en Derecho Económico para Abogados (USAL); Fundamentos de Derecho Penal (Universidad del Litoral); Educación Superior (Universidad de Cuyo); Derecho Procesal Civil (Universidad Nacional del Litoral). Magister en Derecho Privado Económico (Universidad del Salvador). Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad del Salvador). Juez del Tribunal en lo Criminal N° 3 de la Provincia de Jujuy. Coordinador en la Escuela de Capacitación Judicial para el Fuero Penal.

I. Un fenómeno contemporáneo: la capacitación judicial como necesidad

No es posible iniciar un balance adecuado del problema que debe ser solucionado por la vía de la capacitación judicial si no se parte de la realidad que significa la existencia de una justicia caracterizada por su ineficacia. A su vez, cabe tener en consideración que esa ineficacia, como lo advierte Alejandro Nieto, no es más que el resultado de la confluencia de otras características que parecen informar, según la unánime coincidencia social, el accionar de este Poder del Estado, que se muestra como tardío, atascado, que resulta ser un servicio relativamente caro, proporciona soluciones desiguales y que es imprevisible¹. Entre nosotros, Sagüés ha expuesto la situación del Poder Judicial describiéndolo como huérfano, confundido, débil, domesticado, acosado y dividido².

Como se ve, ninguna de las visiones que se tiene sobre la Justicia, en tanto Poder del Estado, resulta demasiado halagüeña, al punto que, con sus esperables matices, ambas descripciones se ajustan bastante a lo que usualmente se halla en una revisión no demasiado profunda de su funcionamiento. Ello torna exigible posar la atención sobre los operadores internos del Poder Judicial y, en especial, en quienes tienen la alta responsabilidad de ejercer la judicatura pues son su cara visible y, a la vez, quienes tienen a su cargo decidir los conflictos llevados ante la Justicia.

Hasta no hace mucho tiempo atrás, era inimaginable pensar que los jueces requerían algún tipo de preparación por encima de aquella que portaban desde el grado universitario. De hecho, los integrantes de los dis-

tintos escalafones que componen el Poder Judicial, a saber, el de magistrados, funcionarios y empleados administrativos, eran absolutamente refractarios a cualquier reclamo de capacitación ulterior, destinada a mejorar su estándar de rendimiento y productividad. Pero esto no fue más que la consecuencia del desconocimiento que “las circunstancias existentes al tiempo del inicio de su actividad jurisdiccional pueden cambiar profundamente, por lo que es imprescindible que [el juez] continúe estudiando día a día para poder desempeñar la actividad con idoneidad”³.

Ciertamente que mucho influyó en la modificación de esta mirada sobre la actividad jurisdiccional como algo necesitado de preparación adicional a la originalmente titularizada, el cambio de paradigma en el rol del Poder Judicial. En efecto, sin desconocer el sensible papel de Poder del Estado que desempeña la Justicia, se le ha incorporado otro, consistente en considerarlo también como un prestatario de un servicio público y que, en tanto tal, le resulta exigible un determinado nivel de calidad⁴.

La razón evidente para este cambio radicó, entre otras cosas, en la manda contenida en el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto consagra como derecho humano el de la tute-

3 Caramelo, Gustavo, “La capacitación constante de los jueces”, ed. La Ley, 19/03/2014, 1, AR/DOC/692/2014.

4 No desconozco, en este punto, la distinción que propone Jorge Vanossi en “¿Qué jueces queremos? El perfil de los juzgadores”, *Teoría constitucional*, T. II, p. 997 y siguientes, tercera edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013.

Dice allí que debe establecerse una diferenciación entre la Justicia como Poder del Estado y como órgano administrador de Justicia, lo que, a su vez, deriva en la correlativa distinción entre “función judicial” y “servicio de Justicia”, inclinándose por reconocer una mayor jerarquía a lo primero que a lo segundo. Comparto la necesidad de diferenciar una cosa de la otra, lo que, sin embargo, no me impide advertir que el ciudadano no está obligado a hacerlo y, en todo caso, percibe que lo que el Poder Judicial le brinda es un servicio que, como tal, debe ser suministrado con la mejor calidad y de la mejor manera posible, enderezado a obtener, a su vez, los mejores resultados para los protagonistas del conflicto. Por ende, así se entenderá este concepto de aquí en más, sin pretender menoscabar la jerarquía de la función judicial.

1 Nieto, Alejandro, *El desgobierno judicial*, p. 37 y siguientes, ed. Trotta, Madrid, 2005.

2 Sagüés, Néstor Pedro, *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del poder judicial*, p. 3 y siguientes, ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2005.

la judicial efectiva. Esa efectividad, lejos de traducirse en una mera cuestión teórica, o en una despojada expresión de deseos, ha convertido al Poder Judicial en el último reducto capaz de dar respuesta al reclamo de protección de derechos de los ciudadanos.

II. Capacitación para hacer realidad la tutela judicial efectiva

La determinación constitucional de un “derecho a la tutela judicial efectiva” muestra el nacimiento de un derecho que radica en la persona y que el Estado, a través de los jueces y sus instituciones procesales, está obligado a afianzar. Destacan Belsito y Caporale que, “como concepto básico del cual se puede partir para lograr una definición afín con nuestra perspectiva, ‘tutela’ es sinónimo de guía y protección”⁵.

Esta perspectiva acentúa la eficacia de la tarea jurisdiccional diseñando un proceso menos formalista y más certero, porque el derecho a sentirse protegidos y amparados no resulta bastante si la sociedad no confía en los métodos, no conoce sus condiciones ni respeta sus procedimientos. Ciertamente que ésta parece ser la orientación interpretativa que se deriva del art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. No se trata de utilizar la expresión “tutela” por una predilección conceptual, o lo que es peor, como simple referencia terminológica, sino de intentar elaborar una construcción dogmática capaz de contar con diferentes necesidades para la adecuada tutela de los derechos, tomando en consideración sus peculiaridades y características y, principalmente, el papel que tiene destinado cumplir en la sociedad⁶.

Así, el derecho a la tutela judicial efectiva se inscribe en la constelación de derechos fundamentales y se complementa con el derecho al acceso a la jurisdicción. Este último, a su vez, no implica la sola posibilidad de petitionar ante la judicatura una medida determinada, sino que comprende, además, la posibilidad de desarrollar todas las actividades necesarias para obtener un pronunciamiento, no sólo para el reconocimiento de los derechos que estuvieron en disputa, sino también la protección de aquellos derechos que fueron vulnerados, desconocidos o amenazados, con lo que significaría el acceso a solicitar el amparo correspondiente. Se trata de un derecho fundamental de carácter instrumental, que participa de las notas caracterizantes de los derechos de libertad, porque crea una esfera para los titulares libre de injerencias estatales a la vez que establece derechos de prestación porque obliga al Estado a asegurar –garantizar– ciertas condiciones en todo proceso⁷.

Quien deduce un reclamo por ante un tribunal judicial titulariza el derecho a la jurisdicción, traducido en la posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional en procura de un pronunciamiento útil que resuelva oportunamente el reclamo formulado; al acceso a la Justicia, que contiene sendas pretensiones a la tutela jurídica y a la razonabilidad técnica y axiológica de la solución que se imprima al conflicto, así como el derecho a una justicia pronta, tributario de los principios de economía procesal, de humanización de la justicia y de eficacia. El derecho a la tutela judicial efectiva se configura, según lo refiere Augusto Morello, “como la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables”⁸, satisfaciendo exigencias de seriedad, plenitud y motivación.

⁵ Belsito, Cecilia y Caporale, Andrés, *Tutela judicial efectiva*, p. 1, ed. Nova Tesis, Santa Fe, 2006.

⁶ Gozáini, Osvaldo Alfredo, “El amparo como vía de prevención del daño”, *La Ley*, 2000-F, 1105, citando a Luiz Ghilherme Marinoni, *Tutela específica* (arts. 461, CPC e 84, CDC), Ed. Revista Dos Tribunais, San Pablo, Brasil, 1999.

⁷ Rojas, Jorge, *Sistemas cautelares atípicos*, p. 543, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

⁸ Morello, Augusto M., “La tutela judicial efectiva en los derechos español y argentino”, *El proceso justo*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

De su lado, Gozaíni entiende incorporado este derecho en el contexto del derecho constitucional a ser oído, significando esto último, tener el derecho de acceder a la justicia. Ello es así por cuanto las garantías constitucionales en el proceso comienzan a operar con el primer movimiento que inicia la actividad judicial⁹.

La evolución del pensamiento jurídico sobre la materia demuestra que las dificultades que representa el acceso a la tutela judicial efectiva fueron mejor comprendidas por la doctrina y la jurisprudencia a la luz del reclamo por la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, toda vez que los derechos civiles y políticos no guardaban idéntica resistencia¹⁰.

Como parte del reconocimiento que merece el acceso a la Justicia, se ha despertado todo un movimiento enderezado a consagrarlo, y que ha adoptado ese nombre para identificarse. Apunta Lorenzetti que “el movimiento de acceso a la justicia se concentró en los problemas derivados de las dificultades que presenta la posibilidad de llegar a la justicia para grandes grupos poblacionales excluidos de la misma. De tal modo, no sólo se examinó la dogmática del procedimiento, sino su duración, la influencia de las costas, del tiempo, el impacto sobre los individuos, los grupos y la sociedad”¹¹.

9 Gozaíni, Osvaldo, comentario al art. 18 de la Constitución Nacional en *Constitución Nacional y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. 1, p. 759, AAVV, dirigido por Daniel Sabsay y coordinado por Pablo Manili, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

Agrega este autor que “acceder a los jueces supone incitar la actuación del Poder Judicial, siendo entonces la acción, además de un acto de contenido estrictamente procesal que compromete la intervención de partes y de un juez, una manifestación típica del derecho constitucional de petición. Para obrar así basta presentar la demanda, se tenga o no razón, o respaldo normativo alguno, el Estado debe garantizar el acceso”.

10 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 37 y siguientes, ed. Trotta, Madrid, 2004.

11 Lorenzetti, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 282. Agrega este autor que, en base a estos instrumentos analíticos, “se han identificado ‘obstáculos’: a) el económico, por el cual muchas personas no tienen acceso a la justicia en virtud de la escasez de sus bajos ingresos; b) el

Por otra parte, no debe olvidarse que, en virtud de lo que Berizonce llama “encumbramiento en el vértice de la escala valorativa del derecho a la tutela judicial efectiva”, se ha producido un significativo impacto en el derecho procesal, habida cuenta que se le reconoce que “no sólo es un derecho fundamental –la eficaz prestación de los servicios de justicia (art. 114, párrafo tercero, apart. 6, CN) o la tutela judicial continua y efectiva (art. 15, CProv. Bs. As.)-, sino uno de los más trascendentes, por constituir el derecho a hacer valer los propios derechos”. De allí, entonces, es que “integra los genéricamente denominados derechos o garantías fundamentales materiales y formales de la organización y del procedimiento, destinadas a la realización y aseguramiento de los (demás) derechos fundamentales”¹².

El derecho a la tutela judicial efectiva implica, entonces, tanto la posibilidad de acudir por ante los tribunales en orden a obtener la protección de un derecho determinado, como también encontrarse en posición de acceder libremente a la jurisdicción y, además, obtener una sentencia oportuna y debidamente fundada que zanje el litigio con justicia y razonablemente. En este sentido, queda claro que “existe interés social en que los jueces se mantengan en adecuado nivel de capacitación, no sólo para decidir bien cuestiones habituales, sino porque a menudo son ellos (como explicaba Antoine Garapon en *Juez y democracia*) los primeros en establecer desde los órganos del Estado algún criterio para la decisión de un conflicto novedoso, que solo luego, y a menudo tras un holgado lapso, será objeto de una regulación general”¹³.

En consecuencia, la primacía del derecho a la tute-

organizativo, por el cual los intereses colectivos o difusos no son eficazmente tutelables en un proceso pensado para conflictos bilaterales; c) el procesal, por el cual los procedimientos tradicionales son ineficaces para encauzar estos intereses”.

12 Berizonce, Roberto O., *El principio de legalidad bajo el prisma constitucional*, LL, 5/10/2011, 1.

13 Caramelo, Gustavo, op. cit.

la judicial efectiva –en su más amplio significado- conlleva la correlativa exigencia de aumentar la calidad del servicio de Justicia, tanto en lo atinente al momento de captación de la demanda social como de tramitación y gestión de los conflictos y, finalmente, de su correcta resolución conforme a derecho pero también a los valores y principios que lo impregnan y que la sociedad requiere ver plasmados en las decisiones finales emitidas por los jueces. Para alcanzar este objetivo de jerarquía constitucional no existe otro camino que la capacitación permanente.

III. El sujeto y el objeto de la capacitación judicial o ¿a quién capacitar? y ¿sobre qué capacitar?

inquirir acerca del objeto de la capacitación judicial implica determinar las materias en las que se necesita profundizar la preparación de los operadores judiciales. Ello también requiere que se efectúen necesarias distinciones toda vez que no todos los niveles del Poder Judicial exigen la misma capacitación.

En este orden de ideas, deviene evidente que conviene generar ámbitos separados de preparación para lo que significa, por un lado, la capacitación en tópicos estrictamente jurídicos, de los que conllevan, por el otro, la capacitación en áreas de gestión que, por su naturaleza, no se identifican con aquéllos.

Ambas materias son igualmente relevantes habida cuenta que la capacitación en todo lo que hace a lo jurídico conlleva al mejoramiento de la calidad de las decisiones que se adopten en cada proceso, por lo que sus principales destinatarios deben ser los magistrados y funcionarios judiciales. A su vez, la formación en materia de gestión conduce a solucionar los inconvenientes derivados de los defectos en la tramitación de las causas, tanto coadyuvando a la disminución de los tiempos

procesales como facilitando el discurrir por las diferentes etapas del proceso de que se trate.

Sin ánimo de menoscabar la importancia que tiene la capacitación en materia de gestión, estimo que, desde un punto de vista institucional, la referencia más tangible que la sociedad tiene como indicativo de la calidad del servicio que presta el Poder Judicial pasa, antes bien, por el grado de justicia y aceptación que las sentencias alcanzan como respuesta a los conflictos suscitados. Por lo demás, es precisamente en este aspecto en el que organismos jurisdiccionales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han puesto el acento a la hora de valorar la calidad de un pronunciamiento. En otras palabras, la calidad de una decisión judicial se vincula inexorablemente con aspectos filosóficos, axiológicos, teleológicos, sociológicos y lógicos, que no es posible soslayar a riesgo de despojarla de su carnadura esencial y de la estructura que debe sostenerla, creando un instrumento huero de razones así como de formas mutiladas y distorsionadas.

Es por esta razón que considero necesario, en este estudio, poner el énfasis en el examen de este aspecto de la capacitación, al que podemos llamar jurídico, sin renunciar a otros que le son afines pero que, como habrá de verse, exigen una atención que, a los fines propuestos, los posiciona como secundarios y consecuentes con aquél.

Desde el punto de vista metodológico, Vigo sitúa a la capacitación judicial dentro del espectro de la ética judicial, señalando que al juez se le asignado la función de ‘decir el derecho’ en cada caso, pero para cumplirla acabadamente se requiere estar atento a los cambios que se van generando en el mismo. Esa capacitación incluye no sólo el conocimiento de lo propiamente jurídico, sino también de las habilidades indispensables para cumplir su servicio como –en la medida necesaria- la de

aquellos saberes no jurídicos implicados en el mismo¹⁴

Por ello, sostiene este autor, que “cualquier profesión supone un cierto conocimiento vinculado al servicio que se presta, y esa indicación ética también abarca al juez”, habida cuenta que “un juez que ignora el derecho no tiene capacidad para decirlo, o sea carece de una específica idoneidad para ser juez”¹⁵.

Asimismo, también puede distinguirse, dentro del universo al que se ha dado en llamar capacitación jurídica, tres tópicos igualmente relevantes a los que Malem Seña identifica como “formación en derecho”; “formación en materia de hechos” y “formación en lógica”¹⁶.

Respecto del primero de los temas mencionados, el autor seguido puntualiza que tiene su origen en el aforismo latino *iura novit curia*, que marca la obligación que tiene el juez de conocer el derecho que debe aplicar.

En lo que interesa al segundo ítem, indica que los magistrados deben estar preparados en la faena de probar los hechos postulados por las partes, para lo que debe recordarse que, liminarmente, habrá de enunciarse una hipótesis acerca de lo que merece ser probado y para lo cual, no existe un método establecido para hacerlo. En este sentido, el juez debe estar dotado de las herramientas epistemológicas que le eviten efectuar recortes incondicionados de la hipótesis propuesta, tarea que demanda una formación especial en orden a no dejarse llevar por tempranas visiones sesgadas del conflicto a resolver. En este sentido conviene tener en cuenta la dimensión epistémica que tiene el proceso y para cuya cabal comprensión debe el juzgador estar correctamente preparado¹⁷.

Por último, en lo atinente a la formación en lógica, refiere Malem Seña que, sin dejar de tener en cuenta la polisemia del término “lógica”, a los efectos que interesan a este estudio, se trata de “un tipo de argumento o razonamiento formal cuya validez no depende de su contenido”. A su vez, este razonamiento al que se alude puede ser inductivo o deductivo. El primero permite hablar de razonamiento probable, en tanto que el segundo se torna importante porque, “dado que la justificación interna de las decisiones judiciales es una justificación lógica, el conocimiento de sus reglas debería impedir, o al menos dificultar, que se cometan errores en ese ámbito”. Por otra parte, la lógica deviene relevante para llevar a cabo la tarea de sistematización del derecho que es uno de los sentidos que adquiere la actividad interpretativa, a la vez que permite evitar “la utilización de categorías dogmáticas autocancelatorias en la justificación externa de carácter normativo”¹⁸.

De otro lado, estos saberes deben también ser complementados con otros, no menos significativos para satisfacer el cometido de la judicatura pero que no se relacionan directamente con lo jurídico, lo fáctico o la manera de enunciarlos. Se trata de tener un conocimiento apropiado de la realidad al igual que de lo lingüístico. Lo primero se vincula a la necesidad que tiene el juez de operar con distintos elementos interpretativos como lo es el conocimiento de la motivación que inspira la norma, así como para adecuar su aplicación a “la realidad”, en tanto que lo segundo comporta la adquisición y el desarrollo de competencias orientadas a conseguir manifestaciones orales o escritas inteligibles para aquellos a quienes va dirigida la actividad jurisdiccional.

14 Vigo, Rodolfo Luis, *Ética y responsabilidad judicial*, p. 37, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

15 Vigo, Rodolfo Luis, op. cit., p. 74.

16 Malem Seña, Jorge, *El error judicial y la formación de los jueces*, p. 209 y siguientes, ed. Gedisa, Barcelona, 2008.

17 Taruffo, Michele, “La dimensión epistémica del proceso”, en *Simplemente la*

verdad, p. 155, ed. Marcial Pons, colección Filosofía y Derecho, Madrid, 2010; íd., Gascón Abellán, Marina, “La naturaleza del conocimiento judicial de hechos”, en *Los hechos en el derecho*, ed. Marcial Pons, colección Filosofía y Derecho, p. 97, Madrid, 2004.

18 Malem Seña, Jorge, op. cit., p. 226.

IV. Los jueces como capacitandos: su perfil distintivo

En el ámbito judicial, el rol esencial del capacitando es desempeñado por los magistrados y por algunos funcionarios con capacidad de tomar decisiones de naturaleza no puramente jurisdiccional, aun cuando ésta esté sometida al posterior control de los jueces, como en algunos casos las normas procesales confían a los Representantes del Ministerio Público Fiscal o a los Defensores de Incapaces, por ejemplo. A efectos de facilitar el tratamiento de la cuestión habré de referirme a este universo de sujetos como jueces o magistrados.

La capacitación de jueces constituye un capítulo especial de la capacitación de adultos, toda vez que se trata de personas que, a los fines de acceder al cargo que ocupan, se encuentran ya dotados de un bagaje cognoscitivo sensiblemente superior a la de la media de la población, en aspectos técnicamente específicos, como lo es el derecho de fondo y de forma, pero que, simultáneamente, carecen de otros elementos igualmente relevantes que sirven para complementarlo y optimizar su rendimiento.

De otro lado, algunos jueces, dado el título de grado universitario que tienen, así como por haber accedido a la función a través de evaluaciones institucionales de mérito, también se inclinan a estimar como superadas las exigencias académicas que hacen a su labor, limitándose a mantenerse relativamente actualizados mediante el acceso a publicaciones periódicas especializadas o bien con la asistencia más o menos regular a congresos, jornadas o seminarios relativos a la materia de su interés. Gráficamente ilustra el fenómeno Jorge Malem Seña al referir que "la formación del juez, ya sea cuando es novel y apenas inicia su andadura profesional, ya sea cuando es veterano y ha de realizar cursos de per-

feccionamiento, no goza de consenso"¹⁹.

El problema que presenta el conocimiento que se adquiere de este modo es que su carácter voluntario lo torna azaroso y, además, sumamente desperejo a la hora de aportar elementos que colaboren a proporcionar bases y criterios uniformes para el desempeño de la función, que es lo que verdaderamente permitirá mejorar la naturaleza y calidad del servicio, a la sazón, el objetivo primordial que se busca con la capacitación judicial.

No dejo de advertir que existe una línea muy delgada y, a veces, sumamente difusa que separa la formación estrictamente jurídica con la que, naturalmente, deben contar todos los magistrados, de la formación destinada a optimizar la calidad de la prestación de la Justicia, aspecto que, muchas veces es confundido y redundante en el rechazo de los programas de capacitación por parte de los capacitandos. Por ello, se torna imprescindible fijar, con la mayor precisión posible esa distinción en orden a no perder el norte en la materia.

V. La capacitación judicial como algo distinto de la mera acumulación de saberes

La capacitación judicial se endereza a nutrir aspectos que, sin violentar el criterio autónomo que deben tener los magistrados para resolver los casos que son sometidos a su conocimiento y decisión, proporcionen elementos epistemológicos que permitan unificar determinadas ideas centrales de índole mayormente instrumental que, a la sazón, deben informar la prestación del servicio de justicia de cara a las nuevas demandas sociales.

¹⁹ Malem Seña, Jorge, op. cit., p. 217. Agrega este autor que "las razones para la discrepancia son diversas pero se podrían resumir diciendo que todas son paritarias de las diferentes concepciones que se tienen acerca de cuál es la figura del juez y de cuál es su papel dentro de la sociedad. No es lo mismo el juez que cumplía su profesión en el Estado-gendarme de finales del siglo XIX, que el juez que desarrolla sus quehaceres en un Estado social a comienzos del siglo XXI".

5.1. La capacitación judicial y la ideología de los jueces

Esta materia conlleva la necesidad de comprender que la actividad capacitadora, en el orden judicial en general y en el aspecto jurídico en particular, debe ser fortalecida por medio de estrategias que sirvan para otorgarle el lugar que merece. Para ello debe hacerse especial hincapié en la prioridad que cabe darle al punto de vista institucional y pedagógico, disipando el temor de quienes temen que la capacitación persigue suprimir las diferencias de criterio que necesariamente tienen los jueces a la hora de fallar los casos, o que busca disciplinar a los magistrados, subordinándolos a un orden jerárquico y no jurídico, manifiestamente inconstitucional. Nada de eso se pretende con la profundización y diversificación de la actividad capacitadora para jueces pues ello significaría imprimirle un tinte tiránico y de unificación vertical de discursos, incompatible con la naturaleza y el cometido constitucional de la judicatura.

La orientación ideológica de los jueces –es verdad– puede presentarse como problemática en, al menos, dos momentos distintos, a saber, a la hora de su selección para ser incorporados a la judicatura y cuando deben resolver los conflictos sometidos a su conocimiento.

5.1.1 La ideología a la hora de seleccionar jueces

Hoy nadie se atrevería seriamente a poner en cuestión que los jueces tienen ideología y que la expresan a través de la elección de las soluciones que proporcionan a los casos sometidos a su conocimiento y decisión. Con claridad admite este punto el Juez Zaffaroni en su voto disidente al fallar la causa “Rizzo”²⁰, señalando que “[N]o se concibe una persona sin ideología, sin una visión del mundo”.

Destaca al respecto Hernández García que:

Si partimos, como difícilmente cabe cuestionar, que los jueces ya no son simples aplicadores de la norma y que por la constitucionalización del derecho éste se nutre tanto de reglas de textura cerrada como de principios de textura abierta cuya aplicación reclama comprometidas operaciones de tipo ponderativo, utilizando escalas axiológicas móviles, resulta evidente que tanto la ideología judicial como la forma en que ésta se proyecta en los procesos de toma de decisión deben convertirse en un objetivo de análisis constitucional del primer orden²¹.

No es posible olvidar, a la hora de examinar este asunto, en oportunidad de seleccionar a los aspirantes a llenar los cargos de la judicatura, que la ideología es una cuestión privada, encerrada en la protección que le proporciona el principio de reserva y, por ende, excluida del control del Estado. Ello conduce a que nadie puede ser discriminado en razón de su ideología.

Pero ello no empece a advertir que en función de la exigencia de protección del derecho a un proceso justo y equitativo, la ideología que titularizan los magistrados puede volverse un factor de exclusión del proceso por vía de recusación. Una de las razones que justifica esta opción estriba en reconocer que

Si bien la dimensión interna de la libertad ideológica no puede ser objeto de control estatal, resulta muy difícil identificar un supuesto, sobre todo cuando el titular del derecho es un agente público, en el que la ideología hiberne en condiciones que la hagan invisible o desapercibida en la esfera pública²²

21 Hernández García, Javier, “El derecho a la libertad ideológica de los jueces”, publicado en *Los derechos fundamentales de los jueces*, AAVV, Saiz Arnaiz, Alejandro (dir.), p. 68, ed. Marcial Pons, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2012.

22 Hernández García, Javier, op. cit., p. 77.

20 CSJN, “Rizzo”, 18/6/2013, voto del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, considerando 16º.

La otra razón consiste en valorar que, en el caso de los jueces, el estándar de exclusión de funciones públicas por motivos ideológicos, debe también nutrirse de los demás valores e intereses en conflicto que por su naturaleza social exceden al derecho individual del magistrado, dando pábulo, de tal suerte, a soluciones diferentes que autorizan la exclusión temprana del postulante.

5.1.2. La ideología dentro del proceso

Por otra parte, lo atinente a la incidencia de la ideología del proveyente en el proceso, “viene obligando al juez a reflexionar sobre el papel que ocupa su ideología en la toma de decisiones y en la argumentación de las mismas”, haciendo que la ideología judicial actúe como una suerte de precondition metodológica en los procesos decisionales. Esta exigencia deviene de reconocer que

La fijación judicial de los hechos tiene que perseguir su objetivo –la formulación de aserciones verdaderas– teniendo en cuenta, al mismo tiempo, la necesidad de preservar otros valores. Estos valores son fundamentalmente de dos tipos. De un lado, un valor que podríamos llamar *práctico*, por cuanto expresa una característica básica del proceso judicial: la finalidad práctica, y no teórica, que lo anima. De otro lado, una serie de valores que podríamos llamar, en sentido amplio, *ideológicos*²³.

A su turno, el reconocimiento de la presencia insoslayable de jueces dotados de ideología también debe permitir establecer algunos límites para su manifestación, tanto dentro del proceso como fuera de él.

Hacia adentro del litigio, el magistrado debe conducirse con la mesura, equidistancia y prudencia

adecuadas para con las partes y para con todos aquellos que intervengan en el proceso bajo cualquier título que sea. Hacia afuera del proceso, en cambio, su actitud debe ser de corrección y decoro, incluyendo las posibles manifestaciones de sus naturales preferencias políticas e ideológicas²⁴.

5.2. LA CONSTRUCCION DE UN PROYECTO DE CAPACITACION

Juzgo que el robustecimiento de la capacitación se produce a partir de establecer un círculo de retroalimentación constante y creciente entre los capacitandos, los capacitadores, los gestores y diseñadores del sistema y quienes tienen la responsabilidad institucional de implementarlo.

Este círculo debe formarse a partir de la existencia de un mecanismo de consultas estable y continuo a los capacitandos, de modo tal que sean éstos quienes propongan al Centro de Capacitación, en base a sus propias necesidades y de modo libre y abierto, sus requerimientos de formación. Estas propuestas pueden tener la forma de necesidades o de simples pedidos, inspirados a su vez en las dificultades encontradas en el desempeño de la labor diaria y que, por su complejidad o reiteración, las vuelven preocupantes o las transforman en verdaderos obstáculos para brindar un adecuado servicio de justicia de calidad.

Este método de recolección de inquietudes en nada se contradice o excluye a otros que, por provenir de fuentes distintas, como puede serlo el mismo público consumidor del servicio, de los integrantes de los demás escalafones del Poder Judicial o bien de las propias autoridades superiores de la Justicia, también pueden

23 Gascón Abellán, Marina, op. cit., p. 119. Precisa esta autora que en la persecución de la verdad los ordenamientos jurídicos tienen que preservar valores ideológicos que “no son consustanciales a la idea de acción judicial como actividad encaminada a poner fin a un conflicto, sino que forman más bien parte de una cierta ideología jurídica”.

24 Malem Seña, Jorge, “La vida privada de los jueces”, en *La función judicial. Ética y democracia*, AAVV, Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez, compiladores, p. 163 y siguientes, ed. GEDISA e ITAM, Barcelona, 2003.

facilitar el señalamiento de deficiencias funcionales que tornen justificado fijar nuevos objetivos en materia de capacitación en orden a satisfacer las demandas planteadas²⁵. En todo caso, acudir a la opinión de los propios capacitandos también contribuye a legitimar la necesidad de preparación que se plantee, generando, de tal suerte, un marco de compromiso tanto individual como institucional con la propuesta formativa que, finalmente se diseñe y ejecute.

VI. El significado estratégico de la capacitación judicial: el fortalecimiento de la independencia judicial

A la luz de lo expresado, la capacitación se revela como una herramienta científica que no sólo sirve para sumar conocimiento a los jueces sino que también nutre la independencia del Poder Judicial²⁶, de cara a las crecientes y renovadas expectativas sociales. Se trata de un factor determinante de cualquier proceso de reforma judicial o institucional pues “es un elemento insoslayable para impulsar cambios en la administración de justicia y mantener un nivel de excelencia en todos los niveles del personal”²⁷.

La capacitación de los magistrados significa, “antes que dotar aditivamente de capacidades científicas, el cumplir satisfactoriamente con una verdadera exigencia

ética”, y coadyuva “a sostener criterios de justicia en las mismas resoluciones”²⁸. Desde esta perspectiva también contribuye a forjar la legitimidad de los jueces, al proporcionar elementos epistemológicos y argumentales que solidifican la posición independiente del juzgador, sin necesidad de recurrir a una socorrida asepsia ideológica de la que nadie –y menos todavía los jueces- goza²⁹.

Afirma Felipe Fucito³⁰, que, sin pretender que la sola formación de los magistrados alcance para resolver los críticos problemas de la sociedad y el derecho, sí puede ayudar a ubicarse frente a ellos. Para ello, cabe recordar que “nuestra tradición –sin escuelas de jueces, salvo la práctica misma- lo hizo implícitamente a favor de un juez técnico especializado y ajustado a la ley, como si la ley fuera una unidad monolítica dentro de la cual el trabajo consiste exclusivamente en buscar la solución adecuada al caso”. En este sentido,

una escuela judicial (...) podría suministrar criterios científicos que le sirvieran de apoyo, no sólo para la integración de normas, sino para los casos en que la solución legal apareciera como inapropiada, o cuando las cuestiones de hecho superaran lo fácilmente accesible y comprensible. Las meras creencias podrían ser reem-

28 Armando S. Andruet (h), en “Independencia judicial. Relación con la ética judicial y la capacitación de los jueces”, en *La Ley*, Sup. Act., 12/9/2006, 1.

29 Vanossi, Jorge, en su exposición en el panel “Roles y Funciones del Juez en la Sociedad Actual”, desarrollado en la Jornada de Reflexión sobre el Perfil de Juez, denominada “INDEPENDENCIA, VALORES ÉTICOS E IDONEIDADES. LOS NUEVOS ROLES PARA LA SOCIEDAD ACTUAL”, convocada por la Comisión sobre Perfil de Juez de la Mesa Permanente de Justicia del Diálogo Argentino - Min. de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, abril de 2003, ilustró la cuestión diciendo que “el tema de la independencia no debe ser confundido con asepsia. No existe el juez aséptico, un juez absolutamente desconectado de un sistema de valores o de una ideología en la cual ha creído, de un conjunto de ideas o, si ustedes prefieren, de ideales que se expresan a través de metas o fines que pretende alcanzar en el momento en que hace o dicta el acto de justicia. Ese tipo de juez no existe, y sería penoso que existiera porque realmente estaríamos frente a un autómata; volveríamos a la teoría del siglo V; no cumpliría ni siquiera la función interpretativa, mucho menos la función integrativa y creadora que cumple el juez a través del dictado de las sentencias”.

30 Fucito, Felipe, ¿Podrá cambiar la Justicia en la Argentina?, p. 137, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002.

25 Vigo, Rodolfo Luis, op. cit., p. 74, destaca que “aun cuando se establezca la capacitación como obligatoria, siempre será razonable brindar la alternativa de que se acredite estar capacitado como para evitar la asistencia innecesaria a los cursos correspondientes. Recordemos aquí que si existe el deber a la capacitación también cabe reconocer el derecho a reclamarla o recibirla, dado que la ética (...) no puede exigir algo de imposible cumplimiento”.

26 Kamada, Luis Ernesto, “La capacitación judicial: la herramienta científica”, en *Elogio de la independencia (la metagarantía de la Justicia del siglo XXI)*, publicado en *Proyectando la Justicia del Siglo XXI en el bicentenario de la Revolución de Mayo*, Colección “Premios y homenajes, nº 4, p. 113, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Córdoba, 2010.

27 Garavano, Germán, “Responsabilidad judicial de cara al servicio de justicia y su reforma”, publicado en *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, AAVV, Alfonso Santiago (h), Director, T. 2, p. 758, ed. Abaco, Buenos Aires, 2006.

plazadas por criterios más sustentados, y ayudar a una mejor solución.

El problema con el que se encuentran los jueces a la hora de responder las actuales demandas sociales consiste en la necesidad de desentrañar el camino correcto a seguir para alumbrar las soluciones requeridas. Atento a la naturaleza dinámica de los nuevos conflictos que los tornan inasibles para el jurista con formación tradicional, no es discutible que se le hace necesario al magistrado adoptar igual ritmo de análisis, elaboración y trabajo, pues de otro modo, la respuesta esperada por la sociedad sigue trunca. A su vez, el mayor protagonismo que la comunidad espera de los jueces -y la correlativa responsabilidad que les reclama- se nutre no sólo de la paralela expansión de la otras ramas del gobierno a partir de la consagración del Estado de Bienestar, y su posterior frustración con el advenimiento del Estado de signo Neoliberal, sino además en la cada vez mayor participación social, derivada de la directa injerencia de diversos grupos en el diseño y en la toma de decisiones que interesan a la comunidad³¹. Este panorama demanda una actividad creciente por parte de los magistrados que deben munirse de las herramientas científicas que les proporcionan los respectivos regímenes procesales así como de conocimientos extrajurídicos imprescindibles y emplearlos con suficiente amplitud imaginativa que los sitúe en igualdad de condiciones frente al enjuicio a resolver.

Los jueces han dejado de ser los “convidados de piedra” al banquete del litigio³², por lo que ahora debe entenderse que sólo un magistrado que asuma rigurosamente el rol de director y autoridad puede garantizar la satisfacción de los fines del proceso, toda vez que las

formas a las que deben ajustarse los juicios han de ser expresadas en relación a un fin último al que éstos se enderezan, a saber, contribuir a la más efectiva realización del derecho³³. Ello así por cuanto la normativa procesal, naturalmente indispensable y jurídicamente valiosa, no se reduce a una mera técnica de organización formal de los procesos sino que tiene como finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso³⁴.

Es por tales razones que los jueces deben ser activistas³⁵, fieles ejecutores del mandato constitucional ante todo, dotados no sólo de los medios legales sino también de los conocimientos, imaginación y destrezas que le permitan avizorar, con prontitud y certidumbre, las soluciones a los conflictos que se someten a su decisión. Ello así porque los agravios –especialmente los de naturaleza constitucional- se presentan cada vez más disimulados aunque sin dejar de ser por ello más graves en su potencia lesiva y requieren de jueces mejor capacitados para descubrirlos y remediarlos.

33 Roberto Berizonce, op. cit., p. 925, con cita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 306:738.

34 CSJN, Fallos, 302:1611.

35 No dejo de tener en cuenta las críticas que se han formulado a esta posición, de las que da cuenta Marcelo Alegre, “Iguaritarismo, democracia y activismo judicial”, publicado en *Los derechos fundamentales*, p. 102. SELA 2001 y Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2003: “la oposición a que los jueces adopten cursos de acción más agresivos en defensa de los derechos socioeconómicos no está fundada solamente en argumentos de principio, conectados con el supuesto daño a la democracia que el activismo judicial podría causar, o con la violación de la prioridad de la libertad sobre consideraciones de justicia económica. También ocupan un lugar importante en la argumentación desplegada por quienes impugnan el activismo judicial en esta área, convicciones acerca de los inconvenientes pragmáticos que conspiran contra la implementación de esta idea...”, a saber, “la del genuino desacuerdo sobre qué políticas son justas en el terreno económico. La segunda dificultad consiste en que la información que se necesita es mayor a la que se precisa para ejecutar los derechos clásicos”.

31 Roberto Berizonce, “El activismo de los jueces”, La Ley, 1990-E, Sección doctrina, p. 921.

32 Jorge Peyrano, “El perfil deseable del juez civil del siglo XXI”, *Lexis Nexis*, JA, 2001-IV, p. 869.

VII. La capacitación judicial para hacer realidad la tutela judicial efectiva

La capacitación judicial se ha tornado así indispensable tanto a la luz de los nuevos desafíos que impone la vida actual, con desbordes técnicos, científicos, filosóficos, sociales, económicos y políticos que hacen necesaria una permanente actualización de los jueces en esos temas, como la entronización de la tutela judicial efectiva a título de derecho humano insoslayable que exige respuestas apropiadas y oportunas del Poder Judicial. Ninguna de ambas demandas podrá ser satisfecha si los magistrados no se preparan cabalmente para afrontarlas.

A su vez, desde una perspectiva endógena, la exigencia de capacitación no se traduce únicamente en un requerimiento formal, para ascender en la escala funcional, ni tampoco en una necesidad meramente académica dedicada a lograr la mayor titulación de los jueces sino que, antes bien, se convierte en una exigencia de naturaleza eminentemente ética, profundamente enraizada, ya no en la simple prestación de un correcto servicio de Justicia, sino en el deber de cumplir con la función judicial de la mejor manera posible³⁶ y con arreglo a los mandatos constitucionales. Decir esto, a la vez, implica sostener que la ejecución de esta alta misión que le compete al Poder Judicial debe estar imbuida de contenidos axiológicos y teleológicos imprescindibles que el juzgador no puede ignorar y que, a esos fines, debe internalizar como propios, comprometiéndose a su realización actual y no sólo declamativa.

Por ello, afirmar que el deber de capacitarse forma parte integrante del contexto ético que inspira a los magistrados conduce inexorablemente a señalar también que si no se adhiere a los programas de capacita-

ción requeridos para mejor cumplir su función, el juez falta a ese deber ético y es, por tanto, deficiente en su compromiso con proveer a la tutela judicial efectiva que le demandan sus conciudadanos.

Finalmente, todos estos aspectos, a saber, el académico, el extrajurídico y el ético, a la vez que concurren a dotar a los jueces de las mejores herramientas para proveer eficazmente al derecho constitucional que titulariza toda persona a una tutela judicial efectiva, también sirven para afianzar, a los ojos de la sociedad en general y de los usuarios del sistema judicial en particular, la independencia de los magistrados. Ello así por cuanto considero que a mayor capacitación, se corresponde un mayor conocimiento y solvencia y, obtenido esto, menos margen habrá para poner en tela de duda la independencia judicial, notoriamente fortalecida por jueces dotados, a la vez, de idoneidad merced a sus saberes, de eficacia para aplicarlos y, sobre todo, de solidez ética para perseverar en la solución justa en contra de los embates de los intereses creados que pretenden distorsionarla para cuestionar la legitimidad de la función judicial y, por carácter transitorio, del Estado de Constitucional de Derecho³⁷.

Quizás la cuestión resulte mejor expresada en la síntesis postulada por Ackerman:

“la necesidad de que el modelo asegure que los escogidos dispongan de una profunda comprensión jurídica, una especial disposición a escuchar las voces del

³⁶ En este punto me valgo de la distinción propuesta por Vanossi y reseñada al inicio de este trabajo, toda vez que entiendo que se adecua perfectamente a la naturaleza de la actividad que desarrollan los jueces.

³⁷ En orden a ello, debe recordarse que, como lo destacara en su momento Aída Kemelmajer de Carlucci en “El poder judicial hacia el siglo XXI”, publicado en *Derechos y garantías en el siglo XXI*, AAVV, Aída Kemelmajer de Carlucci y Roberto López Cabana (Directores), ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 19 y siguientes, la independencia judicial se ejerce también en contra de las mayorías, en cuyo mérito se ha dicho que la Justicia es un poder contramayoritario. Ello es así pues el juez no sólo es custodio de la ley, en cuanto expresión mayoritaria, sino que cuida los valores constitucionales, habida cuenta que existe la necesidad de poner límites a cualquier poder, incluyendo el que se funda en la soberanía popular. De esta forma, el magistrado se vuelve guardián del pacto social, y en una democracia constitucional su rol consiste en defender los derechos de la persona, por encima de la voluntad de la mayoría, cuando ésta contraviene el programa contenido en la Carta Magna.

pasado, una gran receptividad a los principios distintivos emergentes, un prudencial reconocimiento de los límites del derecho. Una capacidad más reflexiva que la del político normal, pero más mundana que la del filósofo típico³⁸

De aquí, entonces, concluyo que todas las ideas vinculadas a la capacitación y a la necesidad que de ella tiene el Poder Judicial y, en especial, los jueces, conducen al mismo objetivo, cual es el del fortalecimiento de la independencia de la Justicia como valor estratégico y estructural completo en orden al desarrollo eficaz de su función. Cualquier otra lectura, que intente reducir la capacitación a saberes puramente instrumentales sólo le estará asignando un rol secundario, despojado de los altos fines para los cuales debe ser concebida en un Estado Constitucional.

VIII. Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (2004), *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, Los derechos sociales como derechos exigibles, ed. Trotta, Madrid.
- Alegre, Marcelo (2003), *“Iguaritarismo, democracia y activismo judicial”*, publicado en Los derechos fundamentales, SELA 2001 y Ed. Del Puerto, Buenos Aires.
- Andruet (h), Armando S. (2006), *“Independencia judicial. Relación con la ética judicial y la capacitación de los jueces”*, La Ley, Sup. Act., 12/9/2006, 1.
- Belsito, Cecilia y Caporale, Andrés (2006), *Tutela judicial efectiva*, ed. Nova Tesis, Santa Fe.
- Berizonce, Roberto O. (1990), *“El activismo de los jueces”*, La Ley, 1990-E, Sección doctrina.
- Berizonce, Roberto O. (2011), *“El principio de legalidad bajo el prisma constitucional”*, La Ley, 5/10/2011.
- Caramelo, Gustavo (2014), *“La capacitación constante de los jueces”*, ed. La Ley, 19/03/2014.
- Fucito, Felipe (2002), *¿Podrá cambiar la Justicia en la Argentina?*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- Garavano, Germán (2006), *“Responsabilidad judicial de cara al servicio de justicia y su reforma”*, La responsabilidad judicial y sus dimensiones, AAVV, Alfonso Santiago (h), Director, T. 2, ed. Abaco, Buenos Aires.
- Gascón Abellán, Marina (2004), *“La naturaleza del conocimiento judicial de hechos”*, Los hechos en el derecho, ed. Marcial Pons, colección Filosofía y Derecho, Madrid.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo (2000), *“El amparo como vía de prevención del daño”*, La Ley, 2000-F.
- Gozaíni, Osvaldo (2009), *Constitución Nacional y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. 1, AAVV, Daniel Sabsay (dir.), Pablo Manili (coord.), ed. Hammurabi, Buenos Aires.
- Hernández García, Javier (2012), *“El derecho a la libertad ideológica de los jueces”*, Los derechos fundamentales de los jueces, AAVV, Saiz Arnaiz, Alejandro (dir.), ed. Marcial Pons, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, Barcelona.
- Kamada, Luis Ernesto (2010), *“La capacitación judicial: la herramienta científica”*, Elogio de la independencia (la metagarantía de la Justicia del siglo XXI), publicado en *Proyectando la Justicia del Siglo XXI en el bicentenario de la Revolución de Mayo*, Colección “Premios y homenajes, nº 4, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Córdoba.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída (1999), *“El poder judicial hacia el siglo XXI”*, *Derechos y garantías en el siglo*

38 Ackerman, “La Política del Diálogo Liberal”, citado por Hernández García, Javier, op. cit., p. 68.

XXI, AAVV, Aída Kemelmajer de Carlucci y Roberto López Cabana (Directores), ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Lorenzetti, Ricardo Luis (2006), *Teoría de la decisión judicial*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Malem Seña, Jorge (2003), *“La vida privada de los jueces”*, La función judicial. Ética y democracia, AAVV, Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (compiladores), ed. GEDISA e ITAM, Barcelona.

Malem Seña, Jorge (2008), *El error judicial y la formación de los jueces*, ed. Gedisa, Barcelona.

Morello, Augusto M. (2005), *“La tutela judicial efectiva en los derechos español y argentino”*, El proceso justo, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Nieto, Alejandro (2005), *El desgobierno judicial*, p. 37 y siguientes, ed. Trotta, Madrid.

Peyrano, Jorge (2001), *“El perfil deseable del juez civil del siglo XXI”*, Lexis Nexis, JA, 2001-IV.

Rojas, Jorge (2009), *Sistemas cautelares atípicos*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Sagüés, Néstor Pedro (2005), *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del poder judicial*, ed. LexisNexis, Buenos Aires.

Taruffo, Michele (2010), *“La dimensión epistémica del proceso”*, en *Simplemente la verdad*, ed. Marcial Pons, colección Filosofía y Derecho, Madrid.

Vanossi, Jorge (2003), exposición en el panel *“Roles y Funciones del Juez en la Sociedad Actual”*, Jornada de Reflexión sobre el Perfil de Juez “INDEPENDENCIA, VALORES ÉTICOS E IDONEIDADES. LOS NUEVOS ROLES PARA LA SOCIEDAD ACTUAL”, convocada por la Comisión sobre Perfil de Juez de la Mesa Permanente de Justicia del Diálogo Argentino - Min. de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, abril de 2003.

Vanossi, Jorge (2013), *“¿Qué jueces queremos? El perfil de los juzgadores”*, Teoría constitucional, T. II, tercera edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Vigo, Rodolfo Luis (2007), *Ética y responsabilidad judicial*, p. 37, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

La Ciudad tiene un paradigma constitucional ambiental: el desarrollo humano

Marcelo Alberto Lopez Alfonsín (*)

* Magister en Ambiente Humano (UNLZ) y Doctor en Derecho (UBA). Juez Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Director del Programa Permanente de Derechos del Consumidor del Centro de Formación Judicial del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En ocasión del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional realizado en San Miguel de Tucumán en setiembre de 2013 tuve la oportunidad de sostener la existencia de un paradigma constitucional introducido por la reforma de 1994: el paradigma ambiental del desarrollo humano. A 20 años de la entrada en vigencia del nuevo texto constitucional, considero conveniente señalar el rumbo que también adopta la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el mismo sentido.

El mundo contempla desde hace algunos años como las fuerzas poderosas e innovadoras de la tecnología se han convertido en el principal impacto que afecta a la sociedad toda, descubriendo que el concepto de desarrollo proporcionado por la ciencia económica adolece de una radical simplificación que se abstrae de la realidad, ignorando reiteradamente al hombre y a su medio.

El ambiente ha adquirido una especial relevancia como objeto de estudio para las todas las ciencias sociales. Esta inquietud por la problemática ambiental, se ha visto acrecentada por la enunciación de preocupaciones concretas sobre la necesidad de limitar el crecimiento de la población y la explotación desenfrenada de los recursos naturales como fuera planteado desde la perspectiva económica por Ramón Tamames¹.

La conflictividad en materia ambiental apareció con gran fuerza en los últimos tiempos, lo que obedece al incremento de la conciencia mundial acerca de las responsabilidades gubernamentales, personales y sociales sobre la preservación del ambiente, como una herramienta que posibilita alcanzar un mayor grado de calidad ambiental de la que puedan gozar tanto las generaciones presentes como las futuras.

En sentido amplio, puede aseverarse que el ambiente es el entorno donde las personas desenvuelven su existencia; comprensivo no sólo de la naturaleza sino también de las modificaciones que sobre ésta realiza el ser humano. Se entiende así por "ambiente" a la sistematización de diferentes valores, fenómenos y procesos tanto naturales como sociales que condicionan, en un determinado tiempo y espacio histórico, la vida y el desarrollo de organismos vivos, en una simbiosis integradora de relaciones de intercambio del hombre con los demás seres vivos, de los individuos entre sí, como también entre los diferentes recursos naturales renovables y no renovables.

Es decir que puede el ambiente puede ser definido como *"aquél sistema global constituido por elementos naturales, artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural, que rige y condiciona la existencia y el desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones"*².

Por su parte, las raíces del concepto de desarrollo humano pueden con frecuencia rastrearse hasta periodos anteriores de la historia humana y pueden hallarse en muchas culturas y religiones. Aristóteles escribió: "Evidentemente, la riqueza no es el bien que buscamos, porque simplemente se trata de algo útil, un medio para obtener algo más". Un curso de pensamiento semejante se reflejó en los escritos de los primeros fundadores de la economía cuantitativa (William Petty, Gregory King, Francois Quesnay) y en las obras de los pioneros de la economía política (Adam Smith, Robert Malthus, Karl Marx).

En este primer periodo, el concepto de desarrollo trataba al ingreso y su crecimiento como un medio y dirigía la atención a una preocupación auténtica por la gente, en forma individual y colectiva. La búsqueda del

¹ TAMAMES, Ramón, *Ecología y Desarrollo, la polémica sobre los límites al crecimiento*, Alianza Editorial S.A., Madrid, España, 1983.

² LORENZETTI, Ricardo L., "La protección jurídica del ambiente", LL 1997-E, p. 1463.

bienestar material no se había transformado todavía en la obsesión exclusiva. Recién en el siglo XX las ciencias sociales comenzaron a preocuparse cada vez más de la economía, y de la economía relacionada con la riqueza más bien que con las personas, de la economía más bien que de la sociedad, de la elevación al máximo del ingreso más bien que del aumento de las oportunidades del ser humano.

La concepción contemporánea dominante, de centrarse exclusivamente en variables como el producto nacional bruto *per capita* o la riqueza nacional, es una continuación del antiguo enfoque orientado a la opulencia. Y esta actitud mezquina de considerar a la Humanidad como un instrumento de la producción corresponde a la reputación de la economía como “ciencia funesta”.

El concepto de desarrollo humano podemos rastrearlo también en distintas concepciones religiosas. En el año 1967, la Iglesia Católica, preocupada por el desarrollo de los pueblos se manifiesta en su Carta Encíclica “POPULORUM PROGRESSIO”, sosteniendo que todo programa concebido para aumentar la producción no tendría otra razón de ser que el servicio a la persona humana, reduciendo las desigualdades, las discriminaciones, eliminando la esclavitud, haciendo al hombre agente responsable de su progreso material, moral y espiritual. Decir desarrollo humano implicaría entonces una preocupación tanto por el progreso social como por el crecimiento económico. No resulta suficiente aumentar la riqueza para que sea repartida equitativamente ni promover la técnica para que la tierra sea humanamente más habitable, pues economía y técnica no tienen sentido si no es por el hombre a quien debe servir. No se trata, pues, de renunciar al crecimiento económico sino de imprimirle una nueva dirección.

En esta infatigable búsqueda, las Naciones Unidas, siempre la vanguardia en el estudio profundo de los pro-

blemas que atañen a la Humanidad, tratará de levantar el velo de ignorancia que nos impidió por años descubrir soluciones, procurando encontrar un nuevo paradigma que coloque al ser humano en el centro del desarrollo.

Este nuevo concepto de desarrollo impone la promoción del desarrollo económico sin afectar la capacidad del planeta para producir nuevos recursos naturales y proteger de esa manera a la generación presente y a las venideras. Así, el desarrollo sustentable será implementado en cada país de acuerdo con sus recursos, ubicación geográfica población, recurriendo a planes diferenciales según sus propias características y dentro de cada uno de los sectores productivos de sus economías.

Tal paradigma de desarrollo posibilita que todas las personas amplíen plenamente su capacidad humana y aprovechen esa capacidad al máximo en todas las esferas: económica, social, cultural y política. El desarrollo humano sostenible favorece a la naturaleza. Asigna la máxima prioridad a reducir la pobreza y promover el empleo productivo, la integración social y la regeneración del medio ambiente. Acelera el crecimiento económico y lo traduce en mejoras en las vidas humanas, sin destruir el capital natural necesario para proteger las necesidades de futuras generaciones. Fomenta, además, la autonomía de las personas, posibilitando que diseñen los procesos y acontecimientos que conforman sus vidas y participen en ellos.

El debate sobre el progreso humano deja de ser un debate en torno sólo a los medios (crecimiento del PNB), para convertirse en un debate sobre los fines últimos. Al desarrollo humano le interesan tanto la generación de crecimiento económico como su distribución, tanto las necesidades básicas como el espectro total de las aspiraciones humanas, tanto las aflicciones humanas del Norte como las privaciones humanas del Sur. El concepto de desarrollo humano no comienza a partir de

un modelo predeterminado: se inspira en las metas de largo plazo de una sociedad. Teje el desarrollo en torno a las personas, y no las personas en torno al desarrollo.

En el paradigma de desarrollo humano, los individuos y las instituciones deben pasar a ser aliados en la causa común del mejoramiento de las necesidades vitales para las generaciones actuales y futuras. Para que ello ocurra deben establecerse firmemente las bases de una sociedad civil, en que el gobierno sea plenamente responsable ante el pueblo.

Es necesario asegurar el carácter sostenible en todos los sectores de la economía y en todos los niveles de la acción para el desarrollo. Para ello será necesario introducir cambios profundos, tanto a nivel nacional como global. En el plano mundial, el desarrollo humano sostenible requiere nada menos que una nueva ética. El universalismo en el reconocimiento de las reivindicaciones vitales y la preocupación por la supervivencia común deben conducir a la adopción de políticas favorables a un nuevo orden mundial más equitativo. El propio concepto de sustentabilidad corre gran peligro en un mundo en que una cuarta parte de su población son ricos y tres cuartas partes son pobres, la mitad son democráticos y la otra mitad autoritarios, en que se niega a los países pobres el acceso a las oportunidades económicas mundiales, en que la disparidad del ingreso entre el 20% más rico y el 20% más pobre de la población mundial se ha duplicado en los últimos cuatro decenios, en que una cuarta parte de la Humanidad no puede satisfacer sus necesidades humanas básicas, y en que los países ricos consumen cuatro quintas partes del capital natural de la Humanidad sin estar obligados a pagar por él.

En el plano de las políticas nacionales, Naciones Unidas plantea que debe lograrse un nuevo equilibrio entre la eficiencia de los mercados competitivos, los marcos jurídicos y reglamentarios que sólo los gobier-

nos pueden brindar, las inversiones para aumentar la capacidad de todos y la existencia de garantías de seguridad social para quienes tienen acceso menos franco a los mercados. Con este objeto en menester establecer un equilibrio entre las exigencias de hoy y las necesidades de mañana, entre la iniciativa privada y la acción pública, entra la codicia individual y la compasión social.

Es en este marco propiciado en su momento por los pioneros de las economías cuantitativas y políticas, por el magisterio de la Iglesia Católica, y más recientemente por la Organización de las Naciones Unidas, en el que se ha nutrido la Convención Nacional Constituyente en 1994 para incluir en el texto de la Constitución Nacional reformada el paradigma del desarrollo humano.

En el nuevo articulado de la Ley Suprema aparece reiteradamente el concepto de **desarrollo humano**, tanto en la parte dogmática como en la orgánica. Es así que el artículo 41 –la cláusula ambiental constitucional– textualmente dice: *“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las generaciones futuras; tienen el derecho de preservarlo...”*.

Por su parte el artículo 75 establece las atribuciones del Congreso en sus incisos 17 y 19. El primero de ellos reza: *“Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respecto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente*

estas atribuciones.” En tanto, el segundo inciso del artículo mencionado dice textualmente: *“Proveer lo conducente al **desarrollo humano**, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento...”*

Finalmente, en el título segundo de la Ley Fundamental, refiriéndose a los gobiernos de provincia, el nuevo artículo 125 dice: *“Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la importación de capitales extranjeros y la explotación de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios. Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el **desarrollo humano**, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura”*.

A tenor de lo expuesto, advertimos que en este proceso en el que nuestro país busca insertarse en un nuevo orden mundial, la reforma constitucional argenti-

na de 1994 no ha querido ser ajena al nuevo paradigma de desarrollo planteado por la comunidad internacional. Tal paradigma de desarrollo humano permitirá ampliar plenamente nuestra capacidad humana y aprovechar esa capacidad al máximo en todas las esferas: económica, cultural, social y política.

A este desafío se sumó el convencional constituyente porteño de 1996 desde el mismo preámbulo, al señalar: *“Los representante del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, reunidos en Convención Constituyente por imperio de la Constitución Nacional, integrando la Nación en fraterna unión federal con las provincias, con el objeto de afirmar su autonomía, organizar sus instituciones y **promover el desarrollo humano** ...”* Este compromiso liminar se fortalece en el capítulo primero –“Disposiciones comunes”- al establecer este mandato constitucional: *“La Ciudad **promueve el desarrollo humano** y económico equilibrado, que evite y compense las desigualdades zonales dentro de su territorio”*.

Con el recuerdo de este mandato a todos los operadores jurídicos, me sumo a los festejos por estos 15 años del Centro de Formación Judicial, reafirmando así el compromiso de mi juramento por el Pueblo de la Ciudad.

El control de convencionalidad en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Perspectivas actuales y desafíos futuros

Pablo C. Mántaras (*)

* Abogado (UBA). Master en Derecho Administrativo de Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (Procuración del Tesoro de la Nación), LLM (Master en Derecho Público) de la New York University (NYU). Juez de Primera Instancia del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Docente de grado y de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UP y de la UBA.

"[L]a gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, no sustituto, el internacional".

CortelDH, Voto razonado del Juez García Ramírez, caso "Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú", sentencia del 24 de noviembre de 2006, párr. 11.

I. Introducción. La internacionalización de la protección de los Derechos Humanos. El control de convencionalidad como mecanismo preferente de tutela

En las últimas décadas, la incorporación del Estado Argentino –y, consecuentemente, de sus diferentes descentralizaciones federales, entre ellas, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– a los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos ha significado un verdadero giro copernicano en relación con las estrategias jurídicas que permiten asegurar la adecuada tutela de los derechos fundamentales, tanto en el ámbito interno como en el internacional. Ello así, por cuanto esta incorporación implica asumir el compromiso de respetar y hacer cumplir en ambos órdenes una extensa nómina de obligaciones vinculadas con los derechos que esos sistemas reconocen y protegen, y cuya eventual inobservancia tiene por efecto comprometer la responsabilidad internacional del Estado. De esta forma, la protección de los derechos humanos ha dejado de ser una tarea exclusiva de los tribunales locales, para transformarse en una incumbencia concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales e internacional.

No obstante, la creciente y progresiva internacionalización de los mecanismos protectorios no implica desconocer o negar que, en principio, un primer –y fundamental– estadio en la lucha por la efectiva vigencia de los derechos humanos se dirime en el ámbito propio del

derecho interno de los Estados que conforman la comunidad internacional, toda vez que –en la mayoría de los países democráticos– allí están establecidos y regulados los diversos remedios procesales que permiten hacer efectivas las obligaciones concretas asumidas en el plano internacional por las autoridades públicas.

A su vez, en este ámbito, son principalmente los jueces¹ quienes tienen a su cargo la tarea de determinar si el accionar estatal es consecuente con el debido respeto de los derechos y garantías –establecidas tanto en el plano interno como en el internacional– y con las correlativas obligaciones asumidas por el Estado para garantizar su efectiva vigencia.

En este aspecto también es relevante recordar que los órganos jurisdiccionales, en la medida en que integran la estructura estatal, están igualmente comprometidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos², ya sea que se trate de los jueces pertenecientes a la jurisdicción federal, o bien de aquellos que integran los Poderes Judiciales de las provincias –o, en nuestro país, los magistrados integrantes del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires–³. En

1 Sin perjuicio de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "CortelDH") ha señalado que este deber se extiende a *todos* los órganos que ejercen materialmente funciones jurisdiccionales, tengan el carácter de tribunales judiciales, o no (caso *Cabrera García Cabrera y Montiel Flores vs. México* (sentencia del 26 de noviembre de 2010, Serie C N° 220).

2 En reiteradas oportunidades, la CortelDH ha afirmado su doctrina sobre la unidad de la responsabilidad internacional estatal, al expresar que *"cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin"* (caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, párr. 124; *Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia del 31 de agosto de 2010, Serie C N° 216, párr. 219, y caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, Sentencia del 1° de septiembre de 2010, Serie C N° 217, párr. 202, entre otros).

3 Ya desde el caso *Garrido Baigorria vs. Argentina* (sentencia del 27 de agosto de 1998, Serie C N° 39), la CortelDH señaló con claridad que la estructura federal es inoponible al cumplimiento de los deberes a cargo de los Estados establecidos en la Convención (con cita expresa del artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). En esa oportunidad, el Tribunal Interamericano

consecuencia, corresponde a los jueces nacionales ejercer –en primer término– su jurisdicción ante cualquier accionar gubernamental que pudiera comprometer la responsabilidad estatal en el plano internacional y, en tal caso, adoptar en sus decisiones las medidas necesarias para evitar o remediar un eventual ilícito internacional.

Esta labor judicial, orientada a establecer la adecuación del accionar de las autoridades públicas con los compromisos internacionales, es denominada “control de convencionalidad”. Toda vez que el mencionado control llevado a cabo –primero– por los órganos jurisdiccionales internos de cada Estado, es frecuente la utilización del término *control interno de convencionalidad*⁴, por oposición al *control externo de convencionalidad* que es ejercido por los tribunales supranacionales (por caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos), también con la finalidad de determinar la conformidad de los actos estatales domésticos con las disposiciones del Derecho Internacional Convencional de los Derechos Humanos, pero sólo aplicable una vez acreditada la inexistencia, inoperancia o insuficiencia de los recursos judiciales internos para la solución del agravio –es decir, con carácter subsidiario, complementario y coadyuvante del control de convencionalidad que realizan los tribunales locales–.

En una conocida decisión, al pronunciarse –por primera vez en forma mayoritaria– sobre el modo en que los jueces de los Estados parte de la Convención Ame-

ricana sobre Derechos Humanos⁵ deben determinar en la esfera local el cumplimiento de las garantías y deberes establecidos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que “[l]os jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. [...] En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁶.

El criterio hermenéutico establecido en “Almonacid” fue precisado y completado por la Corte Interamericana en una ulterior decisión, en la cual explicó que “[c]uando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los

señaló que “[e]l artículo 28 de la Convención prevé la hipótesis de que un Estado federal, en el cual la competencia en materia de derechos humanos corresponde a los Estados miembros, quiera ser parte en ella. Al respecto, dado que desde el momento de la aprobación y de la ratificación de la Convención la Argentina se comportó como si dicha competencia en materia de derechos humanos correspondiera al Estado federal, no puede ahora alegar lo contrario pues ello implicaría violar la regla del estoppel” (párr. 46).

4 Ver, entre otros, García Ramírez, Sergio, “Control Judicial Interno de Convencionalidad”, *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Alfonso Herrera García (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

5 Adoptada el 22 de noviembre de 1969, fue suscripta por el Estado Argentino el 2 de febrero de 1984, aprobada por Ley N° 23.054 del 14 de agosto de 1984, y el instrumento de ratificación (con reservas) fue depositado el 5 de septiembre de 1984. Entró en vigor el 18 de julio de 1978. En adelante, la “Convención”, la “Convención Americana”, o el “Pacto”.

6 CortelDH caso, *Almonacid Arellano vs. Chile*, citado, párr. 124.

*accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”*⁷.

Asimismo, en posteriores oportunidades el Tribunal Interamericano aplicó este control en una importante cantidad de casos, afianzando sus caracteres y delimitando con claridad su núcleo dogmático esencial⁸.

Por otro lado, la obligatoriedad del ejercicio del control interno de convencionalidad por parte de todos los jueces argentinos también ha sido expresamente admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al respecto, en un reciente precedente el Tribunal señaló que “[l]os órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte

*Interamericana de Derechos Humanos– que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango”*⁹.

A su vez, cuando se trata de aplicar en el ámbito doméstico las previsiones contenidas en los tratados sobre derechos humanos, la Corte Suprema ya había expresado –con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 y a estas sentencias del Tribunal Interamericano– que la regla hermenéutica central a partir de la cual debe realizarse su exégesis es, precisamente, la que considera la propia interpretación que emana de la jurisprudencia de los órganos supranacionales¹⁰. Estas pautas fueron receptadas por el legislador constituyente, que estableció expresamente que los instrumentos internacionales de derechos humanos –a los que se reconoce jerarquía constitucional en el artículo 75 inc. 22¹¹– deben ser interpretados y aplicados “en las condiciones de su vigencia”, es decir, tal como “[e]fectivamente rige[n] en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”¹².

Las reglas interpretativas antes descriptas se han consolidado en la jurisprudencia del Máximo Tribunal, que ha reiterado su aplicación en diversos precedentes¹³.

7 CortelDH, caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C Nº 158, párr. 128.

8 CortelDH, caso *La Cantuta vs. Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006, Serie C Nº 162, párr. 173; caso *Boyce y otros vs. Barbados*, sentencia del 20 de noviembre de 2007, Serie C Nº 169, párr. 79; caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia del 12 de agosto de 2008, Serie C Nº 186, párr. 180; caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. México*, sentencia del 23 de noviembre de 2009, Serie C Nº 209, párr. 339; caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, sentencia del 26 de mayo de 2010, Serie C Nº 213, párr. 208, nota 307; caso *Comunidad Indígena XákmokKásek vs. Paraguay*, sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C Nº 214, párr. 311; caso *Fernández Ortega y Otros vs. México*, sentencia del 30 de agosto de 2010, Serie C Nº 215, párr. 234; caso *Rosendo Cantú y Otra vs. México*, citado, Serie C Nº 216, párr. 219; caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, citado, párr. 202; caso *Vélez Loor vs. Panamá*, sentencia del 23 de noviembre de 2010, Serie C Nº 218, párr. 287; caso *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, sentencia del 24 de noviembre de 2010, Serie C Nº 219, párr. 106; caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, citado, párr. 225; caso *Gelman vs. Uruguay*, sentencia del 24 de febrero de 2011, Serie C Nº 221, párr. 193; caso *López Mendoza vs. Venezuela*, sentencia del 1º de septiembre de 2011, Serie C Nº 233, párrafo 226.

9 CSJN, R.401. XLIII, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, sentencia del 27/11/2012.

10 CSJN, “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”, sentencia del 7 de julio de 1992, Fallos 315:1492, cons. 21.

11 Así como aquellos a los que se les ha reconocido –o que se les reconozca en el futuro– este estatus, de acuerdo con el procedimiento previsto en la mencionada norma constitucional. Hasta el momento, con posterioridad a la reforma de 1994, se ha asignado jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Ley Nº 24.820) y a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Ley Nº 25.778).

12 CSJN, “Giroldi, Horacio D. y otro”, Fallos 318:554

13 CSJN, “Simón”, Fallos 328: 2056; “Casal”, Fallos 328:3399; “Mazzeo”, Fallos

Asimismo, también algunos magistrados integrantes del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires han señalado en sus votos individuales que, de acuerdo con las directivas establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Suprema Argentina, los jueces deben ejercer el control de convencionalidad¹⁴. La obligatoriedad y centralidad del control ha sido destacada con mayor vigor y desarrollo por diversos magistrados de instancias inferiores¹⁵.

Entonces, de acuerdo con las directivas supranacionales, constitucionales y jurisprudenciales antes reseñadas, para determinar el contenido concreto que corresponde asignar a los derechos humanos, los jueces se deben comportar como *magistrados interamericanos* y, en ese rol, deben aplicar *ex officio* los pactos internacionales que los receptan y protegen, con especial atención a las interpretaciones que de ellos han efectuado sus órganos de vigilancia y control, cuyas decisiones

330:3248 y, más recientemente, "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", sentencia del 24 de abril de 2012, *Fallos* 335:452, entre otros.

14 TSJ, "Corso, Teresa Rafaela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Corso, Teresa Rafaela vs. GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de emp. públ.", voto de la Dra. Alicia Ruiz, Expte. N° 6758/09, sentencia del 27 de mayo de 2010; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Arrieta, Luis Alberto y otros vs. GCBA y otros s/otros procesos incidentales en Arrieta, Luis Alberto y otros vs. GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)", voto del Dr. Luis Lozano, Expte. N° 7671/10, sentencia del 06 de abril de 2011; "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Gómez, Jorge Elvio vs. GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)", voto del Dr. José O. Casás, Expte. N° 9019/12, sentencia del 2 de mayo de 2013, entre otros.

15 Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 3, Romero Graciela del Carmen y otros c/GCBA s/amparo", Expte. N° 43633/0, sentencia del 16 de diciembre de 2013; Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 13, "Canevaro Martín y otro c/GCBA s/ amparo" (Art. 14 CCABA)", Expte. N° EXP 36410/0, sentencia del 19 de marzo de 2010; Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15, "Ramos Lourdes Patricia Nelva c/GCBA s/amparo", Expte. N° 41402-2013/0, sentencia del 12 de septiembre de 2013; Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 16, "Tito Catalani, Yelmi Luisa y otros c/ GCBA s/amparo", Expte. N° N° A8585-2013/0, sentencia del 14 de marzo de 2014; Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 17, "Andrades Maribel Guadalupe c/ GCBA s/ amparo", Expte. N° A18688-2013/0, sentencia del 17 de marzo de 2014; Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 18, "Choque Liliana Elena c/GCBA y otros s/ amparo", Expte. N° A891-2013/0, sentencia del 31 de octubre de 2013, entre otras.

constituyen estándares internacionales que deben ser obligatoriamente observados en el orden interno¹⁶. Entonces, si alguna norma, acto o conducta estatal resulta incompatible con los derechos y obligaciones establecidos en esos tratados, el magistrado interviniente debe declarar su incompatibilidad con el ordenamiento internacional y desechar su aplicación en el plano nacional¹⁷; o bien –si es plausible– adaptar su interpretación para compatibilizarla con las directrices y deberes emanados de esos instrumentos¹⁸.

Este deber de considerar y aplicar los criterios elaborados por los órganos de aplicación de los tratados internacionales de Derechos Humanos no obsta, claro está, a que en ausencia de definiciones por parte del órgano supranacional (o, también cuando existen decisiones nacionales que brindan mayor protección) sean los jueces locales quienes lleven adelante la labor de interpretar el contenido de las normas supranacionales, guiados en esta tarea por los postulados esenciales

16 En referencia al ámbito interamericano, en el voto razonado del Juez *ad hoc* Ferrer Mac-Gregor en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (citado) se afirma que los jueces nacionales deben tener en consideración –como parámetro para ejercer el control interno de convencionalidad– al "bloque de convencionalidad", que no sólo comprende a la Convención Americana, sino también a sus "Protocolos" adicionales, a las interpretaciones que de estos instrumentos realiza la Corte Interamericana en sus sentencias, y a otros instrumentos internacionales que han sido motivo de integración al *corpus juris* interamericano por esa jurisprudencia.

17 No abordaremos en este trabajo los debates existentes en torno a las dificultades que se derivan de exigir a todos los jueces nacionales que practiquen el control de convencionalidad de oficio en aquellos países en los cuales el control de constitucionalidad tiene de carácter concentrado (para un análisis de la cuestión, ver Castilla Juárez, Karlos, "Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013, págs. 51-97). Tampoco nos ocuparemos, en esta oportunidad, del carácter problemático que presenta exigir a los jueces nacionales que –al momento de ejercer esta facultad– acaten obligatoriamente los criterios jurisprudenciales elaborados por la Corte Interamericana (*binding precedent*), en aquellos sistemas jurídicos en los cuales la regla del *stare decisis* no tiene carácter vinculante ni obligatorio.

18 La CortelDH aceptó recientemente esta función adaptativa del control de convencionalidad en el caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. México* (citado), considerando 338 a 340, y la ha reiterado en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (también citado), párr. 233 y 234.

del principio *pro homine* (por caso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 “b” de la CADH y el artículo 5° del PIDESC).

Luego, la Corte Interamericana podrá revisar en la instancia supranacional las actuaciones de los jueces nacionales –controlando, incluso, el correcto ejercicio del “control de convencionalidad”– cuando este análisis resulte significativo para determinar, en el marco de un caso llevado ante sus estrados, si el Estado (del cual el juez nacional es un órgano) ha cumplido fielmente con las obligaciones asumidas en la Convención Americana, de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia convencional¹⁹.

De este modo, a través del ejercicio del control de convencionalidad los tribunales supranacionales y nacionales participan y colaboran en la formación de un *iusconstitutionale commune* interamericano en materia de Derechos Humanos²⁰, a través de un proceso dialógico entre tribunales en el cual, por un lado, la jurisprudencia constitucional doméstica se transforma y modela con los desarrollos efectuados en el Derecho Internacional pero, por el otro lado, también el Tribunal Interamericano queda obligado a considerar la jurisprudencia constitucional de los Estados que integran el sistema, a efectos de ajustar y perfeccionar sus decisiones²¹.

19 Cabe recordar, en este aspecto, que de acuerdo a lo establecido en el artículo 29 del Pacto, todos los órganos de los Estados signatarios de dicho instrumento internacional –incluidos los jueces y órganos de administración de justicia que materialmente realizan funciones jurisdiccionales– se encuentran obligados a ejercer sus facultades del modo que mejor permita el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, sus protocolos adicionales y los restantes instrumentos internacionales que forman parte del *corpus juris* interamericano.

20 Sagüés Néstor, “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina?*, T. II, Primera Edición, Bogdandy, Armin Von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela (coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

21 Abramovich, Víctor, “Introducción: una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, *La apli-*

inexorablemente, este “diálogo jurisprudencial” entre la Corte Interamericana y las jurisdicciones nacionales incide, a su vez, en la debida articulación y creación de los estándares aplicables en materia de protección de los derechos humanos en el continente americano. A su vez, a través de esta interacción la Corte actúa como una verdadera “caja de resonancia” de las interpretaciones constitucionales efectuadas por los tribunales locales y, de ese modo, también asegura una mayor legitimidad democrática para sus decisiones, tal como actualmente le exigen los Estados democráticos bajo su jurisdicción²².

Se trata, entonces, de una tarea y una responsabilidad que requiere de una capacitación y actualización permanente por parte los jueces nacionales, a efectos de conocer y comprender la jurisprudencia convencional²³.

II. Control interno de convencionalidad. Aplicación de los postulados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito doméstico

Así determinado el contenido y alcance del control de convencionalidad, también es relevante tener en consideración que, en muchos casos, debido al progresivo y continuado fenómeno de retroalimentación que se ha producido entre ambas esferas, es habitual que –en materia de Derechos Humanos– los derechos y deberes establecidos en el orden internacional resulten concordantes con idénticos o similares derechos y deberes con-

cación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década, CELS – Canadian International Development Agency, Editores del Puerto, 2007, págs. 6 y 7.

22 Contesse, Jorge, “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, trabajo presentado en el seminario dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, 8 de mayo de 2014.

23 CortelDH, voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el caso *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, ya citado, párr. 31.

sagrados y reconocidos en el ordenamiento nacional, en especial, en los textos constitucionales.

En esos casos, desde la perspectiva de los individuos, los instrumentos internacionales sirven en la esfera doméstica como refuerzo normativo para exigir el respeto y protección de sus derechos y prerrogativas (y de las correspondientes obligaciones estatales), que también encuentran sustento en las previsiones de la Constitución Nacional (o local).

Sin embargo, también es posible identificar otros supuestos en los cuales el ordenamiento constitucional no tiene un grado de desarrollo similar al ordenamiento internacional, es decir, situaciones en las cuales el derecho reconocido al individuo, o la correspondiente obligación a cargo del Estado no han sido receptados con igual amplitud o robustez por la normativa interna del Estado (constitucional o, incluso, infraconstitucional). En efecto, a pesar de que la evolución antes descrita se orienta claramente hacia una cierta uniformidad en el grado de tutela asegurado por ambas esferas, en nuestro país se presentan múltiples situaciones en las cuales, para la determinación del contenido prescriptivo concreto de un derecho humano –es decir, para establecer y delinear las prerrogativas que ostentan sus titulares para exigir su observancia y respeto y, consecuentemente, para definir al correlativo entramado de obligaciones a cargo de las autoridades públicas– tiene especial valor recurrir a los diversos tratados internacionales de derechos humanos que poseen jerarquía constitucional. Ello así, toda vez que –como consecuencia del mayor desarrollo dogmático alcanzado en esas áreas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos– sus caracteres y contornos han sido definidos en la dimensión supranacional con mayor precisión, amplitud y rigurosidad.

De este modo, frente a estos supuestos, la adecuada aplicación del control interno de convenciona-

lidad por parte de los jueces nacionales adquiere aún mayor relevancia, toda vez que la simple aplicación del control de constitucionalidad no permitiría tutelar o proteger al derecho humano involucrado con la misma intensidad o vigor²⁴.

Es precisamente en estos casos en los cuales el deber de los jueces de asegurar la conformidad del obrar estatal con los preceptos internacionales en materia de Derechos Humanos se intensifica, puesto que se transforma en una herramienta trascendental para asegurar en el plano nacional el pleno goce de los derechos humanos y, al mismo tiempo, evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

24 Es necesario aclarar que, por razones de mayor claridad expositiva, en este trabajo el *control de constitucionalidad* es definido a partir de un criterio estricto, es decir, circunscripto a la determinación de la conformidad de un determinado accionar estatal con las previsiones expresamente plasmadas en el texto constitucional. La aclaración es pertinente porque, en nuestro país –a diferencia de lo que ocurre con otros Estados Americanos–, se ha asignado jerarquía constitucional a la Convención y a otros tratados de derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN), de manera que si se adoptara una definición expansiva para caracterizar a este control, también debería comprender la verificación de la adecuación y compatibilidad del ejercicio de las diferentes potestades públicas con los diversos derechos y obligaciones contenidas en esos instrumentos internacionales constitucionalizados (que, en conjunción con la Constitución, conforman un colectivo normativo frecuentemente denominado “bloque de constitucionalidad”). Desde esta perspectiva, la correcta aplicación del *control de constitucionalidad* requeriría –en relación con esos tratados con jerarquía constitucional– efectuar un *control de convencionalidad*. Consecuentemente, creemos que –una vez consolidado y afianzado este último concepto en el ámbito interamericano– sería más adecuado sólo utilizar el término “control de constitucionalidad” en el primer sentido indicado, para así diferenciar claramente ambos tipos de control jurisdiccional. Si se aplicara esta distinción, sería más fácil advertir que si bien nuestro régimen constitucional y el sistema internacional de protección de los derechos humanos interactúan en un mismo ámbito espacial, ambos ordenamientos no están jerárquicamente ordenados, sino que existe entre ellos una relación de complementariedad (actualmente denominada por algunos autores como “pluralismo constitucional”) que justifica diferenciar los mecanismos procesales, los criterios de aplicación y el material controlante que los jueces utilizan para poner en práctica ambos tipos de controles. Éste no es, sin embargo, el criterio dominante en la doctrina y jurisprudencia.

III. Aplicación del control interno de convencionalidad en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Casos especiales.

En el ámbito específico de la Ciudad de Buenos Aires, muchas de las diferencias que se advierten entre el alcance y grado de protección reconocido a diversos derechos humanos en la esfera nacional y en la instancia supranacional han sido morigeradas –o bien directamente eliminadas–, en la medida en que su Constitución presenta un sesgo garantístico mucho más acentuado que la Constitución Nacional y, a su vez, los derechos y garantías en ella consagrados –así como los correlativos deberes de las autoridades públicas– tienen un nivel de desarrollo y concreción mucho más parecido al alcanzado en la órbita internacional.

En efecto, al momento de sancionar su Constitución, el pueblo de la Ciudad de Buenos Aires estableció una Carta de Derechos que potencia los mecanismos de tutela contemplados en la Constitución Nacional, al mismo tiempo que incorpora –en muchos casos– la perspectiva protectoria propia del Sistema Universal e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Asimismo, la normativa constitucional de la Ciudad ha previsto un rol especialmente activo para las autoridades públicas, dirigido a compensar o morigerar las desigualdades fácticas inherentes a un entramado social heterogéneo y plural, y a esos efectos ha establecido diversos deberes de actuación positivos.

Así, cabe citar –a modo de ejemplo y en términos no taxativos– que luego de reconocer que rigen en la Ciudad “[t]odos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen”, el artículo 10 de la CCABA establece expresamente que “[l]os derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta

no puede cercenarlos”.

A su vez, en el artículo 11 dispone que “[l]a Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”.

En términos análogos, al establecer en su Título II diversas “Políticas Especiales” –que, en casi todos los casos, contemplan obligaciones positivas concretas para las autoridades públicas–, la CCABA dispone como principio general que “[l]a Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades” (artículo 17).

Ahora bien, sin perjuicio de que –como se dijo– en la jurisdicción de la Ciudad la sintonía entre ambos niveles de protección es mayor, de todos modos existen casos concretos en los cuales, frente a una controversia judicial, una adecuada aplicación del control de convencionalidad resulta especialmente significativa para extender la protección de los derechos humanos a ámbitos no expresamente contemplados en la Constitución de la Ciudad.

Con la intención de ilustrar esta afirmación, a continuación se analizarán tres situaciones en las cuales es posible advertir que la normativa internacional en materia de Derechos Humanos garantiza un mayor grado de protección que las normas constitucionales locales.

3.1. El control de convencionalidad como mecanismo de tutela de los derechos económicos, sociales y culturales

Un primer ámbito en el cual el ejercicio jurisdiccional del control de convencionalidad adquiere especial relevancia es aquel vinculado con la determinación de los estándares de vigencia y operatividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Tal como he señalado en una reciente decisión, bajo la expresión “derechos sociales”, se describe a una categoría muy heterogénea de bienes y valores, que son el producto de una particular evolución histórica, política, social y jurídica, y cuya principal función es asegurar la participación en los recursos sociales colectivos a los distintos miembros de la comunidad²⁵.

Entonces, ya sea que se considere a los derechos sociales como una derivación de antagonismos que –reconducidos a la luz de los valores democráticos de libertad e igualdad– se transforman en un agonismo constitutivo²⁶; o bien como “precondiciones necesarias” para la participación autónoma en el proceso democrático²⁷; como derechos “constitutivos” del procedimiento democrático o que se erigen como su condición de legitimidad²⁸ o incluso como “derechos a prestaciones” que afianzan la autonomía personal y la igualdad²⁹; el elemento común en todas estas caracterizaciones parece ser –en apretada simplificación– su relevancia fundamental para asegurar la participación autónoma e igualitaria de todos los miembros de la comunidad en el

proceso democrático y, consecuentemente, su efectivo acceso a los bienes sociales reconocidos y protegidos a través de esas decisiones colectivas relevantes.

Ahora bien, cuando se trata de determinar el contenido prescriptivo concreto de los derechos sociales –es decir, para establecer y delinear las prerrogativas que ostentan sus titulares para exigir su observancia y respeto y, consecuentemente, para definir al correlativo entramado de obligaciones a cargo de las autoridades públicas– es imprescindible recurrir a las previsiones del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 75 inc. 22 CN, posee jerarquía constitucional) y, también, a las interpretaciones efectuadas por su órgano de vigilancia y control –el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁰– que es el “intérprete autorizado del Pacto”³¹.

En efecto, a través de sus Observaciones Generales dicho Comité se ha ocupado expresamente de interpretar el Pacto y, consecuentemente, ha establecido pautas concretas que definen y delimitan los contornos específicos de los derechos tutelados por dicho instrumento. Paralelamente, también ha definido las obligaciones asumidas por los Estados parte.

De este modo, las consideraciones efectuadas en las mencionadas Observaciones Generales son sumamente relevantes para determinar las “condiciones de vigencia” del Pacto –y también, lógicamente, de los derechos allí receptados–, de acuerdo con el mandato contenido en el art. 75 inc. 22 CN y en el art. 10 CCABA.

25 Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 3, “Corzo Viviana del Valle c/GCBA s/Amparo”, Expte. EXP 18710/0, sentencia del 16 de diciembre de 2013, considerando III.

26 Chantal Mouffe, *El retorno de lo político*, Barcelona, Paidós, 1999.

27 Carlos S. Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

28 Jeremy Waldron, *Derecho y Desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

29 Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.

30 El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue establecido por la resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social para vigilar la implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de un sistema de informes periódicos, así como de un poder de recomendación general.

31 Así lo ha reconocido expresamente la Corte en las causas “Aquino”, *Fallos* 327:3753; “Torrillo”, *Fallos* 332:709; y “Q.S.” (citado), entre otras.

Así, a través de estos documentos interpretativos se le ha asignado un contenido especialmente robusto a diversos derechos allí tutelados que –como se ha señalado más arriba– en muchos casos no encuentran un tratamiento correlativo en el ordenamiento local.

En particular, es especialmente relevante el nivel de protección reconocido en el plano internacional al derecho a la vivienda, que ha sido caracterizado y definido en términos más precisos y concretos que en la esfera local. En efecto, si bien la Constitución de la CABA reconoce y protege a este derecho de manera más completa y enfática que la Constitución Nacional, algunos aspectos estructurales del derecho encuentran su principal sustento normativo en las interpretaciones efectuadas por el Comité DESC (vgr. sus caracteres definitorios –disponibilidad de servicios, asequibilidad, seguridad en la tenencia, adecuación cultural, etc.– su carácter interdependiente con otros derechos humanos, la obligación estatal de garantizar un umbral mínimo de efectiva vigencia, la obligación estatal de adoptar todas las medidas a su alcance hasta el máximo de los recursos disponibles, la obligatoria aplicación del principio de progresividad y de prohibición de regresividad, entre otros³²).

Esta cuestión, referida al contenido concreto del derecho a la vivienda, ha sido objeto de innumerables litigios, en los cuales se ha solicitado reiteradamente a los jueces –básicamente– que determinaran si las políticas desarrolladas por el Poder Ejecutivo local (esto es, la creación e implementación de subsidios habitacionales) reconocían y tutelaban a ese derecho de conformidad con las obligaciones asumidas en la esfera internacional.

A partir del año 2001, en múltiples ocasiones los tribunales de la Ciudad sostuvieron en sus decisio-

32 Comité DESC, Observación General N° 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Artículo 11[2] del Pacto)"; Observación General N° 4, "El derecho a una vivienda adecuada (Artículo 11[1] del Pacto)"; Observación general N° 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)".

nes que los programas de subsidios articulados por el Poder Ejecutivo (consistentes en la entrega de sumas de dinero mensuales o en un único monto a las familias que atravesaban situaciones endémicas y estructurales de emergencia habitacional³³) no eran idóneos para tutelar adecuadamente el derecho a la vivienda³⁴.

Como consecuencia de los diversos recursos interpuestos por el Gobierno de la Ciudad a lo largo del tiempo, la cuestión también fue tratada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad³⁵, a través de una decisión que estableció serias e importantes limitaciones a la efectividad y operatividad del derecho a la vivienda, incompatibles con el contenido robusto reconocido en la esfera internacional³⁶.

Luego de agotadas las instancias locales, la cuestión fue finalmente dirimida por la Corte Suprema en la causa "Q.S."³⁷, en el marco de un recurso de queja por recurso extraordinario denegado interpuesto por la Defensoría General de la Ciudad. En esa oportunidad, uno de los argumentos centrales invocados por la Corte

33 Decreto N° 690/06, modificado por los Decretos N° 960/08, N° 167/11 y N° 239/13.

34 Ver, por todas ellas, la causa "Mansilla, María Mercedes c/ GCBA s/ amparo –art. 14 CCABA–", Expte. 13817/0, Sala I, resolución del 13 de octubre de 2006.

35 TSJ, "Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", Expte. N° 6754/09, sentencia del 12 de mayo de 2010.

36 Por caso, la sentencia estableció que el derecho a la vivienda sólo es exigible por aquellos que puedan acreditar su pertenencia a grupos desaventajados y, también, que su contenido mínimo encuentra adecuada satisfacción con el acceso a la red de paradores nocturnos establecidos por el Gobierno de la Ciudad.

37 "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", sentencia del 24 de abril de 2012, *Fallos*, 335:452. Recientemente, el TSJ ha vuelto a ocuparse –por mayoría– de la operatividad y exigibilidad del derecho a la vivienda digna en el ámbito de la Ciudad en la causa "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Badaracco Antonio Edgardo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)" (Expte. N° 9205/12, sentencia del 21 de marzo de 2014), citando expresamente la decisión de la Corte Suprema en el precedente antes citado. Toda vez que esta decisión nuevamente impone importantes restricciones al ejercicio de este derecho en el ámbito local –incompatibles con el contenido robusto reconocido en la esfera internacional– queda por ver si la cuestión es nuevamente llevada ante el Máximo Tribunal Federal por la vía del recurso extraordinario.

para hacer lugar al recurso extraordinario federal fue que las políticas desplegadas por el Poder Ejecutivo local no eran idóneas para cumplir con las obligaciones asumidas en la esfera supranacional.

En concreto, en el caso citado el Máximo Tribunal aplicó los estándares internacionales que determinan el contenido mínimo del derecho a la vivienda, en especial los que surgen del PIDESC y de la interpretación efectuada por el Comité DESC (al que expresamente consideró como el “intérprete autorizado del Pacto”, y de cuyas elaboraciones sentenció que deben ser tenidas en cuenta ya que determinan sus “condiciones de vigencia”), y concluyó entonces que las políticas desarrolladas por el Gobierno de la Ciudad no eran consistentes con los deberes mínimos allí establecidos³⁸.

Como se advierte fácilmente de la lectura del precedente en comentario, en este caso la Corte efectuó una aplicación concreta del control de convencionalidad respecto de una política pública desarrollada por una autoridad local, en esta ocasión, contrastándola con las directrices emanadas del PIDESC³⁹.

38 Considerando 13 y ss. del voto de la mayoría.

39 Si bien hasta el momento la Corte IDH no ha señalado expresamente que los jueces nacionales pueden ejercer el control interno de convencionalidad para determinar la adecuación de una política doméstica a las previsiones del PIDESC, esta facultad es aceptada implícitamente en los ya mencionados casos *Almonacid Arellano* y *Trabajadores Cesados del Congreso*, al señalar el Tribunal Interamericano que el control a cargo de los jueces nacionales es extensible a otros tratados internacionales. Asimismo, este alcance expansivo también puede encontrar sustento en lo señalado en la Opinión Consultiva OC N° 16/99, en la cual la Corte expresó que “[e]l corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”. La facultad de ejercer este control respecto de otros tratados de Derechos Humanos, distintos de la Convención Americana, también es reconocida por calificada doctrina (ver, por caso, SAGÜES NESTOR, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias

Los fundamentos del fallo demuestran con claridad que si la Corte hubiera aplicado únicamente las normas constitucionales, la solución a la que arribó no habría sido la misma, en la medida en que la definición allí reflejada del derecho a la vivienda –incluso en la Ciudad de Buenos Aires– tiene un contenido mucho menos robusto que el establecido en el PIDESC y en las Observaciones Generales del Comité DESC –que el Tribunal expresamente invocó en su decisión para definir el contenido del derecho afectado⁴⁰–.

3.2. El control de convencionalidad y la garantía de la doble instancia

En segundo lugar, también es posible reflexionar acerca de algunas situaciones hipotéticas en las cuales el control de convencionalidad debería conducir a un juez de la Ciudad a adoptar una solución distinta de la que correspondería adoptar si sólo se aplicara al caso el control de constitucionalidad.

Desde esta perspectiva, un supuesto especialmente problemático se presenta cuando se analiza la conformidad de los recursos directos establecidos por diversas leyes de la Ciudad con la *garantía de la doble instancia* expresamente consagrada en la Convención Americana.

Desde el reconocimiento de autonomía a la Ciudad y la consecuente puesta en funciones de sus autoridades, la Legislatura de la Ciudad ha establecido, en diversas oportunidades, acciones judiciales impugnatorias que permiten cuestionar en la instancia jurisdiccional determinados actos administrativos (en general, de contenido sancionatorio) directamente ante la Cámara de Apelaciones del fuero. Estos procesos especiales son de-

y diferencias con el sistema europeo”, *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos...*, ya citado).

40 Ver, por caso, el considerando 14 del voto de la mayoría.

nominados “recursos directos”⁴¹, y una de sus finalidades es asegurar una revisión judicial más expedita y veloz de tales actos, en atención a su carácter sancionador y teniendo en cuenta la relevancia de sus efectos para el eventual afectado⁴².

En general, tanto las normas que los crean como el artículo 465 del CCAyT—de acuerdo con la reforma establecida por la Ley N° 2435⁴³— han establecido que la Cámara tiene competencia exclusiva y excluyente para su trámite y resolución, de manera que cuando se ha establecido como vía impugnativa de un determinado acto administrativo a un recurso directo, por imperativo

41 Actualmente, existen en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires los siguientes recursos directos: 1) el recurso directo contra los actos que disponen cesantías o exoneraciones de empleados públicos (art. 464, CCAyT); 2) el recurso directo contra las medidas preventivas y las decisiones sancionadoras impuestas por la Autoridad de Aplicación de las leyes de Defensa del Consumidor y de Lealtad Comercial en el ámbito de la CABA (arts. 10 y 11 de la Ley N° 757; 3) el recurso contra las resoluciones del Consejo Profesional de Ciencias Económicas que imponen sanciones disciplinarias firmes (arts. 34 y 68, ley N° 466); 4) el recurso judicial contra las decisiones de naturaleza jurisdiccional y los actos sancionatorios del Ente Regulador de los Servicios Públicos (art. 21, ley N° 210); y 5) el recurso directo contra las resoluciones denegatorias de la imposición de un nombre emitidas por el Director General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 1°, ley N° 2421). Asimismo, la Ley N° 2875 ha establecido un recurso judicial contra los actos emitidos por el Organismo del Registro Público de Comercio y Contralor de Personas Jurídicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ente que aún no ha sido puesto en funciones) que, hasta tanto se constituyan en el ámbito local las Cámaras de Apelaciones en lo Comercial o en lo Civil, debería ser interpuesto ante la Cámara CAyT.

42 Mántaras, Pablo C., “Los recursos directos ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Parte I. Cuestiones Generales”, SJA 6/6/2007; JA 2007-II-1294.

43 El artículo 465 del CCAyT, en su actual redacción, establece que “[los recursos directos] se sustancian conforme las disposiciones de este código, en todo cuanto resultan compatibles con las reglas específicas aquí establecidas. Se interponen y tramitan directamente ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, dentro del plazo de treinta (30) días de la notificación del acto impugnado; o, en su caso, dentro del plazo que establezcan las normas especiales aplicables a cada recurso directo. Una vez recibidos los antecedentes administrativos, y verificadas la competencia y la habilitación de la instancia, se confiere traslado de la demanda por el plazo de veinte (20) días. La audiencia preliminar prevista en el art. 288 del Código Contencioso Administrativo y Tributario, puede reemplazarse, a criterio del tribunal, por el dictado de una resolución sobre la existencia de hechos controvertidos y la procedencia de la apertura a prueba. El plazo para dictar sentencia es de sesenta (60) días a partir del sorteo de la causa. La instancia perime si no se insta el proceso dentro del plazo de tres (3) meses” (énfasis agregado).

legal el interesado no puede optar entre esgrimir dicha pretensión ante los tribunales de primera instancia o ante la Cámara, sino que está obligado a litigar directamente ante el Tribunal de Alzada.

Como es fácil de advertir, la existencia de estos procesos especiales que se articulan y substancian exclusivamente ante la Alzada⁴⁴ implica que, para el legislador de la Ciudad, la garantía constitucional a una doble instancia judicial—expresamente reconocida en la Constitución de la CABA en el artículo 13 inc. 3 y en la Convención Americana en el artículo 8.2. inc. h)—no se aplica a todos los procesos judiciales. Ello es así incluso si se admite—como se ha afirmado en diversos precedentes⁴⁵—que la intervención directa de la Cámara garantiza una instancia de contralor completa y rigurosa del acto cuestionado, con amplitud de debate y prueba, por cuanto de todos modos se habría privado al litigante de su derecho a obtener una revisión plena y autosuficiente de la decisión ante un tribunal de instancia superior⁴⁶.

44 Salvo excepciones, por caso, el recurso directo previsto en la Ley N° 757 (conforme las modificaciones efectuadas por la Ley N° 3959), que establece que el recurso directo contra las decisiones condenatorias dictadas por la Autoridad de Aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor en el ámbito local “debe interponerse y fundarse ante la autoridad de aplicación dentro de los 10 (diez) días hábiles de notificada la resolución” (artículo 11). Ver las críticas que efectuamos, respecto de una previsión similar, en Mántaras Pablo C., “Los recursos directos ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Parte III. Los aspectos particulares”, SJA 28/5/2008; JA 2008-II-1296.

45 Cámara de Apelaciones CAyT, Sala I, “Molinos Río de la Plata c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel.”, Expte. RDC N° 563/0, sentencia del 20 de mayo de 2005; Sala II, “Lloyds Bank c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones” Expte. RDC N° 114/0, sentencia del 14 de febrero de 2003, entre otros.

46 Es necesario recordar, en este aspecto, que a partir de la causa “Giroldi” (citada), la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la posibilidad de apelar una decisión judicial a través de recursos extraordinarios (por caso, el recurso extraordinario federal o el recurso de inconstitucionalidad ante el TSJ) no satisface adecuadamente el derecho a una doble instancia consagrada en la Convención Americana, por cuanto se trata de remedios limitados, que sólo resultan procedentes en supuestos especiales y que, consecuentemente, no aseguran una revisión plena de lo decidido por el tribunal sentenciante (criterio reiterado, entre otros precedentes, en la causa “Martins” –Fallos, 319:699– y “Casal” –Fallos, 328:3399–).

Asimismo, ésta ha sido la postura adoptada por las Salas I y II de la Cámara CAyT, que han afirmado –por mayoría– que la garantía a la doble instancia no tiene reconocimiento constitucional, salvo en materia penal⁴⁷. Para decidir de ese modo, se invocaron diversos precedentes la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los cuales el Tribunal había señalado que el “derecho al recurso” sólo rige en materia penal⁴⁸ y, en consecuencia, había mantenido vigente su jurisprudencia anterior a la reforma constitucional que establecía que, en todos los demás casos, el acceso a una duplicidad de instancias no era, en principio, un requisito constitucional de la garantía de defensa en juicio⁴⁹.

Sin embargo, si se aplicara al supuesto en análisis el control interno de convencionalidad, ciertamente la solución a adoptar debería ser diferente. En efecto, en los casos “Tribunal Constitucional vs. Perú”⁵⁰; “Baena Ricardo vs. Panamá”⁵¹ e “IvcherBronstein vs. Perú”⁵², la Corte IDH ha sostenido que “el derecho al recurso” previsto en el art. 8.2 inc. h) de la Convenciones aplicable a cualquier tipo de proceso judicial y no solamente en los procesos penales. Así, el Tribunal Interamericano ha expresa-

do que “el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del art. 8 de la Convención [que incluye en su inciso h) a la garantía a una doble instancia judicial⁵³] se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derecho y obligaciones de orden ‘civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene derecho al debido proceso entendido en los términos de los arts. 8.1 y 8.2 tanto en materia penal como en todos esos otros órdenes”⁵⁴.

Entonces, toda vez que la postura asumida por la Corte Interamericana en los casos citados define el criterio adoptado por el “intérprete autorizado” de la Convención y, consecuentemente, determina las “condiciones de vigencia” de la garantía a una doble instancia en la esfera local (esto es, que el derecho al recurso resulta aplicable a todos los procesos judiciales) el establecimiento de recur-

53 El artículo 8 de la Convención Americana dispone: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

54 CortelDH, *Baena Ricardo y otros (270 trabajadores) vs. Panamá*, citado, párr. 125.

47 Cámara de Apelaciones CAyT, Sala I, “Galván Juan José c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)” Expte. EXP 4136/0, sentencia del 30 de mayo de 2002; “Carrazco Raúl Alberto c/GCBA s/impugnación actos administrativos”, Expte. EXP 9398/0, sentencia del 12 de abril de 2004; “Sabattini Raúl Nazareno c/GCBA s/visión cesantías o exoneraciones de emp. públ.”, Expte. RDC N° 296/0, sentencia del 4 de mayo de 2004; Sala II, “Di Stefano, Carlos Alberto c/ GCBA s/ recurso de revisión contra cesantías o exoneraciones”, Expte. RDC N° 90, sentencia del 30 de abril de 2002; “Broggi Walter c/GCBA s/visión cesantías o exoneraciones de emp. públ.”, Expte. RDC N° 2375/0, sentencia del 4 marzo de 2010, entre otros.

48 CSJN, *in re “Giroldi”*, citado; “Mallmann Arturo Julio y otro c/ministerio del Interior”, sentencia del 05/09/00, *Fallos*, 323: 2357, entre otros.

49 CSJN, *Fallos*, 310: 1162; 311:274; 312:195, entre otros.

50 CortelDH, *Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia del 31 de enero de 2001, Serie C N° 71.

51 CortelDH, *Baena Ricardo y otros (270 trabajadores) vs. Panamá*, sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C N° 72.

52 CortelDH, *IvcherBronstein vs. Perú*, sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C N° 74.

tos directos que obligan a litigar ante la Cámara en una única instancia de conocimiento resultaría *inconvenional*.

No obstante, es posible salvar la contradicción advertida entre la normativa local y convencional, y, consecuentemente, efectuar una interpretación adaptativa compatible con los derechos consagrados en el Pacto, en los términos descriptos en “Radilla Pacheco”—recurriendo a una exégesis finalista y sistémica de la naturaleza jurídica de estas acciones especiales. Así, en lugar de considerar a los recursos directos como una vía procesal obligatoria y excluyente, se los debe caracterizar como una alternativa procesal de carácter optativo para el litigante, quien puede elegir entre plantear el recurso directo ante la Cámara, o bien iniciar una acción ordinaria ante un juez de primera instancia. En ese supuesto, sería el propio actor quien, al optar por la mayor celeridad que le garantizaría tramitar su pretensión a través de un recurso directo, decidiría voluntariamente renunciar a ejercer su derecho constitucional y convencional a obtener una doble revisión del acto cuestionado⁵⁵.

En tal caso, la denominación “recurso directo” no sería del todo imprecisa⁵⁶, toda vez que se trata de acciones que —a pesar de que tienen por objeto cuestionar en sede jurisdiccional la legitimidad de un acto administrativo— se presentan directamente ante la instancia judicial, sin necesidad de agotar previamente la instancia administrativa⁵⁷.

Esta solución es, por su parte, concordante con el criterio —minoritario— adoptado en diversas ocasiones por el Dr. Corti mientras se desempeñaba como Vocal de la Sala I y, también, por la mayoría de la Sala III en una reciente

te decisión⁵⁸. A su vez, en términos análogos se pronunció el Tribunal Superior de Justicia en la causa “Sabatini”⁵⁹.

3.3. El control de convencionalidad y el derecho al recurso efectivo

Un tercer y último supuesto en el cual la aplicación del control de convencionalidad podría adquirir singular relevancia nos lleva a analizar los presupuestos de admisibilidad de la acción de amparo.

Como es sabido, entre los diferentes instrumentos procesales establecidos para asegurar la vigencia y goce de los derechos fundamentales, en nuestro país el amparo siempre ha ocupado un sitio privilegiado. Se trata, básicamente, de una garantía de protección judicial destinada a tutelar el pleno y adecuado ejercicio de los derechos individuales —a excepción, claro está, de la libertad corporal— de manera inmediata y de acuerdo con un trámite procesal que, para cumplir con estas premisas, se caracteriza por su sencillez, brevedad y por estar desprovisto de formalidades esenciales⁶⁰.

58 Cámara CAyT, Sala III, “Fernández Alicia Catalina Francisca c/GCBA y otros”, Expte. 44774/0, sentencia del 6 junio de 2013.

59 TSJ, “Sabatini, Raúl Nazareno s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Sabatini, Raúl Nazareno c/ GCBA s/ revisión de cesantías o exoneraciones de emp. pub.’”, Expte. 3622/04, sentencia del 31 de agosto de 2005. Es especialmente ilustrativo el voto de la Dra. Alicia Ruiz, cuando señala que “[e]l art. 464 de CCAyT posibilita al eventual agente afectado un recurso de revisión del acto administrativo ante la cámara; un proceso de cognición limitada y con exclusivo fundamento en la ilegitimidad de la sanción. Sin embargo, el recurso es una facultad del afectado quien tiene, además, el derecho de optar por un juicio ordinario o plenario amplio. En esta hipótesis el juez competente y, por lo tanto, natural, para tramitar ese proceso es el juez de primera instancia contencioso administrativo y tributario”. No obstante, es necesario tener en cuenta que el criterio en esa oportunidad adoptado por la magistrada fue luego revisado en la causa “Lapenta, Susana Edith s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Lapenta, Susana Edith c/ GCBA s/ revisión cesantías o exoneraciones de emp. públ.’” (Expte. 7176/10, sentencia del 13 de octubre de 2010).

60 Para una completa y detallada caracterización del amparo como acción constitucional que permite la tutela y protección de los derechos fundamentales, se pueden consultar los siguientes trabajos: Morello Augusto M. y Vallefín, Carlos A., *El amparo. Régimen Procesal*, Librería Editora Platense, La Plata, 2004; Rivas, Adolfo, *El amparo*, La Rocca, Buenos Aires, 2003; Falcón Enrique M. (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional. Tomo II: Amparo – Hábeas Data – Hábeas Corpus*,

55 Mántaras, Pablo C., “Los recursos directos [...] Parte I [...]”, citado.

56 Si bien sería preferible utilizar, por caso, la denominación “acción impugnatoria directa”.

57 A diferencia de lo que establece el régimen general de impugnación de actos administrativos de alcance particular establecido en la LPA que exige, por principio general, el previo agotamiento de la vía recursiva (conf. arts. 91 y ss. de la LPA).

Asimismo, el amparo presenta la particularidad de ser un instituto de origen pretoriano. En efecto, este remedio tuvo un promisorio nacimiento en las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los célebres casos “Siri”⁶¹ y “Kot”⁶² en los cuales –al concebirlo como una garantía de raigambre constitucional– el Máximo Tribunal abandonó el criterio restrictivo sostenido, hasta entonces, en torno al ámbito de aplicabilidad del *hábeas corpus*.

Y si bien el dictado del Decreto-Ley N° 16.986 significó en su momento un lamentable retroceso respecto de la efectiva operatividad de esta garantía (en la medida en que, invocando la necesidad de “reglamentar” sus aspectos procesales, a través de esta norma –dictada durante un gobierno de facto– se restringió notoriamente su ámbito de aplicación), este *status* normativo disvalioso fue revertido por la reforma constitucional de 1994. En efecto, los convencionales constituyentes consagraron expresamente a la acción de amparo como la principal garantía constitucional orientada a asegurar la exigibilidad de los derechos fundamentales, definiéndola como una “acción expedita y rápida” para la tutela y defensa de los derechos contenidos en la Constitución, en un tratado, o en una ley (art. 43 CN).

De esta forma, a partir de la constitucionalización del amparo se inició una nueva y revolucionaria etapa en lo que respecta a la adecuada protección de los derechos humanos en tanto, por un lado, se amplió notoriamente su ámbito de aplicación mientras que, por el otro, el texto de la norma derogó de manera expresa o implícita muchos de los criterios jurisprudenciales y de las limitaciones normativas que frecuentemente se in-

vocaban para acotar su operatividad.

A su vez, este proceso de cambio no se agotó con la reforma de la Constitución Nacional. Por el contrario, el impulso garantístico adquirió singular fortaleza al momento de dictarse la Constitución de la Ciudad en el año 1996, de conformidad con la autonomía que le fue reconocida en el art. 129 de la Constitución reformada. Así, siguiendo los lineamientos fijados por el legislador constituyente nacional, los convencionales porteños consagraron en forma expresa la garantía del amparo en el artículo 14 de la CCABA y, en algunos aspectos, ampliaron o incluso mejoraron el alcance y contenido de la tutela. Ello condujo, a su vez, a que en la jurisdicción de la Ciudad las diferencias de régimen con respecto a lo dispuesto en el Decreto-Ley N° 16.986 se acentuaran.

Finalmente, la evolución normativa brevemente descripta concluye con la sanción de la Ley N° 2145, que reglamentó la acción y despejó de manera definitiva cualquier ulterior controversia sobre la eventual aplicación, en el ámbito local, del Decreto-Ley N° 16.986.

Ahora bien, para poder determinar acabadamente el alcance y contornos actuales de esta garantía es imprescindible considerar que, en la esfera internacional, el artículo 25 inc. 1 de la CADH establece que “[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Por su parte, en el inciso 2 del mencionado artículo se establece, de manera complementaria, que “[l]os Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga

Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010; Gozaini, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional. Amparo*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002; Daniele, Mabel (dir.), *Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Librería Editora Platense, La Plata, 2008.

61 CSJN, Fallos, 239:459.

62 CSJN, Fallos, 241:291.

tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Entonces, tal como expresamente contempla la norma transcripta, desde la entrada en vigor de la Convención Americana para el Estado Argentino, éste debe establecer en su ordenamiento interno un “recurso judicial efectivo” que ampare a toda persona frente a actos (u omisiones) que vulneren sus derechos.

En este sentido, es relevante recordar que la Corte Interamericana ha señalado en múltiples oportunidades que “el deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones [de la CADH] para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), para lo cual el Estado debe adaptar la actuación a la normativa de protección de la Convención”⁶³.

En particular, al interpretar el mencionado 25 de la CADH, el Tribunal Interamericano ha sostenido en reiteradas oportunidades que para cumplir con las obligaciones allí asumidas no es suficiente con la existencia formal de un recurso judicial, sino que éste debe ser *efectivo*, es decir, la persona tiene que tener la *posibilidad real*

63 CortelDH, caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2004, Serie C N° 119, párr. 220; caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C N° 112 párr. 205; caso *Bulacio vs. Argentina*, sentencia del 18 de septiembre de 2003, Serie C N° 100, párr. 142; caso *Yatama vs. Nicaragua* sentencia del 23 de junio de 2005, serie C N° 127, párr. 170; entre otros.

de articular un remedio judicial *sencillo y rápido*⁶⁴. También ha dicho que la existencia de este tipo de garantías “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”⁶⁵. En sentido concordante, también ha expresado que, para que pueda considerarse que existe un recurso efectivo “no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”⁶⁶.

Claramente, la acción constitucional de amparos, en el ámbito de nuestro país, la consagración normativa del derecho a recurrir judicialmente todo acto violatorio de sus derechos al que alude el artículo 25 de la CADH y que, consecuentemente, pretende satisfacer la obligación estatal establecida en el artículo 2 de dicho instrumento⁶⁷.

64 CortelDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, Serie C N° 70, párr. 191; caso *Cesti Hurtado vs. Perú*, sentencia del 29 de septiembre de 1999, Serie C N° 56, párr. 125; caso *Paniagua y otros*, sentencia del 8 de marzo de 1998, Serie C N° 37, párr. 164; caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, citado, párr. 91, entre otros.

65 CortelDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, citado, párr. 191; caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, sentencia del 18 de agosto de 2000, Serie C N° 69, párr. 163; caso *Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”) vs. Guatemala*, sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63, párr. 234; caso *Cesti Hurtado vs. Perú*, citado, párr. 121; caso *Blake vs. Guatemala*, sentencia del 24 de enero de 1998, Serie C N° 36, párr. 102; caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C N° 35, párr. 65; caso *Castillo Páez vs. Perú*, sentencia del 3 de noviembre de 1997, Serie C N° 34, párr. 82; caso *Yatama vs. Nicaragua*, citado, párr. 169; caso *Tibi vs. Ecuador*, sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C N° 114, párr. 131; entre otros.

66 CortelDH, caso *Comunidad Mayagna (Sumo) AwáTingni vs. Nicaragua*, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C N° 79; caso “*Cinco Pensionistas vs. Perú*”, sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C N° 98, párr. 136; caso *Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C N° 125, párr. 61

67 Así también lo ha entendido la propia CortelDH, al señalar que “la institución procesal del amparo [...] reúne las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, esto es, la de ser sencilla y breve” (caso *Durand y Ugarte*, sentencia del 16 de agosto de 2000, Serie C N° 68, párr. 102, caso *Cantoral Benavides*, citado, párr. 104, caso *IvcherBronstein*, citado, párr. 136; caso *Mayagna*

No obstante, como es sabido, una de las condiciones establecidas tanto en el artículo 43 CN como en el artículo 14 CCABA para la admisibilidad del amparo es la existencia de un obrar estatal (activo u omisivo) que se presente como “manifiestamente ilegítimo o arbitrario”.

Sin embargo, de acuerdo con lo explicado *supra*, el “derecho a un recurso efectivo para la tutela de los derechos humanos” establecido en el art. 25 de la Convención (que debe ser “sencillo, rápido y efectivo”) no exige la demostración de esos extremos. Asimismo, estas condiciones previstas en la normativa constitucional tampoco podrían encontrar sustento en las interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana respecto de la mencionada norma convencional. Por el contrario, los casos antes relevados expresamente señalanque –para cumplir con las obligaciones convencionales– el recurso judicial interno debe ser realy efectivo y, también, debe manifestarse a través de un proceso sencillo y rápido.

En consecuencia, cabría preguntarse si, por aplicación del control interno de convencionalidad, estas limitaciones constitucionales a la vía del amparoque condicionan su aplicación a la demostración de la existencia de ilegitimidad o arbitrariedad manifiesta, en realidad resultancontrarias al alcance reconocido a este derecho en la Convención y, consecuentemente, se trata de presupuestos que son inaplicables en el ámbito local por su carácter inconvencional⁶⁸.

No dejamos de advertir, sin embargo, que esta facultad de los jueces de declarar la inconvencionalidad de una norma constitucional es todavía resistida, y frecuentemente se pretende demostrar su improcedencia argumentando que, en nuestro país, el Pacto y la Cons-

titución Nacional tienen idéntica jerarquía (conf. art. 75 inc. 22 CN).

No obstante, creemos que el principio de “supremacía convencional” resulta plenamente aplicable incluso cuando la norma en discordancia con la Convención tiene jerarquía constitucional, por un múltiple orden de fundamentos.

En primer lugar, la obligación de adaptar toda la producción normativa doméstica a las obligaciones establecidas en la Convención encuentra sustento en un principio general del derecho internacional que establece que las obligaciones asumidas en la esfera supranacional deben ser cumplidas de “buena fe”, de modo que no puede invocarse para su incumplimiento ninguna norma del derecho interno (incluso las constitucionales).

Este lineamiento esencial ha sido receptado por diversos tribunales internacionales, entre ellos, la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, y encuentra su fuente de codificación en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En segundo término, la obligación de los Estados de cumplir con los tratados internacionales–por aplicación de los principios de Derecho Internacional *Pacta Sunt Servanda* y del *Effet Utile*– ha sido constantemente reiterada por la Corte Interamericana, tanto en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa como consultiva.

Así, de acuerdo con estos principios, cuando un Estado decide voluntariamente ser parte de la Convención Americana (o de cualquier otro tratado sobre derechos humanos), a través de una decisión soberana ha consentido voluntariamente limitar el ejercicio de sus potestades públicas para alcanzar un objetivo superior: el respeto de la dignidad inherente a toda persona humana que se expresa en el reconocimiento de sus dere-

(Sumo) *AwasTingni*, citado, párr. 113, entre otros.

68 En sentido concordante, ver la disidencia de la Dra. Ruiz en la resolución dictada por el TSJ en la causa “CacaceBelvi Bilma c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad”, Expte. N° 6036/08, sentencia del 01/12/08.

chos fundamentales y que, a partir de ese momento, se erige como un límite al ejercicio del poder estatal⁶⁹.

En este contexto, el ejercicio de las potestades estatales queda subordinado a las condiciones que impone la observancia y garantía de estos derechos, y cualquier norma interna que resulte contraria a estos deberes (incluso las constitucionales) da origen a un ilícito internacional y, consecuentemente, debe ser dejada sin efecto.

Así, en la Opinión Consultiva N° 14/94⁷⁰—referida a la responsabilidad internacional originada en la expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención— la Corte Interamericana estableció los alcances interpretativos de los artículos 1 y 2, señalando que la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto comprende al deber de adecuar la normatividad inconventional existente, sin establecer distinciones entre las normas nacionales constitucionales e infraconstitucionales.

En sentido concordante, en ejercicio de su jurisdicción contenciosa la Corte también ha dicho que [e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (“*principe allant de soi*”; *Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20*). En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su

*derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados*⁷¹. Asimismo, en una decisión posterior, el Tribunal Interamericano completó este razonamiento, al señalar que “[e]ste deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (*principio del effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención”⁷².

A su vez, en otro caso la Corte también dijo que “[e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”⁷³. Ambas líneas argumentales han sido reiteradas en varias oportunidades⁷⁴.

Por último, tampoco es posible soslayar que la Corte Interamericana, al ejercer el control externo de convencionalidad en sus sentencias, ha efectuado en diversas oportunidades un juicio de compatibilidad entre la Convención Americana y las normas constitucionales de los Estados parte, estableciendo incluso el deber del Estado enjuiciado de eliminar de su ordenamiento interno aquellas cláusulas constitucionales que resultaban contrarias a los deberes asumidos en el plano supranacional⁷⁵.

71 CorteIDH, caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, citado, párr. 68.

72 CorteIDH, caso *La Última Tentación de Cristo vs. Chile*, sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73, párr. 87.

73 CorteIDH, caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52, párr. 207, énfasis agregado.

74 Ver, entre otros, el caso *Durand Ugarte vs. Perú*, citado, párr. 136 y 137.

75 Ver, por ejemplo, el caso *La Última Tentación de Cristo vs. Chile* (citado) en

69 En términos análogos, Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris americano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos...*, citado.

70 CorteIDH, Opinión Consultiva N° 14/94 del 9 de diciembre de 1992, Serie A N° 14.

En definitiva, éste también parece ser el criterio adoptado en los casos pioneros “Almonacid Arellano” y “Trabajadores cesados del Congreso” –y en las sucesivas oportunidades en las cuales esta doctrina fue reiterada–, por cuanto allí se identificó a las “normas jurídicas internas” de los Estados como el material controlado, sin efectuarse ninguna distinción entre normas constitucionales e infraconstitucionales.

IV. Colofón

A través de la práctica concreta y eficaz del control interno de convencionalidad, los jueces reconocen y aplican a los casos bajo su jurisdicción la potencia imperativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A su vez, esta internacionalización de los derechos y de sus respectivos mecanismos protectorios obliga a repensar los lineamientos y fundamentos centrales de los ordenamientos jurídicos domésticos, con la finalidad de esmerilar –o, también, suprimir– cualquier arista que pudiera derivar en un conflicto o contradicción entre ambas esferas, bajo el prisma del principio de la “supremacía convencional”.

Si bien se trata de un instituto que aún se encuentra en una etapa de evolución y afianzamiento en el ámbito interamericano –de modo que algunos de sus aspectos estructurales deben todavía ser debatidos y profundizados o, incluso, repensados y hasta reformulados– la delimitación dogmática efectuada por la Corte Interamericana ha conferido a los magistrados nacionales una herramienta fundamental para asegurar en el

ámbito doméstico la concordancia y adecuación entre las normas locales y los compromisos internacionales.

Entonces, toda vez que –de acuerdo con los lineamientos antes desarrollados– todos los jueces se erigen como verdaderos “guardianes de la Convención”, también los magistrados del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires están comprometidos –en el marco de su jurisdicción– por las obligaciones asumidas en el plano internacional y deben, consecuentemente, considerarlas y aplicarlas en sus decisiones jurisdiccionales.

A través del presente trabajo se ha intentado reflejar algunas situaciones concretas en las cuales el ejercicio de esa prerrogativa/deber puede tener un impacto sustantivo en el contenido y sentido de esas sentencias, en el entendimiento de que la aplicación de esos estándares internacionales en los casos que se dirimen en el ámbito propio del Poder Judicial local tiene un efecto expansivo y potenciador sobre los derechos y las libertades de los habitantes de la Ciudad Autónoma.

el cual la Corte Interamericana consideró que el artículo 19 número 12 de la Constitución Política de Chile, al mantener la censura cinematográfica en su ordenamiento interno, vulneraba el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo de hacer efectivos los derechos consagrados en ella, de conformidad con lo que establecen los artículos 2 y 1.1. En consecuencia, se ordenó al Estado Chileno que modificara su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa.

La lengua para usos específicos: el caso del ámbito jurídico administrativo. Relato de la experiencia que se lleva a cabo en el Taller de Escritura, espacio de capacitación del Centro de Formación Judicial

Silvina Marsimian (*), Paula Croci (**), Alejandra Ubertalli (***)

* Silvina Marsimian. Profesora en Letras (UCA). Magíster en Análisis del Discurso (UBA). Vicerrectora del Colegio Nacional de Buenos Aires (UBA, 2011-2014). Capacitadora docente. Editora, coordinadora académica y redactora de libros de texto del área de lengua y directora de colecciones de literatura.

** Paula Croci. Licenciada en Letras, ensayista, docente-investigadora. Trabaja en las cátedras de Literatura del Siglo XX y Semiología de la Universidad de Buenos Aires. Coautora de Los cuerpos dóciles, Biografía de la piel, Lesa humanidad. El nazismo en el cine; y autora de Estudio crítico sobre el El abrazo partido. Participó de la redacción de manuales de lengua y de escritura en editoriales como A/Z, Estrada, Puerto de Palos, Biblos.

*** María Alejandra Ubertalli. Profesora de Letras (Universidad Católica Argentina).

En el marco de implementación de políticas de capacitación de personal, el Centro de Formación Judicial, órgano autárquico del Consejo de la Magistratura del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, con autonomía académica e institucional y cuya finalidad es atender a la formación permanente de sus integrantes –desde jueces y meritorios hasta empleados administrativos–, no sólo ha tenido en cuenta el desarrollo de los conocimientos clásicos del Derecho de fondo, Derecho Procesal y, eventualmente, Escritura, Argumentación y Análisis Económico del Derecho, sino también el de otras áreas que apuntan a mejorar la calidad del servicio de la justicia; entre ellas, las correspondientes a medios alternativos de resolución de conflictos, gestión de los procedimientos judiciales y de atención al público, informática y nuevas tecnologías, ética y calidad de servicio y, la que ocupa este artículo, un Taller de Escritura profesional en distintos niveles. Este último tiene como objetivos primarios la identificación y posibilidad de corrección de dificultades para la comprensión y redacción de los géneros producidos en ese espacio institucional (es decir, los distintos organismos que componen e integran el Poder Judicial de la CABA en relación con las áreas jurisdiccional o administrativa: Juzgados de 1º Instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario, Juzgados Contravencionales y de Faltas, de 1º Instancia en lo Penal, Asesorías Tutelares, Fiscalías, Defensorías, Cámaras de Apelaciones, Vocalías, Comisiones, Direcciones, etc.; y respecto de los géneros, a los llamados actos, autos, notificaciones, resoluciones, sentencias, fallos, oficios, pedidos de informes, exhortos judiciales, alegatos, demandas de amparos, confección de minutas al Registro de la Propiedad Inmueble para inscribir medidas cautelares, descargos de peritos judiciales, etc.). A largo plazo, contempla el perfeccionamiento de la función judicial y administrativa, exteriorizados en las competencias adquiridas para la comunicación escrita.

Desde 2005 hasta la fecha, se coordina y pone en práctica este Taller en dos niveles, según la modalidad “en oficina”, con un máximo de 10 integrantes, en 10 clases de una hora reloj cada una, con programas conformados por los temas que se consideran esenciales para alcanzar un nivel profesional de la escritura: los géneros discursivos; tipos textuales (narración, exposición y argumentación en los textos administrativos jurídicos); variedades lingüísticas (lectos y registros); progresión temática; cohesión y coherencia textual; discurso citado y discurso citante; adecuación léxica (tecnicismos, latinismos y lenguaje llano); normas de puntuación (uso de punto, coma, punto y coma, comillas, guiones, paréntesis) y sintaxis; oraciones condicionales, causales, consecutivas, concesivas; uso correcto de pronombres y del gerundio; correlación verbal.

Los Manuales de Estilo, como el que presenta la Procuración del Tesoro, que significan el esfuerzo por disciplinar la escritura que históricamente presenta problemas a resolver, ayudaron a la hora de sistematizar los temas a abordar. Sus exposiciones proporcionan la orientación necesaria para la caracterización genérica de los textos que se producen en las oficinas en las que se dicta el Taller, y que se resumen en los siguientes postulados:

Los textos administrativo-jurídicos deben ser claros para facilitar la tarea de los funcionarios a los que se encuentran destinados, y para asegurar la efectiva publicidad de la actividad administrativa.

Deben ser concisos y no más extensos que lo necesario; buscar una proporción entre la cantidad de palabras y de ideas que deseen comunicarse. Los párrafos deben ser breves y estar atentos al buen uso de la puntuación.

Las líneas argumentales del texto deben expresarse de manera progresiva y coherente. Pueden intercalarse aclaraciones pero sin abusar de ellas. Los párrafos

deben conectarse entre sí adecuadamente.

Debe conseguirse precisión y evitar la ambigüedad. Deben utilizarse términos apropiados y no los que tengan sentido figurado, para contribuir eficazmente a la claridad expositiva.

El discurso debe ser objetivo; es decir, deben evitarse la ironía, la emotividad, el reproche, y todo tipo de discriminación.

Los textos deben tener la solemnidad propia del lenguaje jurídico, pero sin excesos que afecten la claridad y sencillez; deben limitarse las demostraciones innecesarias de erudición, los excesivos desarrollos teóricos y las citas prescindibles.

Debe escribirse, en lo posible, en un lenguaje corriente desde el punto de vista léxico como sintáctico, y la terminología técnica solo debe aparecer cuando lo exija la precisión.

Por otra parte, sirvió de referencia para la constitución del programa de contenidos la lectura crítica de textos en uso en las oficinas a las que se asiste que, en términos generales, permiten observar idénticos problemas relacionados con la existencia de normas de uso interno que confrontan con la normativa oficial de la RAE y con los especificados en el citado Manual de Estilo, y hacen de la variedad empleada en el área administrativa-jurídica una suerte de “nueva clase de lengua”, constituida por recursos específicos.

En los textos jurídico-administrativos, con frecuencia, se establece distancia entre el emisor y el receptor. Por esto, muchas veces este tipo de textos no logra una comunicación eficaz, porque, por error o por omisión, imposibilita la comprensión de quien es ajeno al ámbito. El empleo riguroso de las normas de ortografía, morfología y sintaxis del idioma castellano; el uso de las palabras apropiadas en cada caso; el cuidado por man-

tener el estilo en el que se complementan las exigencias gramaticales con la técnica jurídica, forman parte de la labor del abogado, el jurista o el juez. Asimismo, contribuyen a una expresión más clara del pensamiento, por cuanto adquieren especial importancia en el discurso jurídico dada la relevancia que tiene la actividad de profesionales, operadores y asistentes del Derecho. El Taller de Escritura se propone, precisamente, invitar a tomar conciencia sobre la observancia de las reglas de la lengua en una profesión y en un espacio en los que la producción de textos correctos y comprensibles desempeña un papel fundamental.

A continuación, se describen los rasgos observables y las dificultades que se sortean en el ejercicio de la comprensión y producción lectoras.

En primer lugar, el sujeto de la enunciación es el juez, el representante y el portavoz de una instancia ideológica –institucional. Desde su posición, está determinado lo que puede y debe decirse. Por lo tanto, las unidades pertinentes que se trata de delimitar no corresponden a los índices de un sujeto individual, sino que son marcas de su condición de juez y, a la vez, especificadores de la formación discursiva pertinente. El juez habla en nombre de la ley, a la que cita permanentemente como fuente de autoridad; por otro lado, a través de su discurso, muestra su capacidad de interpretarla y de juzgar en consecuencia. A tal enunciador corresponde un figura institucional, la judicial, caracterizada por la elocuencia alrededor del saber constituido; por la capacidad para la reflexión, que tiene en la medida de que integra la palabra de otro en su texto fuertemente citante y discute con ella haciéndole algunas concesiones. Posee, además, un tono que da autoridad a lo que se dice para que se manifieste su competencia y se justifique ante los destinatarios de sus decisiones y los colegas y subordinados que lo observan. Esa competencia discursiva, académica y laboral se materializa, además,

en el uso de tecnicismos, de estrategias retóricas con finalidad informativa-performativa, de períodos oracionales de largo aliento; recursos que tienden a demostrar su dominio de la lengua y de los casos, y concretan la adquisición de un poder que, a través de la lengua, se transfiere a las circunstancias administrativas que controla. Por otra parte, la abundancia de latinismos autentifica el discurso citante al conferirle el sello fundador y manifestar su pertenencia a una comunidad discursiva que lo legitima.

En su discurso, la figura del enunciatario inmediato no es, como puede suponerse, el afectado en las causas, sino que el texto se destina a otro profesional del derecho o del área jurídico-administrativa, con competencia para la decodificación del contenido del texto, y que actúa como representante de la parte actuante, el litigante, el demandante, etc. Es por esto que no se maneja en estos textos una lengua estándar, sino otra específica del ámbito de la praxis en cuestión. Sin embargo, se debe señalar que el enunciatario se ubica en una posición “subordinada” respecto del texto preceptivo o informativo, que se le impone. Incluso cuando es el ciudadano quien elabora una instancia o recurso para dirigirse a la Administración de la justicia, su posición es de inferioridad, a pesar de ser el enunciatario. Esto se pone de manifiesto en tanto debe hablar de sí mismo en tercera persona –asumir que “no es nadie, al menos nadie conocido”–, debido a su condición de subordinado de la Ley.

Por su parte, también la intención del emisor difiere de otros discursos argumentativos como el político o el publicitario, ya que no se trata como en esos géneros de persuadir, sino que el texto jurídico-administrativo tiene una finalidad primordialmente práctica: informar, ordenar, disuadir, solicitar o reclamar, según sea el emisor el representante de la justicia o el ciudadano.

En este punto, es necesario plantear cómo se precisan los rasgos de una enunciación que se plantea como jurídica-administrativa. Se puede definir el lenguaje jurídico como la lengua usada por los órganos de la Administración de Justicia, cuando estos actúan en relación con la comunidad o con las personas físicas y jurídicas. En otras palabras, el lenguaje jurídico es una clase particular y específica de lenguaje administrativo. El texto jurídico-administrativo se singulariza por el empleo de estructuras rígidas, derivadas de esquemas invariables preestablecidos para cada modalidad (contrato, instancia, sentencia, etc.), combinadas por un léxico lleno de tecnicismos y regulado mediante fórmulas y frases hechas, por lo general, ajenas a la lengua estándar. Moviliza ciertas preposiciones (“visto y considerando que”, “en virtud de”), locuciones verbales (“llevar el conocimiento de”, “dejar sin efecto”), algunas construcciones (“A todo evento y de conformidad con lo expuesto”), etc., que permiten su identificación inmediata.

Respecto de los procedimientos gramaticales y léxicos, se observa el predominio de construcciones nominales, el abundante uso de sustantivos y adjetivos en comparación con el número de verbos; además del desplazamiento de las construcciones verbales, por acción de las construcciones nominales (por ejemplo, en lugar de usarse *al tramitar este juicio* se usa *en la tramitación de este juicio*). También es frecuente el empleo de perífrasis con un verbo vacío o privado de significado más un sustantivo que contiene mayor carga semántica (por ejemplo, en lugar de *reclamar* se usa *presentar reclamación*). De esta manera, la exposición se vuelve sumamente abstracta, intemporal, lenta y, a veces, hasta cae en la cacofonía (por ejemplo, *es por lo que procede la desestimación de la pretensión de clasificación profesional*).

En muchos casos, el escrito se torna despersonalizado y elusivo, porque con la desaparición de los pronombres y verbos conjugados se borran los actores que

acompañan las acciones. La despersonalización también se alcanza mediante la sobreabundancia de formas no personales del verbo: infinitivos, participios presentes (como *el demandante, las partes intervinientes*) y pasados, con frecuencia en construcciones absolutas (como *transcurrido el plazo, instruido el expediente*) y, especialmente, gerundios (*resultando que, siendo trasladado, habiendo sido oído el testimonio*), muchos usados de forma incorrecta, como los que desempeñan función adjetiva especificativa, los que expresan posterioridad o para definir leyes o decretos (por ejemplo, *un bolso conteniendo droga, circulaba en forma completamente normal por la vía pública, siendo detenido por personal policial, la ley regulando las tarifas*). Estas formas no personales ni temporales no solo aportan un tono arcaizante al texto, sino que ordenan la secuencia lógica de los hechos y de la argumentación sin que sea visible quién provoca los acontecimientos ni el momento en que suceden, por lo que el resultado final suele ser la imprecisión y la ambigüedad.

Desaparecido casi de la lengua estándar, el futuro del subjuntivo se conserva en el ámbito del discurso jurídico-administrativo, por la necesidad de precisar matices en la redacción de las leyes, aunque esto le dé a los escritos un tono arcaico y cristalizado por el uso de modismos, como el caso de *si procediere; si hubiere lugar; cuando estimare oportuno*. Además de esta forma del futuro, se emplean en los textos jurídicos-administrativos muchos otros verbos en subjuntivo, como resultado del uso de frases largas y compuestas por subordinadas, en parte, imprescindibles para expresar con deseada precisión todas las posibilidades y excepciones de los casos tratados. Por otro lado, el carácter preceptivo-informativo de este tipo de textos se expresa en verbos que manifiesten ruego, mandato, encargo, permiso oposición, prohibición, duda, obligación, que rigen modo subjuntivo (por caso, *precisar, disponer, convenir, ser necesario*). Es frecuente también el uso del modo imperativo (*no-*

tifíquese, véase, infórmese), y del mandato en frases pasivas e impersonales en futuro de indicativo con matiz imperativo (*se hará saber*), además del uso de presentes puntuales del modo indicativo (*se dicta, no ha lugar, certifico, dispongo, procede*), a fin de afirmar la certeza en el cumplimiento de lo dispuesto.

El abuso de las cláusulas subordinadas, los incisos y los párrafos extensos conduce fácilmente a la pérdida del hilo de la argumentación y a la tendencia de construir frases inconclusas, anacolutos, o al mal uso de los pronombres relativos, especialmente dada la sustitución del relativo *cuyo* por el relativo *que* y el posesivo *su*, conocido como *quesuismo*; y la redundancia por reemplazo del pronombre demostrativo o posesivo por la formas *el mismo, la misma* de manera irregular (por ejemplo, *Una vez leída la escritura, se procedió a la firma de la misma*). Se suma a esto un esmerado uso del hipérbaton que no siempre tiene como finalidad otorgar mayor énfasis al segmento que se coloca en posición inicial, sino el regodeo de elocuencia y de retórica envolvente que aumenta la opacidad del discurso.

El lenguaje jurídico-administrativo se caracteriza porque, a diferencia de la lengua estándar, es excesivo en el empleo de construcciones pasivas, tanto perifrásticas como reflejas, a veces incluso con un orden sintáctico extraño a la norma y arcaizante si no incorrecto (*la demanda suscrita fue enviada a este Juzgado y admitida que fue a trámite; transcurrido que sea el plazo*). En general, este abuso se justifica en la supuesta necesidad de impersonalizar los escritos judiciales, ya que la pasiva oculta al agente de la acción. No obstante, se advierte que las pasivas perifrásticas se diferencian de las usadas en la lengua no judicial porque aparecen con el agente expreso en una construcción preposicional encabezada por *de* y *por*, una forma incorrecta en la lengua estándar (por ejemplo, *por el defensor se interpuso amparo*). La aparición del agente explícito responde a que es un presu-

puesto de los textos del ámbito jurídico brindar información exhaustiva con el fin de eliminar las ambigüedades cuando se intenta centrar la situación comunicativa en el objeto del mandato y en la acción. Las construcciones pasivas, entonces, con verbo conjugado (“fue reembosado”; “está extinguida”; “queda estipulado”; “es entregado”) o no conjugado (“citados”, “concedido”, “representada”), o impersonales (“queda claramente estipulado”) otorgan un valor modalizador: el objeto directo en posición inicial y, consecuentemente, convertido en tema hace desaparecer al agente porque es perfectamente conocido o desconocido o no se lo quiere mencionar; pero fundamentalmente orienta el discurso hacia el proceso más que hacia el actor.

Otro rasgo es el uso del *se* impersonal con el propósito de despersonalizar el texto en tanto el sujeto que legisla, juzga, ordena, certifica, informa, ordena o condena, se distancia o se encuadra detrás de la ley, encarnación de la objetividad de la justicia.

El tipo de texto (informativo-performativo) abusa también de las construcciones perifrásticas, en el afán de alcanzar un carácter enfático al contenido (por ejemplo, *condeno y debo condenar, se tienen por reproducidas, se hará saber, habrá de ser solicitado, se deberá participar*), lo que genera un estilo artificioso, hoy combatido no solo por burocrático y antieconómico, sino también porque puede confundir al receptor con sus excesivas precisiones y detalles.

Respecto del léxico, se debe señalar que el discurso jurídico-administrativo es sumamente estable, a diferencia de lo que ocurre con otros lenguajes, como el político o el científico, que suelen usar neologismos para designar lo que consideran realidades inéditas. El lenguaje jurídico es ritual, culto, conservador, con escasas variaciones, a pesar de que los destinatarios de los textos se van modernizando con el tiempo. Debido a

la importancia que tiene la tradición en el ámbito de la justicia, este tipo de discurso se singulariza por el repertorio de arcaísmos que mantiene en vigencia, tales como *proveído, otrosí, deudor, pedimento, abundamiento, pupilo, viandante, enrostrada; apercebimiento*, muchos de los cuales se vuelven tecnicismos, como el caso de *fehaciente, diligencia, elevar un escrito, librar un certificado, a mérito de la copia*. Ciertos tecnicismos se construyen con vocablos que ostentan un significado diferente del que tienen en la lengua estándar, como es el caso los adjetivos *justo, correcto, preceptivo*, que en los textos jurídico-administrativos no son valorativos ni tienen el mismo régimen gramatical (por ejemplo, el verbo *significar*, que significa *informar*).

Los adverbios terminados en *-mente* presentan un uso excesivo, ya que este discurso tiene tendencia al uso de palabras extensas, que parecen sumar énfasis a la expresión; por ejemplo, la utilización inadecuada de *válidamente, consecuentemente, preferencialmente*. Del mismo modo, el uso de sustantivos terminados en “-ad”, como *intencionalidad, habitabilidad, obligatoriedad, siniestridad*; o los terminados en “-al”, como *procesal, procedimental, habitacional*; o los terminados en “-ario”, como *arrendatario, peticionario, disciplinario*, que contribuyen a la constitución de una prosa lenta y cacofónica, además de subrayar su condición burocrática.

También se abusa de la repetición de sentidos próximos en el uso de parejas o ternas de sustantivos, adjetivos y verbos, con el fin de aparentar exactitud de los conceptos expresados, cuando el efecto que se produce es la redundancia; por ejemplo, *serán nulos y no surtirán efectos; daños y perjuicios; riñas o pependencias; abogado o letrado; premios, recompensas, cargas y gravámenes*.

De las marcas de la variedad de lengua –la lengua específica del ámbito jurídico-administrativo– apunta, resultan textos producidos por los empleados en las

oficinas, constituidos “notarios” que tienen restringida la expresión de fórmulas no fijadas previamente y hasta la posibilidad de proponer una nueva organización de los enunciados; estos, además, escriben en nombre del juez, quien finalmente firma el texto. Textos no sólo que presentan dificultades de comprensión para los lectores ajenos al ámbito, sino hasta para los mismos empleados que los producen y reproducen con un grado de automatismo, a veces, irreflexivo. En acuerdo con el Centro de Formación Judicial, el Taller de Escritura atiende a que las diferencias lingüísticas y discursivas deben ser relevadas y estudiadas desde una concepción de lengua dinámica, a fin de que se generen herramientas capaces de reducir la distancia que media entre la producción y recepción de mensajes, particularmente en la comunicación de la información presente en textos administrativos que afectan la vida ciudadana. La intervención didáctica apunta a revisar cristalizaciones y equívocos del género, y a revertirlos a través de la tarea de difundir información técnica y posibilitar adquirir o –en el mejor de los casos– afianzar la normativa general de la lengua estándar y las estrategias para la construcción de textos expositivos y argumentativos, en pos de favorecer la producción de un discurso pertinente.

Bibliografía

Álvarez, M (1995). *Tipos de escritos III. Epistolar, administrativo y jurídico*. Madrid: Arco/Libros.

De Miguel, E (2000). “*El texto Jurídico-administrativo: análisis de una orden ministerial*”, *Revista de Lengua y Literatura Españolas 2*, 2000, pp. 6-31, Madrid: Asociación de Profesores de Español “Francisco de Quevedo”.

Filinich, María Isabel (2008). *La enunciación*. Buenos Aires: Eudeba.

García Negroni, María Marta (coord.) (2005). *El arte de escribir bien en español*. Buenos Aires: Santiago Arcos Editor.

Kerbrat –Orecchioni, Catherine (1993). *La enunciación. De la subjetividad en el lenguaje*. Buenos Aires: Edicial.

Kovacci, Ofelia (1992). *El comentario gramatical*. Madrid: Arco/Libros.

Maingueneau, Dominique (2009). *Análisis de textos de comunicación*. Buenos Aires: Nueva Visión.

Maingueneau, Dominique (1980). *Introducción a los métodos de análisis del discurso*. Buenos Aires: Hachette.

Maingueneau, D., Charaudeau, P. (2005). *Diccionario de Análisis del Discurso*. Buenos Aires: Amorrortu.

Procuración de la Nación (2006). *Manual de Estilo. Buenos Aires*. Segunda Edición revisada, actualizada y ampliada.

Ricós Vidal, A. (1998). “*La pasiva con se agentiva en los textos jurídico-administrativos*”. Heperia. Anuario de Filología Hispánica, I. Madrid, pp. 125-141.

La Constitución de la C.A.B.A. como Programa de Gobierno

Juan Manuel Olmos (*)

* Presidente del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Una Constitución que se sancionó democráticamente, convocó a la pluralidad del arco político y se aprobó por unanimidad -después de sesionar en forma abierta y pública sin incidentes que la perturbaran-, es mucho más que una Ley Fundamental. **Es un cuerpo de valores, principios y normas que expresan la voluntad y conciencia de una sociedad en una etapa de su maduración histórica.**

Así es nuestra Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y podríamos afirmar que también la Constitución Nacional Reformada, si bien sus cláusulas pétreas, por tal condición no receptaron más cambios que las escasas modificaciones pactadas con anterioridad entre los temas habilitados por la ley 24.309.

En el caso de nuestra ciudad, que carecía de Ley Fundamental, la Constitución se debatió y escribió sobre un terreno jurídicamente casi virgen, sin más límites que los que imponía la ley 24.588 de Garantías de los Intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires.

Es por el valor de la pluralidad, por las definiciones surgidas del debate democrático y por su consenso indiscutido, que se convierte a nuestra Constitución porteña en un Programa para la gestión de Gobierno, e incluso una guía que echa luz cuando los conflictos de coyuntura oscurecen el camino.

Sin entrar en los aspectos donde el texto constitucional diseña la organización política del Estado, fijando sus fines y enunciando los medios adecuados para conseguirlos, ni tampoco adentrarnos en las pautas para la distribución del poder político y para elegir a quienes que lo ejercerán.

Destaco los valores que integran el preámbulo, el mandato de realizar acciones positivas en pos de la vigencia plena de los derechos humanos y particularmente de la justicia social, y el planteo de una demo-

cracia activa y participativa a lo largo de sus 140 artículos, como un cimiento ya aceptado socialmente sobre el cual podría edificarse el mejor programa de gobierno.

I. Las voces del Preámbulo

El preámbulo contiene y condensa ideas y principios, fines, afirmaciones y propósitos. Por ello no puede ser tomado como literatura vana. Su redacción fue muy dificultosa y laboriosamente cuidada, porque en pocos renglones debía contenerse al pensamiento que abarcara a todos los representantes. Ello así porque -al decir de Bidart Campos "los fines, principios y valores que enuncia en su proyecto obligan a gobernantes y a gobernados a convertirlos en realidad dentro del régimen jurídico".

El Preámbulo de la Constitución porteña contiene tres ejes fundamentales:

1.- Integración en el sistema federal: "...*integrando la Nación en fraterna unión federal con las Provincias, con el objeto de afirmar su autonomía...*"

El artículo 129 de la Constitución Nacional, incorporado en la Reforma de 1994, institucionalizó el nuevo *status* jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dotándola de un régimen autónomo de gobierno, con facultades propias de legislación y jurisdicción.

Si bien es cierto que muchas voces han intentado esclarecer los alcances de esa autonomía², en rigor, **la**

¹ Bidart Campos, Germán, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Tomo I-A, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 324 y 325.

² Ver entre otros, Bielsa, Rafael A. y Eduardo R., Graña (1995) "Poder Judicial y Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires", editorial Ad-Hoc, Buenos Aires; Ábalos, María Gabriela (2001), "La Ciudad de Buenos Aires luego de la reforma de 1994: ¿Nuevo sujeto del federalismo argentino?", en *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Bidart Campos, Germán - Andrés, Gil Domínguez (Directores), editorial La Ley, Buenos Aires, pág. 3 y sig., en particular, los trabajos referidos en las citas 5, 8 y 11; De Giovanni, Julio (1995) "La Ciudad de Buenos Aires y la nueva Constitución", editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires; Spota, Alberto Antonio, "Naturaleza político-institucional de la ciudad de Buenos Aires en el texto de la

Ciudad de Buenos Aires es parte del mosaico federal, a la que se le ha asignado una especial fisonomía y un rango propio³; que actúa –no como fundadora, pero sí como participante- en la composición del esquema federativo: la Ciudad de Buenos Aires forma parte del pacto federal argentino⁴.

En virtud de tratarse de la Ciudad Capital, sede de las autoridades de la Nación, se impone –más allá del régimen autónomo- la obligación de una convivencia armónica entre los dos gobiernos, el de la Nación y el de la Ciudad, mientras la condición de sede se mantenga como tal.

Ello se plasmó en el texto de la Ley N° 24.588, pautando que esta Ciudad debe garantizarle a las autoridades federales que no entorpecerá el pleno ejercicio de sus poderes y funciones, sin abdicar por ello de las competencias constitucionales consagradas como propias.

Un ejemplo de esta convivencia y sus proyecciones futuras lo constituyen los convenios celebrados entre ambas jurisdicciones para el traspaso de diversas competencias jurisdiccionales⁵, de seguridad⁶ y servicios públicos⁷. Ninguno de los desencuentros circunstanciales entre autoridades modifica ni altera el cauce

principal de la común pertenencia al mismo sistema representativo, republicano y federal, en la misma patria de hermanos.

2.- Los valores democráticos: *“promover el desarrollo humano en una democracia fundada en la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia y los derechos humanos, reconociendo la identidad en la pluralidad...”*.

La entidad de los valores consignados expresan una definición política que no se limita al modo de elegir los representantes sino a un ideario mucho más profundo.

En palabras de Sampay⁸ *“...una democracia (...) como forma de Estado hace a la felicidad del hombre y su causa final, y, para lograrla, reconoce su libertad de acción (...) implica un acuerdo profundo de los espíritus y de las voluntades sobre las bases de una vida común; entraña una comunidad fundada sobre una concepción del mundo que excluya a las demás, como la verdad repele el error”*.

Por ello se impone reflexionar sobre un sistema de gobierno que garantice no sólo la estabilidad del sistema político como tal, sino con capacidad de aunar esfuerzos en valores superadores como la solidaridad y la justicia.

3.- El desarrollo humano en dignidad: *“...garantizar la dignidad e impulsar la prosperidad de sus habitantes y de las mujeres y hombres que quieran gozar de su hospitalidad...”*. El valor dignidad, es considerado hoy como el principal eje alrededor del cual orbitan los derechos humanos, está en la primera página de nuestra constitución local, y debiera tener un lugar de privilegio en el esquema mental de cada ciudadano y de cada funcionario.

Constitución vigente a partir de agosto de 1994”, La Ley 1995-A, 967 y sig.

3 Bidart Campos, German J. (2001), “Autonomía, Derechos y Políticas Especiales en la Ciudad de Buenos Aires”, *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, editorial La Ley, Buenos Aires, pág. 24.

4 Ferreyra, “La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 22.

5 Convenios suscriptos el 7 de diciembre de 2000 y 1 de junio de 2004 entre el Gobierno nacional y el Gobierno de la CABA, ratificados por las Leyes nacionales Nros. 25.752 y 26.357 y las leyes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Nros. 597 y 2257. Más recientemente, el llamado Tercer Convenio de Transferencia de Competencias aprobado por Ley N° 26.702 (BO 6/10/11) aún pendiente de ratificación por la Legislatura.

6 Art. 7° Ley N° 24.588 con las modificaciones de la Ley N° 26.288.

7 Acta Acuerdo de Transferencia de los Servicios de Transporte Subterráneo y Premetro celebrada con fecha 3 de enero de 2012, entre el Estado Nacional y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las Leyes N° 210, 373 y 4.041.

8 Ob citada pág. 59.

II. El mandato de acciones positivas:

Este repaso por el listado de valores y principios con valor constitucional nos revela un claro mandato de realizar acciones positivas.

En efecto, señala el artículo 17 de la Constitución de la Ciudad, que ella “...**desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades**”.

Por otro lado también, “...*promueve el desarrollo humano y económico equilibrado, que evite y compense las desigualdades zonales dentro de su territorio*” (artículo 18).

En relación con el **derecho a la salud** –a la que adjetiva como integral esta misma disposición establece que “...*está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo educación, vestido, cultura y ambiente. El gasto público en salud es una inversión social prioritaria. Se aseguran a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad. Se entiende por gratuidad en el área estatal que las personas quedan eximidas de cualquier forma de pago directo...*”.

Por otra parte, en lo relativo al **derecho a la educación**, establece el artículo 23 que “*La Ciudad reconoce y garantiza un sistema educativo inspirado en los principios de la libertad, la ética y la solidaridad, tendiente a un desarrollo integral de la persona en una sociedad justa y democrática...*”.

“El ambiente es patrimonio común. Toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano, así como el deber de preservarlo y defenderlo en provecho de las gene-

raciones presentes y futuras”, establece el artículo 26 en su primera parte.

El artículo 31 reconoce **el derecho a una vivienda digna** y a un hábitat adecuado, por lo que manda a resolver progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos.

La Ciudad garantiza en el ámbito público y promueve en el ámbito privado la **igualdad real de oportunidades** y trato entre varones y mujeres en el acceso y goce de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (artículo 36).

Por último, proclama el artículo 48 de la Constitución de la Ciudad que es política de Estado que la actividad económica sirva **al desarrollo de la persona** y se sustente en la **justicia social**.

Cada uno de los derechos que venimos de reseñar, así como la reiteración en el texto constitucional de las palabras “La Ciudad garantiza...” refleja un ambicioso programa de gobierno, marcando la agenda a la que deben aplicarse los recursos públicos.

Por igual razón cuando transcurre en la Legislatura el debate sobre el proyecto de Ley de Presupuesto siempre se entiende que es a la vez, un debate sobre el plan de un gobierno, plan que subyace atrás de los números pero que expresa los objetivos políticos⁹.

⁹ Corti, Horacio “Derecho Constitucional Presupuestario”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 39.

III. El ideario de la justicia social

Por justicia social entendemos a los valores de equidad y equilibrio que ordenan las relaciones recíprocas de los estamentos o clases sociales, grupos de interés, de producción y del trabajo en relación con su participación en el bienestar general a que tienen derecho en la medida en que contribuyen a su realización¹⁰.

Sin duda el espíritu del constituyente, al diseñar el texto fundamental porteño, buscó consagrar un programa de gobierno que realizara la justicia social, ya que son numerosos los artículos que ofrecen garantías amplias para los habitantes de la Ciudad, y que, como contrapartida, son exigibles a las autoridades del gobierno.

En este escueto repaso de los valores que inspiran los principios y garantías consagrados por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, resulta obvio que no pueden apartarse de ellos las autoridades de gobierno. Pero más aún.

También han sido el fundamento y razón para que desde el Primer Consejo de la Magistratura hasta el actual, la política de formación y perfeccionamiento judicial haya sido sostenida en el tiempo, recibiendo particular importancia y aceptación. Es el Sistema Judicial –en última instancia- el garante del cumplimiento y vigencia de las normas constitucionales y sus principios fundantes.

IV. Quince años del CFJ

En el marco de la celebración de los primeros quince años del Centro de Formación Judicial, es pertinente recordar que cuando a fines de 1998 se organizaba el Consejo de la Magistratura, una de sus primeras medidas fue la designación del Secretario Ejecutivo del Centro de Formación Judicial. El CFJ acompañó esa eta-

pa fundacional al tiempo que convocaba a los primeros cursos y charlas sobre las novedades legislativas que se iban sucediendo.

Dentro de poco tiempo más estaremos evocando los veinte años de vigencia de nuestra Constitución porteña. Seguimos considerándola –tal como dijimos al principio- un programa de gobierno que no ha perdido actualidad, porque sigue siendo representativo de las mayorías sociales.

Sin embargo, y puesto que nada es para siempre, hay y habrá momentos propicios para reformular, mejorar o ampliar buena parte de las normas sustantivas hoy vigentes, a fin de avanzar proactivamente sobre las mandas constitucionales.

Así como creemos que los profesionales que no se actualizan siguiendo el ritmo de las transformaciones del derecho, se quedan estancados mientras todo fluye, también será bienvenido el aporte de todos aquellos que, al actualizarse, detecten los baches o las modificaciones que haría falta hacer y nos las propongan. Será un camino más en la participación para seguir mejorando la calidad de nuestra legislación y de nuestra Justicia en la Ciudad Autónoma.

¹⁰ Sampay, citado, pág. 48.

Análisis jurisprudencial de las disposiciones contenidas en los Artículos 104 y 105 de la Ley N° 2303 y su posible vinculación con la garantía a ser juzgado en un plazo razonable

Marta Paz (*),
con la colaboración de Sebastián Brian Lowry (**)

* Presidenta de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2013-2014).

** Prosecretario Letrado de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

I. La garantía a ser juzgado en un plazo razonable

El *derecho a ser juzgado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas* está expresamente contenido en los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. A partir de la reforma efectuada en 1994, dichas garantías tienen jerarquía constitucional y complementan los derechos y garantías reconocidos por nuestra Constitución Nacional (cfr. artículo 75, inciso 22, Constitución Nacional).

Dicha garantía se fundamenta, principalmente, en que el Estado debe poner fin en el menor tiempo posible a la situación de incertidumbre que un juicio penal puede aparejar, sin prolongar de forma tal el juzgamiento que la demora pueda ser considerada una pena en sí misma; sobre todo, si la libertad del imputado se encuentra restringida. Cabe destacar que dicha garantía se vincula también estrechamente con el principio de celeridad procesal en materia penal, pues toda dilación puede repercutir en la reconstrucción del hecho y la consiguiente determinación de la *verdad material* ante la posibilidad de que se debilite la prueba, sobre todo la testifical.

Con respecto a la interpretación que se ha hecho sobre el concepto *plazo razonable* la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consonancia con la Corte Europea de Derechos Humanos, ha considerado que “el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción (cfr. *Cour eur. D.H., arrêt Guincho du 10 juillet 1984, série A n° 81*, párr. 29) y que, particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse”. Además, sostuvo que para de-

terminar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso se deben tomar en cuenta tres elementos: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales.¹

II. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Con anterioridad al dictado de las sentencias dictadas por los tribunales internacionales antes citados, la Corte Suprema reconoció en las causas “Mattei”² y “Mozzatti”³ el derecho de toda persona a obtener una sentencia que definiera de una vez y para siempre su situación frente a la ley penal, así como también que la presunción de inocencia, la inviolabilidad de la defensa en juicio y del debido proceso legal contemplados en el art. 18 de la Constitución Nacional “se integran por una rápida y eficaz decisión judicial”.

Por otro lado, en la causa “Kipperband”⁴ la minoría integrada por los Dres. Fayt, Petracchi, Boggiano y Bossert sostuvo, con cita de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, que el derecho a ser juzgado sin dilaciones no puede traducirse en un número determinado de días, meses o años, para saber si se ha conculcado la garantía involucrada se debe analizar la duración del proceso en función de las razones de la demora y el perjuicio concreto que al imputado le haya irrogado tal prolongación del juicio.

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Suárez Rosero Vs. Ecuador”, 12/11/1997, párrafos 71 y 72.

2 “MATTEI, ANGEL S/ CONTRABANDO DE IMPORTACION EN ABASTO” - CSJN - 29/11/1968.

3 “MOZZATTI CAMILO Y OTRO S/ DENUNCIA Y QUERRELLA DE DARIO GIANESSELLI” - CSJN - 17/10/1978.

4 “Kipperband, Benjamín s/ estafas reiteradas por falsificación de documentos -incidente de excepción previa de prescripción de la acción penal-” - CSJN - K. 60. XXXIII - 16/03/1999.

Ahora bien, corresponde aclarar que los casos en que la Corte consideró que se había violado el derecho a ser juzgado en un plazo razonable declaró la extinción de la acción penal por prescripción en función de que la duración del proceso había excedido ampliamente el término previsto para aquélla.

III. La normativa local

El artículo 104 del Código Procesal Penal de la C.A.B.A. (ley N° 2.303), dispone que:

“La investigación preparatoria deberá concluir dentro del término de tres (3) meses a partir de la intimación del hecho al/la imputado/a. Si ese término resultare insuficiente, el/la Fiscal deberá solicitar prórroga a el/la Fiscal de Cámara, quien podrá acordarla hasta por dos (2) meses más, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación.

Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, el/la Fiscal podrá solicitar que la prórroga otorgada exceda excepcionalmente dicho plazo, debiendo fijar el Tribunal el término perentorio de finalización de la investigación preparatoria que, no podrá exceder de un (1) año a partir de la intimación de los hechos.

Si hubiere más de un/a (1) imputado/a el término correrá independientemente para cada uno de ellos.

El imputado/a podrá cuestionar las prórrogas ante el juez, solicitando que se fije un plazo razonable para que se clausure la investigación preparatoria, que no podrá exceder los previstos precedentemente.”

Por otro lado, el artículo 105 del mismo cuerpo legal establece que:

“Dentro del quinto día de vencido el término previsto en el artículo anterior y sus prórrogas, el/la Fiscal deberá solicitar la remisión a juicio, disponer la clausura provisional

o el archivo de las actuaciones.

Vencido el plazo previsto en el párrafo que antecede sin que el/la Fiscal se hubiera expedido, se archivará la causa respecto del imputado/a por el/la cual hubiera vencido y no podrá ser nuevamente perseguido/a penalmente por el mismo hecho.”

IV. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la C.A.B.A.

En la causa “Haedo”⁵ el Tribunal Superior de Justicia, por mayoría⁶, ordenó el archivo de las actuaciones por vencimiento del plazo previsto por el artículo 104 C.P.P.C.A.B.A. fundado en que:

a) las normas contenidas en los artículos 104 y 105 C.P.P.C.A.B.A. se vinculan con el *derecho a ser juzgado en un plazo razonable*;

b) el plazo previsto por el artículo 104 C.P.P.C.A.B.A. es *perentorio*, ya que el vencimiento de dicho término tiene como consecuencia la culminación del proceso a través del archivo de las actuaciones y

c) por aplicación del *principio de legalidad material* los magistrados no deberían interpretar el sentido de la norma en perjuicio del imputado.

Para la Dra. Ana María Conde, en cambio, los plazos previstos en los artículos 104 y 105 no reglamentan la garantía que tutela la duración razonable del juicio por cuanto considera que aquélla no se circunscribe a una sola etapa “del proceso” sino que limita las eventuales demoras que podría sufrir todo el trámite durante sus

5 “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Incidente de apelación en autos Haedo, Nicolás Matías s/ infr. art. 149 bis CP’ – TSJ - Expte. n° 8252/11 - 4/7/2012.

6 Voto de los Dres. Luis Francisco Lozano y Alicia E. C. Ruiz al que adhirió el Dr. Horacio Corti.

distintas etapas. Funda su postura en que la interpretación armónica de los artículos 104, 105 y 208 C.P.P.C.A.B.A. y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no permiten sostener la existencia de “plazos automáticos o absolutos” en la materia; sumado que quien considere afectado tal derecho debe demostrar la irrazonabilidad del término de duración del proceso seguido en su contra⁷.

Por otro lado, cabe remarcar que, ni en este ni en otros casos tramitados ante el Tribunal el Dr. José Osvaldo Casás se expidió sobre el fondo de la cuestión, ya que considera que la resolución por la cual no se hace lugar a la solicitud de archivo tiene por consecuencia la obligación de continuar sometido a proceso y, por regla, no reúne el carácter de sentencia definitiva en los términos del art. 27, ley n° 402.

V. Jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la C.A.B.A. en materia penal

La opinión de los magistrados que integran la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la ciudad se encuentra dividida en cuanto a la interpretación del plazo fijado en el artículo 104 del ritual penal local; la consecuencia prevista por el artículo 105 ante el vencimiento de aquél y el significado de la locución “intimación del hecho” inserta en el artículo 104 C.P.P.C.A.B.A., hito a partir del cual empieza a correr el término en cuestión.

Por ello, referenciaré a continuación y separadamente los fundamentos brindados sobre las distintas posturas sostenidas respecto de dichas cuestiones.

5.1. A favor de la posibilidad de que los artículos 104 y 105 del C.P.P.C.A.B.A. regulen el derecho a ser juzgado en un plazo razonable

5.1.1. La minoría de la Cámara sostiene que a través de los artículos reseñados, el legislador limitó temporalmente la fase preparatoria de la investigación para evitar de este modo dilaciones indebidas y así agilizar un proceso que, por su naturaleza, debe ser acotado y reaccionario de la morosidad judicial.

Claro que si bien el artículo 104 establece una excepción al principio de perentoriedad e improrrogabilidad de los plazos procesales previsto en el artículo 70, ambos del C.P.P.C.A.B.A., el segundo párrafo del artículo 105 reconfirma la regla general al establecer que “Vencido el plazo previsto en el párrafo que antecede sin que el/la Fiscal se hubiera expedido, se archivará la causa respecto del imputado/a por el cual hubiera vencido y no podrá ser nuevamente perseguido penalmente por el mismo autor”.

Por ello, y de acuerdo a la interpretación armónica de los artículos 70, 104 y 105 del ritual, la investigación preparatoria no puede extenderse más allá de los siguientes términos: a) tres (3) meses (si el fiscal no solicita prórroga); b) tres (3) meses más otros dos (2) meses (si el Fiscal de Cámara le concede al de primera instancia la prórroga solicitada) o c) hasta un (1) año (en caso de que la prórroga la conceda el tribunal).

Como consecuencia de lo anterior, sostienen que dichas normas regulan la garantía del plazo razonable ya que ante el vencimiento del término previsto por el artículo 104 se establece el archivo de las actuaciones y la imposibilidad de perseguir nuevamente al imputado por el mismo hecho.

5.1.2. El artículo 104 C.P.P.C.A.B.A. es la materialización de la garantía del plazo razonable en lo atinente

⁷ Fallos 330:4539 y sus citas y dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió la Corte *in re* “Salgado” (S.167.XLIII - 23/06/09).

a la actividad investigativa del Ministerio Público Fiscal durante el término de duración de la “investigación penal preparatoria”, no del “proceso”, lo que resulta más favorable al imputado.

5.1.3. Los plazos previstos por el artículo 104 C.P.P.C.A.B.A son *perentorios*, lo que significa que su vencimiento produce la extinción del derecho a ejercer, la facultad o rechazar el acto para cuyo ejercicio o realización se concedió el término.

5.1.4. La ley N° 2303 prevé la desvinculación del imputado a través del archivo de la causa en caso de inobservancia de los términos previstos en los artículos 104 y 105 y la expresa prohibición de ser nuevamente perseguido penalmente por la supuesta comisión del mismo hecho, sin necesidad de que transcurra el plazo de prescripción de la acción prevista para cada tipo de delito. De ahí que la consecuencia de determinar el vencimiento del término sea el archivo de la causa y el sobreseimiento de los imputados.

5.1.5. Cabe destacar que quienes sostienen que los artículos 104 y 105 regulan la garantía de ser juzgado en un plazo razonable se encuentran divididos entre quienes sostienen la posibilidad de declarar de oficio el archivo de las actuaciones ante el mero vencimiento del plazo allí previsto, o hacerlo ante el pedido de parte.

5.2. En contra de la posibilidad de que los artículos 104 y 105 C.P.P.C.A.B.A. regulen el derecho a ser juzgado en un *plazo razonable*

5.2.1. La legislatura local no puede establecer una consecuencia para la inobservancia del plazo estipulado para el desarrollo de la investigación penal preparatoria que importe un modo de extinción de la acción penal, ya que carece de facultades legislativas para ello, las cuales son propias y exclusivas del Congreso de la Nación y sólo pueden ser establecidas en el Código Penal.

5.2.2. Considerar que la regulación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable se encuentre regulado en el código de procedimientos y no en el de fondo, implica que el ejercicio de la acción penal por hechos delictivos de similares características cometidos en distintas provincias podría extinguirse de diferentes formas (según las disposiciones procesales de cada lugar) y en distintos plazos, violentándose así el principio constitucional de igualdad ante la ley.

5.2.3. El plazo prescrito por el artículo 104 C.P.P.C.A.B.A. se relaciona con el deber del Fiscal de realizar, en un tiempo determinado y en base a las características particulares de la causa, la investigación del hecho objeto del proceso.

5.2.4. No todo incumplimiento de los plazos previstos por el artículo 104 C.P.P.C.A.B.A. importa la afectación a la garantía constitucional a ser juzgado en un plazo razonable.

5.2.5. Para determinar si se violentó la garantía de ser juzgado en un plazo razonable hay que aplicar los parámetros que se desprenden de la casuística jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

5.2.6. El desacuerdo o la crítica que pueda cosechar el desempeño de los representantes del Ministerio Público Fiscal no resulta equivalente a afirmar que se vulneró el derecho a ser juzgado en plazo razonable ante el mero vencimiento del plazo previsto por el artículo 104 C.P.P.C.A.B.A.

5.3. Hito a partir del cual comienza a correr el plazo previsto por el artículo 104 C.P.P.C.A.B.A.

5.3.1. La incorporación de sujetos al proceso está regulada por las normas procesales, por lo que no puede participar de su trámite cualquier persona que lo considere conveniente sino sólo aquellos que revisten el carácter exigido por la ley.

Imputado es aquella persona contra quien se dirige un proceso penal. *Imputar*, por otro lado, es el acto mediante el cual se le atribuye a alguien su participación en un hecho punible, por lo que el término de duración de la investigación preparatoria comienza a correr sea que se trate de la celebración de la audiencia ante el representante de la *vindicta pública* prevista en el artículo 161 C.P.P.C.A.B.A., o de algún otro hito procesal similar en sus efectos que permita al encausado conocer el hecho que se le imputa y los derechos que le asisten.

Entre los fundamentos sostenidos para ello, se tuvo en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido de modo amplio que *“en materia penal este plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito”* (Caso “López Álvarez vs. Honduras”, del 1º de febrero de 2006, parr.129).

Entre los hitos considerados equiparables, podemos destacar:

- La fecha en que se labraron las actas de radicación de la causa y la lectura de derechos a los imputados;
- El momento en que se efectuó la detención en flagrancia del imputado;
- La fecha en que el imputado se presentó espontáneamente ante el fiscal y tomó vista de las actuaciones;
- La fecha en que el imputado obtuvo fotocopias

de la causa;

5.3.2. La celebración de la audiencia prevista en el artículo 161 C.P.P.C.A.B.A, denominada por el propio código como “intimación del hecho”, es el hito a partir del cual deben empezar a computarse los plazos previstos en el artículo 104 C.P.P.C.A.B.A.

VI. Jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la C.A.B.A. en materia contravencional

En función de lo dispuesto por el artículo 6 de la ley N° 12, que establece la aplicación supletoria en materia contravencional de las normas previstas en el Código Procesal Penal local, la jurisprudencia de la Cámara también se encuentra dividida respecto de la posible aplicación de la normativa prevista en los artículos 104 y 105 C.P.P.C.A.B.A se aplica en los procesos iniciados por la supuesta comisión de hechos tipificados por la ley N° 1472.

5.1. A favor de la aplicación supletoria de los artículos 104 y 105 C.P.P.C.A.B.A. en materia contravencional

5.1.1. El C.P.P.C.A.B.A. es aplicable a las causas contravencionales únicamente en aquellos casos en que la cuestión no esté prevista por la normativa en esta materia.

El hecho de que una de las acepciones posibles del término “supletorio” es “que suple una falta”⁸ implica que la aplicación supletoria del C.P.P.C.A.B.A. en materia procesal contravencional sólo correspondería en aquellas cuestiones donde éste último no contenga una normativa concreta que las regule.

Esto es lo que acontece con el plazo de duración

8 Cfr. Diccionario de la Real Academia Española online - <http://lema.rae.es/drae/?val=supletorio>.

de la investigación preparatoria puesto que nada dice la ley N° 12 al respecto, por lo que resultan aplicables en materia contravencional las disposiciones contenidas en los artículos 104 y 105 del ordenamiento procesal penal local.

5.1.2. No resulta argumento suficiente para descartar dicha aplicación la remisión al plazo previsto en el artículo 42 del Código Contravencional, pues éste regula el término de la prescripción de la acción, instituto que establece el plazo máximo en que puede ejercerse la persecución estatal y que no agota la finalidad del concepto de “plazo razonable”.

5.1.3. La naturaleza penal de las contravenciones obliga al amplio reconocimiento de todas las garantías constitucionales en el proceso.

Al encontrarse plasmadas en el código de procedimientos en materia penal local las garantías tuteladas por las constituciones de la Ciudad y de la Nación, su aplicación corresponde en la materia en tanto no se oponga o desvirtúe lo establecido expresamente en el art. 6 de la Ley de Procedimientos Contravencional.

Por ello, el hecho de que el ordenamiento procesal contravencional no establezca un plazo para culminar la investigación preparatoria, cosa que sí contempla el C.P.P.C.A.B.A., corresponde aplicar supletoriamente las disposiciones contenidas en los artículos 104 y 105 en causas contravencionales, sobretudo porque éste último ordenamiento tipifica infracciones de menor cuantía que, en la mayoría de los casos, requieren una investigación más sencilla que los hechos tipificados por el Código Penal.

5.1.4. Es dable destacar que también ante este supuesto la jurisprudencia se encuentra dividida entre la quienes declaran de oficio el archivo de las actuaciones ante el mero vencimiento del término previsto en el artículo

104 C.P.P.C.A.B.A., y quines no.

6.2. En contra de la aplicación supletoria de los artículos 104 y 105 C.P.P.C.A.B.A. en materia contravencional

Las disposiciones previstas en los artículos 104 y 105 C.P.P.C.A.B.A. no rigen en materia contravencional, por cuanto existen normas específicas que regulan expresamente la duración máxima del procedimiento (artículo 42 Código Contravencional, que regula el instituto de la prescripción de la acción).

6.3. Hito a partir del cual comienza a correr el plazo previsto por el artículo 104 C.P.P.C.A.B.A. en materia contravencional

6.3.1. En materia contravencional el término de la investigación preparatoria comienza a correr sea que se trate de la celebración de la audiencia ante el representante de la *vindicta pública* prevista en el artículo 41 de la ley procesal contravencional o de algún otro hito procesal similar que permita al presunto contraventor conocer el hecho que se le imputa y los derechos que le asisten.

6.3.2. En materia contravencional la intimación del hecho tiene lugar en el momento del labrado del acta a que refiere el artículo 36 de la ley N° 12, pues conforme surge del artículo 37 de la misma norma ese es el momento en el cual la autoridad de prevención debe intimar al presunto contraventor a que comparezca a la sede de la fiscalía interviniente, además de notificarlo de los derechos que le asisten al efecto.

6.3.3. En contra de esta posibilidad se ha sostenido que el acta que da cuenta de la supuesta comisión de una contravención configura sólo la *notitia criminis* y no reviste los recaudos para ser considerada como *hito procesal equiparable* a fin de iniciar el cómputo del plazo previsto en el artículo 104 C.P.P.C.A.B.A.

VII. Conclusión

A partir de la incorporación al bloque constitucional de los diversos tratados y convenciones que expresamente contemplan el derecho a que la situación procesal de quien está sometido a un proceso penal sea resuelta *en un plazo razonable*, el Estado tiene el deber de reglamentar en nuestro ordenamiento ese derecho.

Si bien nuestro Máximo Tribunal ha establecido jurisprudencialmente una suerte de regulación de hecho de las pautas a analizar a fin de determinar si se ha violentado dicha garantía, no existe una ley nacional que fije un límite temporal a la investigación.

El legislador local, adoptando una postura más concreta en resguardo de este derecho, fijó un plazo máximo a la duración de una de las etapas del proceso.

Tal definición no puede retroceder, pues eso hace a los principios que informan los derechos humanos.

En este sentido, la irreversibilidad de los mismos torna imposible que el Estado vuelva a la condición previa al goce del derecho humano de que se trate.

Las normas deben ajustarse al deber del Estado de suprimir de su ordenamiento jurídico todo precepto que se oponga al derecho consagrado en el convenio internacional, lo que incluye no sólo la adopción de las medidas destinadas a suprimir la legislación que se oponga al goce de la garantía, sino también el dictado de aquellas regulaciones que conduzcan a la observación efectiva de la misma.

VIII. Anexo

JURISPRUDENCIA DE LA CAMARA DE APELACIONES EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS DE LA C.A.B.A. RELEVADA

- "AMENDOLARA, Alejandro Javier s/infr. art. 73, Violar clausura impuesta por autoridad judicial o administrativa - CC", causa N° 0010620-00-00/11, resuelta el 20/03/2012;

- "COLMAN, ANACLETO s/infr. art(s). 116, Organizar y explotar juego sin autorización, habilitación o licencia -CC", causa N° 642-00/08, resuelta el 04/09/2008;

- "INCIDENTE DE APELACIÓN en autos "GALMOZZI, LEONARDO RUBEN s/ art. 1472:85, Portar armas no convencionales en la vía pública, sin causa que lo justifique", causa N° 0027340-01-00/12, resuelta el 8/10/2013;

- "TRAVIGANTI, Roberto Adolfo s/ Infr. Art. 189 bis Cd.P. - Apelación", causa N° 098-00/CC/2006, resuelta el 09/08/2006;

- "González Elsa Elizabeth s/inf. art. 82 CC", causa n° 18069-00/09, resuelta el 21/10/2010;

- "INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS LARA, ERNESTO RODOLFO s/infr. art. (s). 111, Conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes – CC", causa N° 0026897, resuelta el 19/4/2011;

- "MINCMAN, MARCELO FABIAN s/ inf. art. 149 bis CP: amenazas – CP (p/ L 2303)", causa n° 0042392-00-00/11, resuelta el 16/8/2012;

- "Incidente de falta de acción en autos BENITEZ, Sergio David s/art. 189 bis C.P. Queja - Apelación", causa N° 10443-01/CC/2006, resuelta el 31/5/2007;

- "Incidente de excepción de falta de acción y nulidad en autos CRISTALDO, Juan de la Cruz s/art. 189 bis C.P. - Apelación", causa N° 5324-01/CC/2007, resuelta el 6/11/2007;

- "Incidente de Inconstitucionalidad y Nulidad en autos 36006/09 "Ayunta Patricia s/ infr. art. 181 CP", causa

N° 0036006-01-00/09, resuelta el 5/10/2010;

- "Incidente de excepción de falta de acción y nulidad en autos CRISTALDO, Juan de la Cruz s/art. 189 bis C.P. - Apelación", causa N° 5324-01/CC/2007, resuelta el 06/11/2007;

- "YAÑEZ, Norberto José s/infr. art. 149 bis Amenazas y otros - C.P., causa N° 0024687-00-00/08", resuelta el 10/11/2009;

- "PAZ, Luis Fernando s/infr. art(s). 1, LN 13.944 (Incumplimiento de los

Deberes de Asistencia Familiar) p/L 2303", causa N° 0049614-00-00/10, resuelta el 16/10/2012;

- "VERA BARTHELEMY, Daniel s/infr. art. 1 de la ley 13944 p/ L 2303", causa N° 37498-00-CC/11, resuelta el 12/12/2012;

- "Inc. de apelación en autos De los Santos, Norberto Alcides y otros s/infr. art. 181 inc. 1 – CP", causa N° 21401-01-CC/09, resuelta el 14/7/2011;

- "INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS MILESI, FIDELRENE s/infr. art(s). 129 1 párr, Exhibiciones Obscenas – CP (p/L 2303)", causa N° 0052209-01-00/10, 01/12/2011;

- "ROMERO, LEANDRO SERGIO s/ infr. art(s). 193 bis, Conducción riesgosa en prueba de veloc. o de destreza c/ vehículo autom. s/ autorización legal - CP", causa N° 0029535-00-00/08, resuelta el 20/10/2009;

- "INCIDENTE DE APELACION en autos SILVA Antonio Virginio s/infr. art(s). 149 bis, Amenazas - CP (p/L 2303)", causa N° 0040996-01-00/11, resuelta el 1/8/2012;

- "Zárate Nelson Julio s/ inf. 111 CC", causa n° 44827-00/09, resuelta el 31/3/2011;

- "Incidente de apelación en autos Aquino, Alber-

to Delfín s/ inf. art. 78 CC", causa n° 12070-02/10, resuelta el 22/9/2011;

- "González Tavera, George Martín y otros s/ inf. art. 82 CC", n° 51699-00 -CC/10, resuelta el 29/6/2012;

- "Dabinovich Curto, Horacio Daniel s/infr. art. 73 CC", causa N° 8399-00-CC/2010, resuelta el 7/7/2011;

- "Medina, Juan Alberto s/ infr. art. 111 CC", causa N° 47678-00-00/09, resuelta el 18/2/2011;

- "Incidente de Apelación en autos Cosentino, Marcela y otros s/infr. art. 116 CC", causa N° 16659-01/CC/06, resuelta el 17/08/2007.

Los locos de Buenos Aires

Acerca de la situación de las personas con padecimientos mentales en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Nuevas perspectivas y abordajes en base a una interpretación armónica de las leyes nacional y local

Alejandra Petrella (*)

* Doctoranda en Salud Mental. Jueza de primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Vicepresidenta del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesora de grado y posgrado de Derecho Administrativo. Autora de publicaciones sobre la especialidad.

*Ya sé que estoy piantao, piantao, piantao, no ves que va la luna
rodando por Callao*

Y un coro de astronautas y niños con un vals me baila alrededor...

*Ya sé que estoy piantao, piantao, piantao, yo miro a Buenos
Aires del nido de un gorrión;*

*Y a vos te vi tan triste; vení, volá, sentí el loco berretín, que tengo
para vos.*

Loco, loco, loco, cuando anochezca en tu porteña soledad,

*Por la ribera de tu sabana vendré con un poema y un trombón
a desvelar el corazón.*

*Loco, loco, loco, como un acróbata demente saltare sobre el
abismo de tu escote hasta sentir*

Que enloquecí tu corazón de libertad, ya vas a ver....¹

I. La salud mental en la Ciudad de Buenos Aires

La Constitución de la Ciudad garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculado con “la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación”² y establece que “las políticas de salud mental reconocerán la singularidad de los asistidos por su malestar psíquico y su condición de sujetos de derecho, garantizando su atención en los establecimientos estatales. No tienen como fin el control social y erradican el castigo; propenden a la desinstitucionalización progresiva, creando una red de servicios y de protección social.”³

El presente trabajo versará sobre la necesaria armonización que deberá darse en el ámbito local entre las leyes vigentes en la ciudad y la nación, en punto a la salud mental. Máxime, considerando que a partir de la constitucionalización de los tratados internacionales

de derechos humanos, la protección de la salud integral constituye una obligación para los estados y una garantía para los ciudadanos. Es doctrina consagrada la que establece que existen obligaciones básicas o derechos esenciales mínimos, que el estado debe garantizar⁴.

La Ley Nacional de Salud Mental⁵ (en adelante LSM) propone como paradigma un cambio de visión referido a que la persona con padecimientos mentales es un sujeto de derecho. A partir de esta premisa, se formularán una serie de consideraciones acerca de las consecuencias que ello importa y particularmente, qué implicancias arroja en la Ciudad de Buenos Aires en la que se sitúan los tres neuropsiquiátricos más grandes del país.

Si bien a nivel local rige la Ley 448⁶, cuya vigencia data de años atrás, tengo para mí que la Ley Nacional amplía el marco de referencia de los derechos. Por ende, toda vez que tal como lo sostienen tanto los tratados internacionales constitucionalizados como copiosa jurisprudencia, las normas vinculadas a los derechos humanos fijan pisos mínimos de protección pero no techos, por ende, ambos cuerpos legales deberán ser interpretados armónicamente a fin de aplicar el que resulte más favorable a la persona con padecimientos mentales con una clara mirada puesta en su carácter de sujeto de derecho. Ello implica –más allá de una declaración judicial de “insano”– partir del principio general de la capacidad para –eventualmente y en caso de que fuera estrictamente necesario– realizar la ponderación correspondiente al cercenamiento de sus derechos.

Asimismo, el presente análisis se enmarca en la profunda transformación que deberá operar en la salud pública –y particularmente en la salud mental– a par-

1 Del estribillo de “Balada para un loco” de Astor Piazzola y Horacio Ferrer.

2 Art. 20, 1° párrafo de la CCABA.

3 Art. 21 inc. 12 de la CCABA.

4 Art. 12 del PIDESC.

5 Ley 26.657 (promulgada el 2-2-10).

6 Ley 448 de la Ciudad de Buenos Aires (BOCBA 1022 del 7/7/2000) reglamentada por Dec. 635/04 del 22/4/04.

tir de la sanción de leyes que impactarán fuertemente sobre ella, dato que impone una nueva mirada desde la perspectiva de los derechos económicos, sociales y culturales conforme los preceptos incorporados por conducto del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Puntualmente, he de referirme a la salud mental en el contexto de la salud pública, que tal como sostiene el Dr. Bidart Campos⁷ no es otra cosa que un aspecto de la salud como bien colectivo, de allí la idea de solidaridad social como valor que emerge de la Constitución Nacional, especialmente después de la reforma del año 1994. Cuando éste bien colectivo sufre amenaza o daño, está a la vez comprometida la salud individual del conjunto social al que pertenece y donde se sitúa el colectivo.

En este esquema, se han dictado una serie de leyes que proponen reformas profundas al sistema sanitario⁸ y cuya aplicación resultaría deseable. La plena aplicación tanto de la ley de salud mental cuanto del resto de las normas señaladas significaría un cambio en el modelo sanitario general cuyo objetivo fundamental sea una mejora en la atención de las personas con sufrimiento mental.

Si bien se ahondará en la ley de salud mental, es dable entender a la salud como un sistema y considerar todas las normas interrelacionadas entre sí. Por caso, al padeciente mental como sujeto de derecho también le resultan aplicables la ley de los derechos del paciente, la ley de medicina prepaga y la de producción gratuita de medicamentos; esta triada legal coadyuvará a la apli-

cación de los instrumentos que la propia ley de salud mental prevé para la su atención primaria, tratamiento y posible deshospitalización.

En este aspecto, la nueva norma dictada por el Congreso nacional resignifica el principio de la desinstitutionalización, que también prevén la Carta Magna local y la ley de Salud Mental vigente en la Ciudad⁹. A la vez que aborda otro paradigma constituido por el cambio de eje del hospital monovalente, con fundamento de validez en la salud integral como derecho humano fundamental, viéndose así reflejado el respeto por la dignidad humana.

La presunción de capacidad –que reforma y se incorpora al art. 152 ter del Código Civil– transforma una práctica instaurada en tanto incluye la evaluación de este principio general por parte de un grupo de profesionales. Por ende, en base a un informe psicosociobiológico –y no la mera evaluación de un profesional médico– se dirimirá si el padecimiento mental de una persona lo condiciona en su calidad de vida, y en tal caso, un juez dispondrá eventualmente qué derechos podrían serle limitados. Pero a tal determinación debe abocarse el equipo interdisciplinario (art. 13 LSM). La privación de la libertad de un ser humano por el mero hecho de padecer sufrimiento mental es violatoria del derecho a la dignidad humana y así lo establece la ley al enumerar los derechos que lo asisten.

Destaco que la ley nacional se integra con los “Principios de Naciones Unidas para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental”¹⁰ consagrando dos pilares fundamentales como derechos que hacen a la dignidad humana: el de desmanicomialización y el de desjudicialización. Propender a la concreción de tales derechos debe ser el camino a emprender.

7 Bidart Campos Germán, “La dimensión de la salud como bien colectivo y los servicios de salud”, LL, Supl. Derecho Constitucional, 30-11-01.

8 El criterio de selección pertenece a la suscripta y se efectúa sin perjuicio de otras que pudieren impactar de igual manera. Son: la Ley 26.529 de los Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, la Ley 26.682 Marco Regulatorio de la Medicina Prepaga y el día 29/06/11 el Senado de la Nación aprobó por unanimidad la Ley 26.699 de Producción Pública de Medicamentos que declara de interés su producción y los cataloga como bienes sociales.

9 Ley 448 de la CABA de Salud Mental.

10 Adoptado por la Asamblea General en su Res. 46/119 del 17/12/91.

II. Nueva Perspectiva en el enfoque de derechos

2.1. Desde esta perspectiva, mi análisis acerca del tema se basa en tres ejes básicos:

2.1.1. Entender a la salud mental como un derecho fundamental enmarcado en el plexo de los derechos sociales, entre los cuales hay complementación y acumulación. Resulta imprescindible vincular a la salud mental con los derechos a la vivienda, al trabajo y a la educación. Los cambios que proponen tanto la ley nacional cuanto la ley local no podrán llevarse adelante si no se dictan las regulaciones que establezcan la incorporación de las personas con padecimientos mentales al mercado de trabajo, y planes sociales que acompañen y que les permitan acceder a una vivienda digna, así como la educación necesaria para salir al mundo; a la vez que debe educarse a la sociedad toda para estos cambios.

2.1.2. Analizar el sufrimiento físico y mental como una violación al derecho a la dignidad humana, tal como propone la LSM en sus arts. 1, 2 y 3.

La salud es un derecho positivo y por ende, debe protegerse a la minoría vulnerable que carezca de ella. La perspectiva de la salud como bien colectivo hace propia la dimensión social y provoca una afectación pluriindividual.

El derecho a la vida digna implica el derecho a la calidad de vida y conlleva los derechos a la salud, a la integridad física y psicológica, su preservación y adecuado mantenimiento. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido este derecho como bien fundamental toda vez que quien está gravemente enfermo no puede seguir un plan de vida propio¹¹.

En la estructura de los derechos humanos trascendentales el derecho a la dignidad de la vida conlleva como componente el derecho a la salud. El derecho a la

vida incluso se subordina al derecho a la dignidad de la vida, ya que la dignidad es un derecho tan absoluto que no puede existir vida si en ella falta dignidad. El derecho a la inviolabilidad (a su dignidad) de la vida es un derecho inexcusable; le corresponde a cada hombre o mujer –a todos– por su condición de ser humano. Vale desde siempre y para siempre¹².

Hay una relación necesaria entre pobreza y salud mental. Por caso, en Buenos Aires, los más necesitados son los que deben acudir a paliar sus dolencias a los neuropsiquiátricos de la ciudad. Cuando se recorren los muros de los hospitales Borda, Moyano y Tobar García cabe repensar si no resulta imprescindible construir otras condiciones para las personas allí internadas. Nuevos procesos que permitan aliviar el dolor que los inmoviliza, ampliando las herramientas socio terapéuticas que refuercen sus posibilidades de acceder a un cierto bienestar. No se trata de forzarlos a transitar determinado camino cerrado, sino del diseño de estrategias relevantes a fin de empujar a un ciudadano hacia el margen que implica la enfermedad mental. Suprimirle a alguien sus derechos civiles es violatorio de la dignidad humana.

Distintos instrumentos internacionales dan cuenta de los principios rectores para el desarrollo de la atención de la salud mental en las Américas y recomiendan la superación del modelo asistencial basado en el hospital psiquiátrico y su reemplazo por acciones de salvaguarda de los derechos humanos e inclusión social de las personas afectadas por trastornos mentales¹³.

Por ende, la necesaria relación entre derecho

12 Confr. C.Fed. Mar del Plata, "Recalde, Norberto vs. Dirección de Bienestar de la Armada", 17/6/99, DJ, 2000-1-78.

13 Declaración de Caracas (aprobada el 14/11/90 por la OPS/OMS en el marco de la Conferencia regional para la reestructuración de la atención psiquiátrica en América Latina) y Principios de Brasilia (Principios rectores para el desarrollo de la atención de la salud mental en las Américas. Promulgados en la Conferencia regional para la reforma de los servicios de salud mental: 15 años después de Caracas, 9/11/05).

a la salud mental y los restantes derechos sociales; así como la extrema vulnerabilidad psicosocial que afecta a quienes padecen patologías mentales conlleva la necesaria realización por parte de los estados de acciones que garanticen la protección de sus derechos humanos y libertades fundamentales. La omisión de tales acciones podría vulnerar el derecho a la dignidad humana.

2.1.3. Incluir a las políticas sanitarias como políticas de estado

En orden a lo hasta acá expuesto, y tal como surge de los instrumentos internacionales reseñados, hay consenso en cuanto a la necesidad de establecer redes de servicios comunitarios que reemplacen progresivamente los manicomios y aseguren la atención integral y multidisciplinaria de las personas con padecimientos mentales. Deviene así fundamental el rol del estado en el cumplimiento de las acciones pendientes, derivadas por caso, de la Declaración de Caracas. Los servicios públicos de salud mental deben afrontar nuevos desafíos jurídicos, técnicos y culturales, para ello debe incluirse a esta problemática en la agenda de los gobiernos.

Por eso, entiendo que adoptar una posición respecto a la incorporación del derecho a la salud mental como inserto en el plexo de los derechos sociales, así como entender su vinculación con el principio de dignidad humana resulta imprescindible por cuanto implica sostener la decisión política de cada estado de intervenir activa y sustantivamente para asegurar a toda la población no sólo la promoción y protección de la salud, sino también el derecho a la atención de la enfermedad, en forma igualitaria en cantidad y calidad. Este es el enfoque de derechos que otorga al tema la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires¹⁴ al enunciar como principio que la salud es una inversión social prioritaria, y hacerlo dentro del capítulo denominado "Políticas Especiales" en el que

se enuncian los derechos fundamentales que la Constitución consagra y que el estado debe garantizar, resultando éstos claramente operativos en tanto no puede invocarse la falta de reglamentación para no efectivizarlos¹⁵.

Por otro lado, debe considerarse que la asistencia sanitaria se enfoca desde la perspectiva del servicio público. En materia de salud las políticas públicas deben considerar un diseño acorde a la normativa vigente y el presupuesto debe ser consonante con ella.

Resulta imprescindible afianzar el rol del estado en la materia, toda vez que casi la mitad de los argentinos carece de cobertura en materia de salud: en el país hay dieciséis (16) millones de personas que no acceden al sistema de las obras sociales, mucho menos al privado, y están sujetos a la atención pública que depende habitualmente de la zona en la cual residan. Del resto de la población, el 45% de los habitantes recibe atención médica a través de su obra social; un 8,3% contrata servicios particulares de medicina prepaga o mutuales y un 8% está afiliado al Programa Adultos Mayores Integrado (PAMI)¹⁶. Tengo para mí, que las nuevas leyes propician una modificación de esta realidad, y debería propenderse entonces a mayor cobertura para más personas, con una fuerte regulación estatal. Esto es, presencia activa del Estado no sólo prestando el servicio de salud, sino también regulando y controlando. Para ello, y puntualmente en materia de salud mental, resulta imprescindible la atención primaria en la materia así como la concertación de acciones con los diferentes actores sociales que coadyuven a prevenir el surgimiento de nuevas generaciones de personas afectadas por patologías psiquiátricas crónicas y tiendan a mejorar el estado de salud mental de la población. Pese a que los trastornos mentales tienen una alta prevalencia, las au-

14 Art. 20 s.s. y conc.

15 Al respecto la "cláusula cerrojo" que consagra el art. 10 del mismo cuerpo legal.

16 Fuente: Suplemento I Eco del Diario Clarín del 15/07/08.

toridades sanitarias no las consideran prioritarias en sus presupuestos.

2.2. Puntualizados estos ejes, me referiré –en base a ellos y a las pautas que considero surgen de la legislación nacional y local– al modelo sanitario que entiendo garantiza técnica e ideológicamente el derecho a la salud mental:

2.2.1. El sistema debe ser público, en el sentido de que exista una garantía de acceso equitativo a la atención, a prestaciones planificadas en base a necesidades consensuadas socialmente; independientemente de si es prestado por personas públicas o privadas.

2.2.2. El modelo debe ser comunitario en tanto la resolución de los problemas de salud mental se realice en la comunidad en la que el individuo vive, sin desinsertarlo de la misma.

2.2.3. El sistema debe ser universal y equitativo con fundamento en el principio de proporcionalidad, o sea la provisión de cuidados debe estar relacionada al grado de necesidad.

2.2.4. El modelo debe prestar atención integral y multidisciplinaria a los problemas en punto a la naturaleza biopsicosocial de los mismos.

2.2.5. Debe respetar la responsabilidad asistencial territorializada, por caso, la atención en la ciudad de Buenos Aires teniendo en cuenta la singularidad de los asistidos tal como reza la manda constitucional local.

No cabe duda, a la luz de lo hasta aquí reseñado, que la salud mental constituye un bien jurídico tutelado por la administración, entendiéndose por tal algo considerado valioso para la mayoría de la población y por ello merecedor de tutela judicial. Este derecho –directamente entroncado con el derecho a la vida o a su preservación– tiene raigambre constitucional, y el estado debe garantizarlo.

Por su parte, la Corte se ha encargado de destacar que “la protección de la salud no sólo es un deber estatal impostergable, sino que exige una inversión prioritaria”¹⁷. Y la idea fuerza que recorre todos los decisorios del Tribunal es aquella que enfatiza “que el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud y que dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participan de un mismo sistema sanitario”¹⁸.

III. Nuevos abordajes alternativos en materia de salud mental. Propuestas ante la ausencia de su implementación

El cambio que propone la nueva ley de salud mental no sólo es jurídico sino que implica un incentivo al desarrollo de modalidades de abordaje basadas en prácticas extramurales, con impactos en los diversos niveles de organización del sistema de salud cuyos alcances están en expansión. Las tendencias no hospitalocéntricas consisten en la promoción de prácticas alternativas de la asistencia y cuidado de las personas con sufrimiento mental sobre la base de dispositivos que procuren no alterar su vinculación con el contexto vital. Esto adquiere relevancia en tanto se pone el eje en su calidad de sujetos de derecho. Para ello deviene necesario transformar la lógica manicomial repensando con honestidad intelectual no sólo el hospital monovalente si no el conjunto de prácticas sociales reproductoras de estrategias de custodia y de control social.

El cambio del modelo clásico al modelo de sa-

17 Fallos: 323:1339.

18 CSJN, “Orlando, Susana Beatriz c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ amparo”, sentencia del 24/05/2005, registro del Tribunal O.59.XXXVIII (Originario) y “Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ amparo”, sentencia del 20/12/2005, registro del Alto Tribunal S. 730.XL (Originario).

lud mental propuesto por la nueva ley –y que la ley 448 de la C.C.B.A. ya contemplaba parcialmente– deberá ser progresivo y exige un fuerte compromiso de todos los operadores del sistema.

Resulta una pieza clave la coordinación efectiva entre todos los dispositivos, entendiendo por éstos aquellas herramientas que ofrece la ley tendientes a acompañar el camino a recorrer desde que se presenta la enfermedad mental –que es cuando comienza la trayectoria de accesibilidad– y durante todo el proceso psicobiosocial referido, con impacto jurídico en cuanto a los posibles efectos que se presentan y condicionan al sujeto.

Si bien no lo hacen de la misma manera, tanto la ley nacional cuanto la local aseguran y/o garantizan el derecho a la salud mental y para ello, la ley 448 habla de intersectorialidad y abordaje interdisciplinario (art.2), mientras la ley 26.657 habla de atención por parte de equipos interdisciplinarios (art.8). La primera, caracteriza a los equipos de acuerdo a incumbencias y competencias (arts. 10 y 12) y la segunda establece la igualdad de condiciones para ocupar cargos de conducción en los equipos de cualquier profesional con título de grado, rompiendo así la hegemonía médica que se imponía en la materia (art.13). Sin embargo, ambas normativas prevén la internación como último recurso, estipulando la ley local que los hospitales monovalentes forman parte de la Red de Atención del sistema de salud, mientras que la ley nacional avanza aún más prohibiendo la creación de nuevos manicomios y previendo la readaptación de los existentes (art. 27).

Para llevar adelante tales cometidos, las nuevas modalidades de abordaje son:

1.- Interdisciplina.

Si bien por un lado, la práctica clínica se ocupa de lograr el bienestar humano y estudiar la personali-

dad, y existen distintos campos profesionales como el psicoanálisis y las psicoterapias que emplean sus conocimientos en beneficio del crecimiento y desarrollo individual¹⁹, existen otros saberes que se relacionan con la salud mental.

En este sentido, la incorporación del enfoque de derechos en la ley nacional de salud mental, es una condición necesaria pero no suficiente para que las prácticas de los equipos interdisciplinarios de salud mental tiendan a garantizar la dignidad humana de las personas con padecimientos mentales.

Si bien la clínica enfocaría el tratamiento del sufrimiento mental y el objetivo del psicólogo clínico sería coadyuvar a lograr el bienestar, la salud mental y su prevención; tal labor no puede ser individual y es necesaria la intervención de otros saberes: la sociología, el trabajo social, la psiquiatría, la laborterapia, la abogacía.

El objeto de la ley –asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas– enfoca el tema desde una perspectiva médico-jurídica y social, abordando el concepto de dignidad humana como base de todo derecho.

Sin embargo, la interdisciplina implica un nuevo modelo de trabajo. En efecto, trabajar desde el modelo de la complejidad implica reconocer un no saber que acompaña el saber, soportar la presencia de lo conflictivo y de lo heterogéneo y aceptar trabajar desde y con las diferencias. Como posicionamiento clínico, exige y permite sostener la incertidumbre frente a un saber “completo y absoluto como dador de significados”, es pues, un lugar para la pregunta; y por lo tanto, una intervención a construir.

No se trata tanto de aspirar a la totalidad como de poder hacer frente a la complejidad. Entendiendo lo

¹⁹ Dana Richard, Teoría y práctica de la psicología clínica, 1966, Paidós.

complejo como la permanencia de lo conflictual, lo que nunca es totalmente representable, donde hay un resto que resiste a la representación. Cada disciplina debe mantener su especificidad e independencia sin avanzar independientemente de las otras, pero requiriendo de plasticidad e invención, de cierto indisciplina frente a la propia disciplina que posibilite prácticas creativas.

Básicamente, la intersección entre el discurso de derechos y la clínica está siempre presente, y desde ésta, no sólo es posible una mirada de derechos, sino que resulta fundamental, toda vez que hay que pensar al sujeto como aquel que necesita atención, ayuda y tratamiento (art. 7º LSM).

En definitiva, el individuo con padecimiento mental es un sujeto de derecho en máxima situación de vulnerabilidad. A fin de superar tal condición deben articularse el derecho y la clínica desde un enfoque superador del asistencialismo y con la mirada puesta en el fortalecimiento de sus capacidades.

2.- Dispositivos intermedios

El modelo que las leyes disponen se basa en una atención integral a los problemas, teniendo en cuenta la naturaleza bio psicosocial y diversidad de los mismos. Para ello, debe existir una red de dispositivos con funciones distintas y complementarias –integrados por los equipos multidisciplinarios arriba descriptos– que coordinen a su vez con los recursos sanitarios y sociocomunitarios y que aseguren continuidad en los cuidados.

2.1.- El nuevo enfoque propone que se integre la salud mental en la asistencia sanitaria general articulando los siguientes dispositivos, con una perspectiva de enfoque en la Ciudad de Buenos Aires:

- Atención primaria comunitaria con servicios de salud en cada una de las comunas.

- Unidades de hospitalización breves en hospitales generales de la ciudad.

- Unidades de hospitalización parcial y/u hospitales de día en los hospitales generales. También podría pensarse la reconversión progresiva de los monovalentes existentes²⁰, cuestión que importaría un debate más extenso y profundo que excedería el marco de la temática aquí tratada.

- Unidades de hospitalización prolongada, pero evitando la cronificación, hago aquí extensivo el análisis referido en el párrafo anterior.

- Recursos intermedios específicos de tratamiento, rehabilitación, atención domiciliaria y soportes comunitarios a la población con enfermedades mentales graves y crónicas: aquí cabe destacar el apoyo a las familias y el rol fundamental del acompañante terapéutico en tanto posibilita el lazo del sujeto padeciente mental con su entorno, a la vez que constituye un apoyo en el proceso de externación y en la tarea de reinserción social juntamente con el trabajador social. Es por ello que su figura debería ser incorporada –como a su hora fue la del trabajo social– al sistema de la salud pública²¹.

- Participación de usuarios y familiares tanto en la planificación cuanto en el desarrollo de los programas y servicios de salud mental.

20 Tal como lo he sostenido en la sentencia que he tenido oportunidad de dictar el 9/11/07 y que fuera confirmada por la Sala I de la CCAyT en los autos caratulados: "ACUÑA MS. C/ GCABA S/ AMPARO" (expte. 1558/0 del JCAyT N°12).

21 Rossi Gustavo, "El acompañamiento terapéutico y los dispositivos alternativos de atención en salud mental", Revista de la Escuela de Psicología de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, ISO 690. Google académico.

IV. La necesidad de articular políticas interjurisdiccionales entre la CABA y la Nación

La CCABA establece en su art. 21 inc) 12 la desinstitutionalización progresiva de los enfermos mentales. En igual sentido, se pronuncia la Ley 448 de Salud Mental en todo su articulado. Tales enunciados son contestes con la LSM que en su art. 27 propone la desmanicomización y que en su cláusula transitoria establece el año 2020 como en del fin de los manicomios.

Más allá de la interpretación que podamos hacer en punto a la aplicabilidad de una u otra ley en el ámbito local, para lograr la meta propuesta por la ley nacional deberá trabajarse conjuntamente y comenzar la implementación de los dispositivos alternativos que la propia ley local dispone en sus arts. 10 a 16, y en la nacional cruza su articulado de manera horizontal.

Pese a la clara impronta normativa al respecto, todavía quedan sectores que se oponen a la reconversión –incluso progresiva– de los tres grandes neuropsiquiátricos que tiene la ciudad de Buenos Aires: el Hospital José T. Borda (hombres), el Braulio Moyano (mujeres) y el Tobar García (adolescentes). Cabe acotar que su estado edilicio²² motivó distintos procesos judiciales por ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad. Sin embargo, es poco lo que se ha conseguido al respecto toda vez que –aun con sentencias firmes– el estado local es renuente a cumplir las mandas judiciales que ordenan la puesta en condiciones de los edificios, la mejor atención de los pacientes, el aumento de la dotación de personal y hasta la paulatina externación. Las precarias condiciones en las que viven los pacientes internados han motivado distintas sentencias en las que existe consenso en punto a que resultan violatorias del derecho a la dignidad humana.

22 V. CELS, *Vidas Arrasadas*, Ed. SXXI, del que puede extraerse la información sobre los servicios de salud mental en la CABA.

En torno a la nueva ley, ciertos fallos dictados por la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad se han pronunciado –aun de manera cautelar– a favor de la externación y la implementación de los dispositivos alternativos por parte del Gobierno de la Ciudad a tal fin²³.

El derecho a la salud mental y su tratamiento por parte de los agentes públicos de salud dista de ser un derecho al que puede accederse en forma efectiva. Para que la ley nacional no devenga una simple declaración del derecho formulada en la Constitución –tal como ha sucedido en la Ciudad de Buenos Aires con la ley 448– se debe plantear cuál es la responsabilidad o actitud del Estado ante tal situación. Debe instalarse el tema entre los operadores del derecho, abrirse las puertas al debate y crearse dependencias que propicien el cumplimiento de la ley.

Por caso, sería deseable que se replicara a nivel local, el cuerpo de letrados del art. 22 de la LSM que existe en la órbita de la Defensoría General de la Nación. Máxime, considerando que gran cantidad de personas con padecimientos mentales en Buenos Aires está internada en el Borda, el Moyano y el Tobar; nosocomios monovalentes dependientes del Gobierno de la Ciudad.

Aun con matices el espíritu de ambas leyes es velar por la protección de los derechos humanos de las personas con afecciones mentales.

Cabe repensar el tema con honestidad intelectual, y por ello, la deconstrucción de la situación mani-

23 "...c/GCABA s/ amparo" (Expte. A578/2013), medida cautelar dictada el 11/04/13 por la Dra. Cecilia Molica Lourido (JCAyT Nº 20) y "AT c/ GCABA s/ amparo" (Expte. A287/2013) con medida cautelar dictada el 5/04/2013 por el Dr. Guillermo Scheibler (JCAyT Nº 13); que juntamente con las sentencias recaídas en el marco de los amparos vinculados a los monovalentes Borda y Moyano –más allá de su efectivo cumplimiento– obligan al estado local, con diferentes matices, a adoptar acciones concretas referidas al tratamiento de las personas con padecimientos mentales.

comial resulta ineludible para poder comenzar el nuevo abordaje desde una dinámica distinta y a partir de una construcción colectiva desde los distintos saberes.

Resulta paradójico que en la Capital Federal –ámbito en el que coexisten una ley local y una nacional que contemplan la desmanicomialización, cuyos contenidos tienen fuerza obligatoria y una clara política pública nacional que surge de la reciente reglamentación– existan aún los tres enormes manicomios antes citados, y que no se hubieren diseñado políticas tendientes al cumplimiento de la ley. La situación permanece estática desde hace años (por ejemplo en el Hospital Moyano hay pacientes cronicadas desde hace más de veinte años) pese a que tanto la ley nacional como la local dan cuenta de abordajes a todas luces dinámicos.

V. Conclusión

El estigma social que pesa sobre la locura es una construcción colectiva que señala a alguien que alguna vez en su vida fue diagnosticado por un trastorno mental. Sin embargo, es necesario cambiar la mirada para entender que ese diagnóstico no define lo que alguien “es” o “puede hacer”. Este es el cambio de paradigma propuesto por la ley: el de la persona con padecimientos mentales como sujeto de derecho. A partir de ello, deben mutar necesariamente los conceptos de cronicidad, lucidez y hospitalización por cuanto conllevan decisiones vinculadas a posibles restricciones de los derechos fundamentales de esas personas.

Dada la magnitud del problema, de etiología multifactorial y la estigmatización y discriminación que provoca, considero que la respuesta más adecuada es una estrategia de salud pública. Además, la salud mental debe ser reconocida como un derecho humano fundamental y garantizada en los términos constitucionales por cuanto la propia ciudad la ha reconocido dentro del capítulo “Po-

líticas Especiales”, e incluida como política pública.

En definitiva, la construcción desmanicomializadora hoy importa un enfoque fáctico que no se adecua al plexo normativo vigente.

Las leyes implican un significativo avance, pero insuficiente.

Atento lo expuesto, es esperable que la administración local impulse acciones que prevengan la exclusión social de los enfermos mentales y garanticen su atención integral y coordinada dentro del sistema, como modo de cumplir con la manda no solo legal sino también constitucional.

VI. Bibliografía

Balbín Carlos, (2011), *“Tratado de Derecho Administrativo”*, La Ley, Buenos Aires.

Corzo Julio Franco, (2013), *“Diseño de Políticas Públicas”*, 2º ed. Guadalajara.

Foucault, Michel, (2002), *“Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión”* 1º ed, Bs As SXXI”.

Galende Emiliano y Kraut Alfredo, (2006) *“El sufrimiento mental: el poder, la ley y los derechos”*, 1º ed. Bs.As.

Italo V. Elena, (1973), *“Las Leyes de obra sociales y prestaciones médicas, La Política sanitaria y la salud”*, Publicación especial de Anales de Medicina, Pcia de Buenos Aires.

Kraut Alfredo, (2006), *“Salud Mental”*. Tutela Jurídica, Rubinzal Culzoni., 1º ed. Santa Fé.

Rubinzal Culzoni, (2012-1), *“Derecho y Salud Mental”*, Revista de Derecho Privado y Comunitario”. Santa Fé.

Petrella Alejandra, Heller Ana y Vilarnovo Adriana, (2013), *“La dignidad humana y los padecimientos mentales: una relación en construcción”*, Publicado por la Revista

Salud Mental y Comunidad dirigida por Emiliano Galende. ISSN:2250:5768. Universidad de Lanús.

Petrella Alejandra, (2013) *"Deconstrucción Manicomial en la CABA*, libro "Implementación de Sentencias Judiciales Colectivas Derechos Económicos, sociales y culturales". Publicación de la Asesoría Tutelar de la CABA.

Petrella Alejandra, (2012), *"Es Posible la Clínica desde una Mirada de Derechos?". Articulación Interdisciplinaria como único modo"*. Revista CLEPIOS,pag. 113/114 Buenos Aires.

Páginas de Internet

<http://www.saludcolectiva-unr.com.ar/docs/SC-2004.pdf>.Publ N°540.Frenkl Julio,"La nueva salud pública":

OMS, Informe sobre la salud mental en el mundo, "Salud Mental: nuevos conocimientos, nuevas esperanzas". 2001Cap. jº: "La salud pública al servicio de la salud mental". Redactor y Jefe: RanigaswamySrinivasaMurthy.

OMS, Carga mundial de trastornos mentales y necesidad de que el sector de la salud y el sector social respondan de modo integral y coordinado a escala de país. EB130/9, 30/12/11. 130º reunión del Consejo Ejecutivo.

La garantía de la doble instancia judicial: evolución, su fisonomía actual a partir de la jurisprudencia nacional e internacional. Su aplicación en el marco del procedimiento contravencional y penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

María Andrea Piesco (*)

* Especialista en Derecho Penal y Master en Derecho. Defensora ante los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Docente de la Universidad de Buenos Aires en la Facultad de Derecho y en la Facultad de Ciencias Sociales.

I. Introducción

A través del presente trabajo se analizará la evolución experimentada en la consagración del derecho a la doble instancia judicial. Para ello, voy a comenzar con un análisis introductorio de este derecho, señalando una evolución a partir de la jerarquización de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos -art. 75 inc. 22- y su recepción en los precedentes de la Corte, desde la perspectiva de los alcances de la revisión y de los criterios en materia de legitimación. Asimismo se analizará su anclaje en la Constitución local de la Ciudad de Buenos Aires, y su aplicación tanto en el código de procedimientos contravencional y penal, deteniéndome especialmente en la mecánica recursiva instaurada en este último ordenamiento local que se instaura como novedosa a la hora de dar cumplimiento con el mandato constitucional, asegurando el derecho del imputado a obtener la revisión del pronunciamiento de condena.

II. La actividad recursiva. ¿Contralor o garantía?

Según el Diccionario de la Lengua, recurso es la "vuelta o retorno de una cosa al lugar de donde salió". Conforme lo señala Couture, recurso es un "re-correr, correr de nuevo el camino ya hecho. Señala el autor que, jurídicamente, la palabra apunta tanto al recorrido que se hace nuevamente mediante otra instancia, como al medio de impugnación en virtud del cual se re-corre el proceso.¹

Siguiendo en la materia a Clariá Olmedo el instituto en examen constituye el "medio impugnativo por el cual la parte que se considera agraviada por una resolución judicial que estima injusta o ilegal, la ataca para provocar su eliminación o un nuevo examen de la cuestión resuelta y

obtener otro pronunciamiento que le sea favorable"²

De acuerdo a sus antecedentes históricos la actividad decisoria sujeta a control posterior por parte del mismo tribunal que dictó la resolución, o por otros tribunales de jerarquía superior, tal como la vemos plasmada en nuestros días a través de los códigos de procedimiento, no existió en cuanto tal. Es decir, los recursos han cumplido una función de control jerárquico, ya que a través de éstos se cumplimentaban instancias de control burocrático. En este sentido y tal como lo señala Julio B. Maier el recurso así concebido, era propio de la organización política imperante. Ello, pues ante la concentración del poder central en el Monarca o en el Papa, los jueces o inquisidores actuaban como delegados del Rey, quienes estaban obligados a respetar las reglas dictadas por éste, y devolver la jurisdicción delegada. Esta devolución se practicaba conforme a una organización judicial vertical en forma escalonada, así hasta llegar al Monarca, que se ubicaba en la cúspide del poder político.³

Esa complejidad del sistema recursivo, se apreciaba claramente en el sistema vigente en nuestro derecho hispano. Por otra parte existía una obligación por parte de los propios jueces- de instancia inferior -de someter de oficio el reexamen del caso ante un tribunal superior, a manera de "consulta", sin que exista recurso alguno. Estas notas nos están dando la pauta de que el recurso ha cumplido una función neta de control, el que era ejercido por los tribunales superiores sobre el grado de adecuación de los tribunales inferiores a la ley del Estado.

Ahora bien, veremos a continuación si este instituto procesal ha funcionado siempre como mecanismo de contralor, tal como aparecía consagrado en los comienzos

¹ Couture, J. E.; (1972), "Fundamentos del derecho procesal civil", Editorial Depalma, Buenos Aires, pág. 340.

² Clariá Olmedo, Jorge, (1967), "Tratado de Derecho Procesal Penal", Editorial Ediar, Buenos Aires, Vol. 5, pág. 442.

³ Maier, Julio. B., (1999), "Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos", Editores Del Puerto S.R.L., Buenos Aires, págs. 705/707.

históricos de la actividad recursiva, o si éste ha experimentado cierta evolución y modificación en su fisonomía.

Para ello debemos referirnos a la influencia generada por los instrumentos internacionales de derechos humanos. En tal sentido, es de destacar la incidencia que han tenido tanto la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” (art. 8 inc. 2 h) -que consagra el “derecho de recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior”-, como el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (art. 14 inc. 5) -que establece: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley”.

Ambos instrumentos, señala Maier, han modificado la base político-criminal del concepto de recurso en el derecho procesal penal argentino, y conforme a esta tesis, el recurso ha dejado de concebirse como mecanismo de contralor estatal en una estructura judicial de tipo vertical, para conformar una garantía procesal del condenado.

III. La doble instancia: Su consagración en la Constitución Nacional

La Constitución Argentina de 1853-60, nada establecía respecto del número de instancias judiciales por las que debía o no transitar un proceso, dejando pues en manos del legislador ordinario la reglamentación de estos aspectos. En este sentido, sólo con referencia a la competencia de la Corte, el texto constitucional establece en qué casos entenderá en “instancia originaria y exclusiva” (anterior art. 101 y actual 117 segunda parte de la C.N.), en tanto que en los casos recurridos por vía de apelación lo hará según “las reglas y excepciones que prescriba el Congreso” (anterior art.

101 y actual 117 primera parte de la C.N.).

Entienden algunos doctrinarios que la programación de las instancias responde a modalidades, urgencias y requerimientos que son cambiantes, a las cuales cabe otorgar soluciones flexibles, y ello se logra a través de la delegación de estos aspectos en cabeza del legislador, en lugar de acudir a fórmulas constitucionales que en general presentan vocación de permanencia.

En el derecho comparado, existen algunas constituciones que sí contemplan el tema de las instancias judiciales, como la de Portugal de 1976⁴, la Constitución de Perú de 1979 que siguió al Pacto de San José de Costa Rica asegura el derecho a la “instancia plural”⁵.

Históricamente la Corte Suprema sostenía que la doble instancia no constituía requisito constitucional de la defensa en juicio en toda clase de procesos (F, 211:1534; 231:125; 246:363, 305:535), y en materia de decisiones emanadas de tribunales administrativos, sostuvo la doctrina del control judicial suficiente (F, 186:337 y 187:79), para luego referirse a que el recurso extraordinario no daba cumplimiento a la exigencia del control (F, 247:646, “Fernández Arias c. Poggio”). Una interpretación altamente restrictiva de la garantía de la doble instancia, fue expuesta en “Jauregui” (F, 311:274), al sostener que la exigencia del art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos no es de naturaleza constitucional, sosteniendo que la misma se encuentra satisfecha con la existencia del recurso extraordinario ante la Corte.

Un viraje representativo se vislumbra a partir de la jerarquización de los tratados internacionales de Derechos Humanos, - art. 75 inc. 22 CN- y han sido tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los

4 El art. 212 prescribe la existencia de tribunales judiciales de primera instancia, de segunda instancia y de un Tribunal Supremo de Justicia.

5 Art. 233 inc. 18.

que han consagrado, aunque con diferentes locuciones normativas, la garantía de la “doble instancia” para el ámbito penal -ello, sin perjuicio de que el legislador local lo proyecte también respecto de otros fueros-, a manera de una regulación de mínima y no de máxima, toda vez que el legislador podría establecer más de dos instancias en su caso.

Sin embargo en ambos casos no se ha distinguido el carácter de la alzada -unipersonal o colegiada- como tampoco el alcance de la revisión recursiva, siendo esto en su mayor parte producto de definición por parte de la jurisprudencia de la Corte, tal como se expondrá a continuación.

En cuanto a los alcances de la revisión, en el análisis de los fundamentos de la consagración de esta garantía para el ámbito penal, Sagüés señala que los mismos estriban en la necesidad de afianzar los valores justicia y seguridad⁶, en función de un “debido proceso”, que parecería estar mejor tutelado con el reanálisis de lo decidido en primera instancia.

Distintas han sido las posiciones doctrinarias sustentadas respecto de la pluralidad de instancias que motiva que el expediente sea considerado por distintas personas y desde perspectivas jurídicas variadas, disminuyendo así los riesgos de arbitrariedad judicial o de insuficiencia de análisis.

IV. Los aportes de la jurisprudencia en la consagración de esta garantía

Fue a partir del precedente “Giroldi” (F, 318:514), donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que “la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8 inc. 2, ap. h), es declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el art. 459, inc. 2 del Código Procesal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena”⁷.

De este pronunciamiento es válido destacar el reconocimiento expreso realizada por la Corte respecto de la “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecida por voluntad del constituyente, y la aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación. Pues, en este sentido, nuestro derecho judicial está haciendo hincapié en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que así lo estatuyó: “...la Corte Interamericana precisó el alcance del art. 1 de la Convención sobre Derechos Humanos, en cuanto a que “garantizar” implica el deber del Estado de tomar las medidas para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce”⁸. Esta última interpretación no resulta nueva, ya que la misma había sido señalada en el caso “Ekmekdjian c. Sofovich” (F, 315:1492).

De acuerdo a esta doctrina, y a la circunstancia operada en cuanto a la modificación del ordenamiento judicial penal y la creación de la Cámara de Casación Penal destinada a conocer por vía de los recursos de casa-

6 Sagüés, Néstor Pedro (1998), “La instancia judicial plural penal en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica”, Editorial La Ley, 1988-E-156, págs.156/165

7 Cons. 10.

8 Cons. 12.

ción e inconstitucionalidad de las sentencias que se dicten, tanto respecto de los tribunales orales como de los juzgados correccionales, este Tribunal aparece configurado como un “tribunal intermedio” -según terminología de la propia Corte (cons.9)-, el cual no estaba previsto al momento en que se resolvió la causa “Jauregui” (1988).

Otro aspecto a considerar, y que ha tenido incidencia para la modificación de la doctrina del caso anteriormente citado, es la sanción de la ley 23.774 -1990- que ha otorgado a la Corte facultades discrecionales para rechazar recursos extraordinarios en base a la falta de agravio federal suficiente, o cuando la cuestión planteada fuera insustancial o carente de trascendencia. Esta reforma que se consagró a través de la incorporación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ha tenido por finalidad descomprimir trabajo a la Corte, creándose así una “jurisdicción discrecional”.

Pues con esta modificación, se advierte que no se podía aplicar la doctrina de “Jauregui”, ya que el recurso extraordinario no abastecía suficientemente el requisito de la doble instancia, por cuanto la Corte se encontraba habilitada para hacer uso de esa “jurisdicción discrecional” y podía rechazar el tratamiento de asuntos que encuadraran en los supuestos del art. 280 del CPCC. La doctrina del caso “Giroldi” fue reiterada en el caso “Nardelli” (F, 319:2557), respecto a la influencia de los tratados internacionales, -aún cuando en este supuesto, se invocaba la protección de otras garantías: “derecho a ser oído”, “derecho a hallarse presente en el proceso”- y a la incidencia de la jurisprudencia de los órganos instituidos en el ámbito internacional. En este sentido no se puede dejar de mencionar lo dictaminado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe Nro. 24/92 “Costa Rica”, derecho de revisión de fallo penal. Casos 9328 Noé Emilio Villalobos Calvo; 9329 “Oliver Ugalde Miranda”; 9742 “Mireya Castillo Espinosa”; 9884 “Niels Claus Zuñiga; 10.131 “Roberto Araya Falcon”; 10.193 Juan

José Odio Páez; 10.230 “Ram Rajpal”; 10.429 “Olga Sauma Uribe”; 10.469 “Marco Tulio Naranjo Carvajal”⁹

En este señalamiento jurisprudencial, cabe remarcar una interpretación restrictiva de esta garantía en el precedente “Felicetti” (F, 323:4130), en el que la Corte sostuvo: “...lo que el art. 8 inc. 2 apartado h, establece es el derecho del imputado “de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior”, lo que no implica descalificar genéricamente la instancia única sino asegurar que la condena definitiva no provenga de un tribunal inferior en la escala jerárquica sino de la instancia más alta, con lo que el juzgamiento directo por ésta... en modo alguno afecta garantías de los derechos de los procesados”. De este modo intentó salvar la posible pugna entre el art. 117 CN -que consagra la competencia originaria y exclusiva de la Corte, aún en materia penal-, con el bloque de constitucionalidad federal, afirmando que lo que la Convención aseguró fue que la condena proviniese del tribunal superior en grado y no de uno inferior, teniendo en cuenta que la sentencia había sido dictada en una época en que aún no había sido creada la Cámara de Casación, por lo cual si la sentencia provenía de una Cámara Federal de Apelaciones, la regla internacional no era violada.¹⁰

9 Sancinetti, Marcelo; Ferrante Marcelo, “Los límites del Recurso de Casación según la gravedad de la Sentencia Penal Condenatoria”, (1995), Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires.

La Comisión había recibido entre 1984 y 1989 denuncias que alegaban que las disposiciones del Código de Procedimientos Penales de Costa Rica impedían la plena vigencia del art. 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que restringía a través de parte de su articulado la revisión de condenas penales menores a ciertos montos. Tras la recomendación emitida por la Comisión, el gobierno de Costa Rica informa respecto de la creación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y a través de un pronunciamiento jurisprudencial establece la efectiva vigencia de las garantías legales para el cumplimiento del derecho reconocido por el art. 8.2.h. de la Convención, declarando “erga omnes” la inconstitucionalidad de las limitaciones establecidas en las normas procesales. Es de destacar en este caso, el valor y la repercusión que ha tenido la recomendación de la Comisión.

10 La sentencia condenatoria provenía de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín que había entendido en los sucesos derivados del incidente ocurrido en el cuartel de “La Tablada”, dicho pronunciamiento fue recurrido ante la Corte por aplicación de lo previsto en el art. 87 de la ley 23.077, cuya denegatoria originó un recurso de queja, que fue desestimado. Fue a través del decreto 1164/2000

Claro que este criterio restrictivo impuesto por la Corte a la luz del precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Barreto Leiva”¹¹ resultaría contrario a los parámetros allí sostenidos, toda vez que en ese caso entendió que el derecho a la doble instancia no se veía satisfecho si el imputado había sido condenado por un tribunal en instancia única, aún cuando fuere el órgano de mayor jerarquía institucional, y que el Estado debía proveer de los mecanismos instrumentales para que el recurso de revisión fuese posible.

Ahora bien, un paso más en la consolidación de esta garantía emerge del precedente “Casal” (F, 328:3398), en el que la Corte establece los parámetros a través de los cuales corresponde interpretar el art. 456 del CPPN que regula el recurso de casación. Así sostuvo remitiéndose a antecedentes de organismos internacionales¹² que en la admisibilidad del recurso de casación, correspondía llevar a cabo una revisión amplia de la sentencia, “todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las po-

que se legitimó al Procurador del Tesoro de la Nación para entablar el recurso extraordinario contra la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal que había rechazado el recurso de revisión interpuesto por los condenados a raíz de la decisión de la Cámara Federal de San Martín.

11 Corte IDH, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Sentencia del 17 de noviembre de 2009.

12 “... Cabe recordar a nuestro respecto al caso número 11.086, informe 17/94 de la Comisión Interamericana, conocido como caso Maqueda. En la especie, con toda razón, la Comisión consideró insuficiente la única posibilidad de revisión a través del recurso extraordinario ante esta Corte, dada la limitación en la formalidad del recurso... El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas se pronunció... declarando que el recurso de casación español, por estar limitado a las cuestiones legales y de forma, no cumple con el requisito del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos... La Corte Interamericana de Derechos Humanos despejó toda duda también en el sistema regional, con su sentencia del 2 de julio de 2004 que... consideró que el recurso de casación previsto en la ley procesal de Costa Rica... no satisfizo el requisito del art. 8.2.h de la Convención Americana... Con cita expresa del Comité de Naciones Unidas contra España, la Corte Interamericana declaró en el caso “Herrera Ulloa v. Costa Rica”, la posibilidad de recurrir el fallo de ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho (párrafo 164). Y añadió: “Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida (Párrafo 165).” (Cons. 33).

sibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la intermediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas”.¹³

Esto obedeció a que el recurso casatorio luego de “Girolodi” ha sido aplicado con extrema rigurosidad en su admisibilidad, retaceando el tratamiento de cuestiones vinculadas a las circunstancias fácticas de la causa. Así como en su momento se consideraba que el recurso extraordinario no daba pleno cumplimiento a la garantía de la doble instancia, tal como la Corte lo ha explicitado en “Girolodi”, del mismo modo el recurso de casación de acuerdo a su aplicación tampoco posibilitaba una revisión completa del decisorio, por ende el derecho en cuestión continuaba sin adecuada tutela.

Ha quedado de alguna manera superada la debatida cuestión vinculada al rechazo de la admisibilidad de esta vía recursiva cuando estaban presentes solo cuestiones vinculadas a las circunstancias fácticas del caso, al sostener “...la imposibilidad práctica de distinguir cuestiones de hecho y de derecho, que no pasa de configurar un ámbito de arbitrariedad selectiva”, y que “la interpretación limitada o amplia de la materia del recurso debe decidirse a favor de la segunda, por ser ésta la única compatible con lo dispuesto por la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22, arts. 14.5 PIDCP, y 8.2.h CADHD) y por “ser la única compatible con el criterio sentado en los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas y en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.¹⁴

La Corte señala una directriz interpretativa de la norma infraconstitucional -procesal penal- de acuerdo al programa constitucional. En este entendimiento no solamente contempla las normas contenidas en el blo-

13 Cons. 34.

14 Cons. 34.

que de constitucionalidad federal -art. 75 inc. 22- sino también los pronunciamientos de los tribunales internacionales en tanto aplican dicho bloque, dando así plena operatividad a la fórmula normativa: “en las condiciones de su vigencia”, cuando el constituyente se refiere a la aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de jerarquía constitucional.

Señala Solimine¹⁵ que la Corte Federal ha ido aún más allá, pues en el presente fallo, pues amén de receptar la doctrina del fallo “Herrera Ulloa” de la Corte Interamericana, avanzó con relación a él sobre el modo de compatibilizar la revisión a través de un recurso de la sentencia con la oralidad e intermediación que implica la etapa de debate que rige para el juicio, mediante la enunciación de la “doctrina de la capacidad de rendimiento”.

Con mayor énfasis aún la Corte vuelve a pronunciarse en el precedente “Carrera” (F, 335:817), en el que sostuvo: “El Tribunal revisor no trató de modo suficiente y acabado los argumentos planteados por la defensa en el recurso incoado contra la sentencia con base en los elementos probatorios que expresamente individualizará...” “...Por lo que en esta inteligencia y en línea con lo expresado, la presente causa guarda similitud con lo resuelto en el precedente “Casal” (F, 328:3399, voto de los jueces Lorenzetti, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni) al que corresponde remitir...”¹⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

en el precedente “Mohamed c. Argentina”¹⁷ ha sostenido que “el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Asimismo, la Corte ha indicado que, lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida” (párr. 97).

“Además el Tribunal considera que, en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías procesales mínimas que, bajo el artículo 8º de la Convención, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral” (párr. 101).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos observa en el caso “Mohamed”, que, el sistema argentino procesal no preveía ningún recurso penal ordinario para que aquel pudiera recurrir la sentencia condenatoria que le fue impuesta; sólo contaba con el recurso extraordinario federal y un posterior recurso de queja por denega-

¹⁵ “Recurso contra la condena por absolución revocada. Doble instancia. Ne bis in idem”, LL, 2013-C, 941.

¹⁶ Es a través del voto de Zaffaroni como se vislumbra la procedencia del agravio planteado por la defensa en el tratamiento de las cuestiones fácticas y constancias probatorias que fueron omitidas por el Tribunal de Casación, motivo por el cual considera que dicho pronunciamiento resulta arbitrario en tanto no se ha ajustado a los estándares impuestos a partir del fallo “Casal”, señalando las deficiencias en que se habría incurrido en la instancia casatoria por no haber agotado las etapas de la crítica externa y de la crítica interna en todas las posibilidades de valoración de las pruebas. (cons. 8, 9, 15, 16, 18).

¹⁷ Caso Mohamed vs. Argentina, Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2012. Serie C Nro. 255. El Sr. Mohamed había obtenido una sentencia absolutoria en primera instancia, y a raíz de la vía recursiva intentada la Cámara del Crimen revoca dicho pronunciamiento, condenándolo a la pena de tres años de prisión en suspenso y ocho años de inhabilitación para conducir, por encontrarse responsable penalmente del delito de homicidio culposo (art. 84 CP). Toda vez que éste había sido juzgado por el Código de Procedimientos conforme ley 2372, que consagraba un procedimiento escrito, con recurso de apelación ante la Cámara Criminal, el imputado entabla recurso extraordinario federal, el que denegado, motivó la posterior queja ante la Corte, la que resulta desestimada por aplicación del art. 280 CPCN.

ción de dicho recurso, las que se encuentran limitadas a resolver cuestiones de derecho, por lo que entiende que no se garantizó normativamente a Mohamed un recurso ordinario accesible y eficaz que permitiera un examen de la sentencia condenatoria dictada en su contra, en los términos del artículo 8.2.h de la Convención Americana, y también declara que el recurso extraordinario federal y el recurso de queja, en tanto salvaguarda del acceso al primero, no constituyen en el caso concreto recursos eficaces para garantizar dicho derecho (párrs. 102 y 112). Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos impone al Estado Argentino el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar el derecho al recurso del fallo condenatorio (art. 2, CADH).

Este pronunciamiento determina el alcance de esta garantía, que implica para el imputado el derecho a obtener una revisión de su pronunciamiento condenatorio ante una instancia superior, a los fines de que de esta manera obtenga la confirmación de ese decisorio, sin cortapisas que restrinjan el ejercicio de ese derecho.

V. Un aspecto de la doble instancia: La legitimación para recurrir

5.1. Análisis a través de la doctrina

La visión del recurso como garantía del imputado, conforme señala Maier, que tiene su derecho a que la sentencia sea revisada por un tribunal superior, hará perder el carácter de bilateralidad de los recursos, para convertirse en ese derecho exclusivo del condenado de requerir lo que él denomina la "doble conformidad" con la condena.

Esta interpretación es la que más se ajusta a las cláusulas insertas en los tratados internacionales ya sea al Pacto de San José de Costa Rica y Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos, a los que hay que agregar el texto de la Convención Universal (Pacto Internacional de la ONU) que trata de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal, concluidas por la comisión de expertos reunida en Palma de Mallorca, durante los años 1990, 1991 y 1992.

Es ésta la interpretación que ya sustentaban algunos constitucionalistas como Bidart Campos quien en un análisis sistemático del Pacto de San José de Costa Rica, señalaba que el art. 8 en su apart. 2 menciona a "toda persona inculpada de delito", y muchos de los incisos del mismo apart. 2 se refieren al "inculcado", dando la impresión de que es a él a quien se aspira proteger.

Este argumento se refuerza en la entelequia que al consagrar el inc. h) "el derecho de recurrir del fallo", si bien la norma no establece a favor de quién se articula la vía recursiva, sin embargo la tónica general del apart. 2 del art. 8 (como los ap. 3 y 4) conduce a interpretar que corresponde a "toda persona" durante el proceso. Por lo cual cabe deducir que el derecho de recurrir queda circunscripto solamente cuando el apelante es el inculcado objeto de condena penal.

Sin embargo esta postura no resulta sostenida en forma unánime por la doctrina, en el entendimiento que si se restringe la legitimación a la doble instancia respecto de los demás sujetos del proceso, implicaría crear una desigualdad procesal sin razón. Así autores como Pablo Palazzi¹⁸ ha sustentado tal postura, quebrantándose lo previsto en el art. 16 de la CN. En el mismo sentido se ha pronunciado el procesalista Francisco D'Allbora, quien alude al principio de igualdad de las partes en el proceso para sostener que los acusadores no deben ser excluidos del acceso a la Casación Penal.¹⁹

¹⁸ Palazzi, Pablo Andrés, "El caso Giroldi, el derecho a la doble instancia y el recurso de casación en el proceso penal", JA 1998-II-786

¹⁹ D'Albora, Francisco, "Actualidad en la jurisprudencia penal", Editorial La Ley

Si se concibe el “derecho al recurso” como facultad exclusiva del acusado, éste se desenvuelve como un mecanismo para poner en marcha la instancia de revisión, y requerir así la verificación de la doble conformidad. En términos de Maier; “dos veces el mismo resultado = gran probabilidad de acierto en la solución”, y, en caso contrario, privaría de efectos a la sentencia originaria.²⁰

Los argumentos esgrimidos para descartar al acusador público del recurso contra la sentencia originaria, se relacionan con: a) coartar una nueva instancia de persecución y evitar así un “regressus in infinitum”, ya que con la concepción de la bilateralidad del recurso resulta siempre probable que el acusador obtenga una condena ante el tribunal de última instancia, b) la garantía del “ne bis in idem”; prohibición del “double jeopardy”, toda vez que conforme a la historia del juicio por jurados, la única oportunidad persecutoria se agotaba en el juicio ante el tribunal de jurados,²¹ y c) la prohibición de la “reformatio in peius”, ya que la ausencia de recurso acusatorio implica que la segunda sentencia en vía recursiva, no puede infligir al condenado una consecuencia jurídica más grave que la primera, su límite máximo está constituido por la conformidad con la sentencia originaria.²² La prohibición de esta garantía, derivada de la defensa en juicio²³ en tanto la sorpresiva agravación de la situación del imputado, importa una situación de indefensión intolerable por aplicación de lo previsto en el art. 18 CN,

1996-B-1265.

20 Maier, Julio. B., (1999), ob. citada, págs.796 y sig.

21 Señala Maier que lo prohibido no solo es la “doble condena” sino también el riesgo de afrontarla. Esto ha sido recogido por la doctrina jurisprudencial de la Corte en los fallos “Ganra de Naumow” (F, 299:221), “Taussig”(F, 314:377), “Polak” (F, 321:2826), “Sandoval” (F, 329:1146), “Kang Young Soo” (F, 334:1882) . Estos han sido los precedentes que invoco la defensa en el precedente “Mohamed” para tutelar el “ne bis in idem”, conforme señala Solimine en ob. ut supra citada.

22 Maier, J. ob. citada., paágs. 638 y sig. .

23 Guariglia, Fabricio, “Régimen general de los recursos en el Código Procesal Penal de la Nación” en Maier J. (2004) Los recursos en el Procedimiento Penal. Ed. Del Puerto, pág. 14

que conduce a la negación del recurso acusatorio.²⁴

El derecho a impugnar la condena representa para Maier el derecho del condenado a un “nuevo juicio”, si demuestra irregularidades en el primero, a los fines de lograr la correcta aplicación de la ley penal y ese nuevo juicio solamente puede ser instado por el acusado, porque de lo contrario implicaría someter al imputado a un nuevo riesgo de condena.

Ahora bien ese recurso, o derecho al nuevo juicio, en su caso, va a presentar el límite máximo de la confirmación de la sentencia, y no la agravación de la situación del condenado.

5.2. Análisis a través de la jurisprudencia de la Cámara de Casación Penal y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Las decisiones judiciales de algunas de las Salas de la Cámara de Casación se han pronunciado en forma negativa respecto de la posibilidad del fiscal de recurrir sobre los límites legales. Así en la causa “Ramos”²⁵ se ha estatuido que: “a los fines del derecho de recurrir un fallo ante un tribunal superior, resulta absolutamente imposible asimilar al Ministerio Público a la “persona individuo” que la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha definido como principal sujeto de la protección a que los Estados signatarios se han comprometido y por la que resultan responsables ante la Comisión y la Corte Americana de Derechos Humanos... no corresponde extender a favor el Ministerio Fiscal la doctrina de la Corte Suprema resuelta en el caso “Giroldi”.

A través de esta sentencia, la Sala de la Cámara de

24 Sienra Martínez, Agustina, (2001) “La facultad del ministerio público de recurrir la sentencia en contra del imputado: su inconstitucionalidad” en *Hendler, Edmundo, Las garantías penales y procesales. Un enfoque histórico-comparado*; Editores del Puerto, Buenos Aires.

25 C. Nac. Casación Penal, Sala I, C. 593, reg. 688, 28/9/95, J.A.1996-III-471, Idem, “Silva Pérez, Gustavo s. rec. De Casación, Sala III.

Casación Penal establece la relevancia que reviste para nuestro derecho judicial la interpretación jurisprudencial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que cita la interpretación que corresponde darle al término “persona”, limitándola a las personas naturales, con exclusión de las jurídicas²⁶. A su vez se destaca que conforme se desprende del propio Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto se refiere a la obligación de preservar los derechos esenciales del hombre, es el ser humano el destinatario de la garantía. Así con cita de la doctrina constitucional, establece que estas convenciones internacionales en cuanto reconocen derechos al hombre como persona física, sólo como excepción se refieren a entidades colectivas, pero siempre relacionadas con situaciones subjetivas solamente protagonizadas por seres humanos que detentan derechos frente al Estado²⁷. En sentido similar se cita la postura de Mónica Pinto²⁸ en la interpretación que la titularidad de los derechos humanos corresponde a toda persona física que el Estado debe respetar y garantizar.

La Corte a través del caso “Arce” (F, 331:1472) ha confirmado esta teoría. Pues, tomando la interpretación que cabe asignarle a la voz “persona” enunciada en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, y recurriendo al Preámbulo y al art. 1 del citado ordenamiento, se concluye que la misma significa: todo ser humano. Alude asimismo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana en cuanto ha de ser tenida en cuenta como guía de nuestra jurisprudencia nacional, por haber sido reconocida la competencia de dicho Tribunal por vía de la suscripción del Convenio (cons. 6). Se refiere

en su fundamentación al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14 inc. 5), y deduce que los tratados con jerarquía constitucional deben entenderse como un bloque único de legalidad cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos (cons. 7).

Resulta interesante por otra parte, para justificar la limitación establecida por el art. 458 del CPPN, y desvirtuar el planteo de inconstitucionalidad formulado por el Ministerio Público Fiscal en cuanto restringe su legitimación para recurrir, que el Estado puede autolimitar el “ius persequendi” en los casos que considere que no revisten suficiente relevancia como para justificar su actuación, y en dichos casos el fiscal debe ejercer su pretensión en los términos que la ley procesal se la concede.

De esto se deduce que el legislador al reglamentar el procedimiento en su caso, puede o no otorgarle legitimación procesal, toda vez que éste es un aspecto de neta política criminal.

En cuanto hace a las argumentaciones vertidas por el Ministerio Fiscal respecto a la configuración de la violación al principio de igualdad ante la ley (art. 16 CN), la Corte determina que “las partes en el proceso penal no persiguen intereses iguales”. En efecto, lo que caracteriza al proceso penal es la ausencia de un permanente antagonismo, propio del proceso civil. Ello deriva del carácter público de la pretensión que persigue el Ministerio Público, la cual muchas veces puede coincidir con el interés particular del imputado, pues su función es la reconstrucción del orden jurídico alterado. Así lo ha entendido el representante de la República Argentina, doctor José María Ruda, en la discusión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la “ley debe conceder idénticas garantías a todos los que se encuentran en la misma situación ante los tribunales en materia criminal, los derechos del Procurador General no son

26 Conf. Inf. Nro. 10/91, caso 10.169 (Perú) del 22.2.91, ED 144-583.

27 Bidart Campos, (1991), “Principios de Derechos Humanos y Garantías”, Ediar, Buenos Aires, pág. 269 y sig.

28 Pinto, Mónica, (1993) “La Denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, Editores Del Puerto, Buenos Aires.

iguales que los del acusado. Todos los individuos deben ser objeto de igual protección, pero no son iguales ante los tribunales, ya que las circunstancias varían en cada caso (conf. Trabajos preparatorios del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, Asamblea General, tercera comisión, decimocuarto período de sesiones, art. 14 de proyecto, 24 de noviembre de 1959)."

VI. La consagración de la garantía de la doble instancia en el marco del procedimiento contravencional y penal en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, sancionada en 1996 ha consagrado en forma expresa en el art. 13 inc. 3 de la CCBA el principio de la doble instancia judicial, a diferencia de la Constitución Nacional que, como ya lo hemos expuesto, no se previó en el art. 18, y su incorporación operó por vía de los Tratados Internacionales (art. 75 inc. 22).

La ley 12 -en materia procesal contravencional- en sus arts. 50 a 52 reglamenta los recursos por ante la Cámara Contravencional, legitimando tanto al inculpa-do como al Ministerio Público Fiscal -recursos de apelación (arts. 50 y 51) y de inaplicabilidad de ley (art. 52)-.

Respecto del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad -art. 113 inc. 3 CCABA y arts. 27 y sig. de la ley 402- la ley local 3.382²⁹ ha modificado el art. 53 de la ley 12 y ha legitimado al Ministerio Público Fiscal para la interposición del recurso de inconstitucionalidad en materia procesal contravencional.

Con anterioridad a dicha reforma, le estaba veda-

do al Ministerio Público Fiscal la interposición de dicho recurso, que solo estaba previsto para el imputado³⁰. En cuanto al alcance de revisión del recurso, no estaba previsto en la ley 12 aplicable a la materia contravencional ritual un recurso que permitiera al condenado un "doble control" por medio de un remedio impugnativo de carácter ordinario, sino solo a través del recurso de inconstitucionalidad, que de acuerdo a su regulación normativa, solo está previsto para los casos en que se configure la "cuestión constitucional", revistiendo el carácter de un recurso de tipo extraordinario.

Esto originó que por vía pretoriana se instaure un mecanismo recursivo que permitiera al condenado una vía de apelación, en los casos, en que siendo absuelto en primera instancia, resultare -por vía de la apelación del Ministerio Público Fiscal- condenado en segunda instancia. En este punto resultan relevantes los aportes de Maier, en la construcción de esta garantía, y así fue como lo sostuvo en el precedente "Masliah Sasson, Claudio s. queja por recurso de inconstitucionalidad denegado s. art. 71 CC"³¹.

30 Ello ha motivado que este último planteara la inconstitucionalidad de la norma en causas que han tenido resolución por ante la Cámara Contravencional y por ante el Tribunal Superior. Así en la causa Nro. 112 "H.M.J. S. ART. 71 CC"; la Cámara Contravencional, Sala II resolvió que la redacción del art. 53 de la LPC, veda a la Fiscalía la posibilidad de interponer recursos contra la sentencia de segunda instancia. "...Con tal redacción resulta prístino que el legislador, por razones de política criminal, quiso expresamente imposibilitar que el Estado, a través de su órgano pertinente, continuara en su intento de obtener una sanción. Idénticos fundamentos fueron los sustentados en la causa Nro. 029-CC/99 "R. y B. S. art. 78 C.C." por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad para desestimar la queja interpuesta por el Ministerio Público Fiscal.

31 TSJ, expte Nro. 1541, 1.11.02. El Dr. Maier, integrante en ese momento del Tribunal Superior sostuvo: "Precisamente, éste es un caso paradigmático, pues el procedimiento contravencional regula la doble instancia (LPC, 50) y, sin embargo, en el caso de autos no cumple con la exigencia de conceder la facultad de recurrir al condenado. Se trata en el caso, según se observa, de su primera condena, pues antes había sido absuelto por el juez del primer debate y, en virtud del recurso del acusador, resultó condenado por la Cámara. Es notoria la carencia de recurso para el condenado en la ley procesal, que no sea aquel que ha interpuesto su defensor (inconstitucionalidad). La próxima pregunta se refiere a la solución del caso y aquí resulta notoria la existencia de dos caminos posibles: el primero y más sencillo resulta ser la ampliación, para el caso, del recurso de inconstitucionalidad que reconoce esta falla, por conversión de ese recurso en

29 BOCABA Nro. 3345 del 21.1.2010. Así el actual art. 53 establece: "Dentro de los cinco días de la sentencia definitiva, las partes podrán interponer fundadamente ante el Tribunal Superior de Justicia los recursos previstos en los inc. 4 y 5 del art. 26 de la Ley Orgánica del Poder Judicial"

Años más tarde el Tribunal Superior de Justicia en el precedente “Alberganti”³² sostuvo siguiendo la posición que Maier ya había establecido en causas anteriores -la ya precitada- que para que el condenado tenga la posibilidad de un “nuevo examen de su condena”, pueda éste acceder en los límites del recurso planteado, a una instancia jurisdiccional, a tales fines se sostuvo que correspondía “remitir a la siguiente Sala el examen de los agravios de la defensa”, que supone “sí hacer que una de ellas revise lo que la otra dispuso, imponiendo una jerarquía, para la causa, no prevista en la ley de organización de la justicia. Empero esta supraordinación de un pronunciamiento de una Sala al de la otra no implica alterar su posición como órganos permanentes del Poder Judicial. A su vez, el contenido de la revisión que debe efectuar la siguiente Sala en el pleito no difiere del que debe hacer habitualmente en ejercicio de las competencias ordinarias que le asigna la ley.”

En este precedente ya se observa la influencia de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y así sostuvo: “...se justifica buscar los mecanismos para que la doble instancia tenga el alcance que la CIDDHH requiere a partir del precedente “Herrera Ulloa” en el ámbito de la Ciudad, colocando las disposiciones de la ley 12 en el lugar que el legislador quiso darles: conjunto de reglas para instrumentar un bloque de garantías entre las cuales están tanto el derecho de defensa como la de la doble instancia”.

uno ordinario y del Tribunal Superior en un tribunal de mérito; la segunda posibilidad estriba en conceder el caso a la otra Sala de la Cámara Contravencional, incluso integrada si fuera necesario, pues los jueces que ya decidieron no pueden intervenir en el control de su propia sentencia. De esta alternativa prefiero institucionalmente la segunda, no sólo porque conserva las tareas y funciones propias de ambos tribunales, la Cámara como tribunal de mérito y el Tribunal Superior como titular de un poder limitadísimo de revisión, por medio de un recurso extraordinario, sino, antes bien, porque el mismo Tribunal Superior ya ha aclarado que su competencia ha sido disciplinada por la misma Constitución y que ese límite no puede ser ampliado por las circunstancias de un caso particular y ni siquiera por ley formal...”

32 Causa Nro. 3910, rta. 5 de agosto de 2005.

Esta suerte de creación jurisprudencial ha sido recogida en el ordenamiento procesal penal que rige en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el art. 290 de la ley 2.303³³ que en forma expresa establece: “Doble instancia. La sentencia de Cámara que revoque una absolución de primera instancia conforme las reglas precedentes, podrá ser recurrida por la defensa dentro del tercer día, por escrito fundamentado, ante la Sala de la Cámara que siga en orden de turno. Regirán para el trámite del recurso las reglas previstas en este capítulo”.

En cuanto a los alcances de la revisión por vía del recurso de apelación, los arts. 279 a 290 son los que regulan la vía recursiva ordinaria. En este punto, la Cámara del fuero Penal, Contravencional y de Faltas ha seguido los lineamientos fijados “Casal”³⁴.

Por otra parte, el mecanismo recursivo implementado en el art. 290 CPP, al permitir que en caso de revocación del pronunciamiento absolutorio, por parte

33 BO, 8.5.07 Nro. 2679.

34 “...este Tribunal de Alzada se encuentra facultado para llevar a cabo una revisión amplia de los hechos y las pruebas, como único modo de En este La Sala III en causa “Sestares, José Carlos s/ inf. Art. 189 bis CP”, (rta. 19/07/2006) sostuvo: “... la doctrina emanada del fallo ‘Casal’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sienta las bases para garantizar la doble instancia dentro de los lineamientos instituidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En sus considerandos, dicho pronunciamiento estableció: ‘...la interpretación restrictiva del alcance de la materia de casación, con la consiguiente exclusión de las llamadas cuestiones de hecho y prueba, viola el derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria consagrado en el art. 8.2 h de la Convención Americana de Derechos Humanos.’ agregando que ‘...a partir de una interpretación integradora del art. 8.2 h de la Convención Americana de Derechos Humanos y del art. 456 del Cód. Procesal Penal de la Nación, debe concluirse que en nuestro derecho resulta aplicable la teoría del agotamiento de la capacidad de revisión o capacidad de rendimiento, lo cual produce como consecuencia el abandono de la limitación del recurso de casación a las llamadas cuestiones de derecho.’” (del voto conjunto mayoritario de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti), y que “... el carácter integral que debe tener el derecho de revisión de la condena, veda la posibilidad de realizar distinciones que predeterminen la materia a realizar, excluyendo de antemano ciertos aspectos, como ocurre con la clasificación entre cuestiones de hecho y de derecho’ (conf. voto de la jueza Argibay)”. “Fuero Penal, Contravencional y de Faltas; Cámara de Apelaciones, Sala III, Causa 087/00/CC/2006, -Sestares, José Carlos s/ inf. Art. 189 bis CP”; Fuero Penal, Contravencional y de Faltas; Cámara de Apelaciones, Sala III, Causa 2506-01-00/14; Alcaraz, Julio Argentino Rolando s/ art. 189 bis 2 párr CP”.

de la Cámara, pueda entablar recurso de apelación ante la otra Sala, diferente de la primigenia que intervino con anterioridad, posibilita que el imputado pueda obtener una revisión de dicho pronunciamiento, de manera amplia, ya que el recurso intentado en su caso, es un recurso ordinario de apelación que tiene el mismo alcance que el entablado contra la primera sentencia.

Así podemos señalar que en este punto, la normativa procesal penal se ajusta a los estándares internacionales, y que la misma responde a la doctrina que la Corte Interamericana sustentara en el precedente “Mohamed”.

En cuanto a la legitimación del Ministerio Público Fiscal, en el marco del proceso penal se encuentra legitimado para interponer el recurso de apelación ordinaria. En este punto el art. 268 CPP, establece que la Fiscalía podrá recurrir “siempre a fin de controlar la legalidad del procedimiento, incluso a favor del/la imputado/a”. Tal control debe respetar las garantías que se establecen a favor del imputado en base al principio de inocencia y que tienden a poner un límite al poder punitivo del estado.³⁵

En cuanto al recurso de inconstitucionalidad, a través de diversos pronunciamientos de la Cámara del fuero se ha sostenido que toda vez que la ley 2303 no regula el recurso de inconstitucionalidad, debe interpretarse que en la ley 402, que es la que establece con precisión los supuestos, requisitos adjetivos y la legitima-

ción para interponerlo, y siendo éste un recurso de excepción, debe tenerse en cuenta a la hora de determinar la procedencia de dicha vía recursiva en cabeza del Ministerio Público Fiscal, las materias que pueden acceder a su órbita. Esto impone llevar a cabo una interpretación restrictiva a la hora de analizar la procedencia de esta vía recursiva, teniendo en cuenta la previsión del art. 268 que consagra la viabilidad de la misma cuando sea a favor del imputado.

Asimismo se ha sostenido que un análisis del art. 290 CPP, que garantiza la doble conformidad judicial frente al estándar mínimo impuesto por el bloque de constitucionalidad federal, previsto frente a la revocación de absoluciones provenientes de la instancia inferior, conduce a concluir que de obtenerse por parte del fiscal un resultado exitoso en su recurso de inconstitucionalidad, la garantía del doble conforme se vería seriamente violentada, ello por cuanto no existe una instancia distinta e imparcial que pudiera dirimir la cuestión. De lo contrario debería estar previsto un mecanismo idéntico al regulado en dicha norma para satisfacer la garantía del doble conforme del imputado, frente a una revocación de la absolución proveniente del recurso de inconstitucionalidad del acusador.³⁶

Al analizar las consecuencias derivadas de la legitimación del Ministerio Público Fiscal para interponer el recurso de inconstitucionalidad, ha señalado parte de la doctrina que la misma deriva en una afectación a las garantías del imputado: “ne bis in idem”, duración razonable del proceso, reformatio in peius y consecuente lesión a la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Por otra parte, el art. 13 CABA tutela en forma expresa la libertad de las personas, como “parte de la inviolable dignidad”, imponiendo como contrapartida un mandato

³⁵ Señala Gossel, citando a Schmidt que “el ministerio público está al servicio de la vocación del Estado hacia la justicia material, no persigue ningún interés unilateral, y en este sentido su posición en cuanto órgano de la administración de justicia no se corresponde con la llamada “posición de parte”, en el significado procesal de los intervinientes en un procedimiento, que se enfrentan en igualdad de derechos para la pretensión del reconocimiento y salvaguarda de sus intereses”. Gossel, Karl (2007), “El derecho procesal en el Estado de Derecho”, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, págs. 43. Expresa Abalos, que la facultad de ministerio público es amplia, pues siempre tiene interés en la justa aplicación de la ley, aunque su impugnación tienda a favorecer al imputado. El recurso a favor del imputado no se funda en el “interés o en el gravamen” que se exige a las otras partes del proceso. El interés se configura por la impugnación que tiende a adecuar resoluciones que afectan al imputado, conf. Código Procesal Penal de la Nación, Ediciones Jurídicas Cuyo, Chile, 1994 pág. 934.

³⁶ Causa Nro. 19.184-CC/2011, Sala III, voto de la Dra. Manes y del Dr. Delgado, ídem voto del Dr. Delgado en causa Nro. 4591 /2011 Sala II, rta. 17.4.2012

hacia los funcionarios en aras de respetar los derechos allí consagrados. En este sentido el inc. 3 de la norma constitucional citada consagra el derecho a la doble instancia, que como tal debe interpretarse en beneficio del imputado y no a favor del Estado (F, 320:2145; 324:3269).

Entiendo que en el análisis de la admisibilidad del recurso por parte del tribunal superior de la causa, en este caso, por la respectiva Sala de la Cámara de Apelaciones, debe estar claramente configurada la cuestión constitucional y el cuestionamiento de la validez del acto recurrido bajo la pretensión de ser contrario a la misma, como exigencias ineludibles tal como lo prescribe el art. 27 de la ley 402.³⁷

Ahora bien, cómo dar satisfacción a la garantía de la doble instancia, tal como ha sido diseñado su alcance en el precedente "Mohamed", en cuanto a que el inculpado tenga la posibilidad de acceder a la vía recursiva que le permita una revisión de su pronunciamiento de condena, para de ese modo lograr en su caso una confirmación del mismo. El camino, señalan algunos autores,³⁸ sería el previsto en el art. 14 de la ley 48 a través del recurso extraordinario federal, con el obstáculo que implica la norma prevista en el art. 280 CPCCN, en tanto

37 En este punto válido resulta invocar lo sustentado por Carrió al comentar el fallo "Yemal" y cuestionar la admisibilidad del recurso extraordinario interpuesto por el Ministerio Público Fiscal contra la decisión de la Alzada que había decretado la nulidad del allanamiento. Así sostuvo: "La segunda objeción, de la que me he ocupado ya en algún trabajo previo, se vincula con el acceso a la Corte Suprema en los casos en que el tribunal apelado ha fallado a favor de la vigencia de una garantía constitucional (tal fue lo ocurrido en este caso, donde la Cámara consideró que la orden de allanamiento no satisfacía la exigencia de debida fundamentación, lo que implicó haber fallado a favor del derecho constitucional del imputado de no ver su domiciliado allanado sin las prescripciones legales). Enfatícamente sostengo que en esos casos el remedio del art. 14 de la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364) no resulta admisible, pues falta el recaudo de resolución contraria al derecho federal invocado por el apelante, tal como lo exige la última parte del inc. 3º de esa norma legal, "Fundamentación de las órdenes de allanamiento. ¿Alcanza con que los funcionarios retengan los motivos "in pectore" LL., 1998-C, 852.

38 Freedman, Diego (2013), "Recurso del Fiscal y la doble instancia" en Revista de Derecho Penal y Criminología Volumen 2014-2, Editorial La Ley, Ciudad Buenos Aires.

reconoce la facultad a la Corte para desechar el recurso por "falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia". De acuerdo a lo establecido en el citado precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "el recurso debe ser accesible, esto es, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. En este sentido, la Corte estima que las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente".

En atención a ello, y a la hora de que se vea preservado el derecho del imputado, en la medida en que el acusador se encuentra legitimado para interponer el recurso de inconstitucionalidad -pese a la dudosa constitucionalidad de dicha normativa-, deberá asegurarse la posibilidad de un nuevo recurso para el imputado. En este punto ese nuevo recurso impondrá algunas variantes: en cuanto a la admisibilidad del recurso extraordinario federal- conforme voto de Zaffaroni en el precedente "Argul"³⁹ para que no se frustre la vía recursiva- y en cuanto al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, que su integración se lleve a cabo con la intervención de conjueces.⁴⁰ La variante señalada por el autor mencionado en lo que respecta al tratamiento del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el imputado y sustanciado ante el Tribunal Superior, pareciera responder a la solución legislativa contemplada en el art. 290 CPP -es decir, intervención de otra Sala diferente de la originaria

39 Sostuvo en su voto en disidencia: "esta Corte reconoce que la doctrina de la arbitrariedad no la habilita a actuar como tribunal ordinario de alzada para el análisis y tratamiento de cuestiones no federales. No obstante, en esta oportunidad, deberá avocarse excepcionalmente a actuar como tribunal revisor, que de no hacerlo, la nueva sentencia condenatoria dictada por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, no tendría instancia de revisión alguna y se conculcaría la garantía contemplada en el art. 8 inc. 2 h de la Convención Americana de Derechos Humanos, la que goza de jerarquía constitucional.

40 Freedman, Diego, ob. citada.

para revisar el pronunciamiento de condena-, con la salvedad de que el Tribunal Superior de Justicia no posee salas que permitan la sustanciación de esta vía recursiva, es por ello que plantea la intervención de conjuces.

En el citado precedente “Barreto Leiva vs. Venezuela” de la Corte Interamericana, se ha sostenido que en casos en que la condena emane de un órgano colegiado, y éste haya entendido en instancia única, para preservar el derecho al recurso se pueda dividir sus funciones entre la de juzgar y revisar haciendo, en el caso propuesto, lo primero el presidente y lo otro el pleno (naturalmente, excluyendo a los que juzgaron). No es necesario, entonces, que haya una diferencia de jerarquía entre ambos tribunales y, de hecho, pareciera ser que la revisión tampoco en esencia debería depender de ello.⁴¹

Esta vía instrumental diseñada por la Corte Interamericana a la hora de salvaguardar el derecho al recurso por parte del imputado, ofrece un matiz interesante a los fines de proyectar ese “nuevo recurso” en cabeza del mismo. Estas soluciones de “lege ferenda” colocan el sistema recursivo en consonancia con los parámetros establecidos por la Corte, de manera tal que el derecho del imputado a la doble instancia en el ámbito local de la Ciudad encuentre una mayor tutela.

VII. Conclusiones

El actual perfil de la garantía en cuestión configurado por la incidencia de los pronunciamientos internacionales permite vislumbrar un enriquecimiento de la misma, toda vez que se ha ampliado el alcance de revisión, y se ha colocado un mayor énfasis en que

los mecanismos procesales se ajusten a los parámetros establecidos por los organismos internacionales. La legislación procesal local de la Ciudad ha respondido a dichos mandatos, sin perjuicio de que aún quedaría por contemplar el diseño de una vía recursiva que implique para el imputado la posibilidad de acceder plenamente a la doble conformidad, en otras palabras, que el último recurso a interponer sea el del imputado.

VIII. Bibliografía

Ayan, Manuel (1985), *Recursos en Materia Penal*, Marcos Lerner Editorial, Córdoba.

Bidart Campos, (1991), *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, Editorial Ediar, Buenos Aires.

Carrió, Alejandro “Fundamentación de las órdenes de allanamiento. ¿Alcanza con que los funcionarios reten-gan los motivos “in pectore” LL , 1998-C, 852 .

Clariá Olmedo, Jorge, (1967), *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Editorial Ediar, Buenos Aires.

Couture, J. E.; (1972), *Fundamentos del derecho procesal civil*, Editorial Depalma, Buenos Aires.

D’Albora, Francisco, (1996) “Actualidad en la jurisprudencia penal”, Editorial La Ley 1996-B-1265.

Díaz Canton, Fernando, (2007) “La relación entre el recurso de casación penal y el recurso extraordinario federal: panorama y prospección”, ElDial.com.

Freedman, Diego (2013), “Recurso del Fiscal y la doble instancia” en Revista de Derecho Penal y Criminología Volumen 2014-2, Editorial La Ley, Ciudad Buenos Aires.

Gossel, Karl (2007), “El derecho procesal en el Estado de Derecho”, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

Guariglia, Fabricio, “Régimen general de los recur-

41 Laporta, Mario H. “La Casación positiva ante el recurso del acusador”, LL, 2011-D, 910 señala en orden al recurso de casación federal, y frente a los aportes del precedente de la CIDH, que ante el recurso del acusador, el imputado pueda entablar un nuevo recurso de casación contra la sentencia de condena ante otra Sala de la Cámara.

tos en el *Código Procesal Penal de la Nación*”, en Maier, J. (2004) *Los recursos en el Procedimiento Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

Laporta, Mario H. (2011), *“La Casación positiva ante el recurso del acusador”*, Editorial La Ley, 2011-D, 910

Maier, Julio. B., (1999), *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, Editores Del Puerto S.R.L., Buenos Aires.

Palazzi, Pablo Andrés; (1998) *“El caso Girolodi, el derecho a la doble instancia y el recurso de casación en el proceso penal”*, JA 1998-II-786

Pinto, Mónica, (1993) *La Denuncia ante la Comisión Interamericana de Derecho Humanos*, Editores Del Puerto, Buenos Aires.

Sagüés, Néstor Pedro (1998), *“La instancia judicial plural penal en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica”*, Editorial La Ley, 1988-E-156.

Sancinetti, Marcelo; Marcelo Ferrante, *Los límites del Recurso de Casación según la gravedad de la Sentencia Penal Condenatoria*, (1995), Editorial Ad- Hoc, Buenos Aires.

Sienra Martínez, Agustina, (2001) *“La facultad del ministerio público de recurrir la sentencia en contra del imputado: su inconstitucionalidad”* en Hendler, Edmundo, *Las garantías penales y procesales. Un enfoque histórico-comparado*; Editores del Puerto, Buenos Aires.

Solimine, Marcelo (2013) *“Recurso contra la condena por absolución revocada. Doble instancia. Ne bis in idem”*, LL, 2013-C, 941.

Cuando permanecer significa entrar y la semántica paradigmática del delito de violación de domicilio

Eduardo Javier Riggi (*)

* Doctor en Derecho, Universitat Pompeu Fabra (2008). Fiscal de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Unidad Fiscal Norte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Prof. de la Carrera de Especialización en Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires. Prof. de la Carrera de Especialización en Derecho Penal y del Máster en Derecho Penal Universidad Austral. Prof. Titular del Doctorado Universidad del Salvador. Prof. Asociado de Derecho Penal, Universitat Pompeu Fabra. Prof. de Derecho Penal del Magíster de Derecho Penal de las Universidades de Talca y Pompeu Fabra.

I. Introducción

En este trabajo pretendo analizar una laguna de punibilidad que la doctrina nacional habría detectado en torno al delito de violación de domicilio tipificado en el art. 150 CP argentino. Mi idea es abordar esta cuestión desde dos perspectivas de análisis, a fin de determinar la real existencia o no de ese vacío legal. Por un lado, me aproximaré al tema apoyándome en los conceptos de la dogmática jurídico-penal de la parte general. Por el otro, recurriré a la teoría de la interpretación de la ley penal que nos ofrece la metodología jurídica.

II. Planteamiento de la cuestión

El Código Penal argentino tipifica el delito de violación de domicilio en el art. 150 y su texto legal reza de la siguiente manera: *“(s)erá reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo”*.

A juicio de la doctrina dominante la acción típica “consiste en ‘entrar’ en el domicilio ajeno contra la voluntad expresa o presunta de quien tiene derecho a excluirlo. La persona entra a su domicilio cuando pasa a su interior desde afuera, accede, transpone un límite determinado penetrando en el recinto”¹.

Con relación a la relevancia típica de otras conductas respecto de este delito, la doctrina se ha cuestionado la tipicidad del comportamiento de un sujeto que perma-

nece en un domicilio ajeno contra la voluntad expresa o presunta del titular del derecho de exclusión, a pesar de haber ingresado, momentos antes, con su consentimiento. Por ejemplo, el caso del vecino que ingresa con la conformidad del dueño a la casa, pero cuando éste le exige que se marche se niega y permanece en el lugar.

La -casi unánime- doctrina nacional responde a este interrogante de manera negativa y sus argumentos estriban en el respeto al principio de legalidad. En ese sentido, se explica, en líneas generales, que la letra del art. 150 CP es clara en tanto sólo reprime la conducta de quien “entrare” en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo, pero que no contempla, en modo alguno, la situación de quien permanece allí contra esa voluntad pese a haber ingresado, minutos antes, con su consentimiento.² Por esa sencilla razón, señalan que la aplicación del art. 150 CP a este tipo de casos -a su juicio no contemplados expresamente en su texto legal- comportaría una analogía *in malam partem* de la ley penal y, por tanto, prohibida desde el punto de vista constitucional en virtud de la vigencia del principio de legalidad (art. 18 CN).

² En contra Soler, *Derecho Penal Argentino*, Ed. Tea, Buenos Aires 1992, p. 95, argumenta que como el art. 150 CP argentino incluyó la protección de locales que por definición están abiertos al público, es decir, aquellos lugares en los cuales el delito solamente puede consistir en la positiva expresión del disenso contra una persona que se encuentra allí. La protección que la ley acuerda a una casa de comercio cualquiera no ha de considerarse negada a un verdadero hogar. También invoca que el sujeto que ingresa engañando a quien tiene el derecho de exclusión e ingresa con un consentimiento viciado no debería quedar impune si se resistiere a salir cuando recibiere la orden. Asimismo, señala las consecuencias extraordinariamente graves que, a su juicio, se producirían si no se aceptasen esas conclusiones, a saber: que una vez que un sujeto ingresó al interior de la morada podría impunemente pasar del escritorio del dueño al dormitorio de la hija, sin que para nada valiera el disenso a posteriori, porque el sujeto no entra en morada, sino que ya entró. Así sostiene en la p. 96 que *“(l)a penetración del interior al interior, solamente puede alcanzar a revestir la forma delictiva de permanencia en morada contra la voluntad expresa. El que estando adentro legítimamente admitido, por curiosidad impertinente penetra en habitaciones que no debe, no comete violación de domicilio, salvo que se resista a salir contrariando la voluntad de quien puede excluirlo”*.

¹ Cfr., por todos, Donna, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 293. La doctrina exige que sea la persona del agente la que debe entrar; no basta que penetre en el interior una parte de su cuerpo, como el brazo o el pie, o que asome la cabeza, introduciéndola más allá del límite del domicilio (en contra de esto: Gomez).

Desde esta perspectiva doctrinal, la única solución legítima que existe para cubrir esta laguna de punibilidad quedaría en manos del Poder Legislativo Nacional; en concreto, con la tipificación expresa de ese tipo de comportamientos disvaliosos en el Código Penal,³ tal como ocurre en España o en Alemania donde sus legisladores también han tipificado expresamente los casos de permanencia en el recinto protegido contra la voluntad del titular del derecho de exclusión.

Sin embargo, esa sencilla respuesta formal no resulta, a mi juicio, para nada evidente⁴ y viene condicionada, en parte, por las siguientes hipótesis que a continuación desarrollaré.

III. Aproximación al problema desde los conceptos de la dogmática de la parte general.

3.1. La doctrina nacional a la hora de analizar el delito de violación de domicilio no se ocupa de indagar frente a qué tipo de delito nos encontramos (si ante un delito de mera actividad, de resultado, de estado, permanente, etc.), cuestión que permitiría advertir las consecuencias dogmáticas que de ello deberían derivarse.

No obstante, señala que la acción típica consiste en que el autor ingrese al recinto protegido con todo su cuerpo, que pase personalmente desde afuera a su interior. Ello me permite extraer implícitamente algunas

3 En ese sentido, Donna, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 297, refiere que “el texto de la ley es claro en el sentido de que sólo se encuentra penada la acción de ingresar en el domicilio. Considerar también típica la acción de permanecer contra la voluntad del titular significaría extender el tipo penal más allá de lo permitido. Como afirman Estrella Godoy y Lemos, sostener que la acción de entrar comprende la de permanecer sería recurrir a analogía, en violación al principio de reserva penal. Si se pretende reprimir tal conducta, se hace indispensable la expresa previsión legal”

4 En este sentido, piénsese que ya Moreno sostuvo que, cuando se eliminó del Proyecto de Código Penal de 1917 la tipificación de la permanencia, esa eliminación se verificó “por entenderse que eran redundantes las expresiones, y que bastaba con la redacción que se dejaba para que el delito quedase bien caracterizado”, cit, por Soler, *Derecho Penal Argentino*, p. 94.

conclusiones dogmáticas que, en líneas generales, coinciden en sostener que “autor es quien realiza personalmente los elementos del tipo”, a saber:

a) que la doctrina dominante concebiría implícitamente al delito de violación de domicilio como un delito de propia mano [*eigenhändiges Delikt*], cuestionada categoría⁵ que se caracteriza porque en este tipo de delitos sólo el autor puede consumarlos realizando personalmente la acción⁶; o bien

b) que la doctrina dominante asumiría implícitamente al analizar este tipo penal un concepto de autor enrolado en la vetusta -y hace tiempo abandonada⁷- teoría objetivo-formal que considera autor a aquel sujeto que realiza personalmente los elementos del tipo.

En efecto, la doctrina dominante sostiene que para que haya violación de domicilio el autor debe pasar a su interior desde afuera con todo su cuerpo y que si no penetra en el recinto no se configura el ilícito, aun cuando se perturbe de otro modo la intimidad de quien tiene el derecho de exclusión.

Sin embargo, el delito tipificado en el art. 150 CP

5 Cierta sector doctrinal aboga hoy en día por la eliminación de esta categoría: en España, Maqueda Abreu, *Los delitos de propia mano*, Madrid 1992., pp. 22, 101, 104, 110; y Sánchez-Vera, *El denominado “delito de propia mano”: Respuesta a una situación jurisprudencial*, Madrid 2004, p. 35; en Alemania, Stäcker, *Mittelbare Täterschaft und actio libera in causa bei der Trunkenheit im Verkehr*, §316 StGB, Frankfurt a.M. 1991, pp. 19 y ss., 43 y s.

6 Como señala Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2005, § 8, n.m. 23, p. 70, «los delitos de propia mano son delitos que sólo puede cometer el autor en persona. De esta forma, sólo puede punirse conforme el § 316 StGB -que castiga la conducción de vehículos en estado de embriaguez- a quien conduce un vehículo en estado de ebriedad. Si bien en un delito de propia mano pueden participar terceros como inductores o cómplices, no obstante no pueden realizar el tipo en autoría mediata (§ 25, párrafo 1, 2 StGB). Por tal razón, en algunos casos se incluye a la ejecución mediata mediante su tipificación de una norma especial».

7 Esta teoría fue dejada de lado hace tiempo, por un lado, toda vez que no podía explicar la coautoría ni la autoría mediata, resultando absolutamente limitada en los delitos de medios determinados; y por el otro, porque en los delitos resultativos, en los que no se limitan las modalidades de la acción, terminaba siendo ilimitada.

no es un delito de propia mano,⁸ en los que se requiere el comportamiento directo del autor llevado a cabo por él mismo,⁹ sino uno común que puede ser cometido por cualquier persona y en el que rigen, por tanto, las reglas generales de intervención en el ilícito. El tipo penal no exige, en absoluto, que el autor deba ingresar personalmente al recinto protegido contra la voluntad expresa o presunta de quien tiene el derecho de exclusión. En consecuencia, autor podrá ser no sólo quien cometa el delito de mano propia -en autoría directa mediante el dominio de la acción-, sino también quien lo haga a través de otro al que utilice como instrumento, es decir, en autoría mediata.¹⁰ Con relación a este último supuesto, cabe imaginar el caso del “padre abusador” que manda a su hijo de 12 años a ingresar a la casa de la vecina a hurgar en ella y obtener fotos de su ropa interior.

Por lo tanto, desde esta perspectiva, es posible afirmar que se puede ser autor del delito de violación de domicilio sin siquiera haber ingresado o entrado en el recinto penalmente protegido. Ergo, el verbo típico “entrar” debería tener el alcance limitado que le otorga la doctrina dominante, puesto que para ser autor de ese injusto típico no hace falta ingresar en el domicilio contra la voluntad de quien tiene el derecho de exclusión.

Es más, en esa línea de pensamiento, cabe pensar en la realización del delito de violación de domicilio en comisión por omisión, por ejemplo: cuando el garante

de protección de un bien jurídico -en el caso, del domicilio- no evita, pudiendo hacerlo, el ingreso en el lugar protegido de una persona que no cuenta con la voluntad de quien tiene el derecho de exclusión.¹¹ En consecuencia, el garante será autor del delito de violación de domicilio sin siquiera haber puesto un pié en el ámbito protegido.

Para graficar este supuesto se puede pensar en el caso del “portero perezoso”: El portero del edificio de la calle Combate de los Pozos 155 asumió el compromiso de quedar a cargo del cuidado del domicilio de la calle Combate de los Pozos 152, situado en la vereda de enfrente. A tal fin, sus propietarios le dejaron un juego de llaves y órdenes expresas de que no deje ingresar a nadie; sobre todo, a Josefina, una sobrina del matrimonio que, si bien en su momento tuvo llaves del inmueble, ya no era bienvenida en dicho hogar. Ello, por haber abusado de la confianza de sus tíos, organizando, en reiteradas ocasiones, ruidosas fiestas con amigos que provocaron la queja de todos los vecinos. Josefina conocía perfectamente esa prohibición y también que sus tíos se iban de vacaciones, pero todavía conservaba un juego de llaves que su tía se había olvidado en su casa. Un día concurrió al domicilio e ingresó al mismo. Todo ello fue visto por el portero, que estaba barriendo la vereda de su edificio. Éste, sin embargo, no hizo nada para impedirle el ingreso, a pesar de encontrarse en condiciones para ello, pensando que los dueños no se iban a enterar del episodio. Al volver de vacaciones, el matrimonio encontró un bolso con ropa de Josefina, razón por la cual entablaron la respectiva denuncia contra el portero (por autor del delito de violación de domicilio en comisión por omisión) y su sobrina (autora del delito de violación de domicilio) -autores accesorios-.

8 Así, Lackner/Kühl-StGB25, Verlag C.H. Beck, München 2004, § 123, n.m. 12, p. 585, señalan que «el allanamiento de morada no es un delito de propia mano... de modo que le son aplicables las reglas generales sobre la coautoría y la autoría mediata».

9 Cfr., por todos, Otto, *Grundkurs Strafrecht*, de Gruyter Lehrbuch, Berlin 2004, § 21, n.m. 106, p. 310.

10 Sobre los distintos tipos de autoría mediata, véase en profundidad Roxin, *Täterschaft und Täterschaft*, Verlag de Gruyter, Berlin 2006; concretamente respecto del dominio de la voluntad a través de coacción, pp. 142-169; del dominio de la voluntad a través del error, pp. 170-231; del dominio de la voluntad en la utilización de inimputables y menores de edad, pp. 233-242; del dominio de la voluntad a través de aparatos de poder organizativo, pp. 242-251; y del dominio de la voluntad en los casos de instrumentos que obran dolosamente, pp. 252-259.

11 Al respecto véase Lenckner/Sternberg-Lieben en Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch*⁷⁷, comentario al § 123, n.m. 13, p. 1244.

Lo expuesto me permite afirmar la siguiente conclusión: que, desde el punto de vista normativo, para ser autor del delito de violación de domicilio no hace falta entrar personalmente, desde una perspectiva físico-natural, en éste. Por tanto, se puede predicar normativamente que alguien ha entrado en el domicilio sin haber entrado físicamente al sitio protegido por la ley y que, por tanto, el ingreso físico-natural no es lo que determina la relevancia típica del comportamiento ilícito del autor.

3.2. Por otro lado, no debe olvidarse que el delito de violación de domicilio constituye un delito de mera actividad [*ein schlichte Tätigkeitsdelikt*], que se consuma con la realización de la conducta descrita en el tipo penal sin exigir un resultado separado de ésta.¹² Asimismo, que también es un delito permanente [*Dauerdelikt*];¹³ en este tipo de delitos el injusto no queda concluido con la formal realización de la actividad des-

cripta en el tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico que ha creado. Entonces, con la realización formal de la conducta descrita en el tipo, el delito se consuma formalmente [*Vollendung*] pero recién se agota materialmente [*Beendigung*] cuando el sujeto abandona el recinto protegido, pues *mientras permanece en el lugar la consumación se renueva continuamente*¹⁴.

De hecho, por esa razón, una de las características de los delitos permanentes es que después de la consumación todavía es posible la coautoría y la participación durante toda la permanencia o duración de ese estado antijurídico, porque la permanencia hace que su consumación se reanude continuamente. Por esa misma razón, también cabe actuar en legítima defensa contra una agresión que, aunque esté formalmente consumada, aún no esté materialmente agotada o terminada. En efecto, se admite legítima defensa en los delitos permanentes (cfr. § 10, nm. 105), en tanto se mantenga la situación antijurídica¹⁵.

El hecho de que el delito de **violación de domicilio** sea calificado como **un delito permanente** nos dice mucho acerca de la relevancia del mantenimiento

12 En ese sentido, Otto, *Grundkurs Strafrecht*, § 4, n.m. 10, p. 41, señala, en general, que en los delitos de mera actividad basta con la realización de una acción u omisión, con independencia del resultado de ese comportamiento. Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires 1994, pp. 61 y 80, explica, en concreto, que el delito de violación de domicilio, tipificado en el art. 150 CP argentino, es un delito de pura actividad; asimismo Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre*, Band I, Verlag C. H. Beck, München 2006, § 10, n.m. 103, p. 330, son delitos de mera actividad aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella. Así sucede en el allanamiento de morada (§ 123), en el que el tipo se cumple con la intromisión.

13 Ver Otto, *Grundkurs Strafrecht*, § 4, n.m. 16, p. 42; también Lackner/Kühl-StGB25, Verlag C.H. Beck, München 2004, § 123, n.m. 13, sostienen que el delito de violación de domicilio es un delito permanente; en igual sentido, Dreher/Tröndle-StGB47, Verlag C.H. Beck, München 1995, § 123, n.m.; también Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, I, § 10, n.m. 105, pp. 330-331. En Chile la doctrina considera que el delito de violación de domicilio regulado en el art. 144 CP, que presente similitudes con texto del art. 150 CP en cuanto sólo tipifica el ingreso y no el mantenimiento contra la voluntad de quien tiene el derecho de exclusión, constituye un delito instantáneo de efectos permanentes; por lo tanto, consideran que el delito queda consumado con la entrada total del sujeto al recinto protegido penalmente (Etcheberry, PE3, T.III, Ed. Jurídica de Chile 1997 p. 253; Matus/Ramirez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, PE*, Ed. Universidad de Talca 2002, p. 60; Politoff/Matus/Ramirez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, PE*, Editorial Jurídica de Chile 2005, p. 226) sin embargo el mantenimiento de la intromisión en dicha esfera depende la voluntad del autor cuestión nos lleva a disentir del criterio propuesto por la doctrina chilena y afirmar, en cambio, la existencia de un delito permanente.

14 Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Reppertor, Barcelona 2008, Lección 13, n.m. 80, p. 355, enseña que "la consumación no precisa la **terminación o agotamiento** material de la lesión del bien jurídico protegido. La distinción reviste especial importancia en los tipos de peligro, de resultado cortado o mutilado de dos actos, en los cuales la ley adelanta la frontera de la represión penal a un momento anterior a la efectiva producción de todo aquello que quiere evitar (la lesión, el resultado o un segundo acto, respectivamente). En todos estos casos, la consumación se produce ya con la realización formal de los elementos del tipo, antes por consiguiente que el eventual agotamiento material del hecho. La consumación es, pues, un concepto formal: equivale a la realización formal de un tipo".

15 Así, Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, Verlag C. H. Beck, München 2006, § 15, n.m. 28, p. 668 señala que «es cierto que el allanamiento de morada (§ 123) y la detención ilegal (§ 239) ya se han consumado con las acciones de entrar y encerrar, respectivamente, pero la agresión sigue siendo actual mientras el intruso permanece en la casa o mientras la víctima está encerrada; por eso estarán justificadas por el § 32 las conductas de expulsar a la persona que ya ha entrado, o de volar la puerta del calabozo, como era necesario para liberarse».

o **la permanencia de la conducta ilícita**, ya que constituye una característica inherente a ese tipo de delitos a punto tal que permanecer es lo que permite reanudar la consumación, cuestión que admite la intervención en el delito y la legítima defensa post-consumativas.

Es más quien, incluso de manera no antijurídica, ha creado dicho estado permanente tan pronto como cesa la causa que justificaba su comportamiento típico en el caso concreto queda convertido en garante de hacer cesar dicho estado. En efecto, la esencia de las causas de justificación nos lleva señalar que sólo es posible afectar intereses ajenos en el marco de la necesidad. Por lo tanto, al caer los presupuestos que daban lugar a una justificación ya no resulta más lícito el mantenimiento del estado prohibido. Entonces, quien ha creado un estado ilícito permanente está obligado a eliminarlo (es garante de su eliminación).¹⁶ Por ejemplo, si se encierra a un ebrio para eliminar los peligros que él podría causar, ni bien desaparece el estado de ebriedad debe ser puesto en libertad. Para graficar ello también cabe traer a colación el caso que he titulado “cuando el peligro se va el enemigo se queda”, a saber: El 23 de mayo de 2011, a las 10:00 hs., Jacinto que venía siendo perseguido por una jauría de 20 perros callejeros tuvo que ingresar al inmueble de su enemigo, Fernando, rompiendo la puerta de ingreso para salvar el pellejo. Luego de unos 15 minutos, agentes de la perrera del GCABA lograron enjaular a los animales; situación que fue observada por Jacinto desde la ventana del referido domicilio. Sin perjuicio de ello, y como Fernando no se encontraba allí presente, Jacinto aprovechó para quedarse un rato largo mirando todos los ambientes de la casa; incluso llegó a dejarle una nota de agradecimiento a Fernando -que confeccionó con un block de hojas que el mismo portaba- del siguiente tener: “Muchísimas Gracias, quién iba a pensar que, gracias a vos, sigo con vida.

Fdo. Jacinto 23/05/2011, 13:00 hs.”. Finalmente se retiró de la casa. Cuando Fernando se enteró del episodio, de cómo habían sucedido los hechos y que todo el tiempo que había permanecido Jacinto en su casa, a pesar de la desaparición del peligro, efectuó la respectiva denuncia”. En este caso, Jacinto debió haber abandonado el inmueble ni bien los perros fueron encerrados y, al no haberlo hecho pudiendo hacerlo, incurrió en el delito de violación de domicilio en comisión por omisión.

También incurre en el delito violación de domicilio en comisión por omisión el sujeto que obra sin dolo al ingresar erróneamente al domicilio del vecino creyendo que entra al propio y cuando se da cuenta del error en el que estaba inmerso no se aleja del ámbito penalmente protegido, ya que es garante de hacer cesar ese estado ilícito retirándose del ámbito tutelado.¹⁷ Lo propio cabe referir del sujeto que de manera inimputable ingresa borracho al domicilio ajeno y cuando recupera su imputabilidad se da cuenta de ello no se aleja de ese espacio protegido, porque es garante de poner fin a ese estado ilícito retirándose de dicho lugar.¹⁸ De hecho en Alemania se considera que en estos casos el sujeto ingresa por omisión (es decir: que entra en comisión por omisión) y los consideran típicos respecto del verbo típico entrar y no, del mantenerse o permanecer regulados también en el § 123.¹⁹

Todo lo expuesto nos permite sostener que para el delito de violación de domicilio permanecer significa entrar y que resulta superfluo exigir también la redac-

¹⁷ En ese sentido Lenckner/Sternberg-Lieben en Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch*²⁷, comentario al § 123, n.m. 13, p. 1244

¹⁸ Cfr. nota 17

¹⁹ § 123. Violación de domicilio. (1) El que entrare ilegalmente en morada o en casa de negocio ajena o en lugares cerrados ajenos o en locales cerrados que estén destinados para el servicio público o para el tráfico o el que, permaneciendo en alguno de esos sitios sin permiso, no se retire a requerimiento del titular del derecho de exclusión será castigado con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa. (2) El hecho solo será perseguido a petición’.

¹⁶ Así Stree en Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch*²⁷, comentario al § 13, n.m. 36, p. 231.

ción expresa de los verbos típicos “permanecer o mantenerse” en el texto legal ya que al ser un delito permanente esa calidad resulta inherente al verbo típico “entrar”.

IV. Abordaje de la cuestión desde la interpretación lícita en Derecho penal. Enfoque desde la semántica paradigmática o ejemplar.

La doctrina penal dominante entiende que el sentido literal posible de los términos constituye el límite a la interpretación lícita en Derecho penal, ya que su superación nos situaría técnicamente en el terreno de la analogía constitucionalmente prohibida (*principio de legalidad*)¹. Por lo tanto, los jueces pueden interpretar lícitamente las leyes penales, aunque ello ocurra de manera extensiva, mientras no traspasen aquella barrera, puesto que en dicho caso usurparían competencias legislativas que constitucionalmente tienen vedadas. En ese sentido, la justificación teórica de la legitimidad de las decisiones judiciales sólo sería posible cuando la sentencia judicial pueda ser vista como la consecuencia necesaria de la decisión de otra instancia que directamente se encuentra democráticamente legitimada, esto es: del legislador.

Siguiendo estas premisas la doctrina dominante argentina ha considerado que no comete el delito de violación de domicilio quien a pesar de haber ingresado al domicilio momentos antes con el consentimiento de quien tiene el derecho de exclusión luego permanece contra su voluntad, porque el texto legal dice expresamente el que entrare y no el que permaneciere. Como señalé al inicio de este trabajo, la doctrina consideraría que una interpretación contraria incurriría en analogía prohibida toda vez que supondría abandonar el sentido literal posible de los términos.

Ahora bien, si se repara en el lenguaje natural que utilizamos para vehicular normas (mandatos o prohibiciones) por intermedio de distintos precepto legales es posible obtener *una dimensión más realista y, a la vez, optimista del principio de legalidad*.²⁰ En efecto, por un lado, se comprende la *imposibilidad* ontológica de obtener una ley absolutamente determinada debido a que el grado de indeterminación que padece todo lenguaje natural destruye esa ingenua pretensión (el lenguaje padece de vaguedad, textura abierta, ambigüedades, parecidos de familia, etc.). Por lo tanto, que resulta ontológicamente *irremediable* que el texto legal quede en cierta medida *incompleto*. En ese orden de ideas, siguiendo a Krey, la máxima autoridad alemana en cuestión de legalidad, se puede decir que *“la ley penal constituye un proyecto a reglamentar por los jueces”*.²¹ Ello me permite afirmar que el sentido literal posible de los términos, a diferencia de la opinión mayoritaria, *nunca* podría convertirse en un límite allí donde justamente lo pierde, porque reina su indeterminación en virtud de los problemas ontológicos que padece.

Sin embargo, la filosófica analítica, siguiendo el modelo de los tres candidatos (*el positivo, el negativo y el neutro*), enseña **la posibilidad de comunicarnos y de seguir reglas**, a pesar del gran grado de indeterminación que tiene el lenguaje, lo cual podemos **fácilmente comprobar con nuestra experiencia cotidiana**. En

20 Sobre esta concepción véase en extenso Riggi, *Interpretación y Ley Penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, Ed. Atelier, Barcelona 2010, tercera parte, capítulo II, pp. 311 y ss.

21 Cfr. Krey, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht. Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots*, Berlin 1977, p. 113, señala que «las leyes como normas de determinación y de valoración no son sólo más que *proyectos de reglamentación*, que necesitan de la concretización que complete la norma mediante la creación del derecho judicial del caso; y, al mismo tiempo, autorizaciones legales al juez para perfeccionar la norma como “perfección del derecho en el marco de la norma que debe aplicarse”. Por eso, la norma jurídica se caracteriza como el marco de reglamentación»; sobre la falta de completitud de la ley “Die Unfertigkeit des Gesetzes”, véase Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*², pp. 55, 91 y s., aunque su visión, a nuestro juicio, nos conduciría a la sola existencia de casos difíciles.

efecto, es posible obtener un *núcleo lingüístico de certeza* [*Bedeutungskern*], esto es, se puede lograr cierta determinación, dentro de la indeterminación que cabe, que no necesita de interpretación alguna (la existencia de *casos claros*). Ello se expresa con el adagio latino, que no romano, *in claris non fit interpretatio* debido a que en los casos claros la ley se aplica por el mero contacto. También se puede obtener una *zona negativa* [*Rest der Welt*] donde se sabe con seguridad que dicho concepto no será aplicable. En cambio, hay *casos difíciles* que queden dentro de una *zona de penumbra* [*Bedeutungshof*] conceptual, es decir, que respecto de ciertos objetos se duda acerca de su inclusión o no en aquél término²² en los que se

22 Cfr. Schünemann, "Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre", en *FS-Klug*, I, Köln 1983, p. 177; Hoerster, *Was ist Recht? Grundfragen der Rechtsphilosophie*, München 2006, p.121, utiliza otra terminología para referirse a esta problemática refiere que «así bien como todo concepto de nuestro lenguaje cotidiano tiene en relación con su aplicación además de un inequívoco ámbito negativo –*negativen Bereich*– y un inequívoco ámbito positivo –*positiven Bereich*– que puede describirse como ámbito nuclear, también un área fronteriza –*Grenzbeereich*–. Esto significa que existe para todo concepto además de una multitud de casos que con seguridad no pueden ser incluido en él, también de una cantidad de casos en los cuales puede vacilarse con buena razón si debe o no ser subsumido bajo el concepto. El motivo es que todo concepto en su significado tiene una cierta dimensión de indeterminación o vaguedad. En este sentido, por ejemplo los elefantes o las rosas caen dentro del ámbito negativo del concepto de «ser humano»; anciano de cualquier tipo de color de piel cae dentro del ámbito positivo del ámbito nuclear; y embriones caen en la zona fronteriza del concepto de ser humano»; Moreso/Vilajosana, *Introducción a la teoría del Derecho*, p. 154, refieren que «(c)omo explicación del fenómeno de la vaguedad se suele utilizar la metáfora del foco de luz. El significado de una palabra sería como un foco de luz con el que iluminamos el mundo. Habría, así, una zona de total luminosidad, en la que existiría un criterio automático de aplicación de la palabra a determinados objetos (que caerían dentro del haz luminoso), otra de total oscuridad, en la que tendríamos un criterio de exclusión automático de aplicación o de exclusión del término. Es la existencia de esta zona de penumbra la que permite afirmar que el significado es vago»; Hart, *The Concept of Law*, p.123 y ss.; Zippelius, *Juristische Methodenlehre*10, München 2006, § 9, II, p.46, refiriéndose a la ambigüedad del lenguaje expresa que «(e)l tenor literal deja entonces normalmente abierto un espacio de juego del significado posible de la palabra, éste debe ser en consecuencia descrito como "espacio de juego del significado"; Seelmann, *Rechtsphilosophie*3, München 2004, § 4, nn.mm.13 y ss., pp.97 y ss.; Kaufmann, *Analogue und "Natur der Sache"*, Heidelberg 1982, p.31, refiere que hay conceptos análogos que son los que constituyen un medio entre los conceptos unívocos, claros y los equívocos, ambiguos. En realidad, únicamente podrían ser denominados conceptos en sentido estrictamente lógico los conceptos inequívocos, que expresan algo idéntico, en sentido estricto únicamente sería unívocos los conceptos numéricos. En los conceptos análogos por el contrario no existe ni

duda acerca su aplicación y allí, donde fracasa el modelo subsuntivo -el razonamiento deductivo-²³ El fracaso de la subsunción no significa, sin embargo, que no se pueda justificar racionalmente la aplicación de una norma a un caso ni que dicha justificación sea inestable o incontrolable de manera intersubjetiva.²⁴ En estos casos es

una claridad completa del contenido ni tampoco una ambigüedad pura mejor dicho se trata en cierto modo de expresiones metafóricas, simbólicas, gráficas. «El concepto análogo se presenta por un lado como un elemento de unidad en un "núcleo" fijo, en caso contrario no podría comprenderse nada con él, por otra parte sin embargo debe poder también adoptar significados diferentes (por eso se habla aquí ocasionalmente de conceptos relativos), de lo contrario le faltaría la capacidad de unir lo similar diverso»; Krey, *Studien*, pp. 45-48.

23 Así, Hart, "Separation of Law and Morals", *Harv. L. Rev.* vol.71, Febrero 1958, n°4, p.607-608; Marmor, *Interpretation*, p.98; Brewer, "Exemplary Reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy", *Harv. L. Rev.* 923, 1995-1996, p.994 y 997; Alchourrón, "Sobre derecho y lógica", *Isonomía* No. 13/Octubre de 2000, trad. Jorge L. Rodríguez/Sergio A. Militello, p.29, refiere que «(l)os problemas sistemáticos (la incompletud la inconsistencia normativa) así como las indeterminaciones lingüísticas (ambigüedad, derrotabilidad y vaguedad) hacen necesario el uso de consideraciones valorativas en la toma de decisiones judiciales. Desde una perspectiva más amplia, en todo proceso de toma de decisiones judiciales se encuentran involucradas consideraciones valorativas, tanto en la selección de las normas a empleadas para justificar la decisión como en la identificación de los "hechos" relevantes del caso bajo consideración. En este sentido, la interpretación es siempre una actividad valorativa. La ilusión formalista del modelo puramente deductivo debe ser abandonada»; Zippelius, *Rechtsphilosophie*4, München 2003, § 38 II, p. 256 refiere que «la Jurisprudencia de Intereses y la Escuela Libre del Derecho han demostrado que el Derecho positivo es inexacto e incompleto, que no forma un sistema cerrado ni que tampoco puede completarse de modo puramente lógico»; Krey, *Studien*, p.58, refiere «que es conocido que este "cuadro mecanicista del juez" poco realista de la época del optimismo de la codificación ilustrada fue naif, no realizable entonces como hoy ni en el futuro, ni necesita ninguna otra fundamentación.»

24 En ese sentido Bouvier, "Particularismo y generalismo. Un análisis de las tensiones entre racionalidad narrativa y subsuntiva en el ámbito teórico y jurídico", en *Análisis e diritto* 2004, pp.23-52, logra mostrar de manera solvente el acercamiento que existe entre el modelo de racionalidad subsuntiva -que sostiene como dogmas básicos la deducción y verificación, y reclama para sí racionalidad, pues puede determinar que regla se está siguiendo, y objetividad al mostrar que la conclusión se deriva deductivamente de las premisas- y el modelo de racionalidad narrativa -que abandonando a la subsunción aporta otro método para justificar las conclusiones de un razonamiento apelando a la composición, esto es recurriendo a hechos pasados, a la ostensión y a otras reglas puede justificar cuál es el contenido de cierta historia-. En efecto, en definitiva el modelo de racionalidad subsuntiva para poder justificar que está siguiendo una regla (sin caer en la concesión de un regreso al infinito apelando metareglas que justifiquen la que está utilizando) necesita caer en la misma técnica persuasiva que el modelo de racionalidad narrativa utiliza para justificar sus conclusiones (invocar un hecho pasado donde usó esa regla que le permita sostener por comparación que ahora también la está usando, o recurrir a la definición ostensiva, esto es, señalando lo

donde la interpretación tiene propiamente lugar. Aquí se deberá indagar -interpretar- si el hecho se encuentra o no abarcado por la norma y el recurso necesario para ello es la analogía. Por lo tanto, **la tarea interpretativa que no es otra cosa que una labor puramente analógica.**²⁵ La interpretación no termina allí donde empieza la analogía, sino que justamente nace con ésta, pues consiste en analizar si el caso difícil tiene similitudes relevantes con el fácil, que permitan aplicarle las mismas consecuencias jurídicas que a este último, puesto que éstas resultan axiológicamente previsibles para el ciudadano. Si bien **el texto legal** no se encuentra completo, **ofrece una pauta valorativa a seguir**, el caso claro, **que permite concretar el margen dudoso que encierra el texto.** De esta manera, la semántica del texto legal se deberá determinar a partir del caso claro (la semántica paradigmática o ejemplar). El legislador cumpliría con el mandato de determinación en la medida en que pudiera otorgar al menos algún caso claro; en caso contrario, el texto legal sería inconstitucional. Esto supone admitir que *el legislador debe delegar necesariamente en el juez por razones funcionales la concreción del texto legal,*²⁶ ya

que se hace). Ello permite cambiar nuestra concepción sobre la forma de justificar nuestros razonamientos, es decir, que a pesar de que se abandone el modelo subsuntivo es posible todavía justificar y controlar, de manera intersubjetiva, las conclusiones de un razonamiento.

25 Así, Brewer, "Exemplary Reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy", en Harv. L. Rev. 923, 1995-1996, p. 993 y 997 quien entiende que la vaguedad en los textos jurídicos es uno de los principales -de hecho tal vez más común- disparador de contextos de dudas en el cual los intérpretes legales piden oficialmente el recurso al argumento ejemplar, es decir, al razonamiento analógico; Salguero, *Argumentación jurídica por analogía*, Madrid-Barcelona 2002, p.215 quien a pesar de reconocer la prohibición legal en el ámbito del derecho de penal de la aplicación analógica del ley apunta que su aplicación podría plantearse en los casos de lagunas de reconocimiento donde la vaguedad de los términos juega un importante papel hermenéutico. También explica como el legislador español a través de definiciones disyuntivas -como ejemplo ofrece el art.192.2 del Código Penal Español- ha logrado reducir la misma para evitar la aplicación analógica de los jueces; Krey, *Studien*, p.189.

26 Schünemann, *FS-Klug*, I, Köln 1983, p. 179, entiende que dicha delegación en los casos de penumbra es directa al referir que «el juez recibe directamente del legislador la competencia respecto de la emisión del juicio valorativo, que mediante la promulgación de su ley pone a disposición del juez el relleno

de la zona de penumbra de modo completamente similar a como puede ser transferidas facultades legislativas genuinas a un ministerio u otro organismo de la administración pública mediante la autorización por la promulgación de un decreto-reglamentario»; Baldó Lavilla, *LH-Roxin*, p.375, refiere que «el margen de significado que el propio legislador otorga a la Ley proporciona y a su vez «legítima» al juez a adecuar la norma a las necesidades de justicia del caso concreto y actualizarla a la realidad social»; Silva Sánchez, "Sobre la "interpretación" teleológica en Derecho Penal", en *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Ed. Díaz y García Conlledo/García Amado, Bogatá 2006, pp.392-393, entiende que no puede prescindirse de una legitimación democrática mediata de las resoluciones judiciales y de las propuestas dogmáticas de *lege lata*. «Junto a la legitimación derivada de la racionalidad del sistema dogmático es necesaria, pues, la legitimación qua legalidad. Ahora bien, que esto sea así no implica que la asignación de sentido efectuada por el juez o el jurista teórico tenga que insertarse de modo rígido en el marco del tenor literal del enunciado, entendido como el "uso social de sus términos". De lo que se trata es de que el sentido asignado pueda seguir siendo calificado como "sentido" del enunciado legal, para lo que bastaría con una relación de "imputación objetiva" de la resolución judicial (o la propuesta interpretativa) con respecto al texto legal. Dada ésta, creo que resultan salvaguardadas las exigencias de legitimación democrática mediata de dicha resolución judicial (o propuesta interpretativa). Lo determinante es, pues, que, a la vista del texto y de su contexto (al que pertenece de modo muy significativo el sistema dogmático), la resolución judicial aparezca como una consecuencia, empíricamente previsible, metodológicamente defendible y axiológicamente razonable, del enunciado emitido por el legislador»; Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Probleme der Verfassungsinterpretation*, Berlin 1967, p.327, explica que con la creación de una norma judicial entonces la creación jurídica no es monopolizada por el legislador, sino que tanto el legislador como el juez se encuentran implicados en ello de manera conjunta. Si bien es verdad que no debe ser objetado que se mantiene la relación entre el legislador y el juez como una relación entre amo y sirviente. No menos cierto resulta que el juez es ciertamente un sirviente con amplios plenos poderes. El tiene que cumplir las instrucciones del legislador siempre y cuando como tales existan. Allí donde no existen instrucciones le ha sido confiado al juez la facultad de decisión provisional. Si éste no hace uso de ello en el sentido del legislador, entonces puede dar éste último nuevas instrucciones o hacerlas más claras. De hecho la jurisprudencia puede perfeccionar y remodelar las reglas jurídicas contenidas en las leyes antiguas cuando identifique, a través del silencio del legislador, que dicha creación se encuentra dentro de su sentido. De esa manera, han sido creadas en el derecho penal las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad; Coing, *Juristische Methodenlehre*, Berlin 1972, p.52, entiende que es tarea de los jueces cerrar las lagunas que hay en ley y que la ciencia jurídica le toca hacer el trabajo preparatorio para ello, al igual que lo hace en la interpretación. Si bien reconoce que el derecho positivo puede tolerar la excepción a este principio y prohibirle al juez, en el interés de los sujetos sometidos al derecho, cerrar la laguna, como lo sería en el caso del principio del *nulla poena sine lege*. También entiende que el cierre de lagunas en el derecho penal le está autorizado al juez, mejor dicho ello le está únicamente en este sentido, cuando con ello no son creados nuevos tipos penales; cfr. también Heck, *El problema de la creación jurídica*, Barcelona 1961, (trad. Manuel Entenza), pp.41-43; Robinson, Paul H., "Fair notice and fair adjudication", en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154 2005, p. 365, refiere que «el principio de legalidad también está pensado para ayudar a preservar el control de la criminalización del parlamento que es la rama más representativa del gobierno. Esta razón fundamental apoya la abolición de los delitos del common law y de la prohibición de la creación judicial de delitos. Él también apoya, de un

que el conocimiento que tiene el legislador sobre la limitación ontológica del medio que utiliza -su indeterminación actual y potencial- y su inactividad e imposibilidad en la toma de medidas tendientes a paliarlos obligan al juez a completar el texto legal inacabado para hacerlo operativo y evitar la saturación de la administración de justicia a la que llevaría la consulta directa al parlamento (tal como ocurrió caso Austriaco, razón por la cual hubo de ser abandonad).²⁷

Aquella delegación convierte al juez en el mandatario del legislador. Sin embargo, el juez no tiene

modo obviamente menor, la nulidad de las leyes vagas, porque las leyes vagas son delegaciones de facto a los tribunales del poder de criminalizar. Donde existe vaguedad, se les permite a los tribunales estipular la especificación que no hizo el parlamento». También en la nota nº 113 de dicha página refiere que «las leyes vagas mueven el poder de criminalización al poder judicial»; Krey, *Studien*, p.96, refiere que «las cláusulas generales son una pieza de la legislación que ha quedado abierta», por tanto el objeto para las lagunas de la regulación; su relleno, por consiguiente, es visto objetivamente como un «relleno que complementa a la ley», sin embargo sólo «*intra legem*», puesto que tiene lugar en el ámbito de la cláusula general como explicación del significado legal. La concretización de las cláusulas generales es luego una tarea que produce la norma (que completa la norma). En la relación Ley/Jurisprudencia, la cláusula general delega al juez la tarea de la creación de la norma; de acuerdo con esta delegación produce la judicatura (judicial superior) con sus precedentes el derecho judicial del caso (*judge made law*). Por consiguiente, la representación de la «aplicación de la ley» para las leyes consistentes en cláusulas generales resulta ilusoria en el sentido de la aplicación de una «norma acabada»; también a pp. 97 y ss. entiende que en el caso de las reglamentaciones casuísticas la interpretación tiene un significado que completa y crea la norma, en síntesis, lo dicho para la cláusulas generales es aplicable en más o menos medias a éstas reglas que contienen conceptos jurídicos normativos, indeterminados y necesitados de ser rellenos de manera valorativa. El juez aquí tampoco encuentra la norma lista, por lo que premisa mayor decisoria es un producto de la creación judicial de la norma que resulta en el ámbito de la norma de la ley aplicada o exactamente: Un producto de la cooperación de la división del trabajo entre la legislación y la perfección judicial de la norma. En estos casos existiría una complementación de la ley *intra legem*; Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg 1968, p. 138 refiere que porque el legislador no puede prever todos los problemas jurídicos necesita de la ayuda del juez. El juez debe incluir considerando aquello que el legislador no consigue fijar a causa de la elevada abstracción. En parte, es consciente el legislador de su improcedencia y cede al juez la decisión, que el mismo podría y debería alcanzar, en forma de una o varias cláusulas generales, que son luego en el sentido de las palabra encontradas por Hedemann «una pieza que deja a la legislación abierta».

²⁷ Así lo explica Ortiz de Urbina, *La excusa del positivismo. La presunta superación del "positivismo" y el "formalismo" por la dogmática penal contemporánea*, Ed. Civitas, Pamplona 2007, p. 40.

plenos poderes para legislar libremente, sino que debe seguir la concreción del texto legal guiado por el caso claro. El juez se encuentra **democráticamente legitimado** en esta actividad concretizadora, porque al cumplir el mandato, siguiendo la valoración del caso claro, aquélla puede ser vista como la verdadera expresión de la voluntad de su mandante que es quien, en definitiva, posee la representación popular. El juez al cumplir con su mandato concretiza el texto legal, determinado su semántica de modo ejemplar; esto es, a partir del caso paradigmático. Por ello, los jueces no sólo aplican la ley, sino que la perfeccionan buscando el Derecho al concretizar el texto legal. En estos casos, la labor del juez continental se asemeja a la que realiza el juez anglosajón.²⁸

En este trabajo el tipo penal es concebido, en la medida en que cumpla con el mandato de determinación, como un símbolo ejemplar de aquello que el legislador quiere castigar. Gracias a ese ejemplo paradigmático, el juez puede conocer el patrón axiológico que debe seguir para concretizar el texto legal, esto es, para cumplir con su mandato. La semántica del texto legal se determina con referencia analógica al caso ejemplar.²⁹ Intentaremos graficar ello de la mano de un ejemplo cotidiano que permitirá mostrar la propuesta metodología aquí sostenida:

²⁸ Cfr. Zipellius, *Das Wesen des Rechts*, pp. 74 y ss.

²⁹ Recientemente se viene sosteniendo desde la filosofía del lenguaje un planteamiento similar al aquí esbozado. En efecto, allí se pretende la postulación de concepciones basadas en ejemplos paradigmáticos como alternativas a la semántica tradicional; se propone una semántica en la que no se exija para que algo pertenezca a una clase que cumpla ciertas condiciones específicas, conjuntivas, disyuntivas, afirmativas o negativas, sino cierta relación con un estereotipo o un ejemplar paradigmático de la clase. Así, PAZOS, «La semántica de la derrotabilidad», en Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho, Coord. Cáceres, Enrique, Flores, Imer B., Saldaña, Javier y Villanueva, Enrique, disponible en BJV de la UNAM, México 2005, pp. 541-561, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1650/31.pdf>. Desde esta perspectiva, quedaría claro que la analogía con el caso claro es necesaria para determinar el ámbito semántico (que interpretar es hacer analogía). Por lo tanto, mis propuestas no abandonarían el sentido literal, sino que, muy por el contrario, permitirían su determinación.

Así como frente al símbolo convencional



cualquier persona comprende que la finalidad de la prohibición no se dirige tan sólo a quien fuma un cigarrillo (el indiscutible supuesto de hecho claro del símbolo), sino que también abarca a quien tiene 5 cigarrillos encendidos o a quien está fumando en pipa (casos dudosos). Con otras palabras, si bien el símbolo -que para nosotros sería el texto legal de la norma secundaria- resulta *infra*inclusivo,³⁰ sin embargo, nos remite a una norma más amplia, concretamente, que se encuentra prohibido fumar (la norma primaria). Esta norma abarca a todas las conductas axiológicamente equivalentes a la que se encuentra contenida con claridad en el símbolo de prohibido fumar un cigarrillo (aunque se exceda su “literalidad” y ello es así porque existe una equivalencia axiológica entre la valoración que transporta el caso claro con el difícil). Naturalmente, el símbolo excluye al sujeto que tiene en la boca un cigarrillo de vapor, que simulan ser humo, y que se utiliza como tratamiento para dejar de fumar, aunque esa acción encontraría *prima facie* una clara subsunción en el símbolo (el texto aquí se presentaría como *supra*inclusivo).³¹ Ello es así porque al no existir una equivalencia axiológica relevante entre este caso con el caso racionalmente claro, que

30 Habrá *infra*inclusión cuando el tenor literal de una norma deje fuera de ella conductas que, conforme a la razón justificante de esa regla o a los principios que la fundamentan -su *ratio*-, deberían estar incluidas. Sobre ello, cfr. Schauer, *Playing by Rules*, pp. 31-34; Moreso, *Doxa* n.º 24 p. 534, disponible en internet <http://www.upf.es/dret/filos/legalidad.pdf>; Silva Sánchez, “Sobre la “interpretación” teleológica en Derecho Penal”, pp. 377 y s.

31 Habrá *supra*inclusión cuando ciertas conductas se encuentran incluidas en la regla, pero deberían estar fuera de ésta, en atención a su razón justificante. Así, Silva Sánchez, “Sobre la “interpretación” teleológica en Derecho Penal”, pp. 377 y s.; Krey, *Studien*, p. 25, denomina a este tipo de lagunas “*verdeckte Lücken*”, es decir, lagunas ocultas, y explica que éstas existen cuando una norma comprende en su ámbito de aplicación casos que van más allá de su *ratio*, indicando que el medio adecuado para su relleno lo constituye la reducción teleológica, que consiste en la aplicación del Derecho *praeter legem*.

nos muestra la valoración final del legislador, debe ser excluido del ámbito de la norma (a través de una reducción teleológica).³² Este ejemplo cotidiano nos muestra cómo debe ser concebido el tipo penal, como un símbolo ejemplar o paradigmático, que sirve para concretar analógicamente la semántica de dicho símbolo. Por ello, el sentido literal posible de los términos -del símbolo- no traza el límite, sino que es un punto de partida para buscar el límite que ofrece la semántica paradigmática o ejemplar.

Ahora toca analizar el precepto legal contemplado en el art. 150 CP para identificar la existencia del caso claro y, en caso que ello fuera factible, a partir de él determinar su semántica (*la semántica paradigmática o ejemplar*).³³

No cabe duda alguna que quien entra por sí mismo en casa ajena en contra de la voluntad expresa o presunta de quien tiene el derecho de exclusión comete el delito de violación de domicilio. En efecto el precepto legal dice: «(e)l que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo». El caso que se presenta como dudoso para la doctrina es el de quien habiendo ingresado a dicho lugar con la anuencia del titular del derecho de exclusión, luego permanece en contra de esa voluntad. En este caso, el precepto legal -la norma secundaria- se presenta *prima facie* como *infra*inclusivo, toda vez que, si bien tanto en el caso claro como en el difícil se verificarían la oposición del titular del derecho de exclusión, esa oposición solo estaría prevista para quienes entraren y no para quienes permanecieran en dicho lugar.

32 Las lagunas axiológicas que operan por *supra*inclusión pueden ser integradas a través de una reducción teleológica. Mediante dicho mecanismo, el supuesto de hecho contemplado en la regla, en virtud de la generosidad de su tenor literal, se excluye del ámbito de aplicación de la norma teniendo en cuenta la finalidad de la regulación. Al respecto, cfr. Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*³, Springer Verlag, pp. 152-153 y 210 y ss.

33 Sobre esta concepción véase Raggi, *Interpretación y Ley Penal*, pp. 311 y ss.

En cuanto a la determinación del bien jurídico protegido por este delito, que constituye un criterio rector a la hora interpretar los tipos penales,³⁴ la doctrina considera, en primer lugar, el título del Código Penal en el que se encuentra regulado, a saber: “De los delitos contra la libertad”. A partir de ahí, señala que el Legislador pretendió proteger la intimidad, que constituye una de las manifestaciones de la libertad individual. En concreto, el mantenimiento de una esfera de reserva dentro de la cual el sujeto puede desenvolverse sin la injerencia de terceros (el derecho de toda persona de que su intimidad no sea turbada). En consecuencia, se ha señalado que ese ámbito de intimidad del individuo queda constituido por su domicilio (no en su sentido jurídico-civil), toda vez que se aplica a otros ámbito que no son estrictamente el domicilio (morada, casa de negocio, dependencias). Por lo tanto, este delito protege ese ámbito de intimidad, el domicilio en un sentido amplio, de la intromisión de terceros contra la voluntad de quien tiene el derecho de exclusión. Pero no sólo eso ya que en realidad, a mi juicio, el art. 150 CP protege el ejercicio del derecho doméstico consistente en la libertad de sus ocupantes de excluir la presencia de terceros para preservar su efectiva injerencia en el domicilio, toda vez que la protección se extiende a espacios que constituyen su antesala y en los que no se practica intimidad

34 Cfr., por todos, Otto, *Grundkurs Strafrecht*, § 1, n.m. 41, p. 8, quien hablando de las consecuencias que se derivan de definir el concepto bien jurídico, señaló que: “su tarea radica en ser una referencia directora para la interpretación de los tipos. Por consiguiente, el conocimiento en cada caso del bien jurídico penalmente protegido es necesario cuando de lo que se trata es de incluir el comportamiento descrito en los tipos legales particulares y de fijar los límites de los distintos tipos”. En esa línea de pensamiento Krey, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, Grundlagen, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld, 3. Auflage, Stuttgart 2008, § 1, n.m.8, p.4, señala que “(s)egún la doctrina dominante, la interpretación teleológica es el método de interpretación más importante, esto es, la interpretación conforme el sentido y finalidad de la ley (ratio legis). Puesto que las leyes penales tienen por objeto la protección determinados bienes jurídicos, la pregunta acerca del bien jurídico penalmente protegido resulta de considerable importancia para la interpretación teleológica de una norma penal”.

alguna (como ser: las dependencias).³⁵

Siguiendo ese patrón podemos descubrir la norma primaria a la que nos remite el caso claro del tipo penal previsto en el art. 150 CP, en concreto: «prohibido afectar la intimidad del domicilio -en un sentido amplio- contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de exclusión». Si bien el precepto legal en su literalidad [*Wortlautstatbestand*] parece dejar fuera a quien permanece contra la voluntad de quien momentos antes le permitió el ingreso, ese comportamiento queda incluido en el tipo en su interpretación [*Auslegungstatbestand*] sin ningún tipo de problemas.³⁶ Esta interpretación no resulta imprevisible ni sorpresiva para el ciudadano, toda vez que a través del caso claro puede acceder al contenido de la norma prohibitiva por intermedio de la cual el Legislador busca motivar su conducta y, por esa sencilla razón, no lesiona el principio de legalidad ni en su sentido material ni formal. En esa línea de pensamiento cabe afirmar que esta hermenéutica no sólo no abandona el sentido literal del texto legal, sino

35 Con respecto a ello, véase, Riggi, “Legitimación del Ministerio Público Fiscal de CABA para interponer recurso de inconstitucionalidad en materia penal”, publicado en Nota a fallo de la Revista La Ley Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Año 7, Número 01, Febrero 2014, p. 20; fíjese que para la doctrina alemana el bien jurídico protegido por el §123 StGB, que tipifica el delito de violación de domicilio, es el derecho doméstico del ocupante. En esta línea parece encontrarse la postura de los distinguidos jueces del Excmo. TSJ CABA, Dres. Conde y Lozano, en oportunidad de dicta el fallo “Aman” rto.4/12/2013, puesto que consideraron que el ingreso al hall de entradas de un edificio de propiedad horizontal sin la autorización expresa o presunta de sus ocupantes perturba la libertad de elegir quienes pueden ingresar o circular por la antesala de sus respectivos ámbitos de intimidad.

36 Esta distinción es efectuada por Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tübingen 1984, Capítulo nº 3 n.m. 48, p. 40, si bien tiene su origen en Bärwinkel, *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechte Unterlassungsdelikten*, 1968, p. 16 y ss., donde son diferenciadas los tipos de codificación de los tipos de interpretación (en terminología de Schmidhäuser, tipos en el tenor literal y tipos en la interpretación respectivamente); en esa línea, aunque acogiendo la terminología de Schmidhäuser en cuanto al *Wortlautstatbestand*, Freund, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, Mannheim 1992, pp. 13-14, 85 ss. y 125. La misma distinción es seguida por Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Barcelona-Madrid 2002, p. 112, aunque utiliza la terminología creada por Bärwinkel. También recurre a esa distinción Robles Planas, “Identidad de la dogmática jurídico-penal”, ZIS 2/2010, p. 135.

que permite su determinación a la luz de la *semántica paradigmática o ejemplar*. Por lo tanto, esta metodología interpretativa resulta lícita en el campo del derecho penal porque no abandona el sentido del precepto legal.

No obstante, sus postulados cuestionan el paradigma defendido por la doctrina dominante en torno a la interpretación lícita de la ley penal y dicha cuestión nos invita a la reflexión.

Los alcances de la decisión judicial

Ricardo Manuel Rojas (*)

* Doctor en Historia Económica. Juez del Tribunal Oral en lo Criminal Nº 18. Profesor de Análisis Económico del Derecho Penal.

I. Introducción

Las decisiones de los jueces tienen consecuencias que van más allá de lo que se discute en el caso concreto. Al mismo tiempo que definen derechos entre las partes, producen externalidades respecto de terceros y contribuyen a formar un cuerpo de normas y principios –la jurisprudencia– que servirá de guía a otros jueces y a las partes que intenten solucionar privadamente conflictos futuros.

En este sentido es posible enunciar una cantidad de destinatarios de las resoluciones del juez, algunos que reciben el impacto en forma directa, otros en forma indirecta, algunos en forma inmediata, otros a mediano o largo plazo. Hay quienes están a la expectativa de esa decisión, mientras que otros ni siquiera la esperan. Pero para todos ellos, que el juez decida, cuándo y en qué términos lo haga, tendrá consecuencias de algún tipo (Rojas, 2008, 190).

La sentencia deberá resolver del mejor modo posible el litigio entre las partes, generando certidumbre al definir derechos. Por su parte, tendrá efectos para determinados afectados indirectos, como acreedores, deudores, empleados, socios, parientes, víctimas, etc., que tienen interés en lo que se resuelva. Al mismo tiempo, esa sentencia estará contribuyendo a elaborar normas jurídicas a través de la jurisprudencia, que no sólo será utilizada por él mismo u otros jueces en el futuro, sino que dará una señal a potenciales litigantes que orientarán su conducta y en ciertos casos incluso les permitirá resolver privadamente su contienda al tomar como referencia la solución que pueden esperar en los tribunales.

Cuando se observa el tema desde el análisis económico, es posible medir la calidad de las decisiones judiciales desde el punto de vista de su eficiencia, según sea su contribución para disminuir costos de transacción y definir derechos de propiedad. Los jueces deben ad-

vertir que, con sus decisiones, no sólo están buscando alcanzar la solución más justa posible en el caso concreto, sino que están influyendo sobre las posibilidades de crecimiento o disminución de la riqueza y el bienestar en términos generales, que puede producirse como consecuencia de los incentivos creados para todas las personas, a partir de la aplicación de las normas que están contribuyendo a formar (Coase, 1960).

De este modo, el juez tiene el desafío de dictar, en una misma resolución, en forma clara, sin ambigüedades y comprensible, una decisión que haciéndose cargo adecuadamente de los argumentos de las partes, ponga fin al conflicto, que pondere las externalidades que su decisión tendrá respecto de quienes no son parte, y enuncie una norma concreta que operará como guía para la solución de casos futuros.

II. El carácter público o privado de las decisiones judiciales

La prestación del servicio de justicia estatal constituye, en muchos de sus aspectos, un caso típico de bien público, en tanto contiene dos características que lo diferencian de los bienes privados: la no rivalidad y la no exclusión. Es decir, que todos tienen aptitud para consumir dicho bien, y a nadie se puede excluir de su consumo, o resulta muy oneroso hacerlo (Rojas, Schenone, Stordeur (h), 39).

En el caso del servicio de justicia, si bien sería posible en principio excluir a quien no paga el costo por la prestación del servicio, su finalidad básica es cubrir las necesidades de todos los habitantes sin discriminación, sin que existan cuotas o limitaciones a la manera en que los habitantes lo utilicen. Incluso en varios países existen cláusulas constitucionales que expresamente disponen la gratuidad del servicio de justicia.

Una visión económica de la actividad judicial, a la luz de estas características propias de los bienes públicos, permite extraer algunas conclusiones:

1) La asunción estatal de la prestación de este servicio, debería servir para disminuir el costo social que se produce con la producción de determinadas conductas, tales como comisión de delitos, producción de daños o incumplimientos contractuales, y al mismo tiempo contribuir a la reducción de los costos de transacción entre personas que discuten formas de relacionarse entre sí.

2) Toda vez que en principio nadie puede ser excluido del servicio de justicia, el sistema judicial debería organizarse de tal modo que permita utilizar los recursos del modo más eficiente posible. Ello se logra principalmente disminuyendo la cantidad de litigios, alentando la solución por otras vías, y haciendo más expeditivos los procedimientos judiciales.

Como intentaré mostrar más adelante, las decisiones judiciales tienen una importancia crucial para lograr estos objetivos.

Las características del servicio de justicia como bien público no son indiferentes para los potenciales consumidores. Teniendo en cuenta que los recursos son escasos y las necesidades tienden a ser ilimitadas, el servicio sólo podrá ser ofrecido en la medida de los recursos que el Estado disponga para su prestación, independientemente de que alcancen para satisfacer o no a la demanda. Cuando la demanda supera a la oferta, las expectativas de algunos de los potenciales litigantes se verán frustradas.

En un ámbito de bienes privados, la cuestión se resuelve mediante el precio, que finalmente nivela oferta y demanda, pero la característica de no exclusión que poseen los bienes públicos impide resolver el problema de ese modo. Por el contrario, la virtual gratuidad del

servicio alienta la proliferación de litigios que podrían resolverse por otras vías, lo que incrementa la escasez del servicio.

La forma de resolver este problema termina siendo la morosidad judicial. Los jueces van resolviendo los asuntos en la medida de los recursos disponibles, y muchos de ellos finalmente no se resuelven o se lo hace luego de muchos años. La no exclusión y "gratuidad", a la postre son pagados por los litigantes cuyos derechos deberían ser protegidos por el sistema judicial, si funcionara correctamente, quienes se quedarán sin protección como consecuencia de la saturación del sistema.

Cuando se produce tal situación de saturación del servicio, normalmente se lo intenta solucionar incrementando la oferta, cuando en realidad parece mucho más eficiente tratar de disminuir la demanda. En efecto, frente a la morosidad judicial, se aboga por la creación de más tribunales, mayor dotación de empleados, mejoras tecnológicas. Todo ello supone la inversión de recursos que normalmente no abundan.

Sin embargo, más eficiente sería intentar que disminuya la demanda de justicia, es decir, que haya menos litigios. Hay varias formas de lograr esto: imponer altas tasas de justicia para quienes pierdan juicios o litiguen inútilmente, fomentar formas privadas de resolución de conflictos, a través de mediaciones o árbitros, mejorar la legislación en varias áreas para disminuir costos de transacción o hacer innecesarios los juicios, etc.

Otra de las formas de disminuir la litigiosidad, pasa por el tema sobre el cual gira este trabajo, y remite a la calidad de las decisiones judiciales y especialmente de lo que ellas producen: la jurisprudencia. La existencia de criterios claros respecto de cómo se resolverán los conflictos, permitirá a las potenciales partes de un litigio hacer un cálculo de los costos y beneficios de continuar con un juicio, o buscar un acuerdo que sea más benefi-

cioso para ambas partes. Por el contrario, una jurisprudencia errática, confusa, cambiante, generará incentivos para buscar a través del litigio una solución más favorable para los propios intereses. En mucho influirá que se haga o no la mayor o menor aversión al riesgo de los potenciales litigantes.

Una buena jurisprudencia actúa de manera similar a como operan los precios en un mercado: envía señales que ayudan a tomar decisiones más eficientes para todos los involucrados.

En este sentido, en su carácter de bien público, puede sostenerse que si la sentencia es una mera aplicación de una línea interpretativa del derecho vigente bien establecida, su valor es escaso como bien público, pues más allá de su utilidad para resolver un conflicto entre particulares, tendrá poca utilidad como criterio para aplicar en casos futuros. En cambio, cuando el asunto es controvertido y tiene consecuencias que trascienden el interés de las partes, adquiere una relevancia mayor al permitir enviar señales a toda la sociedad respecto de cómo se resolverán esos casos si se repitieran en el futuro. El análisis económico del derecho enseña que un conjunto de precedentes sólido y estable, al darle a toda la comunidad una idea de cómo se resolverán casos similares en el futuro, disminuye los costos de transacción y el nivel de litigiosidad, al fomentar la realización de acuerdos privados entre las partes (Spector, 20-21).

La sensación de seguridad jurídica que provoca la credibilidad en la actividad judicial, reduce sensiblemente los costos de transacción y permite una más eficiente interacción social. Las personas estarán mejor predispuestas para contratar con resguardos mínimos, en la medida en que confíen en que si se produce un conflicto, éste será resuelto de manera eficiente. Como señala Posner, la producción de precedentes judiciales tenderá a aumentar cuando su valor social aumente como consecuencia de

un incremento en la incertidumbre legal y viceversa (Posner, 2000, 522). En la medida en que las personas no tengan una idea más o menos clara de cómo responderá un juez frente a una situación en la que se vean involucradas, crecerá la importancia de contar con precedentes sólidos y estables para fijar esos parámetros.

Por otra parte, la actividad judicial tiene gran importancia en su vinculación con la legislativa. Los legisladores dictan normas generales destinadas a operar en el futuro, sobre la base de datos particulares del pasado, o a lo sumo, del presente. Cuando el legislador regula una actividad, lo hace apoyado en una suerte de visión "fotográfica" de la realidad a la que pretende regular. Seguramente intentará efectuar algunas predicciones respecto de la evolución social y las consecuencias de la aplicación de su ley de allí en más, pero dichas predicciones no están exentas de fuertes condicionamientos.

Es que, lejos de ser un fenómeno estático, el proceso social es complejo y dinámico, evoluciona y se modifica constantemente a partir de cambios en incentivos, expectativas, gustos, tecnologías, modas, etc. (Hayek, p. 73-74); además, así como los precios envían al mercado señales que orientan los gastos e inversiones, las leyes también envían señales que orientan y condicionan la conducta de la gente.

La mera sanción de una ley generará efectos (externalidades) positivos o negativos, sobre muchas personas que hasta ese momento no tenían conflictos ni buscaban la intervención del gobierno. A partir de entonces, las personas modificarán su conducta con el propósito de evitar que la nueva ley los perjudique, o si es posible, que los beneficie. Con ello se da la paradoja de que la propia ley que intenta llevar estabilidad a las relaciones individuales, por su mera sanción provoca modificaciones en la conducta de las personas que alteran algunas de las premisas que se tuvieron en cuenta

al dictarla, tornándola ineficiente aun dentro de sus propios fines (Rojas, 2004, 189).

Se suele afirmar que lo que el juez hace al dictar su sentencia es adaptar la ley general a las circunstancias del caso concreto. Si bien esto es cierto, tal vez más importante todavía es que la discusión de la norma en el caso concreto le permite al juez mostrar con su sentencia la mayor eficiencia o ineficiencia de dicha norma general para alcanzar el fin perseguido por el legislador, así como las externalidades no contempladas al sancionar la norma y que producen entre las personas cambios en su conducta que alteran el esquema inicial previsto por la ley. Desde este punto de vista se ha sostenido que el derecho de elaboración judicial es más eficiente que el legislativo (Rojas, 2004, 188 y ss.).

Como contrapartida, el legislador observará el proceso de evolución de la jurisprudencia, con el objeto de darle sanción legislativa a determinadas soluciones jurídicas nacidas de la práctica judicial (Rojas, 2008, 194-195).

El juez deberá comprender esta función esencial de la sentencia que dicta, que excede la decisión del caso concreto y le exige cierto cuidado muy especial en la forma en que debe expresarla.

No obstante que, como se dijo, en la actividad judicial se pueden detectar extensas áreas donde el servicio es un bien público, también existen otras donde pasa a ser un bien privado.

Como servicio potencial, es eminentemente público. Su sola existencia genera un efecto sobre la sociedad, que tendrá mayor o menor confianza en que, llegado el caso de un conflicto, el sistema responderá para proteger sus derechos. Pero cuando el juez define categóricamente derechos entre los contendientes a través de su decisión final, esa sentencia se convierte para las partes en un bien privado, cuya ejecución es útil para aquel que

resulta beneficiado. Y continuará siendo un bien público en tanto genera una doctrina judicial aplicable a casos futuros (Rojas, Schenone, Stordeur (h), 165).

III. El mecanismo de formación de la jurisprudencia

El derecho de elaboración judicial crece alrededor de doctrinas establecidas en decisiones individuales, que se van afianzando, modificando o perfeccionando hacia el futuro por nuevas sentencias. En la medida en que las decisiones de los jueces no estén condicionadas por determinado tipo de soluciones impuestas por la ley o por opiniones obligatorias surgidas de fallos plenarios, la jurisprudencia tiende a evolucionar de un modo similar a como la hace la ciencia en general, a través de un mecanismo de testeo de las doctrinas judiciales, siguiendo un patrón similar al de las conjeturas y refutaciones planteado por Karl Popper.

Se puede advertir, en efecto, una interesante correlación entre la idea de la racionalidad crítica de Popper, vinculada con la evolución del conocimiento científico, y el modo en que los tribunales han entendido la autoridad del precedente y cuándo debe ser dejado de lado. Afirmaba Popper:

El criterio para establecer el estatus científico de una teoría es su refutabilidad o su testeabilidad. Una teoría que no es refutable por ningún suceso concebible no es científica. La irrefutabilidad no es una virtud de una teoría (como se cree a menudo) sino un vicio (Popper, 1991:61).

La tarea del científico es la constante detección y eliminación del error, a través de la crítica de las teorías y presunciones, tanto las ajenas como las propias (Popper, 1991:50).

El método de ensayo y error, por supuesto, no es

simplemente idéntico al enfoque científico o crítico, al método de la conjetura y la refutación (...). La diferencia reside, no tanto en los ensayos como en la actitud crítica y constructiva hacia los errores; errores que el científico trata, consciente y cautelosamente, de descubrir para refutar sus teorías con argumentos minuciosos, basados en los más severos tests experimentales que sus teorías y su ingenio le permitan plantear (Popper, 1991: 78 y 79).

Las teorías no se transmiten como dogmas, sino más bien con el estímulo a discutir las y mejorarlas (Popper, 1991: 77).

El desarrollo continuo es esencial para el carácter racional y empírico del conocimiento científico; si la ciencia cesa de desarrollarse pierde ese carácter. Es la forma de su desarrollo lo que hace a la ciencia racional y empírica; esto es, la forma en que el científico discrimina entre las teorías disponibles y elige la mejor o (en ausencia de teoría satisfactoria) la manera en que sugiere algunas de las condiciones que debe cumplir una teoría satisfactoria (Popper, 1991:264).

El modo en que para Popper evolucionan las teorías científicas, a partir de la confrontación y refutación de sus conclusiones utilizando un método de razonamiento crítico, es asimilable al utilizado por los tribunales para la elaboración de criterios jurisprudenciales (Rojas, 2004a). En ambos casos, se busca afianzar el conocimiento adquirido hasta el momento (o el criterio jurídico aplicable), a partir de su confrontación con nuevas teorías o criterios, consiguiendo de tal confrontación, o bien el abandono de la teoría o criterio anterior, o bien su fortalecimiento.

El frecuente testeado que los jueces hacen de las doctrinas jurídicas con las consecuencias de su aplicación práctica en casos concretos, les permite verificar de modo más acabado en grado de eficiencia de ese criterio para alcanzar los objetivos buscados. Ello ocurre mu-

cho más por la detección de errores en el juicio que “ex ante” produjo el legislador o la jurisprudencia, que por la elaboración de razonamientos contrarios en abstracto.

En su vinculación con la tarea del científico, señalaba Popper:

“La respuesta adecuada a mi pregunta: ‘¿cómo podemos detectar y eliminar el error?’ Es, según creo, la siguiente: ‘criticando las teorías y presunciones de otros y –si podemos adiestrarnos para hacerlo- criticando nuestras propias teorías y presunciones... Esta respuesta resume una posición a la que propongo llamar ‘racionalismo crítico’” (Popper, 1991: 50).

“La función más importante de la observación y el razonamiento, y aún de la intuición y de la imaginación, consiste en contribuir al examen crítico de esas audaces conjeturas que son los medios con los cuales sondeamos lo desconocido” (Popper, 1991: 52).

Por lo tanto, la aplicación de criterios similares en el examen de la labor judicial, sugiere que dicha labor pasa mucho más por la aplicación de determinados criterios de razonabilidad para determinar la solución que suponga la más eficiente aplicación del derecho en el caso concreto y la enunciación de una norma abstracta que permita trasladar esta solución a casos futuros, que con la busca de la interpretación que con mayor fidelidad se atenga a la aplicación de la ley.

La noción de “seguridad” jurídica ha transitado alrededor de la tensión que produce este enfrentamiento entre la búsqueda de la solución eficiente y razonable en el caso, y el respeto a ciertos criterios pétreos generalmente emanados de la ley escrita, tendientes a poner en claro las reglas de juego sobre las cuáles giran las expectativas y decisiones de las personas. La tradición continental europea que nuestro país ha seguido, afianzó la idea de que la seguridad jurídica se logra a través

de la ley escrita, previa al hecho y conocida por todos. Sin embargo, esta idea de estabilidad de la legislación ha sido puesta en duda frecuentemente, desde que al ser la legislación el producto de un proceso político, su estabilidad o cambio depende de una serie de factores que conspiran precisamente contra su estabilidad. Al respecto ha dicho Bruno Leoni:

La idea en el continente europeo sobre la certidumbre del derecho es equivalente a la de la existencia de fórmulas escritas, redactadas con precisión. La certidumbre, en este contexto, se relaciona con un estado de cosas que se ve inevitablemente condicionado por la posibilidad de que la ley actual sea en cualquier momento reemplazada por una ley posterior. Mientras más intenso y acelerado es el proceso por el que se dicta la ley, más incierto será que las actuales normas subsistan durante algún tiempo. Más aún, nada impide que una ley —cierta en el sentido al que nos venimos refiriendo— sea imprevisiblemente cambiada por otra, no menos cierta que la anterior (Leoni, 141).

La búsqueda de seguridad jurídica en normas escritas y minuciosas conduce a lo que en otro trabajo he denominado “Dilema de la ley positiva”, cuyo enunciado podría ser el siguiente: “Dado un sistema jurídico basado en leyes positivas dictadas por un órgano legislativo, si las leyes son genéricas, tendrán mayores probabilidades de perdurar en el tiempo, pero dependerán en su aplicación concreta del criterio de los jueces. Si, en cambio, son minuciosas, dejarán menos margen a la discrecionalidad judicial, pero crecerá la probabilidad de que deban ser reformadas con frecuencia, mermando la estabilidad y seguridad jurídica” (Rojas, 2004:133).

En cambio, en los países que han seguido la tradición del *common law*, basados esencialmente en un derecho de creación judicial, se ha resuelto el problema de la certidumbre del derecho de acuerdo con el princi-

pio del *stare decisis*, que dispone la obligatoriedad de los precedentes en futuros casos iguales, con la finalidad de lograr la continuidad jurídica y cubrir la necesidad psicológica de satisfacer las expectativas razonables¹. Pero la autoridad del precedente tiene alcances distintos para esta tradición, de la que tiene la legislación en el derecho escrito.

En tal sentido, entendió la Corte Suprema de Estados Unidos que los tribunales no deben apartarse ligeramente de sus decisiones anteriores. Entre otras razones:

Se encuentra la conveniencia de que el derecho brinde una guía clara para la conducta de los individuos, de forma tal de poder planear sus asuntos, asegurados contra sorpresas desagradables (...) eliminando la necesidad de volver a discutir todos los aspectos relevantes en todos los casos y la necesidad de mantener la fe pública en el Poder Judicial como fuente de decisiones impersonales y razonadas².

Los motivos para rechazar cualquier regla establecida deben ser sopesados a la luz de estos factores. Pero la obligatoriedad de los precedentes en el sistema anglosajón no es estricta o insoslayable, sino que permite la evolución del derecho en la medida en que se compruebe la inconveniencia de su aplicación en un caso futuro. Como señala Cueto Rúa, citando a Chamberlain:

Según el principio del *stare decisis*, una decisión deliberada y solemne de un Tribunal o de un juez dictada luego de discusión, sobre un punto de derecho planteado correctamente en un caso, y necesaria para su decisión, es una autoridad (authority) o precedente obligatorio en el mismo tribunal o en otros tribunales de igual o inferior rango, en casos subsiguientes, cuando el mismo punto se vuelve a litigar; pero el grado de auto-

1 Al respecto se ha pronunciado la Corte Suprema de Estados Unidos en: “Helvining, Commissioner of International Revenue vs. Hallock et al”, 309 U.S. 106.

2 “Moragna v. Status Marine Lines”, 398 U.S. 375, 403.

ridad que corresponde a tal precedente depende necesariamente de su acuerdo con el espíritu de los tiempos, y del juicio de tribunales subsiguientes respecto de su corrección como una manifestación del derecho real o vigente, y la compulsión o exigencia de la doctrina es, en último análisis, de orden moral o intelectual, más que arbitraria e inflexible (Cueto Rúa, 1957:123).

En este último sentido, es bueno recordar las palabras del Juez Taney:

Debe estimarse en el futuro como ley de esta Corte, que su opinión sobre la interpretación de la Constitución está siempre abierta a la discusión cuando se supone que ha sido fundada en el error, y que su autoridad judicial dependerá siempre en lo futuro de la fuerza del razonamiento en que se apoya³.

En un sentido similar, la Corte Suprema argentina ha sostenido en primer lugar, que un criterio jurisprudencial sólo puede reiterarse en la medida en que se presenten cuestiones fácticas equivalentes y un análogo marco jurídico (Fallos: 323:1669) y que la autoridad de los precedentes debe ceder ante la comprobación del error o de la inconveniencia de las decisiones anteriores (Fallos: 293:50). Pero deben existir causas suficientemente graves como para hacer ineludible tal cambio de criterio (Fallos: 183:409), pues de lo contrario debe primar la estabilidad de la jurisprudencia (Fallos: 209:431).

En definitiva, los tribunales inferiores pueden apartarse de la doctrina de la Corte aun al decidir casos análogos sin que se produzca gravamen constitucional, en virtud de su independencia de criterios (Fallos: 308:1575, 2561); principio al que cabe hacer excepción en los casos en que se produce un desconocimiento de lo resuelto en el mismo caso, en violación al principio de obligatoriedad de las decisiones judiciales (Fallos: 307:1948).

Sin embargo, ese apartamiento no puede ser arbitrario e infundado, pues no obstante que los jueces sólo deciden en los procesos concretos que les son sometidos, y que los fallos de la Corte Suprema no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellos:

De esta doctrina emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se aparten de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (Fallos: 311:2004).

Este deber de los tribunales inferiores no importa la imposición de un puro y simple acatamiento de la jurisprudencia de la Corte, sino el reconocimiento de la autoridad que la inviste y, en consecuencia, la necesidad de controvertir sus argumentos cuando se aparten de dicha jurisprudencia al resolver las causas sometidas a su juzgamiento (Fallos: 312:2007).

De este modo, ambas cortes resolvieron con criterio de eficiencia la tensión entre dos valores: que los jueces tengan criterios más o menos estables de interpretación de las normas y solución de conflictos, y que los jueces tengan libertad e independencia para escoger soluciones más eficientes para el caso concreto, a la vez que producir a largo plazo la modificación de criterios que han mostrado ser inconvenientes. Este conflicto fue resuelto al sostener que los precedentes tienen un valor moral por su propia autoridad, y un valor institucional por la certidumbre que generan; y para que un juez inferior pueda apartarse de dichos precedentes, sus argumentos deben ser de tal entidad que lo justifiquen⁴.

³Smith vs. Turner (Passangers Cases); 7 How. 283, 470 (1849).

⁴ Un supuesto que debe ser examinado a la luz de estos principios es el de los fallos plenarios que, por disposición legal, imponen criterios de interpretación de la ley obligatorios para tribunales inferiores. Esta facultad, heredada de la tradición continental y que ni siquiera la Corte Suprema se ha reservado para sí, cons-

En términos popperianos, al resolver una nueva causa los jueces someten los criterios precedentes, por una parte, al testeo empírico de los elementos contenidos en el caso, por otra parte, al testeo histórico de las consecuencias de su aplicación en casos anteriores, y finalmente al testeo crítico de nuevos argumentos que aconsejen resolver de manera diferente. En la medida en que el precedente soporte esa confrontación y resulte victorioso, se mantendrá. De lo contrario, podrá ser sustituido por el nuevo criterio, que a partir de entonces deberá enfrentar las futuras pruebas. Esto hace que los cambios jurisprudenciales sean lentos, vinculados con aspectos acotados, y por motivos fundados tanto en la teoría como en las características del caso concreto.

Al mismo tiempo, contribuye a solidificar el orden jurídico, puesto que las modificaciones en las doctrinas jurisprudenciales no constituyen simplemente la sustitución de un criterio por otro —al modo en que una legislación sustituye de cuajo un marco jurídico por otro totalmente distinto—, sino que el nuevo criterio se asienta, y crece, a partir del anterior al que pretende mejorar. Ambas —la doctrina anterior y la nueva que la supera a partir de un razonamiento crítico— serán fundamentales en el desarrollo del derecho, pues la nueva no ha nacido de la nada, sino de la crítica a la anterior. Esto recuerda al modo en que se desarrollaron las teorías científicas a partir de los filósofos jonios, quienes junto con las nuevas teorías superadoras, transmitían las teorías superadas y el nombre de sus autores, para de ese modo lograr un entendimiento más acabado del conocimiento que se transmite, tal como señala Popper (1999: 43).

Ello permite una evolución del derecho, que va siguiendo distintos caminos, profundiza las soluciones que resisten los exámenes y perfecciona otras, en los

puntos que logran ser refutados. De este modo, el juez goza de suficiente libertad de criterio para decidir el caso concreto de acuerdo con su razonamiento crítico y evaluando sus particularidades; y a la vez cuenta con un cuerpo sólido y coherente de precedentes judiciales que le sirven de guía para resolver las cuestiones jurídicas involucradas.

Estas características del derecho judicial han permitido afirmar con autoridad que suele ser mucho más robusto, desde el punto de vista de la búsqueda de seguridad jurídica, un sistema que se asienta en cambios lentos, meditados, sobre temas muy puntuales, producidos luego de un debate en el que todas las posiciones han sido expresadas, que aquellos que permiten —en los sistemas de derecho legislativo— la modificación total de un marco regulatorio por disposición de la mayoría de una asamblea. Se pueden consultar en este sentido los extensos argumentos expresados por Bruno Leoni (1960).

Estas reflexiones sobre el complejo mecanismo de elaboración y modificación de criterios jurisprudenciales y sus consecuencias, sirven para resaltar la importancia de los términos que utilicen los jueces al redactar sus sentencias.

Basta con advertir que la mayoría de las doctrinas judiciales son expresadas en frases muy cortas y precisas, y frecuentemente, la sustitución de una palabra supone la modificación de toda la doctrina. Si un juez no es cuidadoso al seguir este mecanismo de elaboración, podrá generar una enorme confusión y la consecuente inseguridad jurídica causada por la desconfianza en la estabilidad de la jurisprudencia.

IV. La redacción de las sentencias y su importancia desde el punto de vista de los distintos destinatarios de la decisión

Lo dicho hasta aquí permite advertir la crucial importancia que tiene la redacción de las sentencias en aquellos casos controvertidos o donde no existan criterios jurídicos aceptados generalmente, y el enorme impacto, positivo o negativo, que un párrafo —o su ausencia— puede tener sobre un variado grupo de destinatarios.

También nos muestra que la decisión del juez no sólo tiene efectos inmediatos sobre los involucrados, sino que una parte de su sentencia contribuye a formar un conjunto de normas jurisprudenciales que, debido al mecanismo de su elaboración, tienden a perdurar en el tiempo con amplio grado de estabilidad.

Si la redacción no contribuye a la formación de esas normas jurisprudenciales de manera razonada y clara, la consecuencia puede ser la generación de mayor confusión e inseguridad jurídica.

A partir de ello es posible deducir una serie de recomendaciones que sería aconsejable que el juez tenga en cuenta al momento de redactar una sentencia:

4.1. Descripción precisa del objeto del litigio a discutir y su tratamiento exhaustivo.

En primer lugar, la sentencia debe contener un claro relato de los hechos objeto de discusión, del tema que el juez debe resolver, con una expresión detallada de sus particularidades.

Esto no sólo es importante para las partes, sino fundamentalmente para quienes en el futuro deberán vincular la doctrina emanada de ese fallo con casos futuros, y entonces necesitarán contrastar las coincidencias y diferencias en los hechos para determinar si la doctrina es aplicable.

Desde este punto de vista, puede decirse que hace a la esencia de una sentencia, se exhaustivo en la ponderación de la prueba producida y el tratamiento de los argumentos alegados y discutidos en el caso concreto, y escueto en la enunciación de principios jurídicos abstractos destinados a alimentar la jurisprudencia (Rojas, 2004:191 y ss.).

4.2. Claridad en la evaluación de la prueba, los argumentos de las partes y la resolución de la controversia concreta

Al tener en cuenta ese doble rol, presente y futuro, y la multiplicidad de destinatarios, adquiere particular relevancia la regla de que ella debe decir todo lo necesario, pero nada más que lo necesario (Belluscio, 2006).

La sentencia debe agotar todos los argumentos necesarios para decidir definitivamente el caso concreto. Debe ponderar toda la prueba relevante producida durante el debate, hacerse cargo de todos los argumentos sustanciales de las partes y poner fin de un modo claro a la controversia puntual.

Al mismo tiempo, debe limitarse a decidir lo planteado por las partes, y no extenderse hacia otras cuestiones, por más que al juez le parezca que ello no afectará a los litigantes, pues su decisión podrá provocar efectos respecto de quienes no están involucrados en el pleito.

La importancia de la claridad en el lenguaje escrito ya había sido puesta de resalto por Karl Popper respecto de la labor del científico:

Buscar la sencillez y lucidez en el lenguaje y en el texto escrito, es un deber moral de los científicos. La falta de claridad significa que estamos en presencia de un error o de una estafa intelectual (1991:331).

Precisamente Popper hacía esta referencia para remarcar la oscuridad en el uso del lenguaje entre los

intelectuales alemanes, que según él fue luego imitada por los franceses y los sudamericanos. La importancia en el correcto uso del lenguaje era mostrada por este filósofo, con relación a la necesidad de validar científicamente las teorías:

Esta actitud idiomática de expresar las cosas de un modo difícil y contundente hace que los intelectuales alemanes sean irresponsables. Uno no puede probarles que aquello que dicen es falso, porque es ininteligible... Se expresan de un modo tan vago y difícil, que uno no puede saber qué quiso decirse y, si en realidad, quiso decirse algo. Y esto es irresponsabilidad. Uno no puede decirle... esto es falso. Porque no estando claro lo que es, tampoco es claro que sea falso (Popper, 1990).

La falta de claridad tiene similares consecuencias en las sentencias judiciales, y mucho peores aún cuando a partir de una sucesión de sentencias se intenta elaborar una doctrina jurisprudencial.

La necesaria claridad en el lenguaje es un tema que mereció especial ponderación por nuestra Corte Suprema de Justicia, al sostener que la garantía de la defensa en juicio exige que la sentencia sea comprensible para el justiciable (Fallos: 315: 856).

Al contrario de lo que muchos piensan, escribir en forma sintética y clara es mucho más difícil que elaborar largos escritos que contengan una erudita sucesión de citas, aunque poca sustancia.

Es bueno que los jueces recuerden siempre la conocida máxima de Blaise Pascal, expresada en una de sus cartas: "Si tuviese más tiempo, escribiría una carta más corta".

Es mucho más útil al justiciable, y a todos los efectos antes señalados, la sentencia concisa y clara, que la extensa y adornada con citas tan numerosas como innecesarias, que generalmente obligan al lector a hacer

un enorme esfuerzo para sintetizar aquel concepto que bien pudo ser expresado en diez renglones.

Los jueces deben esmerarse lo más posible por expresar sus conceptos con términos habitualmente utilizados en el diálogo común, y evitar todo lo que normalmente se coloca como decoración, que no sólo no sirve a lo que debe resolver, sino que puede generar confusión respecto de algunos de los destinatarios de la sentencia, tal como vimos. Además, el decorado muchas veces distrae la atención del espectador, y disimula la ausencia de sustancia, al modo en que lo hacen muchos platos de la *nouvelle cuisine* francesa.

Lo que el juez dice, lo que resuelve, el *dictum* y sus fundamentos lógicos, es lo que debe quedar claro de la simple lectura de la sentencia.

Para que la médula de la decisión resalte, y aparezca entonces comprensible para todos los destinatarios —directos e indirectos, presentes y futuros—, deberá cuidarse de no abundar innecesariamente en citas doctrinarias; y también ser muy cuidadoso al escoger las citas jurisprudenciales, tal como se explicará en el punto siguiente.

4.3. Precisión en la descripción de la norma abstracta y general que emana del fallo

Como se vio, las doctrinas judiciales se van elaborando lentamente, precedente sobre precedente, buscando similitudes y diferencias entre los hechos del caso y las distintas doctrinas jurídicas que se han formado para resolver controversias similares.

Los hechos y el derecho están fuertemente vinculados, al punto en que es cada vez menos razonable pretender examinarlos en forma separada. En tal sentido, es importante recordar lo sostenido por los Jueces Petracchi y Fayt en su voto registrado en Fallos: 321:494, al decir que "muchas veces pierde virtualidad la tradicio-

nal separación entre cuestiones de hecho y de derecho, pues en la mayor parte de los casos, la propia descripción de los presupuestos fácticos del fallo está condicionada ya por el juicio normativo que se postula⁵; y del mismo modo, son los hechos objeto de litigio los que condicionan la discusión sobre el derecho.

Esta evaluación de los hechos a la luz de precisas doctrinas jurídicas de elaboración jurisprudencial, constituye uno de las principales preocupaciones en la práctica forense de los países de derecho judicial, como los que siguen la tradición anglosajona del *common law*. Ello consiste en seguir con precisión los siguientes pasos: 1) describir con suma claridad el hecho objeto del litigio, y derivar de él la cuestión abstracta a resolver; 2) evaluar dicha cuestión a la luz de las distintas doctrinas jurisprudenciales, para decidir si resulta procedente aplicar alguna de ellas al caso; 3) elaborar una doctrina que emane del caso actual, la que podrá: profundizar alguna de las líneas jurisprudenciales ya existentes; apartarse de ellas y crear una nueva; o introducir alguna variación o agregado a las doctrinas que no se adecuan totalmente al caso en discusión.

4.4. No confundir una sentencia con un ensayo académico

Los escritos académicos y las decisiones judiciales tienen grandes diferencias estructurales y conceptuales, lo que produce que no necesariamente los buenos académicos puedan ser buenos jueces, y viceversa. Normalmente el académico no escribe sobre cualquier tema al azar, sino que busca desarrollar una tesis previamente escogida, respecto de la cual conoce de antemano cual será la conclusión a la que quiere llegar, y por lo tanto se-

leccionará, del universo de hechos, ideas y argumentos, aquellos que le permitan lograr su cometido.

El juez, por el contrario, está llamado a resolver un tema puntual que no ha elegido, sino que le es impuesto por las partes en litigio. Los hechos y evidencias que deberá utilizar para elaborar su sentencia son aquellos que las partes le acercaron (el universo, para él, es lo que está en el expediente), y en buena medida, los argumentos e ideas alrededor de los cuáles fundamentará su decisión, también han sido aportados por las partes al producir sus alegatos finales.

Sin embargo, existe un peligro entre los jueces —generalmente también profesores universitarios y escritores de libros y ensayos jurídicos— de confundir los dos campos, y de pensar que sus conocimientos académicos deben ser trasvasados sin más al contenido de sus sentencias.

Es frecuente encontrar sentencias escritas como si fueran ensayos —incluso las citas doctrinarias son colocadas a pie de página, al modo de los textos académicos—, convirtiéndose en extensos desarrollos de temas teóricos que en ocasiones ni siquiera tienen relación directa con el asunto discutido en el caso.

No es descartable que algún juez sucumba ante la tentación de forzar los hechos de un caso para tener la ocasión de explayarse sobre determinada cuestión teórica —algo que lamentablemente suele verse—, o aún sin llegar a ese extremo, incluir de todos modos esa cuestión como una suerte de *obiter dictum*, generalmente innecesario, pero que permite su lucimiento personal.

Sin embargo, no hay que olvidar que la mayoría de las discusiones que se desarrollan en los procesos judiciales, transitan en primer lugar y fundamentalmente sobre los hechos del caso en particular; y recién una vez acotados éstos, se los intenta subsumir en alguna solu-

5 De la sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, in re: "López, Fernando Daniel s/recurso de queja", del 15 de octubre de 2004. Confr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1995, p. 54 y ss.; Calamandrei, Piero, *La Casación Civil*, Buenos Aires, 1945: t. II, p. 294 y ss.

ción jurídica, lo que en muchos casos se produce sin dificultades, debido a la índole de la discusión⁶.

Toda sentencia puede tener repercusiones interesantes desde el punto de vista académico, puede generar su publicación en revistas jurídicas, su comentario por profesores y especialistas. Pero al mismo tiempo puede tener muy perniciosas consecuencias desde el punto de vista de su función, si la discusión de temas abstractos opaca o sustituye a la discusión sobre los hechos concretos, o si se divorcia de ese proceso de razonamiento crítico de temas puntuales alrededor del cual debe formarse la jurisprudencia.

Este problema se advierte con mayor fuerza en los tribunales colegiados de apelación, por dos motivos: 1) porque tienen la función de decidir cuestiones más teóricas y abstractas que el inferior; y 2) porque la tendencia al lucimiento académico trae aparejada la disminución de uno de los principales beneficios de la integración múltiple del tribunal, que es la interacción entre los jueces.

El primer lugar donde debería producirse el intercambio de argumentos a partir del razonamiento crítico, debería ser el interior del propio tribunal, en la deliberación que deberían protagonizar sus miembros. Al respecto ha resuelto nuestra Corte Suprema nacional que las sentencias de los tribunales colegiados no pueden concebirse como opiniones individuales y aisladas de sus integrantes, sino como el producto de un intercambio racional de ideas entre ellos (Fallos: 312:500).

Sin embargo, eso no siempre ocurre. Suele verse

⁶ Incluso parece conveniente señalar que parte de la doctrina judicial norteamericana opina que las decisiones judiciales son normas estrictamente individuales, de las cuáles no pueden extraerse doctrinas aplicables hacia el futuro, y que sólo tienen entidad para la discusión concreta a la luz de los hechos de cada caso en particular. Se pueden ver los argumentos de esta corriente en Holmes (1975), Frank (1949). Un desarrollo de estos argumentos puede consultarse en Rojas, (2004:138 y ss.).

en algunas sentencias que tres jueces, quizá coincidiendo con la solución final del asunto, elaboran tres escritos donde desarrollan líneas doctrinarias en algunos casos no coincidentes entre sí, sin que sea posible encontrar en toda la sentencia un intercambio de ideas del cual pueda extraerse una síntesis.

Especialmente el problema se agrava desde la óptica de aquella función generadora de una jurisprudencia, que la sentencia debería tener. En efecto, será muy difícil saber en estos casos cuál es el fundamento real de la doctrina jurídica creada por los jueces, y mucho menos por dónde deberán producirse los futuros ajustes a esa doctrina.

Es que a diferencia del académico, al juez no se le exige originalidad en sus escritos, sino que por el contrario, la estabilidad y continuidad de sus conclusiones en el contexto de la jurisprudencia ya existente, son muy valoradas en cualquier sistema jurídico (Posner, 2011:231 y ss.).

V. Conclusiones

Cuando se dice que los jueces hablan a través de sus sentencias, se pretende referir que todo lo que tengan que decir sobre un caso concreto deberá ser expresado en esa resolución. Pero esto enfrenta al juez a una serie de complicaciones que debe enfrentar una vez que se sienta a elaborar su decisión.

Es que en realidad los jueces, en general, no “hablan”, sino que “escriben”. Aún en los procedimientos basados en la audiencia oral y pública, el punto culminante del ejercicio de su jurisdicción es la redacción de su sentencia.

Aquello que escriben está dirigido a una gran cantidad de lectores, tantos y tan variados que muchas veces ni siquiera el propio juez los puede prever. Algunos de esos lectores esperan con ansiedad esa sen-

tencia. A otros, ni siquiera les interesa, hasta que algún episodio las torna importantes para ellos, quizá muchos años después de su redacción.

Eso que los jueces escriben debe combinar en forma muy meditada, la minuciosidad necesaria para hacerse cargo de todos los aspectos del litigio entre las partes, con la abstracción que requiere la elaboración de una norma de carácter general, destinada a ser la base de decisiones futuras. La seguridad jurídica le impone que sea muy cuidadoso con ambos aspectos y no descuide ninguno.

Todo ello debe ser tenido en cuenta por el juez. Sus sentencias pueden ser arbitrarias o inconvenientes, no sólo por aquello que omiten decir, sino también, por decir más de lo que deben.

Posiblemente podría afirmarse, a modo de conclusión, que la redacción de una buena sentencia — como la redacción de una buena carta, para Pascal— es más un arte que una ciencia. No son silogismos desnudos, ni citas doctrinarias y jurisprudenciales que pretenden otorgar un muchas veces dudoso argumento de autoridad, lo que caracteriza a las buenas sentencias: es el arte de combinar lo concreto con lo abstracto, lo singular con lo general, lo presente con lo futuro. Todo en un mismo escrito, que conforme las expectativas tan disímiles de sus destinatarios, sin generar al mismo tiempo conflictos entre ellas.

VI. Bibliografía

Belluscio, Augusto César, Belluscio, Augusto C., (2006) *Técnica jurídica para la redacción de escritos y sentencias*, La Ley, Buenos Aires.

Coase, Ronald H., "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, University of Chicago Press, vol. 3 (Oct. 1960), pp. 1-44.

Cueto Rúa, Julio César, *El Common Law*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1957.

Frank, Jerome, *Courts on Trial*, Princeton University Press, 1949.

Hayek, Friedrich A., *Estudios de Filosofía, Política y Economía*, Unión Editorial, Madrid, 2007.

Holmes, Oliver W., *La senda del derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.

Leoni, Bruno, *La Libertad y la Ley*, Centro de Estudios sobre la Libertad, Buenos Aires, 1960.

Popper, Karl, (1990) "De las teorías a las ideologías", entrevista de Manfred Schell en Kenley, Gran Bretaña. Publicado en *La Nación* del 8 de julio de 1990.

Popper, Karl, (1991) *Conjeturas y Refutaciones*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1991.

Popper, Karl, (1999) *El mundo de Parménides. Ensayos sobre la ilustración presocrática*, Ed. Paidós, Barcelona, 1999.

Posner, Richard A., *El análisis económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

Posner, Richard A., *Cómo deciden los jueces*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011.

Rojas, Ricardo Manuel (2004), *Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico*, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2004.

Rojas, Ricardo Manuel (2004a), "Ayn Rand y Karl Popper sobre el conocimiento: ¿es posible encontrar un punto de conexión?", *Revista Libertas* n° 40, ESEADE, Buenos Aires (mayo 2004).

Rojas, Ricardo Manuel (2008), "¿Para quién escriben los jueces? Algunas reflexiones sobre el lenguaje judicial y sus consecuencias", *Revista de Análisis Institucional*, Fundación Friedrich A. von Hayek, N° 2, marzo de 2008, pp. 189-212.

Rojas, Ricardo Manuel; Schenone, Osvaldo, Stordeur (h), Eduardo, *Nociones de Análisis Económico del Derecho Privado*, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 2012.

Spector, Horacio, *Elementos de Análisis Económico del Derecho*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004.

Reflexiones sobre la justicia como poder, en el estado democrático de derecho

José Sáez Capel (*)

* Dr. Dr. h. c. Mult. Juez de Cámara del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Consejero del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA).

El tema de mi comunicación es cuestión que creo conocer fundamentalmente por mi condición de magistrado e integrante de un Poder Judicial, con un control de constitucionalidad difuso semejante al de los EEUU de Norteamérica; lo que lo transforma, a más de una administración de justicia, en un real Poder del Estado.

Un Estado de derecho es bastante más que un estado que tiene normas jurídicas; en el que merezca el calificativo de tal, las elecciones son condición necesaria, pero no suficiente. Lo que hace al Estado de derecho y a la democracia son ciertas estructuras y hábitos, una mecánica de funcionamiento cotidiano y hasta una actitud moral del pueblo y de los mandatarios por él elegidos. En un Estado de derecho, dice GARCIA AMADO¹, no hay lugar para el culto de la personalidad, en él, quien gobierna es el primero en obedecer al derecho de todos, porque los poderes están separados y se controlan entre sí, en particular la administración de justicia que tiene una seña de identidad en la escrupulosa independencia y cada juez halla el núcleo de su ética profesional en su imparcialidad, independencia y celo para aplicar las normas. Un Estado en el que los jueces son fieles a tales o cuales personas o grupos, con jueces obedientes o militantes, no lo podemos calificar como de derecho, pues estos son los últimos guardianes de la Constitución.

Donde predominen los jueces complacientes con el poder, cualquier enumeración constitucional de derechos será mera letra muerta: Tal el paradigmático caso de la burocracia judicial alemana que con la cobertura filosófica del neo-kantismo de la Escuela Sud Occidental, pudo navegar la caída del imperio, la proclamación de la República de Weimar, la violencia de los años de la crisis, los crímenes del nazismo en el poder, las

leyes racistas, el genocidio y la guerra, todo eso aplicando un mismo sistema jurídico.

Refiere el profesor de la Universidad de León que, donde los derechos fundamentales que interesan no son más que los de los sumisos o los partidarios, no hay Estado de derecho ni democracia, ni Constitución que no sean subterfugios, eso no es justicia, es algo más bien distinto, de lo que nos habla la historia y que hemos visto antes y aún hoy día en demasiadas naciones desgraciadas.

Siempre he pensado que las dos características de un Poder judicial, digno de tal nombre, son la independencia y la imparcialidad.

¿A que me refiero cuando hablo de independencia? Hay dos aspectos de la llamada independencia judicial, el primero es la independencia externa, es decir que los jueces no sufran presiones de afuera, sea el poder ejecutivo, sean grupos de presión, sea el propio poder legislativo, cuando se produce suele generar un gran escándalo, pero se trata de casos muy concretos.

La otra es la interna, sobre la cual se suele reparar poco, se trata de la independencia de los jueces respecto de los propios cuerpos colegiados del mismo poder. Cuando ésta no se respeta, los efectos se sufren en todos los casos pues se está invadiendo el ámbito de autonomía decisoria de los magistrados. Lo que ocurre cuando se estructura en forma corporativa, donde se habla de instancia inferior, o de instancia superior.

Es por eso que, dable es de resaltar la disposición del artículo 107 apartado tercero de la Constitución Italiana, cuando dispone que: *Los magistrados se distinguen entre sí únicamente por la diversidad de sus funciones*. Por lo que, entre los jueces no debe haber jerarquías, lo único que debe haber son diferentes competencias.

Entiendo que los modelos o estructuras del poder judicial los podemos agrupar en tres órdenes. Unas que

¹ Juan Antonio García Amado, es profesor de la Universidad de León (España), especialista en Teoría y argumentación jurídica.

podríamos calificar de empíricas, que como el clásico sistema inglés, no están planificados en una ingeniería institucional previa, no existe una mano que lo haya diseñado, en él existe una relación directa entre el grado de confianza que el ordenamiento inglés depositó en sus jueces, al igual que el espacio que estos supieron ganar, para la preservación del sistema y la dosis de independencia respecto de los titulares de los poderes políticos².

Ello resulta lógico ya que la Gran Bretaña es el típico ejemplo de país que ha ido creando, consolidando y renovando sus instituciones fundamentales, a través del tiempo, sin codificar las normas. Así su constitución está integrada en parte por la costumbre (common law) y la jurisprudencia (case law) y en parte por leyes escritas dispersas (statute law)³.

Por lo demás es de suma importancia la evolución de la teoría de la separación de poderes y, por el otro el origen regio de la función de juzgar.

El segundo sistema al que podríamos denominar técnico-burocrático es el sistema francés, que predominó en toda Europa hasta fines de la Segunda Guerra. Y ello es así, porque la concepción francesa de la división de poderes difiere de la norteamericana, tanto en su planteo como en sus consecuencias.

MONTESQUIEU en su obra *Del espíritu de las leyes*, considera la división de poderes como condición ne-

cesaria para la organización del Estado y atribuye a ese factor, que había observado en Inglaterra, la libertad de que gozaban los súbditos en este país⁴. No obstante es preciso recordar que MONTESQUIEU concebía al juez como integrante de un poder orgánicamente débil y funcionalmente reducido a lo puramente automático, que debía limitarse a aplicar literalmente la ley⁵.

Con estas ideas se llega a la Revolución (1789) donde debido a la desconfianza que se tenía de la justicia en el otrora antiguo régimen es la idea que nutre todo el sistema francés y luego el europeo continental, es la primacía del legislativo, en tal sentido el principio fundamental de la Revolución francesa residía en que la Asamblea era absolutamente soberana y en que los jueces estaban completamente sujetos a las leyes dictadas por aquella⁶.

Y ello era así, porque el dogma roussoniano se basaba en que la legislatura siempre actuaba como protector natural de los derechos de los individuos y era infalible en la defensa de ellos.

De tal manera, podemos observar que a partir de tal afirmación del principio de la supremacía legislativa, en la práctica constitucional del continente europeo, la justicia quedó sometida no sólo al Poder Legislativo sino que, también terminó sometida al Ejecutivo⁷.

De esa forma se consolidó un mecanismo por el cual la actividad de la administración fue sustraída de todo control jurisdiccional, a la vez que el juez fue considerado funcionario público, ubicado dentro de la administración,

2 En el sistema legal británico no hay control judicial de constitucionalidad – al igual que en Holanda – por lo que ningún juez ni aún el Tribunal de los Law Lord, puede descalificar una ley dictada por el Parlamento sobre la base que viola la constitución, que en el caso del UK es consuetudinaria y no escrita. Si bien COKE, en el caso *Bonham*, intentó promover la idea de que en algunos casos el common law podría controlar una ley y declararla nula por ser contraria al derecho y a la razón, la idea no se impuso. Es tradición británica – tal como afirmó BLACKSTONE – que lo que el Parlamento haga, ninguna autoridad de la tierra lo puede deshacer.

3 Entre las normas escritas, algunas retrotraen su antigüedad a muchos siglos atrás, tales como la Carta Magna (1215), la Petición de Derechos (1628), el Acta de Habeas Corpus (1679), el Bill of Rights (1689). Suele también agregársele las Actas de Unión de Escocia (1707) e Irlanda (1800).

4 *Del espíritu de las leyes*. Capítulo XI (1748). Hay traducción española en Ediciones Orbis, página 143 y s.s. Buenos Aires, 1984.

5 FAYT, C. – *Supremacía constitucional e independencia de los jueces*. Pág. 11. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994.

6 NINO, C. S. – *Fundamentos del derecho constitucional*, página 660. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1992.

7 REBUFFA, G. – *La funzione giudiziaria*. 3ed. Pág. 46. G. Ghiappichelli Editore, Torino, 1943.

lo que condujo a que en la Europa de anteguerra, salvo excepciones, no existiera control de constitucionalidad.

Se ha sostenido y con bastante certeza que en Europa no había tenido derecho constitucional sino derecho administrativo. Y ello es así, porque una constitución que no tenga previsto un sistema de control de constitucionalidad, en definitiva no es una constitución sino un acto de buena voluntad.

Si a esa primacía, aunamos la orientación de las doctrinas del derecho público de principios del Siglo XX, especialmente la del Estado persona, teoría de origen alemán de la soberanía única que clamó la indivisibilidad de la persona pública, en cuya virtud la organización de la administración pasó a ser competencia reservada del ejecutivo, lo que llevó a considerar la labor del juez como una simple tarea de adaptación de la ley al caso concreto, a la que se une la Casación para garantizar la armonía entre la legislación y la jurisprudencia, para unificarla y evitar que ésta fuese díscola.

De esta forma Europa continental no conoció el control de constitucionalidad hasta casi la mitad del siglo pasado, si bien hubo experiencias de entre guerras como la republicana española (1931), la checoslovaca⁸ y la austriaca⁹, pero desaparecieron con las crisis políticas de esos sistemas, la primera con la caída de Madrid en manos de los rebeldes franquistas (1939) y las otras dos con las respectivas anexiones de esos países por parte de la Alemania nazi.

El control constitucional europeo se generaliza luego de la Segunda Guerra mundial, sobre el modelo austriaco de control centralizado de H. KELSEN – que en la década del '20 del siglo pasado - protagonizara la fa-

mosa polémica son KARL SCHMIDT¹⁰, ese control centralizado hace caer directamente la vigencia de la ley declarada inconstitucional, que pierde vigencia erga omnes, a diferencia del control difuso que sólo designa el caso.

Además, los europeos, coronaron sus sistemas jurídicos con una corte o tribunal de casación. Por ello casación e inconstitucionalidad son dos instituciones que emergen de dos revoluciones distintas, en la francesa se pretende alterar la estructura de clases, contra la nobleza pero en gran medida mira con desconfianza a los jueces, de tal forma que la originaria casación fue integrada por legisladores que cuidaban y bajaban jurisprudencia unificada a los jueces. Por el contrario la constitución norteamericana prevé una Corte Suprema con el fin de evitar que el estado federal avance sobre las autonomías de los estados federados.

Contrariamente a lo que se cree, en la primitiva Constitución norteamericana, no estaba la *Declaración de derechos*, ella debía ser respetada por el gobierno federal más no por los estatales, eran los estados los que le imponían respeto a las autoridades federales; ello explica que pudiera estar la declaración de derechos con las enmiendas y a la vez haber estados esclavistas.

Lo interesante del caso norteamericano es que, la competencia de la Corte en la materia no deriva del texto expreso de la Constitución, fue introducida por vía de una interpretación construida por la propia Corte, en la presidencia de Marshall, en el precedente *Marbury v. Madison*, en 1803¹¹. Este precedente descansa sobre las premisas intelectuales e institucionales que vienen de la

8 Sancionada el 29 de febrero de 1920.

9 Sancionada el 1 de octubre de 1920.

10 KELSEN, fue autor intelectual y primer presidente del Tribunal Constitucional de Austria, su trabajo: *La garantía jurisdiccional de la constitución* (1929) abriría el debate con el politólogo nazi K. CHMITT con su trabajo: *El tribunal del Reich como guardián de la constitución*; para en 1931 presentar *El guardián de la constitución*, para poner punto final KELSEN con ¿Quién debe ser el defensor de la constitución? En 1931, hay una reimpresión en 2002 por Tecnos en Madrid.

11 5 U. S. (J. Granch) 137. (1803)

revolución americana cuando menos. Los padres fundadores de los EEUU de Norteamérica aceptaban el control de constitucionalidad y la Corte positivizó la doctrina de la que era depositario *El Federalista 78*¹², obra esta que compiló los artículos periodísticos destinados a convencer al electorado de New York sobre la necesidad de ratificar la Constitución aprobada¹³. Se sostenía allí que: “... los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad... si entre las dos (la constitución y la ley) hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posea fuerza obligatoria y validez superiores, en otras palabras, *debe preferirse la constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatario*. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de la preferencia a la primera”.

Por ello en la época en que el juez Marshall elaboró su voto en *Marbury v. Madison*, que asentó el derecho de los jueces a declarar la inconstitucionalidad de las leyes contrarias a la Constitución federal, y en *Mac Culloch*

v. *Maryland* (1819), se habían extendido ya, las ideas de la supremacía de la constitución y de la necesidad de que los jueces velasen por ella.

De esa forma en los EEUU de América y los países que como Argentina¹⁴, adoptamos su modelo constitucional, *la justicia dejó de ser un servicio administrativo, para erigirse en un verdadero poder del estado, el Poder Judicial*. Y ello es así en nuestra estructura constitucional, desde el momento en que cualquier juez del país –desde un Ministro de la Suprema Corte Federal hasta el último Juez de Paz de un recóndito pueblo, el más humilde juez, puede declarar la inconstitucionalidad de una ley y por ende no aplicarla¹⁵.

Este control, en USA, ha pasado por tres etapas: La primera de 1803 a 1890, a la que podemos calificar de tradicional, en que se adoptó una visión restrictiva del control. Conoció muy pocos casos¹⁶, sobre todo antes de las enmiendas posteriores a la guerra civil, como la XIV.

14 Las ideas de MONTESQUIEU comenzaron a influir en el Río de La Plata – merced a la influencia de la UMRPSFXChuquisaca – en la segunda mitad del Siglo XVIII. Así sobre estas ideas, y la base del derecho indiano; los antecedentes constitucionales de Argentina de 1819 y 1826, desconocen la supremacía del Poder Judicial que carecía de atribución de revisar las leyes. Sin embargo los principios constitucionales norteamericanos, a través de los *Puntos y Bases...* de J. B. ALBERDI se incorporaron a la Constitución histórica de 1853 y a la Reforma de 1860, mediante la que el Estado de Buenos Aires, se confederó a la Argentina, vaciándose así el control constitucional en el molde norteamericano

15 En el orden local, en el Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tenemos un muy interesante control de constitucionalidad, en donde coexiste el sistema difuso y el concentrado, y sin que los jueces puedan juzgar la constitucionalidad de las normas locales o federales, en tanto que, existe, en el art. 113. 2 de la CCABA una acción directa, declarativa contra la validez de leyes, decretos o cualquier otra norma de carácter general emanada de autoridades locales, contrarias a la Constitución Nacional o a la local del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por una mayoría de dos tercios. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso por todos los jueces.

16 Uno de esos escasos casos previos fue *Dred Scott* (60 – U. S. 393. 1857) en que la Corte se negó a aplicar el principio de igualdad de los hombres de raza negra y le negó al Congreso la facultad de reconocer el derecho de propiedad a los esclavos, decisión que agitó las aguas que desembocaron en la Guerra de secesión.

12 ANDALUZ, H. – *Aplicación judicial de la Constitución*. Pág.75. UPSA Edit. El País. Santa Cruz de la Sierra, 2010.

13 HAMILTON, MADISON y JAY. *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica, México DF, 1987. En el párrafo LXXVIII, HAMILTON se refiere a la necesidad de asegurar la independencia de los jueces y para ello sostiene que los magistrados deben permanecer en sus cargos mientras dure su buena conducta, idea que completa en el número siguiente, cuando afirma que ellos deben recibir sueldos permanentes, es decir, todos los meses y que esa remuneración no podrá ser disminuida durante su permanencia en funciones. Además la Constitución debe contener ciertas prohibiciones expresas aplicadas a la autoridad como las de no aplicar penas e incapacidades sin previo juicio, leyes ex post facto y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber es el de declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta.

La segunda (1890-1937) donde se desarrolla un activismo judicial con base en el debido proceso, lo que permite descalificar leyes arbitrarias.

La última etapa que parte de 1937 que adoptó en la época de la presidencia de Warren un gran activismo en materia de discriminación.

Pero preservar la independencia de este Poder del Estado, no depende de actitudes individuales de los magistrados, sino del modelo o estructura de poder judicial que se adopte, no se trata de una cuestión sólo jurídica, sino además de ciencia política; lamentablemente los politólogos no han prestado la suficiente atención al tema. No es dable estructurar un poder judicial sólo conociendo lo que disponen las constituciones, sino calculando como debe repartir y equilibrar el poder, para así garantizar – mediante los pesos y contrapesos – la independencia de este.

El modelo argentino, pese a haberse sancionado medio siglo después del precedente *Marbury v. Madison*, no atribuyó especialmente –igual que la norteamericana– esa facultad a los magistrados. Empero han existido fundamentos más que suficientes para reconocer ese control en el art. 31 de la CN que establece la superioridad de la constitución y en el art. 100 (hoy 116 de la Constitución reformada en 1994). que determina la competencia de la Corte Suprema y de los demás tribunales de la Nación para entender en todas las causas regidas por la constitución¹⁷.

Algunos países de Europa tales como: Grecia, Dinamarca, Noruega y Suecia, han adoptado esquemas de control constitucional, que podemos decir se asemejan

al estadounidense y al argentino.

La segunda etapa europea se nos presenta luego de la Segunda Guerra, cuando en 1945 es repuesta la Constitución de Austria – la de KELSEN y su polémica – y se crean los Tribunales constitucionales de Italia (1948), Alemania (1949), a los que hay que aditar años más tarde el de Francia (1958), Turquía (1976), la Federación Yugoslava (1983) que hoy ha perdido vigencia ante la implosión de la misma, Portugal (1976), España (1978) y Bélgica (1983).

Hay que agregar a estos los de los países de la Europa del este, como Polonia (1985), Hungría (1989), Checoslovaquia –hoy secesionada– Rumania, Federación Rusa y Bulgaria, todas en 1991, también la Unión Sud Africana, luego de la constitución interina de 1993. Y desde hace unos años varios países de la Región como Chile, Colombia, Perú, Ecuador, Costa Rica –con una Sala constitucional – El Salvador, Paraguay y Bolivia.

La tercera estructura, es más o menos, de carácter democrático que tiende a la horizontalización del Poder judicial. Se trata de estructuras que tienen un órgano de gobierno separado del jurisdiccional. Son los Consejos de la Magistratura, pero no cualquiera, porque el sistema de reclutamiento de los magistrados tiene una consecuencia directa en cada país en lo que atañe al grado de independencia de la justicia respecto de los otros poderes, al igual que el sistema de aprendizaje de valores e ideología del papel que el juez va a desempeñar una vez ingresado a la estructura judicial.

Por eso no se trata de cualquier Consejo, naturalmente, pues del tema se ha hablado mucho, pero hay órganos que realmente son engendros que no representan la pluralidad del quehacer jurídico, sino formas de institucionalizar contactos entre la burocracia judicial y el poder político y algunas de las veces se ha constituido en verdaderos comisarios políticos del poder judicial.

¹⁷ En Ríos, anuló un decreto del ejecutivo por haber violado la esfera de reserva del Congreso. (CSJN. FALLOIS 1: 36), en 1887 en el caso *Sojo* (CSJN. FALLOS 32-120) fue la primera vez que declaró la inconstitucionalidad de una ley del Congreso, por lo que entre nosotros el fallo es considerado el equivalente de *Marbury* para el siguiente año quedar definitivamente sentado el referido control en el caso *Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/ Elortondo* (CSJN. FALLOS 33:1162).

La institución del Consejo de la magistratura nace luego de la posguerra, si bien es cierto que en el caso de Italia existe un antecedente en la llamada “Orden judicial” del art. 67 a 73 del Estatuto Albertino¹⁸, pero al decir de PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, era menos comprensiva que el Poder judicial¹⁹. También en la Constitución de Francia de 1946, pero cierto es que el Consejo nunca logró desarrollarse. Pero si lo logra en la Constitución Italiana de 1947, donde la magistratura constituye un orden autónomo e independiente de todo otro poder²⁰.

El presidente de la República, el presidente y el procurador general de la Casación forman de derecho parte del mismo, en tanto que los otros componentes son electos, en sus dos tercios (29), por todos los magistrados ordinarios pertenecientes a las diversas competencias y el otro tercio (10), electos por el Parlamento, en sesión conjunta, entre los profesores titulares de universidad en materias jurídicas y abogados con quince años de ejercicio.

Los miembros electivos del Consejo duran cuatro años y no son inmediatamente reelegibles, no pueden, mientras ejercen el cargo estar inscriptos en la matrícula profesional, ni formar parte del Parlamento ni de un Consejo regional.

Corresponde a al consejo los nombramientos, destinos y traslados, promociones y medidas disciplinarias referentes a los magistrados (art. 105 Constitución Italiana).

Este consejo cobró poder, ha ido enfrentado al poder político y ha dado como desenlace un poder judicial bastante interesante –a juzgar por los resultados–,

18 El Estatuto Albertino de 1948 para el reino de Cerdeña, fue sancionado por el rey Carlos Alberto, la organización actualmente vigente en Italia deriva del período posterior a él, dentro de un cuadro de transformaciones del estado, que condujeron a la realización de una forma de gobierno fuertemente influenciada por el modelo francés posnapoleónico.

19 BISCARETTI DI RUFFIA, P. – *Derecho constitucional*. Página 526. Ed. Tecnos. Madrid, 1987.

20 Artículo 107 primera parte de la Constitución republicana.

por cierto que como cualquier institución de otro país, yo no creo que deba copiarse, pero sí observarse atentamente. Ha superado fenómenos de terrorismo²¹ sin recurrir, como tiempo atrás en nuestra región, a la guerra sucia y a la doctrina de la seguridad nacional, lo superó sin gran costo para las libertades individuales. Ha enfrentado el fenómeno mafioso en el que le han matado²² magistrados, pero ha logrado seguir adelante contra las cuatro mafias y lo sigue haciendo.

En momentos de crisis política de la República Italiana²³ ha sido el que, sirviendo de puente, salvó la continuidad del sistema democrático. Por todo eso, desde mi punto de vista, el resultado efectivo de esta política judicial es sumamente interesante. Por supuesto, los italianos que se caracterizan con ser muy críticos acerca de todo, de modo que también hacen serias críticas a este modelo; pero ningún modelo es perfecto, pero no podemos ignorar la ventajas que ha traído a la península.

Quiero insistir una vez más en que, la forma de estructurar un Poder judicial no es sólo una cuestión jurídica, es sobre todo una cuestión de ciencia política. No podemos armar un Poder judicial digno de tal nombre, sólo con normas jurídicas, sino que ha de calcularse como se debe repartir y equilibrar el poder para garantizar su independencia.

La otra cuestión a la que en un principio referí, fue a la imparcialidad, pero como obtenemos un juez imparcial? Recuerdo que FRANCESCO CARNELUTTI en *Las miserias del proceso penal* decía que como puede ser imparcial el juez si por definición es un ser humano y todos los seres humanos somos parciales.

21 El fenómeno de guerrilla urbana conocido como las brigadas rojas, incluso con el secuestro y muerte del profesor de penal y ex premier ALDO MORO.

22 El caso más paradigmático fue el del juez FALCONE, pero no el único.

23 El conocido caso *Mani pulitti*. En la magistratura de Milán, que terminó con la tangente italiana y la partición tripartita corrupta de la administración.

A esto podemos responder con ficciones, como que los jueces son apolíticos, a-ideológicos, asépticos, están más allá del bien y del mal, más allá de todo, pero esto es imposible, inconcebible. Es que no hay ser humano que no tenga un sistema de ideas para captar la realidad. Pero no todos captamos o interpretamos el derecho de la misma manera, no es una cuestión unívoca.

Por ello entiendo que hay una sola forma de construir la imparcialidad, que es garantizando el pluralismo interno del Poder judicial, de forma que convivan ideologías diferentes, que se produzcan debates internos, que se discuta internamente las concepciones del derecho que, en definitiva son los grandes temas que se discuten en todos los tribunales constitucionales más o menos serios y que, a veces no hacen más que receptor

lo que fueron discusiones de la doctrina o en la jurisprudencia de otros tribunales.

Esta es la única forma de garantizar imparcialidad judicial, cualquier otra, cosa sería una forma de estar ocultando una ideología, y ello es así, porque no hay seres a-ideológico, y si los hubiera, sería porque no tienen ideas y si no las tienen, no pueden ser jueces.

Con todo esto, no creo haberles dicho ninguna novedad, pero si reflexionado sobre la justicia, no desde el punto de vista filosófico, sino como realidad tangible, como un Poder del Estado de Derecho. Tal es mi aporte a este libro en homenaje a los 15 años del Centro de Formación Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Perfiles de la autonomía de la C.A.B.A. en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, un lustro después

Ana Salvatelli (*)

* Secretaria Legal y Técnica del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Desde hace varios años, el Centro de Formación Judicial organiza anualmente un concurso de trabajos sobre temas inherentes al Poder Judicial de la Ciudad, destinados a fomentar su estudio e investigación¹.

En la edición de dicho certamen correspondiente al año 2008, tuve el honor de resultar ganadora del Primer Premio en la categoría magistrados, integrantes del Ministerio Público y funcionarios, por el trabajo *“Facultades de Jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires: la autonomía negada”*², cuya fuente principal fue el análisis de aproximadamente treinta sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recaídas en causas en que la Ciudad era parte. Si bien en muchos de esos pronunciamientos, se resolvían sólo cuestiones de competencia, entendí entonces que de la visión de conjunto de todos ellos podía extraerse la posición refractaria a la autonomía porteña, que el Máximo Tribunal venía sosteniendo como intérprete último del artículo 129 de la Constitución Nacional.

Transcurrido poco más de un lustro de esa experiencia, vuelvo en esta oportunidad sobre esa misma fuente, la jurisprudencia de la Corte Suprema, para presentar breves notas sobre los perfiles de la autonomía de la Ciudad desde tal perspectiva.

I. El alcance del derecho a la vivienda

Una de las principales sentencias que se registran en estos años fue dictada por el Máximo Tribunal en la *“Q. C., S. Y. e/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”*³, de fecha 24 de abril de 2012.

La actora, por derecho propio y en representación de su hijo menor discapacitado, demandó al Gobierno de la Ciudad a fin que, en resguardo de sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la vivienda, reconocidos en la Constitución local, en la Constitución nacional y en diversos tratados incorporados a esta última, le proporcionara alternativas para salir de la “situación de calle” en la que se encontraba junto a su hijo, y le permitiera acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, preservando su integridad familiar.

Tanto la Jueza de Primera Instancia, como la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, habían hecho lugar a la acción de amparo, no obstante, el Tribunal Superior de Justicia, en remisión a su jurisprudencia recaída en la causa *“Alba Quintana”*, de fecha 12 de mayo de 2010, revocó lo decidido y mandó a dictar otro fallo.

Contra este último la actora dedujo recurso extraordinario federal, que al ser denegado, motivó la queja ante el Máximo Tribunal. Así la Corte Suprema, tras llevar a cabo una audiencia pública de carácter informativo en los términos de la Acordada 30/2007, se pronunció en dicho recurso.

Recordó primeramente el marco normativo en el que se inserta la problemática planteada en el caso, tanto en el orden federal como local: Constitución nacional, artículos 14 bis y 75 inc. 23, Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 11.1., Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XI, Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 23, 24 y 27.1, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 7° apartados 1 y 2 y artículo 28, ap. 2 d), Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad,

¹ Parise, Carlos María *“El Premio “Formación Judicial”, en CFJ Centro de Formación Judicial 10 años*, editorial EUDEBA, Buenos Aires, 2010, pág. 35 y sig.

² Salvatelli, Ana *“Facultades de jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires: la autonomía negada”, CFJ Premio Formación Judicial 2008 “Autonomía porteña y facultades de jurisdicción”, editorial EUDEBA, Buenos Aires, 2009, p. 31 y sig.*

³ CSJN, Fallos 335:439

artículo 3º, Constitución de la CABA, artículo 31, Leyes Nros. 341, 1251, 3706 y Decretos Nros 1234/04, 690/06 y modificatorios.

Luego, se pronuncia la Corte sobre los alcances de dichos preceptos en relación al caso. Así, sostiene que esos derechos y deberes son normas jurídicas operativas con vocación de efectividad de carácter derivado, en tanto consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado, sujeto control de razonabilidad por parte del Poder Judicial; delimita los alcances de la razonabilidad, señalando que sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.

Bajo tal perspectiva y tras analizar, en forma minuciosa, las diferentes alternativas que el Gobierno de la Ciudad había brindado en el caso y rechazar los argumentos planteados en defensa del accionar estatal, el Tribunal revoca la sentencia apelada y ordena a la demandada a que intervenga con los equipos de asistencia social y salud con los que cuenta para asegurar que el niño disponga de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requiere, provea a la actora del asesoramiento y orientación necesarios para la solución de la problemática habitacional, le garantice, aún en forma no definitiva, un alojamiento en condiciones edilicias adecuadas a la patología del niño, y contemple su inclusión en un plan de vivienda en curso o futuro.

Se destaca de este importante fallo, más allá de las circunstancias de extrema vulnerabilidad que rodean a la actora y su hijo, que el Máximo Tribunal deja de lado la línea jurisprudencial local recaída en la causa “Alba Quintana”, y que a la vez, pone el dedo en la llaga al señalar la insuficiencia de las políticas públicas desplegadas por el Gobierno de la Ciudad, en materia de vivienda.

II. Fallos referidos a facultades de jurisdicción

Al dirimir cuestiones de competencia, muchas veces la Corte Suprema termina delimitando los alcances de las facultades de jurisdicción locales.

Tal es el caso del fallo recaído en la causa “Insaurralde”⁴, del 1 de abril de 2014, en la que el actor demandó a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fin de obtener la reinstalación en el cargo que ocupaba antes de que se dispusiera su baja de la planta transitoria de ese cuerpo legislativo, con fundamento en la tutela sindical otorgada por el artículo 52 de la Ley N° 23.551, dado su carácter de secretario general del Sindicato Único de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (SULCABA).

El Máximo Tribunal, con remisión a los precedentes «Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Soto, Alberto Sabino»⁵, “Abrego, Juan Esteban c/ Procuración General CABA Secretaría de Medio Ambiente y Planeamiento Urbano s/ acción de amparo”⁶ y “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Ledesma, Miguel Ángel”⁷, resuelve que debe intervenir la Justicia Nacional del Trabajo, por cuanto *“...la competencia para resolver una acción con sustento en normas de la ley n° 23.551 como las invocadas, incumbe a los jueces o tribunales con competencia laboral en las respectivas jurisdicciones...”*

En tal sentido, destaca en el precedente “Soto”, lo siguiente: *“...dado que la materia del pleito atañe al derecho laboral común (Fallos 306:1699; 307:1074; 310:1707, entre otros) y no al derecho público del municipio, no corresponde sea resuelta por los jueces locales de la Ciudad de Buenos Aires (doctrina de Fallos: 323:3284, a contrario). Y es que, no*

4 C. Nro. 578. Año 2013. Tomo 49. Tipo COM.

5 CSJN Fallos: 325:1520.

6 CSJN Fallos 329:234.

7 CSJN Fallos 329:3122.

es ocioso decirlo, la propia Constitución de la Ciudad Autónoma faculta al gobierno local a convenir con el federal la transferencia de los jueces nacionales de los fueros ordinarios al poder judicial local (cfse. cláusula transitoria decimotercera), extremo que no ha acontecido hasta aquí; y si bien la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires 7 prevé la creación de una justicia del trabajo (v. art. 41), no menos cierto es que su puesta en marcha se encuentra suspendida y sujeta al acuerdo entre los gobiernos federal y local a que se aludiera con anterioridad (v. art., ley 189)...”

Como se advierte, queda ratificada la plena vigencia del artículo 8° de la Ley N° 24.588, en cuanto establece que la justicia nacional ordinaria de la Ciudad mantiene su jurisdicción y competencia, continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación, y limita las competencias jurisdiccionales locales a las materias de vecindad, contravencional y de faltas y contencioso administrativas y tributarias, ello hasta tanto ambas jurisdicciones acuerden el traspaso de las restantes competencias.

En la causa “Acumar s/ urbanización de villas y asentamientos precarios, legajo de actuaciones ocupación de predio sito en las calles Lafuente, Portela y Castañares, Villa Soldati, CABA s/ actuaciones elevadas por el Juzgado Federal de Quilmes”⁸, la Corte Suprema resolvió que resultaba ostensible la ausencia de jurisdicción del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 de la Ciudad, y declaró la nulidad de todo lo actuado por este último.

Sostuvo que en el caso se verificaba una situación de extrema gravedad, pues dicho Juzgado había creado ex nihilo el título para fundar su competencia e irrumpir en la jurisdicción correspondiente al Juzgado Federal de Quilmes, que era a quien la Corte había definido con competencia en todo lo concerniente al proceso de relocalización de viviendas —que se encuentran ubicadas

en la zona ribereña de la cuenca Matanza Riachuelo— que tiene su origen en el trámite de ejecución de la sentencia dictada en la causa “Mendoza, Beatriz Silvia”⁹.

Agregó a ello que “...es indiferente la condición del órgano judicial [federal o local], pues es doctrina de este Tribunal que las autoridades de una provincia, [entre las que se encuentran los jueces locales], no pueden trabar o turbar en forma alguna la acción de los magistrados que forman parte del Poder Judicial de la Nación (conf. causa “Ponce”, Fallos: 328:175, y sus citas)”.

III. Fallo referido a facultades de legislación

En la causa “Baudean”¹⁰, del 7/2/2012, en remisión a lo dictaminado por la Procuradora Fiscal, resolvió la Corte que era inconstitucional la Ley N° 2990, de la Ciudad de Buenos Aires, en cuanto regulaba el destino de los fondos caducos de las quiebras.

El artículo 1° de esta norma, establecía que “Los dividendos caducos previstos en el artículo 224 de la Ley 24.522 y sus modificatorias deberán ser girados a favor del Ministerio de Educación del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o dependencia que en el futuro la reemplace, con exclusivo destino al fomento de la educación común, entendiéndose por tal la pública de gestión estatal. Los dividendos que hayan quedado caducos bajo la vigencia de la Ley N° 19.551 y modificatorias tendrán idéntico carácter”.

Y en cuanto al ámbito de aplicación, señalaba el artículo 2° que “La presente Ley se aplicará a los procesos de quiebra tramitados ante los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Comercial con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Cualquiera sea el marco normativo bajo el cual se hubieran devengado, se aplicará asimismo, a aque-

9 CSJN Fallos: 331:1622 y 332:2522

10 CSJN 335:6

llos procesos finalizados en los cuales existan dividendos caducos sin haber sido percibidos en la oportunidad legal”.

Para resolver en el sentido indicado, se sostuvo, de un lado, que el artículo 75, inc. 12 de la Constitución Nacional dispone expresamente que corresponde al Congreso Nacional dictar las leyes sobre bancarrotas, y el artículo 126 del mismo cuerpo prohíbe a las provincias ejercer el poder delegado a la Nación y expedir leyes, entre otras materias, sobre bancarrotas.

Así, la Ley nacional Nº 24.522 en su artículo 224 -cuyo antecedente es el artículo 221 de la Ley Nº 19.551-, dispuso que el destino de los dividendos caducos de las quiebras era «el patrimonio estatal para el fomento de 1ª jurisdicción como sí lo hizo el legislador con la sanción del artículo 18 de la Ley Nº 19.550 -que propicia una solución similar para el remanente de la liquidación de una sociedad de objeto ilícito-, en cuanto aclaró que el ingreso del importe al patrimonio estatal para el fomento de la educación común lo era «para la jurisdicción respectiva».

Por otro lado, se señaló también que la transferencia de los establecimientos educacionales con su respectivo financiamiento no significa de por sí el traspaso de todos los recursos referidos a la educación, desde que el Estado Nacional tiene, como una de sus funciones esenciales, la educación, en tanto garantiza el financiamiento del Sistema Educativo Nacional (art. 9º ley 26.206) y que el artículo 12 de esta última ley, establece que: *“El Estado Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de manera concertada y concurrente, son los responsables de la planificación, organización, supervisión y financiación del Sistema Educativo Nacional ...”*.

Refiere asimismo a las competencias atribuidas por los artículos 131 y 116, para concluir que el financiamiento de la educación común -en el presente caso- no es sólo responsabilidad de la Ciudad sino, de manera concurrente, del Estado Nacional.

Concluye así que no resulta válida la Ley Nº 2990, en cuanto regula el destino de los fondos caducos de las quiebras, pues él está determinado en una ley nacional cuya sanción es de competencia exclusiva del Congreso Nacional.

IV. Fallo sobre Convenio Interjurisdiccional

La causa “Giachino”¹¹, fue promovida hacia el año 1999 como acción declarativa contra el Estado Nacional, la Administración General de Puertos y la Ciudad de Buenos Aires, para que se declare que el control de las actividades que se realizan en el buque “Estrella de la Fortuna”, en tanto se vinculan a la habilitación que le otorgara la Administración General de Puertos SE, la Prefectura Naval Argentina, la Dirección de Fronteras y la Lotería Nacional Sociedad del Estado, resultaba de competencia exclusiva y excluyente de estas autoridades nacionales, y que por ende, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para no podía ejercer allí el poder de policía.

Para resolver que la causa es abstracta y dejar sin efecto las medidas cautelares que se mantenían vigentes de muy larga data, la Corte Suprema de Justicia de la Nación va a tener especialmente en cuenta el Convenio existente entre la Lotería Nacional Sociedad del Estado y el Instituto de Juegos de Apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ratificados por la Ley Nº 1182 y por el Decreto Nº 1155/2003 del Poder Ejecutivo Nacional.

Dicho Convenio -celebrado en el marco de lo dispuesto en los artículos 129 de la Constitución Nacional, 6º de la Ley Nº 24.588 y demás leyes nacionales, 50 y cláusulas transitorias segunda y decimonovena de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en las Leyes Nros. 538 y 916 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional Nº 598/90-

11 CSJN Fallos 334:1123

reguló la participación de cada una de las jurisdicciones en el producido de la comercialización de juegos de azar, destreza y apuestas mutuas en el ámbito de la Ciudad, lo que involucra las pautas concernientes a la habilitación de los establecimientos respectivos, tanto de los existentes como de los que en el futuro se autorizaran, el ejercicio de los poderes locales de control, y el régimen de distribución de las utilidades de los juegos comercializados o autorizados, entre los cuales se incluye al operador del casino al que se refiere la acción declarativa.

V. Fallo sobre poder de policía local

En la causa “Styma, Dirk c/Metrovías S.A. s/ amparo”¹², la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en remisión a lo dictaminado por la Procuradora Fiscal, falló a favor de la continuación del trámite de la causa por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 5, de esta Ciudad, en una contienda negativa de competencia trabada entre este último y el Juzgado Nacional en lo Civil N° 54.

La justicia local había rechazado intervenir, según surge del mencionado dictamen, por tratarse de un conflicto entre particulares derivado de las relaciones de vecindad, originado por ruidos que excederían la normal tolerancia, y porque no se impugnaba un acto administrativo emanado del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ni se cuestionaba su poder de policía por falta de servicio, ni se solicitaba la sanción de la acción en los términos del artículo 82 del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

De otra parte, el juzgado nacional resistió la radicación de la causa con sustento en que si bien la demanda no se dirigía sustancialmente contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, su objeto tenía íntima conexión

con el poder de policía sobre el servicio público de transporte ferroviario subterráneo prestado dentro de su jurisdicción, cuyo ejercicio corresponde a la Ciudad.

Resalta la Procuradora Fiscal que la demanda persigue que Metrovías SA –en su calidad de concesionaria del servicio público de transporte ferroviario de pasajeros por subterráneo– adapte el nivel sonoro emitido por la salida de ventilación de la estación “Uruguay” del línea B del subte a los valores establecidos en la Ordenanza Municipal N° 39.025/83, porque la emisión acústica en dicha boca, que se encuentra frente al inmueble donde el actor vive y trabaja, lesionaría sus derechos a la salud y a un ambiente sano y equilibrado.

Elo así, y para decidir a favor de la competencia en el sentido indicado, señala el dictamen que el objeto principal del juicio se relacionaría con el estudio y análisis de aquellas cuestiones relativas a la regulación del nivel de sonoridad tolerable en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que concierne a las facultades de regulación y contralor propias del ejercicio del poder de policía de la salubridad y protección de medio ambiente.

Destacó asimismo que en las actuaciones, la “Dirección General de Control –Agencia de Protección Ambiental” de la Ciudad, ante la denuncia efectuada por los vecinos linderos a la aludida ventilación del subte, había ordenado a la empresa Metrovías “morigerar los niveles de emisión de ruidos”.

VI. Conclusión

De esta brevísima reseña de causas falladas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los últimos años, que conciernen a la Ciudad en su realidad institucional, extraemos como conclusión la absoluta vigencia de los contornos de la autonomía que vienen demarcados por la Ley N° 24.588.

Ello así tanto desde una perspectiva negativa, como las limitadas facultades de jurisdicción, como positiva, por cuanto es esa misma ley la que contiene la herramienta que permite ampliar paulatinamente aquellos contornos, como lo que se ha hecho hasta aquí en materia jurisdiccional penal, de seguridad pública, en el

traspaso del servicio público de transporte de pasajeros por subterráneo o en juegos de azar.

Son esos convenios interjurisdiccionales la llave que define progresivamente el especial status porteño, de ciudad autónoma.

La educación superior y los problemas sociales

Héctor Raúl Sandler (*)

* Abogado. Especialista en Derecho Privado, Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho. Práctica efectiva en la actividad política estatal sobre las relaciones entre el ordenamiento legal y el orden económico argentino, el régimen político vigente y el orden cultural. Profesor Consulto.

Pretendo exponer algunas tesis provocativas. Me impulsa el sincero deseo de abrir un debate que permita formular un diagnóstico de nuestros males sociales bastante superior a los ofrecidos hasta ahora y, a partir de ese punto, coincidir en la conveniencia de adoptar determinadas y precisas políticas de gobierno, destinadas no a mitigar sino a erradicar las causas de tanto malestar. Desde la crítica a nuestra enseñanza superior, aspiro a mostrar que hay fundadas razones para tener esperanzas en un futuro mejor. Lo hago en la plena convicción de que la Argentina no tiene problemas económicos reales. Padece. Y muchos, problemas económicos; pero no por falta de recursos para resolverlos, sino por causa de un mal ordenamiento legal de los fundamentos necesarios para que se constituya una *economía social* próspera y una *economía pública* sana. Estos problemas de orden son efectos de errados o inadecuados conocimientos en el campo de la economía y el derecho. Si esta tesis es cierta, es posible que la enseñanza superior sea responsable en alto grado del actual desorden, razón por la cual –en este caso– le cabe a la Universidad un deber moral y una gran tarea en el esfuerzo por restablecer la armonía perdida en nuestra sociedad.

Mi conclusión es que la especialización del conocimiento se inicia en el siglo XVI en Europa, ha alcanzado a los filósofos y se ha convertido en una especialidad más. Un saber filosófico especializado como tal es un contrasentido. El sentido de toda filosofía es conocer la vasta realidad del mundo por sus fundamentos. Los fundamentos de todo lo material y los fundamentos de todo lo ideal. Desde este punto de vista toda la teoría política que se proponga constituir una sociedad humana más justa, debe sostenerse en una filosofía que ponga en claro cuáles son los fundamentos reales ideales del hombre y de la sociedad que los hombres constituyen.

Si se pretende constituir una sociedad de individuos libres, que sean tratados todos en un pie de igual-

dad y que cooperen fraternalmente entre sí, se debe filosofar sobre los fundamentos y destino del ser humano, los fundamentos y sentido del derecho, y los fundamentos y fines de la economía.

La universidad es una institución decisiva en la constitución del orden social. Tiene hoy un rol que jamás antes tuvo. Es verdad que comparte con muchas otras instituciones la tarea de conservar y desarrollar los conocimientos comprendidos en la genérica expresión “conocimientos superiores”. También lo es que no todas las universidades en nuestro país investigan en la medida que otros institutos lo hacen. Y, finalmente, es evidente que han nacido, muchas “universidades” cuya denominación no responde al concepto estricto de universidad. Sin embargo nada de esto obsta a que en nuestro país el título universitario sea una poderosa carta de crédito para lograr posiciones en lugares decisivos en el proceso de constitución del orden social: *la enseñanza, la actividad empresarial, la acción política y la función pública.*

Una gran cantidad de graduados en la universidad no logra concretar sus aspiraciones en el campo laboral y otra buena porción archiva sus títulos dedicándose a tareas ajenas a las que están habilitados. Los integrantes de esta legión, aunque formalmente excluidos de ese proceso constituyente, son activos agentes en la formación de *la opinión pública*. Muchos, desde los medios de comunicación masiva; todos, mediante sus expresiones en diálogos cotidianos.

Particular significación tienen los graduados en las llamadas *ciencias sociales*. Por causas que no me detengo a exponer, no todos los graduados en las carreras que forman parte de este amplio campo tienen igual eficacia en la constitución del orden social. A la cabeza y a gran distancia de los demás están los diplomados en las denominadas *ciencias económicas* y *ciencias jurídicas*. Hasta hace cincuenta años, la primacía indiscutida co-

respondía a los graduados en derecho. Por la Constitución Nacional, uno de los tres poderes que configuran el orden político republicano, nada insignificante pues es el encargado de decidir de modo definitivo *lo que es (o no es) derecho*, está a exclusivo cargo de abogados. Pero además, por aquel entonces, los principales dirigentes políticos y gran parte de los ministros del poder ejecutivo, incluyendo al responsable de la hacienda pública, eran graduados en derecho.

A partir de mediados del siglo XX las cosas cambiaron. No sólo en nuestro país sino en todo el mundo Occidental. Los “contadores públicos” fueron sustituidos por “economistas”, el conocimiento denominado “economía política” fue reemplazado por otro de diferente contenido denominado “ciencia económica”. En el ámbito internacional emergieron poderosas instituciones “especializadas” en cuestiones económicas (FMI, Banco Mundial, etc.), que fueron creadas para *ordenar* la economía humana mundial, lo que explica, en parte, que en sintonía con los nuevos aires en los Estados nacionales se crearan instituciones correspondientes (Ministerios de Economía, Banco Central, etc.), además, también con el propósito de ampliar las dimensiones de los órdenes económicos nacionales se constituyeron por obra del quehacer político y mediante leyes jurídicas “mercados comunes” que reclamaron para su funcionamiento nuevos especialistas en derecho y economía. En la década final del siglo XX, el fenómeno de la “globalización” – no importa lo que de ella se piense – llevó a la cúspide del poder a los graduados en ciencias económicas.

Su creciente hegemonía puede apreciarse en un hecho singular. Desde 1973 se otorga un “Premio Nobel” al mejor trabajo en “ciencia económica”. Esto es aceptado como muy “natural”, lo que sin embargo merece justificados reparos. Tales premios confieren “autoridad científica” (y con ello poder) a personas con opiniones muy discutibles –incluso erradas por completo– lo cual

hace que su palabra pese en quienes tienen poder político para normar coactivamente las conductas sociales de sus semejantes. Además, de acuerdo con la lógica del sistema, “los sabios aprueban a los sabios” mientras que los disidentes son considerados excéntricos y privados de toda posibilidad para discutir en paridad de condiciones con los círculos áulicos.

Este gran cambio, que no es ajeno a lo que debe denominarse “espíritu materialista de la época”, ha afectado a la composición de los gobiernos desde el punto de vista de los graduados universitarios que lo integran.

Si bien, en principio, los abogados no han perdido el monopolio del poder judicial, han sido visiblemente desplazados por los economistas en las esferas del poder ejecutivo y legislativo.

En el ámbito del *poder ejecutivo*, la “cuestión económica y social” es presentada, planteada y solucionada, desde un punto de vista en el que predomina la visión de los economistas. Se trata de un saber económico que desde el punto de vista formal se respalda más en ecuaciones de matemática superior que en los hechos cotidianos y la historia. Esta formalidad científica y la variable jerga de moda, hacen que sean muy oscuras para los agentes de la economía social (trabajadores, pequeños y medianos empresarios, ahorristas y consumidores) las explicaciones de los fenómenos que los afectan de modo directo. Los economistas, ante esta “comprensible” falta de comprensión de los “legos”, tienden a expresarse de modo categórico. Actúan como iniciados en una ciencia que, de hecho, es una ciencia oculta para la mayoría de la población. Obrar respaldados por “teorías científicas”, elaboradas a veces por el ganador de algún premio o “best seller”, avalan sus discursos con cifras tan exactas que por lo general no son números enteros, sino que se completan con decimales, milimétricas, todo lo cual hace que sus propuestas sean poco discutibles. El

político o funcionario escucha el diagnóstico y el remedio con la impresión que su margen de elección está entre “tómalo o déjalo”. De hecho los legos están excluidos *a priori* de toda discusión “técnica”. Su derecho semeja al del paciente frente al médico o al dueño del automóvil descompuesto frente al mecánico.

Alguien podría creer que las cosas son distintas en el *poder legislativo*. Los legisladores son elegidos por el pueblo para officiar como sus representantes y para serlo basta con tener la edad suficiente. En consecuencia, las Cámaras presentan, sin duda, una composición profesional y de intereses muy variada. Sin embargo esta imagen variada es engañosa. Todo legislador se vale de asesores “técnicos” y los graduados en economía son los que más peso tienen. Al menos cuando se trata de cuestiones económicas y estas son –sin duda– las que más importan en las sociedades contemporáneas. Los asesores graduados en derecho debieran compensar el peso de los graduados en economía, porque no hay “solución económica” que no deba ser vestida por ley jurídica. Es decir que, teóricamente, toda solución económica debiera rendir examen y ser aprobada por el derecho. Pero no ocurre así. Y no ocurre porque los graduados en derecho han pasado a la categoría de legos en cuestiones de orden económico e incluso en las de orden jurídico. Esto se debe en parte al sesgo tomado por la ciencia económica; pero en mucho mayor medida por el actual contenido de las ciencias jurídicas. Los graduados en derecho son instruidos, en forma decisiva, según cánones de la ciencia dogmática jurídica. Como lo he puntualizado en mi libro *Filosofía del derecho, problemas sociales y derecho correcto* son, esencialmente, técnicos expertos en la ley vigente. Carecen de formación para exponer sobre la *ley debida*, pues esto exige tener en cuenta totalidades de las cuales ni siquiera han sido advertidos en sus carreras.

De hecho, en la actualidad, se tiene por “derecho” a la norma dictada por el Estado, vía legislativa, vía ju-

risprudencial. Aunque ella sea francamente aberrante y destructiva de la sociedad, como se puede ver en los análisis que he hecho en mi libro *Impuestos*: Desde los legos a los juristas, en la práctica de la vida, derecho es lo que el Estado ordena. Esta identificación lisa y llana de ley y derecho tiene muchas causas. Pero el contenido dado a las ciencias jurídicas–que se reproduce en la enseñanza universitaria– es una de las principales, sino la principal. La descalificación académica del “derecho natural”, no se limitó a dar por finalizada la filosofía *iusnaturalista*. Aunque no fuera su propósito erradicó como cuestión jurídica central el problema de los “fundamentos del derecho”. Me refiero tanto a los *fundamentos materiales* (que se presentan como problemas de la vida social con su intrínseca legalidad) como a sus *fundamentos ideales* (entendidos como exigencias espirituales que la condición espiritual del ser humano plantea incondicionalmente y que la ley que se positiva debe satisfacer para que encarne un derecho correcto).

Teniendo como objeto de estudio principal la ley positivada por su pura formalidad y limitándose a examinar su coherencia con el sistema normativo, los graduados en derecho, en el mejor de los casos, son técnicos del ordenamiento legal positivo. Pueden entender el sistema, pero no son capaces de dar cuenta de sus fundamentos. Ignoran las *conexiones entre la forma y el contenido material normado y las de éste con las exigencias del espíritu*. Por lo tanto no pueden resolver los problemas de la *legitimidad* de la ley. Ni siquiera éste se les aparece como problema que debe ser afrontado si se pretende que el *orden jurídico* –mediante leyes y sentencias– realice la Justicia en este reino.

El método dogmático jurídico penetra todas las asignaturas, incluyendo a la que se ocupa del derecho constitucional y la filosofía del derecho. Esto es de suma gravedad, porque la interpretación dogmática de la Constitución debilita su fuerza como valla ante la ar-

bitriedad, la injusticia y el error jurídico. En cuanto la transformación, de hecho, la Filosofía jurídica en Teoría del derecho, reforzada con algunos cursos de "Interpretación de la ley" y el conocimiento fragmentado de alguna literatura considerada de punta por los profesores, no garantizan el desarrollo de la necesaria sensibilidad espiritual que le meditar filosófico exige. Predomina la visión intelectual de tal modo que la emoción por la justicia (o por la injusticia) -aunque bulla potencialmente en todos- no es procesada por el pensamiento con la suficiente intensidad y vivencia como para que emerja en el estudioso como una fuerza espiritual que impulse su vida toda. La resultante del método dogmático está a la vista. Por principio los actuales hombres de derecho son cultores de las distintas "ramas" en que el derecho ha sido fragmentado; es decir, especialistas en segmentos de la legislación positiva. No es extraño entonces que escapen a su conocimiento los problemas que al derecho como un orden autónomo, como un orden cuyo sentido es ordenar otros órdenes de la vida social, se le presentan. Esta es la razón por la que ni siquiera se repara que es al derecho, no a la economía a quien compete establecer los *fundamentos del orden económico*.

Este desconocimiento priva a los actuales graduados en derecho de la posibilidad de criticar -desde el ángulo de su formación- cualquier política económica. Las críticas, obviamente, no faltan y por lo mismo, sobre abundan, porque no responden a criterios objetivos sino a la singularidad de cada uno. Se formulan desde la perspectiva del ciudadano común o de la posición política que se tiene o con la que se simpatiza, con lo que tales críticas sólo reflejan un actitud y no alcanzan a estructurar pensamientos constructivos de otra política económica diferente. Dada la posición central de la economía en la vida actual, esto se traduce, inevitablemente, en un sometimiento del derecho a las fuerzas desvinculadas de la idea de Justicia. Los individuos, las familias, los grupos

menores, son las víctimas de esa abdicación del poder jurídico. Así, la *jurisprudencia*, en el sentido de la "ciencia del derecho" carece de fuerza moral para convocar y animar al hombre común para bregar en términos civilizados, incluso luchar con mayor violencia, por sus "*derechos fundamentales*". Sólo se puede luchar por lo que se ama y sólo se puede amar lo que se conoce. De modo que si bien las quejas de los hombres comunes suenan por todas partes, en grado cada vez más estridente, tienden a convertirse en un ruido, que si bien altera las condiciones de la vida social, no ofrece frutos positivos ni a los propios interesados. En mi libro "*Impuestos...*" analizo como caso emblemático de este fenómeno, el caso de la famosa "carpa blanca" de fines de los '90, levantada por los maestros que remató, votada por unanimidad, en una ley que sólo trajo frustración y desánimo. Pero muy lejos está de ser el único y constituye, más bien, lo habitual en esta época de inflación legislativa.

No es una casualidad si no un síntoma del fenómeno que describo, que el histórico nombre de nuestra facultad -Facultad de Derecho y Ciencias Sociales- haya sido amputado por las más altas autoridades de la Universidad. Hemos entrado al Siglo XXI con el recortado nombre de "Facultad de Derecho". Este nuevo nombre es el resultado del sentido materialista o positivista imperante en la vida contemporánea. El cambio de nombre refleja lo que ha ocurrido: ha dejado de ser una casa de altos estudios sobre el *orden jurídico*, y reducida su competencia al conocimiento del *ordenamiento legal* (que es un acto de poder de quien gobierna). El cambio se corresponde, sin duda, con la tendencia de la época. Pero ha podido ocurrir porque se ha debilitado hasta dejar de existir la *fuerza que otorga la reflexión*, el pensar y el sentir, sobre la función del orden jurídico y el quehacer del jurista en el seno de la sociedad.

Hasta este punto he escrito hechos, muy visibles para el que quiera ver. Lo que corresponde ahora -y esta

es la parte más provocativa de la tesis- es preguntarse qué relación guarda lo descrito, si es que guarda alguna, con los dramáticos problemas sociales que vive Argentina desde las últimas décadas del siglo XX y que perduran agravados a la entrada del Siglo XXI.

Ensayando una respuesta, repito mi provocativa tesis inicial:

El contenido actual de la ciencia jurídica y de la ciencia económica institucionalizadas en las universidades a partir de la mitad del siglo XX, es una de las principales causas, sino la principal, de los problemas sociales, políticos y económicos que sufren muchos países, entre otros y de modo muy marcado, la Argentina.

Esto es así por muchas y variadas razones de las cuales, expondré tan solo las más sobresalientes.

El sesgo adoptado por ambas ciencias –la especialización a la que antes me he referido conduce sin dudas a conocimientos muy particulares de fragmentos de la realidad; pero lo logra a costa de ignorar, cada vez más, que todo “algo” que merece su atención es parte de vastas y complejas totalidades mayores, las que además, son parte de un “todo” continuo, sin fisuras y en constante evolución. La ciencia jurídica y económica como todo proceso de conocimiento exige la construcción de conceptos mediante el pensar. Ahora bien: si en esta tarea se olvida que lo que se trata de conocer es una mínima parte de un vasto y unitario todo (Fritjof Capra) y que, además, por el acto de conocer, el conocedor transforma su propia capacidad cognoscitiva (Humberto Maturrana / Francisco Varela), es enorme la probabilidad de que el conocimiento obtenido sea falso. Para colmo, el poder del intelecto humano lleva una creciente sofisticación del conocimiento y si se ha dejado de lado todo concepto que mantenga viva la idea de totalidad y evolución, el hombre es capaz de construir un mundo de pensamientos de asombrosa complejidad, sin que pase de ser

una ilusión que para nada refleje la óptica realidad. Sin embargo estas creaciones no son neutras. Objetivizada esa ilusión en textos y expuesta en alambicados discursos por quienes gozan de cierta autoridad provista por el sistema, si el oyente no está adiestrado en el arte de reflexionar, la ilusión suele ser tomada como la realidad más real que el hombre común pueda alcanzar. Porque sin la reflexión el sistema nervioso no es capaz de distinguir entre la ilusión y la realidad (Humerto Maturrana).

Esto ocurre en todos los campos de la ciencia, incluso en las llamadas “duras”. Pero en éstas, el tipo de realidad de la que se ocupan, suele dar golpizas tan inmediatas y severas a la ilusión, que ella de por sí constituye un freno a los devaneos del intelecto desbocado. En cambio, las ciencias sociales se ocupan de una realidad mucho más plástica: el hombre, su conducta y las instituciones que él se da a sí mismo. El freno es aquí mucho más lábil. Apenas aparece y suele aparecer sólo cuando por lo errado del conocimiento, fundamento de la acción, se llega a situaciones catastróficas. Entonces se apela a la reflexión crítica descubriendo que el conocimiento elaborado para mantener y desarrollar la vida humana, en lugar de ser metabólico era catabólico. Incluso, el ser humano y las sociedades que constituye son tan plásticas, que la historia registra no pocos casos en los que el conducirse orientados por el conocimiento falso ha llevado a la total destrucción del organismo social.

Lo que acabo de exponer vale tanto para la ciencia jurídica como para la económica. Pero en relación con esta última ha ocurrido un específico hecho, un cambio radical de contenido, que es necesario destacar con toda fuerza, pues no sólo ha conducido a este saber por absurdos caminos, sino que detrás de sí ha arrastrado y deformado al conocimiento de todas las demás ciencias sociales.

La ciencia de la economía es muy joven. Como

conocimiento de sesgo científico nació en la segunda mitad del siglo XVIII con la Escuela Fisiocrática de Francois Quesnay (1694-1774). El aporte más importante de los fisiócratas es haber conceptualizado al proceso de producción de riqueza como el fruto de una colaboración ordenada de tres factores: *el trabajo, la tierra y el capital*. Con igual claridad intuyeron que la riqueza anualmente producida debía ser distribuida (porque la distribución, la satisfacción de necesidades, es en el sentido de la producción); y debía serlo conforme a la tríada que conformaban los tres factores de producción. Por lo tanto lo producido (en términos reales y no representativos) debía ser repartido en *alícuotas* partes entre esos tres factores, denominado “salario” a la correspondiente al trabajo, “interés” la correspondiente al capital y “renta” la correspondiente a la tierra. A partir de esta impecable base conceptual se desarrolló con sucesivos aportes de hombres como Adam Smith, David Ricardo y Stuart Mill, *la ciencia económica clásica*.

Es necesario recordar que ninguno de los economistas fundadores y creadores de la ciencia económica clásica negaban la existencia de un “derecho natural” al cual debían ajustarse lo más posible las leyes dictadas por el poder político. Más aún: en verdad los conceptos de ese derecho natural obraban como “ciencia jurídica” y era para ellos un referente para forjar o criticar sus conceptos económicos. Esta ciencia económica clásica se nutrió de muchos otros aportes, pero siempre partiendo de la tríada de los factores de producción. Incluso, la crítica a algunas conclusiones de esta ciencia, como las provenientes de Johan K. Rodbertus o Carlos Marx, también se hicieron a partir de la aceptación de esa tríada, la que obraba para todo como el paradigma fundamental de la nueva ciencia.

La ciencia clásica alcanzó su punto culminante con la obra de Henry George (1839-1897). Este norteamericano so sólo aprovechó la enorme cantidad de

conceptos creados por sus predecesores, sino que en actitud científica, partiendo de la misma tríada, refinó cada uno de los conceptos fundamentales, echando una gran luz sobre las bases necesarias para la constitución de una economía de mercado, practicada por hombres libres en cooperación fraternal. Es visible en la obra de George su constante remisión a la moral cristiana y al derecho natural, tomados como piedra de toque para determinar la corrección de sus conceptos económicos. Pero la obra de George fue más allá de limpiar de algunos errores a los conceptos fundamentales. Su más grande aporte fue poner en evidencia que *la recaudación de la renta económica era la base del tesoro público indispensable a la economía pública*, considerando a ésta como la organización necesaria para suministrar los “bienes públicos” que toda sociedad debe satisfacer, los que, dicho sea al pasar, están descritos en el Preámbulo de nuestra Constitución. En pocas palabras, George probó que la economía pública podía existir para bien de la sociedad y para custodia de la economía social. No está demás recordar que para George la existencia de una solvente economía pública era necesaria como base material del gobierno, quien como *productor de derecho positivo* debía aplicar todo su poder en el permanente trabajo de eliminar las trabas, privilegios y monopolios que de continuo se generan en el seno social, dificultando el proceso productor de riqueza y la justa distribución de la producida.

Con la claridad y sencillez que caracteriza a toda teoría cercana a la verdad, la ciencia económica clásica perfeccionada por George quedó al alcance de todo ciudadano que supiera leer y escribir. Este hecho, decisivo para una efectiva democracia, hizo que en menos de una década su obra se tradujera a casi todos los idiomas del mundo y lograra adeptos en la mayoría de los países. A modo de ejemplo, alrededor de 1910, hombres geográficamente tan distantes como Winston Churchill

(Libertal Party), Sun Yat Sen (líder de la revolución China), León Tolstói (líder cultural ruso) y Roque Saenz Peña. Presidente en nuestro país, dominaban estos nuevos conocimientos y actuaron en consecuencia. En 1912. Junto con el proyecto de voto secreto, universal y obligatorio, Saenz Peña envió al Congreso un proyecto proponiendo la recaudación de la renta del suelo libre de mejoras como base del tesoro público. Su muerte prematura frustró el revolucionario proyecto destinado a cambiar la historia argentina, como la cambio su prima hermana, la ley del voto. Dicho sea de paso, digamos que las ideas de George, en su esencia las de Manuel Belgrano, inspiraron a los patriotas de Mayo, quienes afirmaron la revolución política con la económica contenida en la ley de Enfiteusis de 1826 (Andrés Lamas).

Para el Centenario (1910) tratando de revisar el fuego democrático y liberador de Mayo, mantenido vivo por la generación de 1837, se habían formado en nuestro país varios movimientos base de una liga que sostuvo –actualizadas– las mismas ideas. En esa Liga militaron importantes políticos e intelectuales argentinos como Arturo Orgaz y Arturo Capdevilla y cuyo órgano de expresión fue la *Revista del Impuesto Único*, editada desde 1916 a 1926. Muchos otros, como el diputado radical Carlos Rodríguez en 1919, varios intendentes de la Municipalidad de Buenos Aires y el renombrado gobernador de Córdoba Amadeo Sabatini, con proyectos, debates y leyes, conseguían mantener vigente ese pensamiento rector ajustado a las necesidades básicas de la economía nacional. Hechos que se ignoran en las carreras de derecho y economía.

La fácil asimilación por la gente común de los fundamentos que debía tener un orden económico inspirado en justicia social, la libertad económica y la solidaridad y su vertiginosa propagación por la creciente democracia, auguraba su progresiva implementación. Pero también, lamentablemente, generó una fuerte

reacción en los intereses creados a la sombra de los privilegios existentes. Esta reacción se expresó en diversas formas según cada país. Entre nosotros llegó hasta el derrocamiento de la democracia. Pero la más eficaz reacción fue, sin duda, la llevada a cabo en los EE.UU. De Norteamérica mediante un “lavado de cerebro” en el ámbito de la enseñanza superior, descrito al detalle en el libro *The Corruption of Economics* (1994) por el profesor en economía de la universidad de California (Riverside), Mason Gaffney y el economista británico Fred Harrison.

En pocos años en las universidades norteamericanas públicas y privadas, la ciencia económica clásica fue reemplazada por otra de muy distinto contenido, a la que bautizaron como ciencia económica “neo-clásica” y que domina hasta hoy, en todo el mundo con el nombre de ciencia económica “neo-liberal”.

Según Gaffney abusando sin recato del sistema de donaciones y patrocinios con que se sostenían (y sostienen) las universidades de los EE.UU., los magnates de la economía norteamericana (grandes terratenientes y monopolistas), pusieron los fondos necesarios para instalar la “nueva ciencia”. El gasto fue alto, pero el beneficio lo compensó con creces. En un par de décadas, mediante el dominio en los “consejos de administración”, no quedó en las universidades ni un solo profesor de economía que recordara la ciencia económica clásica. La “neoclásica” o “neoliberal” la había reemplazado de cabo a rabo. Es importante saber esto en años en que las universidades norteamericanas, sobre todo las más prestigiosas, son consideradas como la “Meca” de nuestros mejores alumnos, abogados y economistas y los conocimientos que allí se imparten son presentados como el *non plus ultra* del saber en economía y derecho.

¿En que consistió el radical cambio contenido en la ciencia económica neoliberal? Nada más ni nada menos que en una mutación del *paradigma* de este cono-

cimiento científico. En términos de Thomas Kuhn cabría decir que se llevo a cabo una “revolución científica”. El cambio de paradigma consistió en la eliminación de la tríada *trabajo –tierra-capital* como factores de la producción y su sustitución por el binomio *trabajo-capital*. A partir de los “neoclásicos, con aire científico, se sostiene el disparate de decir que los factores de producción no son tres. Sino tan solo dos: *el trabajo y el capital*. Es increíble, pero el “lavado de cerebro” ha sido tan profundo que nadie –ni en la cúspide ni el llano- recuerda a la *tierra* como el básico factor de producción, a pesar que sin él no puede haber no sólo economía sino ni siquiera la vida. Como es lógico, borrada la tierra del paradigma de la producción, la *renta económica del suelo* desapareció como algo a ser tenido en cuenta en la organización de la distribución.

Esta eliminación fue de gravísimas consecuencias teóricas y prácticas. La ciencia económica clásica consideraba a la recaudación de la renta del suelo *un deber primordial del Estado de derecho*, pues no solo constituye la *base del tesoro público* sino que era el modo mediante el cual el gobierno aseguraba un *acceso igualitario al suelo* a todos los miembros de las sucesivas generaciones, dispuestos a ganarse el pan mediante trabajo. El progreso económico a la luz de la economía clásica- no debía verse frenado por la miseria de millones de hombres. *La disponibilidad de tierra en un pie de igualdad, es para esta ciencia la condición material para la democracia y para el dictado dde una legislación arreglada a derecho*. Recaudar la renta del suelo elimina por principio la exacción que significan los impuestos, todos los cuales caen sobre productores inversores y consumidores. Por ello recaudar aquella renta es el de todo gobierno que aspire a constituir una sociedad de hombres libres, con iguales oportunidades, unidos en lazos de cooperación fraterna gracias a la justicia social.

Las consecuencias de este mundo de paradig-

mas fueron funestas para la sociedad norteamericana (Raymond Abrams). Pero, a consecuencia del indiscutible rol de los Estados Unidos en el mundo, fueron aún más funestas para los países a medio hacer, en vías del desarrollo, que ajustaron sus políticas a los conceptos y teorías de la ciencia económica neoliberal (Héctor Raúl Sandler). Esos efectos están a la vista. En grueso es el aumento obsceno de la masa de hombres en la miseria rodeando a grupos opulentos. Es la transformación paradójica del Estado electo por el pueblo en depredador de millones de familias de hombres de trabajo. Es la inmoral exacción de los gobiernos electos por el pueblo en contra de su pueblo, castigándolo con leyes imposibles de compatibilizar con el derecho, como son las que establecen los más absurdos y sofisticados impuestos. Es el despilfarro del gasto público, originado con un principio para mitigar las llagas de la pobreza y la desocupación. Pero que en poco tiempo llevo a la degradación de la actividad política, usada como trampolín para lograr la pitanza fácil por servicios prestados de modo consciente o inconsciente a los intereses más egoístas existentes en la sociedad. Es la recurrencia a la inflación con ruina de todo el orden social y, como alternativa, la creación, mediante la ley, mediante una artificial estabilidad monetaria, incompatible con el orden económico establecido sobre el erróneo binomio neoliberal, Es el constante endeudamiento del Gobierno, por carecer de recursos suficientes y con ello la abrogación de su poder para decidir en nuestros asuntos internos. Es, en fin, el fomento de la corrupción generalizada por el empleo de la ley como foco de corrupción (H. Sandler - B. Rajland). La elevada desocupación crónica, el aumento del proteccionismo, el desplazamiento del centro de gravedad de la actividad económica desde la producción al juego especulativo de los valores fiduciarios, son algunos otros efectos de las políticas inspiradas en la ciencia económica neoclásica. Incluso para muchos autores el carácter destructivo de la “globalización” – algo muy distinto a un

orden económico mundial -, intensificado a partir de los 1990, se debe al uso por gobernantes, empresarios, sindicalistas obreros e intelectuales de los conocimientos que toman o reciben de sus asesores instruidos en la economía "neoliberal" (Fred Harrison).

Para colmo de males la nueva ciencia – llamada neoclásica o neoliberal- domina en los órganos internacionales. Estos fueron creados a partir de la segunda guerra mundial para mejorar el orden económico general. Pero de hecho los "remedios que sugieren tales organismos –basados en los diagnósticos y teorías suministrados por la pseudo ciencia económica- en lugar de aliviar los problemas de los empobrecidos países. Lo agravan. Incluso los expanden de uno a otro. No es esto una conjetura ni diatriba. Es el informe producido por un economista que fuera hasta hace poco principal ejecutivo en el Banco Mundial. Me refiero a *Joseph Stiglitz*, quien, entre otras cosas, dijo:

La próxima reunión de semana del Fondo Monetario Internacional atraerá a Washington, D. C. a muchos de los mismos manifestantes que en Seattle apalearon a la organización Mundial de Comercio durante el último otoño. Ellos dirán el FMI es arrogante. Que no escucha realmente a los países en desarrollo a los que se supone debe ayudar. Dirán el FMI actúa de modo sigiloso y sin la obligación de responder democráticamente. Dirán que "los remedios "económicos del FMI frecuentemente empeoran el estado de cosas: transforman las caídas de la economía en recesiones y las recesiones en depresiones. Y tienen razón. Yo fui economista principal del Banco Mundial desde 1996 hasta el mes de noviembre del año pasado, durante la mas grave crisis económica global en está mitad del siglo. Pude ver como el FMI, en tándem con el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, respondió a esa crisis. Y quede horrorizado. "(Que aprendí de la crisis económica mundial).

Nuestro país esta pasando momentos muy difíciles, a pesar que en algunos sectores monopólicos se aprecien progresos técnicos. La mayoría cree que se debe a la recesión iniciada a fines de los 1990. Algunos piensan que los males arrancan de los años 1970. Otros, según sus inclinaciones políticas, piensan que se inician en 1955 y sus opositores, en 1945. No faltan quienes sostengan que desde 1930, la Argentina ha entrado en una etapa de "decadencia cultural". Personalmente estimo todos tienen parte de razón, pero que lamentablemente, no alcanzan a ver que padecemos una falla estructural jurídica con raíces en la Década de la organización Nacional (1860), *la que se agravó a partir de la década de 1930 con el sistema legal de impuestos actualmente vigente.*

No se puede sostener que la Argentina pase lo que está pasando por causas económicas. Con una superficie de casi 3 millones de Kilometros cuadrados, un clima excepcional con innumerables recursos naturales, una excelente población poseedora de un gran desarrollo cultural no puede decirse seriamente, que la Argentina tiene "problemas económicos", aunque si los tengan y muy graves, la mayoría de sus habitantes, la sociedad y los gobiernos. Lo que padecemos es una mala estructuración legal de los fundamentos de la economía social y la pública. Todos los problemas individuales y colectivo que llevan a la desesperación a al mayoría de la población y al colapso de los gobiernos, allí tienen su raíz.

Pero la *pésima estructuración legal*, si bien en parte deriva de intereses creados y egoístas, que en toda sociedad existen, en mayor medida, *es efecto del contenido de la ciencia jurídica y económica impartidas en nuestras Universidades.* Lo que se enseña sirve, hasta cierto punto, para ganarse el pan a quienes se titulan; pero o sirve, sino que por lo contrario es negativo, para afrontar la tarea de restablecer un orden social armónico. Desde este punto de vista La Universidad tiene ante si y el país una gran responsabilidad y, en consecuencia, un gran deber por cumplir.

Posdata

Argentina está sumida a un proceso de "crisis" sucesivas de naturaleza económica de raíz legal. Cada diez años desde los '30 sufre estertores o ataques que pese a su diferente aspecto han de ser vistos como caídas inevitables que aparecen como mojonos en un penoso camino de decadencia. Así han de ser vistos los hechos ocurridos alrededor de 1932 / 1942 / 1952 / 1962 / 1972 / 1982 / 1992 / 2002 / e incluso los del año 2012. *Lo más grave es que luego de cada una de esas convulsiones su "orden social" quedó en peores condiciones a las que antes padecía.* Se aprecia la general de degradación institucional, tanto en muchas degradantes formas de vida social internas como en la pérdida de toda significación del país en el dinámico mundo actual. Pudiera sostenerse contra lo que he descripto que la enseñanza superior no haya sido la directa responsable de esta decadencia. No tengo inconveniente en aceptarlo, a condición de que se examine si la que hoy se tiene por tal está en condiciones de detener esa decadencia y servir de base para reinstalar a nuestro país en el camino del progreso que una vez fue capaz de iniciar y recorrer.

Bibliografía

- Cord, Steven B., George, Henry, *Dreamer or Realist?*, Robert Schalkenbach Foundation, New York p, 168, 1984.
- Fritjof Capra, *La Trama De La Vida*, Anagrama, Barcelona, 1998.
- Gaffney, Mason / Harrison, Fred, *The Corruption of Economics*, Shephards Walwyn, Gran Bretaña, S/F.
- Harrison, Fred, *The Power in the land*, Shephard Walwyn, Gran Bretaña, S/F
- Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, DF, México, 1971.
- Lamas, Andrés, *la legislación agraria de Bernardino Rivadavia, s/e*, Buenos Aires-Argentina, 1933.
- Maturana, Humberto / Varela, Francisco, *El árbol del conocimiento. Bases biológicas del conocimiento humano*, Debate pensamiento, Madrid, 1999.
- Maturana, Humberto, *El sentido de lo humano*, Granica, Santiago de Chile, 2000.
- Raymond, Abrams, *Total tax Relief, A Concept of Liberty, Justice and Equality*, Carlton Press Inc., New York, 1986.
- Saenz Peña, Roque, *Proyecto de ley, Junio 28 de 1912*, reunión N° 14 7ma. Sesión ordinaria, Cámara de Diputados. Congreso Nacional.
- Sandler, Héctor Raúl, *Alquileres e inflación. Un examen de las relaciones existentes entre el orden jurídico, el orden económico y la renta fundiaria*, JUS, DF. México 1977.
- Sandler, Héctor Raúl., *Filosofía jurídica, Problemas Sociales y Derecho*, ICE, Buenos Aires, 2000
- Sandler, Héctor Raúl., *Impuestos. La lección del parquímetro* ICE (Instituto de Capacitación Económica), Buenos Aires, 1999.
- Sen Sun Yat, *The Third Alternative For The Third World*, The Henry George Foundation, Victoria, EE. UU., S/F.
- Stiglitz, Joseph, *Que aprendi de la crisis económica mundial*, S/E, Sitio Web, 2000, los Felices 90. La semilla de la destrucción, Taurus, Argentina. 2003.
- Tolstoi, Leon, *Amor y Libertad. Palabras de un hombre libre. Cartas sobre el impuesto único.* p 43 a 48, Casa Editorial Maucci, Barcelona 1944.

La “acción de acceso a la información pública” en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Guillermo Scheibler (*)

* Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Investigador y docente de grado y posgrado en la Universidad de Buenos Aires y otras casas de estudio. Presidente de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Autor de publicaciones de su especialidad.

I. Introducción

Los quince primeros y fecundos años del Centro de Formación Judicial del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires —a propósito de los cuales se nos ha convocado a participar en esta obra—, coinciden casualmente (o no¹) con los quince primeros años de vigencia de la ley 104 de Acceso a la Información Pública porteña.²

En momentos en que el tema ha sido motivo de varios relevantes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, nos pareció oportuno efectuar algunas reflexiones sobre el modo en que el tema se ha desarrollado en el marco de las nóveles instituciones autonómicas porteñas.

Así, conviene comenzar recordando que como una saludable extensión de, entre otros, el principio republicano de publicidad de los actos de gobierno y del derecho de libertad de expresión, los últimos tiempos han visto avanzar en nuestro país³ la consolidación normativa⁴ y jurisprudencial⁵ del denominado *derecho de*

acceso a la información pública (DAIP).⁶ Por él se reconoce a toda persona la posibilidad de tomar contacto con las fuentes primarias de información en manos del estado, con las excepciones que la ley expresamente establezca.

Destaca la doctrina especializada que el libre ejercicio del DAIP se relaciona con —y constituye en ocasiones una verdadera precondition para— el pleno desarrollo de otros derechos, ya sea de carácter individual (libertad de expresión, autorrealización personal) o colectivo (control del ejercicio del poder)⁷, y hasta con la posibilidad de plantear la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.⁸

En el marco de la Ciudad de Buenos Aires el DAIP se encuentra reconocido en numerosas disposiciones constitucionales y reglamentado principalmente⁹ por la ley 104.¹⁰ Allí se dispone la obligación de suministrar la información solicitada en sede administrativa en el plazo de diez días (prorrogables por otros diez). En caso de vencimiento de dicho lapso con una respuesta negativa, incompleta o sin un pronunciamiento expreso, la ley establece que queda habilitada “la acción de amparo ante el fuero contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires”.

La norma sólo remite a la *acción de amparo* sin

1 El inicio de la puesta en marcha de “Autonomía porteña” se vio caracterizado por la fuerte vocación de dotar a sus instituciones de los más altos estándares de idoneidad y transparencia. A esos mismos ideales, correspondieron respectivamente la creación de un Centro de Formación Judicial que velara por la capacitación permanente de los integrantes del Poder Judicial y la ley 104 para dotar al ciudadano de una herramienta de control y participación en la gestión pública.

2 Aprobada el 19 de noviembre de 1998, fue publicada en el Boletín Oficial el 29 de diciembre de ese año, y comenzó a regir en 1999.

3 En paralelo, la máxima instancia del sistema interamericano de derechos humanos ha delineado los contornos de las obligaciones que pesan en la materia sobre los países miembros (ver el fallo “*Claude Reyes y otros vs. Chile*” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictado el 19 de septiembre de 2006).

4 A nivel federal rige el decreto 1172-PEN-2003, en tanto numerosas provincias han dictado normativa específica para sus jurisdicciones.

5 La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido por primera vez de modo expreso sobre los contornos de este derecho al resolver en los autos “ADC c/PAMI s/AMPARO” el 4 de diciembre de 2012 (Fallos, 335:2393, publicado en La Ley 2013-B, 21). Recientemente, en un nuevo y trascendental pronunciamiento el Alto Tribunal precisó otros aspectos del derecho y sus limitaciones (“CIPPEC c/ EN – Ministerio de Desarrollo Social s/amparo”, del 26 de marzo de 2014, publicado en La Ley del 7 de abril de 2014).

6 Ver en Basterra, Marcela, *El Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

7 Basterra, Marcela, *op. cit.*, p. 13.

8 Abramovich, Víctor y Courtis, Chirstian, *El umbral de la ciudadanía*, Buenos Aires, Estudios del Puerto, 2006, p. 187.

9 Se refieren también a otros aspectos del DAIP, las leyes 303 y 572, entre otras.

10 Sancionada a fines de 1998 precisó las obligaciones que pesan en la materia sobre los poseedores de *información pública*. Fue reglamentada mediante el decreto 1361-GCBA-2007. Sobre el DAIP en la Ciudad de Buenos Aires ver, Scheibler, Guillermo (Coord.), *Acceso a la Información Pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2012; que reúne trabajos de Aurelio Ammirato, Maximiliano Campos Ríos, Ariel R. Caplan, M. Claudia Caputi, María Angélica Gelli, Andrés Gil Domínguez, Gustavo Maurino, Alberto Meza, Guillermo Scheibler, Mario Rejtman Farah y Leonardo Toia.

fijar ninguna especificidad procesal¹¹ por lo que el trámite judicial ha de ser el previsto por el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad y la ley 2145.¹²

La ocasión del décimo quinto aniversario del Centro de Formación Judicial invita a realizar un balance de lo actuado en la Justicia porteña en diversas materias. Con esa intención nos ocuparemos en estas líneas de repasar algunos aspectos¹³ relacionados con esa acción judicial de acceso a la información pública vigente en la Ciudad de Buenos Aires desde el año 1998.

II. Diferencia con el amparo por mora

En numerosos precedentes de ambas Salas de la Cámara CAYT se ha señalado que la acción de amparo por acceso a la información “resulta de índole predominantemente instrumental, en la medida en que sólo tiende a vencer la resistencia al cumplimiento de la obligación de informar y no tiene por cometido evitar o hacer cesar una lesión, restricción, alteración o amenaza de los derechos y/o garantías constitucionales o legales”. De allí se concluyó que “la naturaleza jurídica de la acción *sub examine* se aproxima a la del amparo por mora, ya

que cabe concebir a este último como una pretensión tendiente a obtener una orden judicial de pronto despacho, cuando el órgano interviniente haya dejado vencer los plazos pertinentes sin dar cumplimiento a su obligación legal de contestar el requerimiento formulado por el interesado”.¹⁴

Ello no obstante, también se ha señalado que “no estamos aquí frente a un amparo por mora”¹⁵ y que “no puede sostenerse que bastaría con contestar ‘cualquier cosa’ para tener por cumplida la requisitoria formulada por el tribunal”, pues “[d]e ser de otro modo este derecho, de indiscutible raigambre constitucional, no sería ejercitable en los hechos, limitándose a una especie de pantomima en la cual bastaría ‘hacer como que se contesta’ alguna generalidad para que los verdaderos elementos que se pretende conocer queden ocultos”.¹⁶

Las consecuencias de la caracterización o no de la acción prevista en este artículo como un *amparo por mora*, no carece de consecuencias prácticas en tanto las posibilidades de actuación judicial varían en uno y otro caso. En efecto, en el amparo por mora el juez debe limitarse a ordenar a la Administración que se pronuncie, sin poder indicar en qué sentido ni abordar el análisis de lo que en definitiva se decida. De este modo, la asimilación al *amparo por mora* de la acción de amparo por acceso

11 Como si lo hace, por ejemplo, la ley 1845 de Protección de Datos Personales regulando la acción prevista en el artículo 16 de la Constitución de la Ciudad (art. 28 y ss., ley 1845). Sobre el trámite de la acción prevista en la ley 1845 ver Mortier, Natalia V. “La acción de *hábeas data*”, en Tawil, Guido Santiago [Director], *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011 y también Juan Lima, Fernando, “El ‘amparo judicial’ porteño. Sus características y su relación con las acciones de amparo por mora, de acceso a la información y de protección de datos personales”, en Daniele, Mabel (directora), *Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Plata, LEP, 2008.

12 Para profundizar en diversos aspectos del amparo porteño consultar Daniele, Mabel (directora), *Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Plata, LEP, 2008.

13 Nos centraremos en lo atinente a la legitimación activa y pasiva del derecho de acceso a la información pública (y, consecuentemente, de su posibilidad de exigirlo en sede judicial) y en otras cuestiones procesales. Para un detalle más amplio y completo de la cuestión en la Ciudad de Buenos Aires, nos remitimos a los diversos trabajos incluidos en Scheibler, Guillermo (Coord.), *Acceso a la Información Pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Editorial Ad Hoc, 2012.

14 Sala 1 CAYT, “Pampín, Gustavo Leonardo c/GCBA s/amparo”, Expte. EXP 1305/01, resueltos el 30 de agosto de 2001, entre muchos otros.

15 En este mismo sentido ha de tenerse presente que, a diferencia de lo que sucede en el régimen del decreto 1172/PEN/2003 (art. 13), no existe en la ley porteña una remisión expresa a la vía del amparo por mora, que no se encuentra legislado de modo expreso y específico en la Ciudad. Sobre la recepción jurisprudencial del amparo por mora en la Ciudad, ver Gordillo, Agustín – daniele, Mabel (directores), *Procedimiento Administrativo – Decreto ley 19.549/1972 y normas reglamentarias – Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Comentarios y Concordados*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, 2ª ed., p. 300 y ss. y Juan Lima, Fernando, “El ‘amparo judicial’ porteño. Sus características y su relación con las acciones de amparo por mora, de acceso a la información y de protección de datos personales”, en Daniele, Mabel (directora), *Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Plata, LEP, 2008.

16 Juzgado CAYT N°12, “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, Expte. EXP 24.259/0, resueltos el 18 de mayo de 2007.

a la información pública permitiría interpretar que la actuación judicial debería limitarse a ordenar que se suministre la información solicitada.

Se advierte que, por el contrario, en los diversos procesos judiciales por acceso a la información tramitados en el fuero CAYT los jueces analizan la información suministrada por la Administración al contestar demanda o luego de la sentencia y se pronuncian respecto de si satisface o no lo solicitado por los actores en los términos de la ley 104.¹⁷ Es que, la ley garantiza el acceso a información *completa, veraz, adecuada y oportuna*¹⁸ extremos cuyo cumplimiento puede y debe ser verificado en sede judicial.¹⁹ Recuérdese que nuestro ordenamiento jurídico (supranacional, constitucional y legal) garantiza el acceso a *información* —en un concepto amplio del término²⁰— y no solamente a *documentos o registros*.²¹

La categoría supranacional y constitucional del derecho de acceso a la información²² y su íntima relación con otros derechos fundamentales imponen rodear a su ejercicio de las máximas garantías judiciales en los térmi-

17 Ver por ejemplo, Juzgado CAYT N°10, "Oliveira, Alicia (Defensora del Pueblo) c/ GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)", Expte. EXP 5648/0, del 23 de mayo de 2003, resolución confirmada por la Sala 2 de la Cámara CAYT el 5 de agosto de 2003.

18 Artículo 1º, ley 104.

19 Un ejemplo del amplio examen judicial respecto del carácter de la información solicitada puede apreciarse en los autos "Moreno, Gustavo Daniel y otros contra GCBA sobre amparo", Expte. EXP 7134/0, sentencia del 30 de septiembre de 2003, Sala 2 CAYT.

20 Ver el fallo "Claude Reyes y otros vs. Chile" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Sobre el alcance del concepto de información contemplado por la norma, ver Scheibler, "Compromisos internacionales de la República Argentina en materia de acceso a la información", La Ley Suplemento Derecho Administrativo - Agosto 2010, Cita online, AR/DOC/5296/2010; y comentario al artículo 2º de la ley 104 en Scheibler, Guillermo [coord.], *Acceso a la información ...*, op. cit.

21 Ver artículo de Ariel Caplan contenido en Scheibler, Guillermo [coord.], *Acceso a la información ...*, op. cit.. En el mismo sentido se ha expedido el Estudio Especial sobre el Derecho de Acceso a la Información elaborado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA del año 2007, apartado 107.

22 Reconocida por la Corte IDH en el ya citado caso "Reyes", entre otros pronunciamientos; y por nuestra CSJN en los ya citados casos "ADC" (2012) y "CIPPEC" (2014).

nos de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.²³ En efecto, la Corte IDH ha señalado que los estados deben disponer de mecanismos judiciales capaces de tutelar de modo efectivo la violación de este derecho. No basta con que los recursos existan formalmente, sino que deben "tener efectividad".²⁴

III. Diferencia con el habeas data

La acción examinada no se identifica con el *habeas data*, que en la esfera local, se encuentra regulada por el art. 16 CCABA y ley 1845.²⁵ Al respecto, se ha señalado que "resulta claro a nuestro juicio que la ley 104 no regula un supuesto especial de *habeas data*. En efecto, mientras que esta última acción tiene por finalidad el acceso a los datos atinentes a una persona física o jurídica, y eventualmente su posterior rectificación, actualización, supresión o confidencialidad, la ley 104 garantiza el acceso a la información de cualquier naturaleza con la que cuente la Ciudad y los demás sujetos enumerados en su artículo 1º, más allá de que la misma se refiera o no a la persona que la solicita. Por otra parte, dicha ley nada dice acerca de la posibilidad de obtener la modificación o cancelación de dichos datos, siendo que, como se ha dicho, ésta es una de las finalidades típicas de la acción de *habeas data*."

En definitiva la ley 104 se relaciona, más que con la tutela de los datos personales de los individuos, con el principio de publicidad de los actos de gobierno (arg. artículo 1º de la Constitución Nacional y artículo

23 Si bien en una primera aproximación al tema sostuvimos también la similitud con el amparo por mora, el estudio sostenido del tema, la observación de la evolución de la conducta administrativa y la jurisprudencia del fuero CAYT nos ha impuesto mudar de opinión.

24 Apartado 131, del caso "Claude Reyes".

25 Sobre las características procesales de la acción de *habeas data*, ver Mortier, Natalia V. "La acción de *habeas data*", en Tawil, Guido Santiago [Director], *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.

1º de la Constitución de la Ciudad). Se trata, como se ve, de dos institutos que tienden a tutelar intereses de distinta naturaleza.²⁶

IV. La legitimación activa²⁷

Al utilizar la fórmula “*toda persona*”²⁸ la norma ha establecido un criterio amplio de legitimación activa del derecho²⁹ y en esos términos ha sido interpretada³⁰ y receptada por los tribunales del fuero contencioso administrativo y tributario.³¹ De allí se desprende —a falta de distinción legislativa expresa— que el derecho de recibir información corresponde tanto a las personas físicas como jurídicas³². En otro orden —y desde nuestra perspectiva³³— la fórmula es acertada en la medida

que evita los equívocos propios de otras delimitaciones posibles, tales como ciudadano, habitante o interesado. Asimismo, en tanto se relaciona con la falta de alusión a la titularidad de un derecho subjetivo o un interés legítimo. En efecto, el artículo 6º de la ley establece que “*no puede exigirse [al requirente] la manifestación del propósito de la requisitoria*”, lo cual subraya la previsión del art. 1º, en cuanto reconoce el derecho a *toda persona*, sin requerir ninguna cualidad jurídica especial —como el carácter de parte o interesado en un procedimiento— además de la condición de persona. Luego, la ley parte de la idea de que *toda persona* —por su mismo carácter de tal, esto es, sujeto de derecho— goza de determinados derechos y libertades y, entre ellos, el derecho de acceso a la información.

Ello resulta respetuoso de las previsiones internacionales de jerarquía constitucional que reconocen a este derecho el carácter de *derecho humano*³⁴ que forma parte del derecho de libertad de expresión³⁵ y, por ende, de titularidad universal. Tal carácter ha sido reconocido expresamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁶ (en adelante, Corte IDH) y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁷. Consecuentemente, se ha resuelto que la información debe ser entregada *sin necesidad de acreditar un interés directo*³⁸ para su obtención

26 Picasso, Sebastián, “El habeas data en la Ciudad de Buenos Aires”, LL, 2003-A, 1253.

27 Sobre la cuestión de la legitimación activa en el DAIP, ver los trabajos de Aurelio Ammirato, María Angélica Gelli y Mario Rejtman Farah en Scheibler, Guillermo [coord.], *Acceso a la información ...*, op. cit.

28 “Toda persona” es también la expresión que utiliza la “Ley Modelo de Acceso a la Información Administrativa” aprobada por la Organización de los Estados Americanos (OEA). Formulaciones similares contienen las principales normas que se ocupan de la cuestión en el derecho comparado. Ver al respecto la recopilación que efectúa José Manuel Ugarte en *El derecho de acceso a la información*, Buenos Aires, La isla de la luna, 2007, p. 33. También el decreto 1361-GCBA-2007, reglamentario de la ley, establece que “*el derecho de acceso a la información conforma una instancia de participación ciudadana, por la cual toda persona, ejercita el derecho de requerir, consultar y recibir información de cualquiera de los sujetos establecidos en el artículo 1º de la ley*” (art. 3).

29 En el mismo sentido, al referirse a la ley 104, Marcela Basterra, expresa que “*es coherente afirmar que la legitimación es amplísima*” (*El Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 299).

30 Balbín, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo – Tomo I*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p.235.

31 Ver, entre muchos otros, Sala 1 CAYT, autos “*Baltroc, Beatriz M. c/GCBA s/amparo*”, Expte. EXP 4324/0, del 4 de septiembre de 2002, Sala 2 CAYT, “*Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional (Reg. 6060) c/Hospital Gral. De Agudos D. Velez Sarsfield y otros s/amparo (art. 14 CCABA)*”, Expte. EXP 30485/0, del 17 de febrero de 2009; “*Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)*”, Expte. EXP 27599/0, del 7 de noviembre de 2008.

32 La jurisprudencia del fuero ha afirmado que la expresión “*toda persona*”, transmite claramente una idea de máxima amplitud, de voluntad de inclusión y no de exclusión (Sala 1 CAYT, 29/11/2000, *Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/Secretaría de Obras y Servicios Públicos s/amparo*).

33 Nos referimos a la cuestión en, Ammirato, Aurelio; Scheibler, Guillermo y

Trípoli, Pablo, “Ley 104 de Acceso a la información de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, LL 2003-F, 294.

34 Art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Sobre la normativa y jurisprudencia internacional sobre el tema ver los trabajos de Ariel Caplan, María Angélica Gelli, Mario Rejtman Farah y Leonardo Toia incluidos en Scheibler, Guillermo [coord.], *Acceso a la información ...*, op. cit.

35 Adviértase que el artículo 1º de la ley 26.032, establece que “la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”.

36 Corte IDH, Caso “*Claude Reyes y otros vs. Chile*”, sentencia del 19 de septiembre de 2006.

37 Fallos 335:2393, “*ADC c/PAMI s/amparo*” del 4 de diciembre de 2012.

38 A contramano, recuérdese que el artículo 1º de la ley 12.475 de la Provincia de

o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción.³⁹

Resulta trascendente recordar que también se ha reconocido la faz colectiva del derecho de acceso a la información pública⁴⁰ por lo que, dado el modo amplísimo en que se ha previsto la legitimación activa para interponer amparos en defensa de este tipo de derechos en el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución de la Ciudad⁴¹ (en adelante, CCABA), no resultaría consecuente prever una legitimación menor para efectuar presentaciones en sede administrativa.⁴²

En materia ambiental, la propia Constitución porteña prescribe el derecho de “*toda persona*” a recibir libremente información sobre el impacto que causan o

pueden causar sobre el ambiente las actividades públicas o privadas (art. 26). Consecuentemente, la ley 303 de Información Ambiental⁴³ también legitima a “*toda persona*” a solicitar y recibir información sobre el estado y gestión del ambiente y de los recursos naturales, sin necesidad de invocar interés especial alguno (art. 1º).

También la Constitución establece el acceso “*libre*” o “*a cualquier ciudadano*” de determinada información específica, como son la base de datos de actos de contenido patrimonial relevante (art. 132) o los dictámenes de la auditoría general (art. 135).

4.1. Personas físicas⁴⁴

Entendemos que la legitimación irrestricta que prevé la ley registra una fuente de jerarquía supraconstitucional vinculada con la naturaleza del derecho, que se relaciona directamente con libertades fundamentales de la persona humana (de pensamiento y expresión), la posibilidad de alcanzar el propio desarrollo personal y tender hacia el autogobierno de la comunidad (posibilidad de participar de la cosa pública y elegir y controlar a los representantes).

Buenos Aires reconoce “*a toda persona física o jurídica que tenga interés legítimo, el derecho de acceso a los documentos administrativos, según las modalidades establecidas por la presente Ley*”.

39 Si se conoce la existencia de una limitación legítima al suministro de la información, el solicitante puede describir el interés que tiene en obtener dicha información o una afectación personal, de forma tal que las autoridades puedan realizar el balance entre dicho interés y el posible daño que se ocasionaría con el suministro de la información a otro derecho o fin legítimo que se intenta proteger a través de la referida limitación (“Estudio Especial sobre el Derecho de Acceso a la Información” de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington D.C., OEA, 2007, apartado 92).

40 Ver, entre otros, Abramovich, Víctor y Courtis, Chirstian, *El umbral de la ciudadanía*, Buenos Aires, Estudios del Puerto, 2006, p. 171 y ss; Basterra, Marcela, *op. cit.*, p. 16 y ss.; Vallefín, Carlos A., *El acceso a la información pública. Una introducción*, Buenos Aires, Ad hoc, 2009, p. 24.

41 Sobre legitimación en el amparo colectivo en la Ciudad profundizar en Treacy, Guillermo F., “Amparo colectivo y control de constitucionalidad: algunas proposiciones a partir del principio de democracia participativa”; Caplan, Ariel R., “El amparo colectivo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”; Russo, Eduardo Ángel, “El sujeto colectivo en la acción de amparo”; Scheibler, Guillermo, “Autonomía, participación y legitimación en el amparo porteño” todos incluidos en Daniele, Mabel (directora), *Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Plata, LEP, 2008. Ver también Daniele, Mabel, “Los legitimados en la acción de amparo”, en Balbín, Carlos [director], *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires - Comentado y concordado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, p. 95. También Scheibler, Guillermo “Autonomía, participación y legitimación en el amparo porteño” –versión actualizada– en *La Ley Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Año 1, Nº1, Agosto 2008*.

42 Ver Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2006, 8º ed., p. IV 2.

43 Sobre el tema ver, Ammirato, Aurelio, “Acceso a la información ambiental”, en *Revista [áDA Ciudad Nº1, Septiembre 2007*, p. 107 (disponible también en www.adaunidad.org.ar).

44 En el derecho comparado se registran fórmulas que reservan el derecho sólo a los “ciudadanos” (ley de Libertad de Prensa del Reino de Suecia), otras que incluyen a los “residentes permanentes” (ley de Acceso a la Información de Canadá) y también las que poseen fórmulas universales –al igual que la ley porteña– como “*todos*”, “*cualquier persona*” o “*toda persona*” etc. (leyes de Finlandia, Estados Unidos, Francia, México). Respecto de la FOIA (EE.UU.) se entiende la expresión “*cualquier persona*” como comprensiva de todo individuo, toda sociedad comercial o asociación o todo organismo público o privado exterior a la Administración Federal. Se incluye a los extranjeros residentes en Estados Unidos e incluso a los extranjeros situados fuera de las fronteras, que pueden dirigir por correo sus peticiones (ver Fernández Ramos, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 32 y ss.). El régimen francés considera beneficiarios del derecho tanto a las personas físicas como jurídicas públicas o privadas, a los nacionales o extranjeros —incluso los que residan fuera del país—, los administrados y los funcionarios. Las personas de derecho público distintas de aquella que posee la información pueden hacer uso del dispositivo creado por la ley (ver Fernández Ramos, Severiano, *op. cit.*, p. 75).

De este modo, no puede ni debe limitarse la legitimación de cualquier persona en razón de las funciones que desempeñe.⁴⁵ El carácter de legislador o integrante de algún otro órgano de gobierno no empece al ejercicio de este derecho, en tanto —como se dijo— resulta inherente a la personalidad humana.⁴⁶

Si bien la ley 104 utiliza la fórmula “*toda persona*”, Gelli⁴⁷ señala que en la economía de la CCABA parece identificarse la expresión “persona” con “habitante” y menciona como ejemplos los artículos 13 y 14 que garantizan a los “*habitantes*”, respectivamente, la libertad física y la posibilidad de interponer amparos colectivos. Sugiere que la conveniencia de la amplitud de la legitimación a “*toda persona*”, independientemente de su carácter de habitante, debería medirse con el criterio de los costos y beneficios que ella produjera.

En ese orden, estimamos que no debe soslayarse que el complejo fenómeno urbano constituido por el Área Metropolitana de Buenos Aires determina que en muchas ocasiones las decisiones que se toman en una jurisdicción impacten de modo importante en temáticas sensibles de las otras.⁴⁸ Asimismo, el hecho de que la Ciudad de Buenos Aires concentre gran parte de

la actividad económica, cultural y administrativa de la República, determina que muchos habitantes de otras jurisdicciones pueden poseer intereses concretos en conocer pormenores de la gestión local.

En sentido concordante se ha afirmado que se reconozca legitimación activa amplia para ejercer el DAIP a cualquier persona, independientemente de su condición migratoria.⁴⁹

La ley 2689 que creó la Agencia de Sistemas de Información de la Ciudad, fija como su objetivo organizar y coordinar con todas las dependencias del Poder Ejecutivo, la infraestructura informática de telecomunicaciones y de los sistemas de información tendientes a dotar a la Ciudad de un plan autosuficiente, razonable y coordinado de gobierno electrónico, que permita *el acceso del ciudadano* por medios electrónicos y telefónicos a los servicios de información del gobierno, aportando transparencia a la gestión (art. 2). Estimamos que a la luz del resto de la normativa constitucional y legal vigente en la materia, no podría interpretarse el término *ciudadano* empleado por la ley con un ánimo restrictivo o excluyente.

4.2. Personas jurídicas

Si bien la expresión utilizada por el legislador no las menciona expresamente, como sí lo hace el artículo 6º del decreto 1172-PEN-2003, la generalidad de la construcción “*toda persona*” impone tener por incluidas a las personas jurídicas, ya sea públicas o privadas.⁵⁰

45 Sin perjuicio de ello, la Constitución refuerza la idea de derecho a la información respecto de determinadas personas en función de su situación en una relación jurídica específica. Así, por ejemplo, se garantiza el derecho de acceso a la información de los “usuarios y consumidores” (art. 46, CCABA) y de los trabajadores (art. 43, CCABA).

46 Ante un amparo por acceso a la información interpuesto por una legisladora de la Ciudad, el titular del Juzgado CAYT N°3 entendió que carecía de legitimación para ello en su carácter de legisladora en tanto “no ejerce la representación del Poder Legislativo”, sin perjuicio de lo cual reconoció su legitimación como ciudadana. Por su parte la Cámara de Apelaciones expresó que —más allá de la opinión del Tribunal— la denegatoria de legitimación en carácter de legisladora se encontraba firme por haber sido consentida por la demandante, y confirmó su aptitud para litigar a título de ciudadana (ver Sala 1 CAYT, autos “Baltroc, Beatriz Margarita c/GCBA s/amparo”, Expte. EXP 4324/0, resueltos el 4 de septiembre de 2002).

47 Ver su trabajo incluido en Scheibler, Guillermo [coord.], *Acceso a la información* ..., op. cit..

48 Vg., transporte, medio ambiente, infraestructura de servicios sanitarios, educación, salud, etc.

49 “Estudio Especial sobre el Derecho de Acceso a la Información” de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington D.C., OEA, 2007, apartados 89.

50 La Sala V de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal desestimó los argumentos de falta de legitimación activa argüidos por el Estado Nacional respecto de la Asociación por los Derechos Civiles, en un proceso (ver *La Ley* 2008-F, 408) por el que se requería acceso a información en poder del INDEC relacionada con el modo en que se elabora el índice de precios al consumidor. Se sostuvo en la ocasión que en virtud del modo en que ha sido reglamentado el DAIP, resulta

4.2.1. Personas jurídicas privadas

La Procuración General de la Ciudad ha planteado en numerosos procesos de amparo que las asociaciones civiles *no se encuentran legitimadas* para exigir judicialmente el cumplimiento del derecho de acceso a la información si no contemplaban esa posibilidad expresamente entre sus objetivos sociales, en virtud del principio de especialidad que consagra el artículo 35 del Código Civil.

Tales argumentos restrictivos fueron desestimados por la jurisprudencia del fuero en lo contencioso administrativo y tributario. Así, la Sala 2 de la Cámara de Apelaciones en varias ocasiones⁵¹ señaló que la legitimación activa prevista por el juego del artículo 14 CCABA y la ley 104 es *“amplísima”* y encuentra también fundamento en la forma del estado porteño como democracia participativa y en la publicidad de los actos de gobierno (artículo 1º CCABA) con la consiguiente posibilidad de su control ciudadano a través del ejercicio del derecho de acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, consideró — con citas de doctrina y jurisprudencia — que los estatutos sociales de las personas jurídicas deben interpretarse con amplitud y que la capacidad de las personas jurídicas abarca todos los actos que tengan relación directa o indirecta con el cumplimiento de sus fines y que son los propios órganos de las instituciones quienes están

“innecesario demostrar la existencia de un interés concreto, personal y distinto del de otros ciudadanos” (voto de la mayoría) y que *“la afectación y la ‘causa’ o ‘controversia’ existen per se, cuando la administración omite brindar al información (sin causa válida), o la otorga en forma ambigua, parcial o inexacta”* (voto de la minoría).

51 Sala 2 CAYT, *“Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)”*, Expte.: EXP 24.947/0, del 23 de octubre de 2007; *“ACIJ contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)”*, Expte.: EXP 24.315/0, del 2 de noviembre de 2007; *“ACIJ contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)”*, Expte.: EXP 24.194/0, del 20 de noviembre de 2007; *“Centro de Educación al Consumidor contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)”*, Expte.: EXP 25.367/0, del 29 de noviembre de 2007; *“ACIJ contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)”*, Expte.: EXP 27.599/0, del 7 de noviembre de 2008; *“Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional c/Hospital Gral. de Agudos D. Velez Sarsfield y otros s/amparo (art. 14 CCABA)”*, Expte.: EXP 30485/0, del 17 de febrero de 2009.

en mejor situación para elegir los medios a utilizar.

4.2.2. Personas jurídicas estatales

La jurisprudencia del fuero CAYT ha reconocido a diversas personas jurídicas estatales la facultad de requerir información a través del cauce administrativo previsto en la ley 104 y, consiguientemente y ante su negativa o suministro parcial, a través de la acción de amparo a la que remite su artículo 8º.

A tal fin, y respecto de la Defensoría del Pueblo se ha valorado⁵² el rol de control que la Constitución le confía, así como la legitimación procesal y las facultades que le otorga para requerir la información necesaria para el mejor cumplimiento de sus funciones (art. 137 CCABA). Incluso se ha señalado⁵³ que cuando este órgano requiere información a través de este instituto no corresponde aplicarle las razonables restricciones que la ley impone al conjunto de los ciudadanos ya que sus peticiones se encuentran encaminadas a proponer medidas que posibiliten un mejor desarrollo de la función administrativa.

Un criterio similar se ha aplicado respecto de distintos órganos del Ministerio Público⁵⁴, destacando su esencial rol en la democracia y que le corresponde intervenir, y promover la actuación de la justicia, en los asuntos en los que se encuentren involucrados el interés de la sociedad y el orden público (art. 125, CCABA). En tal sentido, se valoró que la ley⁵⁵ otorga facultades de investigación a todos los niveles del Ministerio Público y que si bien no se encuentra en el capítulo de la Consti-

52 Sala 1 CAYT, *“Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/Secretaría de Obras y Servicios Públicos s/amparo”*, Expte. Nº 9903/2000 del 29 de noviembre de 2000.

53 Sala 2 CAYT, *“Oliveira, Alicia c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”*, Expte. EXP 5648/0, del 5 de agosto de 2003 (voto de la mayoría).

54 Sala 2 CAYT, *“Moreno, Gustavo Daniel y otros contra GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”*, Expte. EXP 7134/0, del 30 de septiembre de 2003 (voto de la mayoría).

55 Ley Orgánica del Ministerio Público, al momento del fallo citado la ley 21, actualmente la ley 1903 y mod.

tución referido a los órganos de control, ejerce en ciertas ocasiones facultades de ese tipo.

Si bien no se vincula directamente con la ley 104, corresponde también traer a colación un interesante precedente del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad⁵⁶ (en adelante, TSJ) por el cual se hizo lugar⁵⁷ a una acción iniciada por la Auditoría General de la Ciudad (en adelante, AGCABA) a efectos de que la Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) suministre la información y documentación necesaria para que aquél órgano ejerza sus facultades constitucionales de control. Para así resolver, se tuvieron presentes las facultades de control externo y la legitimación procesal que la CCABA otorgó a la AGCABA (art. 135).

4.2.3. Partidos políticos

La Constitución de la Ciudad reconoce expresamente en su artículo 61 su derecho de acceso a la información y a la difusión de sus ideas. Quiroga Lavié destaca⁵⁸ que ello encuentra fundamento en lo imprescindible que resulta que, en el juego de la república democrática, la oposición —sobre todo— pueda estar enterada de la situación en la cual se encuentra la gestión de los asuntos públicos.

V. Legitimación pasiva⁵⁹

Al momento de intentar determinar cuáles son los sujetos obligados a suministrar información pública resulta indispensable no perder de vista que el entramado constitucional prevé este derecho en diferentes artículos y secciones.⁶⁰ En algunas ocasiones garantiza derechos de particulares y en otras impone obligaciones genéricas o en materias específicas a diversos órganos del Estado. Una visión armónica de todas ellas, interpretada a la luz de la normativa y jurisprudencia internacional vigente en la materia impone consagrar el principio de universalidad de la legitimación pasiva de los órganos estatales o no estatales en ejercicio de funciones públicas. Sin embargo, allí tampoco puede *a priori* detenerse el catálogo de sujetos obligados. Es que, más allá del listado no taxativo⁶¹ que la norma consagra, entendemos que es menester analizar, caso por caso, la presencia de dos aspectos fundamentales para considerar configurado un derecho de información. Nos referimos a su relación con la utilización o destino de fondos provenientes del erario público y al carácter o interés público de la información⁶² que se requiere. Estimamos que la concurrencia de cualquiera de esas dos circunstancias, convierte —en principio— al poseedor de la información en sujeto obligado a proveerla.

⁵⁶ TSJ, “Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) s/acción meramente declarativa”, sentencia del 2 de mayo de 2007.

⁵⁷ Con la disidencia del Dr. Julio B. J. Maier, quien propicio el rechazo de la demanda.

⁵⁸ Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires – Comenta-da*, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 1996, p. 169.

⁵⁹ Respecto de la legitimación pasiva en el DAIP, profundizar en los artículos de Ariel R. Caplan, María Angélica Gelli y Leonardo Toia incluidos en Scheibler, Guillermo [coord.], *Acceso a la información ...*, *op. cit.*

⁶⁰ En el marco de la CCABA, arts. 1º; 12, inc. 2; 26; 46; 53; 54; 74; 105, inc. 1º; 132 y 135.

⁶¹ También Ariel R. Caplan sostiene que la enumeración del artículo 1º de la ley tiene un carácter meramente enunciativo (ver su trabajo incluido en Scheibler, Guillermo [coord.], *Acceso a la información ...*, *op. cit.*).

⁶² Ver al respecto Corte IDH, autos “Claude Reyes”, ya citados, apartado 73.

5.1. Órganos estatales

La ley comprende a todas las formas de la organización administrativa. La mención a la “Administración central”, incluye por cierto, a los órganos desconcentrados (ministerios, subsecretarías, direcciones, etc.). Con el afán de resaltar el carácter abarcativo de la norma, el artículo enumera —de modo sobreabundante— a la Administración descentralizada y a los entes autárquicos. También aclara que se incluyen las empresas y sociedades del estado, etc. y todas aquellas organizaciones empresariales donde el Estado de la Ciudad tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias (vg. Autopistas Urbanas Sociedad Anónima –AUSA-).

Asimismo se encuentran alcanzados por la norma los Poderes Legislativo y Judicial en orden a sus actividades realizadas en ejercicio de función administrativa. Va de suyo que ello no implica que los principios de publicidad y acceso a la información pública no rijan respecto del ejercicio de la función legislativa o judicial propiamente dicha, sino que tales actividades poseen su propio régimen específico al respecto con las modalidades inherentes a su naturaleza.⁶³

Si bien resulta una verdad de PEROGRULLO, no es ocioso recordar que la obligación de suministrar información corresponde a la persona jurídica “Estado” —en sus diversas formas organizativas— con independencia

63 Ver por ejemplo respecto del Poder Legislativo, los artículos 1º, 74, 86 y 90 de la CCABA; y en cuanto al Poder Judicial, art. 1º CCABA, arts. 6 a 10, 23 y 42 de la ley 402; art. 109 de la ley 189 (CCAYT); art. 1.13 del Reglamento General de Organización y Funcionamiento del Poder Judicial (Resol. 152-CDM-99). Respecto de la publicación de las sentencias, la CSJN ha señalado —con cita del artículo 14.1 del PIDCP— que ello constituye una “regla republicana” (“*Kook Weskott, Matías s/abuso deshonesto —causa n°963—*”, resuelta el 28 de julio de 2005). La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal ha resuelto que corresponde autorizar el acceso a actuaciones penales a organizaciones no gubernamentales (ACIJ y CIPCE) en un caso de corrupción en perjuicio de la administración, por aplicación de las normas sobre acceso a la información previstas en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (ley 26.097) entre otras normas internacionales (autos “*Urquía, Roberto Daniel s/recurso de casación*”, Causa N° 12.549, resueltos el 30 de marzo de 2010).

de la “gestión” o quiénes conduzcan o hayan conducido sus destinos en un momento dado. En efecto, se ha resuelto que alegar que la información solicitada no puede entregarse porque corresponde a “otra gestión” implica desconocer el principio de continuidad del Estado, mediante el cual la responsabilidad subsiste con prescindencia de los cambios de la integración del gobierno en el transcurso del tiempo.⁶⁴

Tampoco un órgano puede rechazar un pedido de información aduciendo que no resulta de su competencia o que la posee otra dependencia estatal. En tal caso, debe girar la solicitud al órgano competente de inmediato (art. 8º, del decreto reglamentario 1361-GCBA-2007).

Sobre el punto se ha señalado que “la distribución interna de la competencia, que es variable y el particular puede desconocer, no autoriza a emitir respuestas elusivas, que en los hechos implican sustraerse de la obligación legalmente impuesta, pues de esta forma la petición corre el riesgo de verse forzada a recorrer un sendero kafkiano, que, precisamente, la ley trata de evitar”.⁶⁵

5.2. Entidades interjurisdiccionales

Expresamente se contempla como obligados a suministrar información a los “*organismos interjurisdiccionales integrados por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*”. Se trata, entre otros, de:

Coordinación Ecológica del Área Metropolitana
Sociedad del Estado (CEAMSE)⁶⁶

64 Sala 2 CAYT, “*Di Filippo, Facundo contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)*”, Expte.: EXP 20986/0, resueltos el 4 de abril de 2007. Cabe recordar que se ha destacado la necesidad “de una política pública que preserve y desarrolle una memoria corporativa en las instituciones gubernamentales” (Principios de Lima, Principio 2, “El acceso a la información en una sociedad democrática”).

65 Juzgado CAYT N°1, “*Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/amparo*”, Expte. EXP 18.733/0, del 2 de mayo de 2006.

66 Creada por las leyes 8782 y 8981 de la Provincia de Buenos Aires y por la Ordenanza 33.691 de la Municipalidad de Buenos Aires e integrada por la Provincia

Corporación Antiguo Puerto Madero Sociedad Anónima⁶⁷

Autoridad de la Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR)⁶⁸

Corporación del Mercado Central de Buenos Aires⁶⁹

Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA)⁷⁰

Consejo Federal del Turismo (CFT)⁷¹

Consejo Federal de la Seguridad Vial⁷²

Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS)⁷³

Órganos de Aplicación del Convenio Multilateral⁷⁴

Al tratarse de ámbitos en los que la Ciudad ejerce diversos aspectos de su función administrativa e incluso en los que —en algunos casos— invierte fondos de su presupuesto, resulta indudable que tales organismos se encuentran obligados a suministrar la información que se les solicite.

Sin perjuicio de ello, no puede soslayarse que el carácter *interjurisdiccional* ha sido frecuentemente motivo de controversia respecto del régimen jurídico que debe aplicarse a este tipo de entes, lo que presagia di-

ficultades o reticencias en poder acceder a la información invocando un régimen local. Por caso, la Auditoría General de la Ciudad (AGCABA) ha debido litigar ante el Tribunal Superior de Justicia⁷⁵ para vencer la resistencia del CEAMSE a suministrar la información necesaria para poder llevar a cabo su programa de control externo. El organismo argumentaba que dado su carácter interjurisdiccional con participación de la Provincia de Buenos Aires no podía someterse al régimen local de la Ciudad y que por su naturaleza de sociedad del estado no podía considerársele un sujeto de derecho público.

Al resolver la cuestión, la Dra. Ruiz señaló en su voto —con argumentos que resultarían aplicables al tema que nos ocupa— que considerar a las sociedades del estado totalmente ajenas al derecho público, importaría sustraerlas del control republicano creando un punto ciego en la posibilidad de saber qué se hace con fondos presupuestarios. Asimismo destacó que el control por parte de la AGCABA no interfiere en la labor del CEAMSE ni en ningún aspecto del poder público de la Provincia de Buenos Aires, ya que sólo observará lo que realiza el Estado local (la Ciudad) a través del CEAMSE.

En el mismo voto también se destacó, en lo que aquí interesa, que la negativa del CEAMSE afecta el principio de presupuesto participativo (art. 52, CCABA) pues se vuelve incoherente que el ciudadano pueda intervenir en la agenda de gastos públicos cuando se hace un proyecto para definir en qué y con qué va a gastar el Estado y, no obstante, aquél no puede verificar qué se hizo con dicho proyecto, es decir, no puede conocer el resultado de gestión del presupuesto en que participó.

y la Ciudad de Buenos Aires.

67 Integrada por la Nación y la Ciudad de Buenos Aires y creada por convenio aprobado por los decretos 1279-PEN-1989 y 2587-MCBA-1989

68 Creada por ley 26.168 e Integrada por representantes de la Nación y la Provincia y la Ciudad de Buenos Aires.

69 Creada por convenio celebrado entre Nación, Provincia y Ciudad, ratificado por el decreto-ley 17422/1967.

70 Creado por acuerdo federal ratificado por la ley 25.675, integrado por la nación, las provincias y la Ciudad.

71 Creado por ley 25.997, está integrado por representantes de los órganos oficiales de turismo de la Nación, provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

72 Creado por ley 24.449 e integrado por representantes de las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Poder Ejecutivo Nacional.

73 Integrado por representantes de Nación, Provincia y Ciudad de Buenos Aires, creado por ley 26.221.

74 Creados por el Convenio Multilateral del 18 de agosto de 1977.

75 Autos, “AGCABA c/CEAMSE”, ya citados.

5.3. Entes públicos no estatales en ejercicio de función administrativa

Se trata en general de los colegios o consejos profesionales, creados por ley y a los que el estado delega la Administración de las respectivas matrículas y el ejercicio de las facultades disciplinarias correspondientes. Si bien corresponde a la Ciudad en el marco de su autonomía, la legislación sobre esta cuestión en su ámbito territorial, hasta la fecha sólo el Consejo Profesional de Ciencias Económicas (en adelante, CPCE) y el Colegio de Escribanos se encuentran regulados por normas locales.⁷⁶

La versión original de la ley 104 no incluía una mención expresa a este tipo de organismos. Sin embargo, sostuvimos antes de su inclusión por la ley 1391 que debían considerarse razonablemente comprendidos en ella⁷⁷ en orden a que ejercen parcialmente *función administrativa* y la intención del constituyente y el legislador fue la de poner al alcance de la ciudadanía todos los pormenores de la gestión de los asuntos públicos, con independencia de quién la lleve adelante.

Tal fue el criterio jurisprudencial puesto de manifiesto en el pedido de información de un miembro del CPCE que fuera denegado por tal entidad y concedido por las tres instancias de la justicia porteña. La Sala 2 de la Cámara CAYT entendió que la negativa del CPCE a entregar copias de los convenios suscriptos con otra entidad afectaba el derecho de los afiliados a recibir información (art. 12, inc. 2º de la CCABA) relativa a la gestión de la institución de la que forman parte y respecto de la cual deben decidir, periódica y obligatoriamente, mediante

76 La ley 466 regula la actividad del Consejo Profesional de Ciencias Económicas y prevé un "recurso directo" ante la Cámara de Apelaciones en lo CAYT respecto de sus decisiones disciplinarias (art. 34). Por su parte, la ley 404 se ocupa del Colegio de Escribanos y contempla la apelación de las sanciones que aplique ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad (arts. 153 y 175).

77 Ver Ammirato, Aurelio; Scheibler, Guillermo y Trípoli, Pablo, *op. loc. cit.*

el mecanismo eleccionario previsto en la ley 466.⁷⁸

En el marco del TSJ se sostuvo que el libre acceso a la información genera transparencia en la gestión y es claro que la actividad de un ente que cumple funciones de interés público debe sujetarse a esa pauta. Asimismo se destacó que no mediaba en el caso ningún supuesto de excepción a esa regla y que, en todo caso, la demostración de su concurrencia resultaba una carga de la demandada. Asimismo se destacó que el hecho de que la demandada no figurara entre los sujetos obligados por la ley no justificaba la negativa a suministrar la información pues *la aplicación de la garantía contenida en el artículo 12, inciso segundo, de la Constitución de la Ciudad no se agota en los límites de la ley 104*.⁷⁹

5.4. Órganos establecidos en el Libro II de la CCABA

Se trata, además de los ya previstos por la norma, de las Comunas⁸⁰, la Sindicatura General⁸¹, la Procuración General⁸², la Auditoría General⁸³, la Defensoría del Pueblo⁸⁴ y el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos⁸⁵.

78 Sala 2 CAYT, "Kostzer, Moisés c/CPCE s/amparo (art. 14 CCABA)"; Expte.: EXP 6635/0, resuelto el 30 de mayo de 2003.

79 TSJ, "Kostzer, Moisés c/CPCE s/amparo (art. 14 CCABA)"; Expte.: EXP 6635/0, resuelto el 25 de febrero de 2004, voto Dra. Ana M. Conde.

80 Art. 127 y ss. de la CCABA y ley 1777 y mod.

81 Art. 133 de la CCABA y ley 70.

82 Art. 134 CCABA y ley 1218.

83 Art. 135 y 136 de la CCABA, ley 70.

84 Art. 137 de la CCABA y ley 3 y mod.

85 Art. 138 y 139 de la CCABA y ley 210 y mod.

5.5. Empresas que prestan servicios públicos o explotan bienes del dominio público

A diferencia del detalle con que las incluyó el decreto 1172-PEN-03⁸⁶, la ley porteña elude toda referencia a ellas, si bien se registran iniciativas parlamentarias tendientes a subsanar esta situación.⁸⁷ Sin perjuicio de esta omisión, resulta relevante recordar que las empresas de servicios públicos *sí se encuentran expresamente contempladas* en la ley 303 de Información Ambiental de la Ciudad. Así, si la información que se requiere guarda relación con el estado y la gestión del ambiente y de los recursos naturales, puede serle solicitada a la Ciudad o a sus contratistas, concesionarias y empresas privadas que presten servicios públicos en su territorio (art. 2º, ley 303).

Más amplia aún resulta la ley nacional de presupuestos mínimos en materia de política ambiental⁸⁸, establece que “[l]as personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, *deberán proporcionar la información* que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan” (art. 16, ley 25.675). Se consagra así el carácter de *sujeto pasivo* del derecho de acceso a la información de cualquier persona jurídica privada en cuestiones de calidad ambiental, preste o no servicios públicos.

También en este sentido, se pronuncia la ley nacional 25.831, “Régimen de libre acceso a la información pública ambiental”, que consagra los presupuestos mínimos que deben contemplarse para la protección del

derecho de acceso a la información ambiental en los términos del artículo 41 de la Constitución nacional. Expresamente se detalla como “sujeto obligado” a “los titulares de las empresas prestadoras de servicios públicos, sean públicas, privadas o mixtas” (art. 4º).

Estimamos que dado el evidente carácter de interés público y alto impacto comunitario de la actividad que desarrollan⁸⁹, aunado al hecho que en muchos casos los contratos que las vinculan al estado insumen gran parte del presupuesto de la Ciudad, no permite considerarse a este tipo de personas jurídicas exentas del deber de suministrar toda la información (no sólo en materia ambiental) de interés público que se les solicite, siempre y cuando no se encuentre razonablemente comprendida en alguna de las excepciones autorizadas.⁹⁰

Sin embargo, el Poder Ejecutivo vetó en su momento el artículo 2º de la ley 3107 que establecía ciertos modestos deberes de información⁹¹ respecto de las empresas privadas concesionarias de servicios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y aquellas instituciones u organizaciones de la sociedad civil que posean páginas *webs* y que por cualquier medio estén vinculadas con servicios que brinde la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

86 Se declara comprendidas entre sus previsiones a “*las empresas privadas a quienes se les haya otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual, la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público*” (art. 2º, decreto 1172-PEN-2003).

87 Por ejemplo, el proyecto 28- D-2008 del Diputado Alejandro Rabinovich propone una nueva redacción del artículo 1º de la ley 104 por la que se incluye como sujeto obligado a suministrar información a “*las personas de cualquier naturaleza que cumplan algún cometido de carácter público, o que reciban recursos públicos o aportes estatales, las contratistas del Estado y los concesionarios de servicios públicos sujetos a la jurisdicción de la Ciudad.*”

88 Por ende, sus disposiciones resultan aplicables a todas las jurisdicciones del país, en orden a lo dispuesto por el artículo 41 de la Constitución Nacional.

89 En el mismo sentido, Ariel R. Caplan sostiene que estas entidades se encuentran incluidas entre los sujetos obligados en virtud de las interpretaciones realizadas por la Corte IDH y la Comisión IDH (ver su trabajo incluido en Scheibler, Guillermo [coord.], *Acceso a la información ...*, op. cit.). Ver Corte IDH, autos “*Claude Reyes*”, ya citados, apartado 73.

90 En el mismo sentido, ampliar en el trabajo ya citado de Leonardo Toia, quien sin embargo advierte respecto de los recaudos que se deben extremar a fin de no vulnerar aspectos relativos a la privacidad de la empresa (divulgación de aspectos de su *know how*, etc.). En sentido similar se pronuncia el “Estudio Especial sobre el Derecho de Acceso a la Información” de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington D.C., OEA, 2007, apartados 101 y 102, en tanto considera “óptimo” que la legislación incluya este tipo de personas jurídicas entre los sujetos obligados a suministrar información.

91 Actualización de contenidos, directorios y organigramas en sus páginas *web*, incluyendo datos de localización de las reparticiones, horarios de atención al público y funcionarios/as responsables en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contabilizados desde el acto o hecho que produzca modificación alguna en la información.

Los motivos expuestos fueron que tales instituciones y organizaciones de la sociedad civil “no se hallan incluidas en la normativa antes citada [ley 104], concluyéndose que, de exigírseles dichos extremos el Estado estaría interfiriendo en cuestiones concernientes a la Administración y dirección de las mismas” y que “en atención al extenso alcance de los conceptos utilizados por el legislador en oportunidad de redactar el texto en análisis, se torna necesario un minucioso y delicado estudio previo de las consecuencias y efectos que la norma pudiera ocasionar respecto de la injerencia del Estado en las relaciones de carácter privado propias de la Administración y dirección de las entidades mencionadas”.⁹²

En auxilio con esta posición, resulta relevante destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que una persona jurídica puede encontrarse obligada a suministrar información pese a no encontrarse expresamente comprendida en las normas respectivas, en virtud del carácter “público” de los intereses que gestiona, lo que a criterio de los órganos judiciales actuantes determinó la aplicación supletoria al caso de las disposiciones del decreto 1172-PEN-2003.⁹³

5.6. Otras personas jurídicas no estatales que reciban fondos públicos

La contundente sentencia constitucional por la cual todos los actos que impliquen la Administración de recursos son públicos y se difunden sin restricción —con la aclaración que no existen gastos reservados, secretos o análogos cualquiera sea su denominación—⁹⁴ corporiza de modo expreso en la Ciudad un principio tácito, fundante e inmanente de la moderna república democrática.

⁹² Decreto 675-GCBA-2009.

⁹³ Cámara CAFed, Sala IV, autos “ADC c/PAMI s/amparo”, resueltos el 3 de agosto de 2010 (EDA, 2011, 91), decisión confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 4 de diciembre de 2012 (Fallos 335:2393).

⁹⁴ Artículo 53 *in fine*, CCABA.

Se trata de una aplicación particular del principio genérico de publicidad de los actos de gobierno a una de las materias más delicadas de la gestión estatal pues implica contribuir a posibilitar la transparencia y el control ciudadano del manejo de los fondos públicos, que constituyen una de las principales herramientas que el Estado dispone para materializar el mandato igualitario que impone la Constitución.

Así, el principio general de publicidad de los actos de gobierno adquiere una “fuerza expansiva” que tiene como consecuencia que la sola presencia de fondos provenientes del sector público determine la obligación de suministrar información al respecto por parte del sujeto que los recibe ya sea para disponerlos o administrarlos, con independencia de su naturaleza, forma jurídica o mención expresa en la ley.

Al respecto ha de tenerse muy presente lo resuelto por el TSJ en autos *Kostzer*⁹⁵ en cuanto a que el derecho de recibir información contenido en el artículo 12, inciso 2º, de la CCABA no se agota en la ley 104 y resulta operativo ante la deficiencia o ausencia de reglamentación legal (art. 10, CCABA).

5.6.1. Fundaciones, Asociaciones Civiles, Cooperativas

Otro aparente “punto ciego” importante de la ley 104 está dado por la situación que suele presentarse ante la entrega de subsidios o aportes provenientes del presupuesto público a organizaciones no estatales sin fines de lucro. Es el caso de las fundaciones, asociaciones civiles e incluso cooperativas que desarrollan tareas de bien público y reciben frecuentemente fondos de organismos estatales.

El decreto 1172-PEN-2003, prevé expresamente la cuestión y considera incluidas en su régimen a “las

⁹⁵ TSJ, “*Kostzer, Moisés c/CPCE s/amparo (art. 14 CCABA)*”, Expte.: EXP 6635/0, resuelto el 25 de febrero de 2004.

organizaciones privadas a las que se hayan otorgado subsidios o aportes provenientes del sector público nacional” (art. 2°). En estos supuestos la información requerida sólo podrá orientarse al modo en que fue invertido el dinero de los contribuyentes.

Al igual que en el supuesto anterior, consideramos que el principio de publicidad de los actos de gobierno (art. 1°, CCABA) posee una “fuerza expansiva” que implica que la sola presencia de fondos provenientes del sector público traiga aparejada la obligación de suministrar información al respecto por parte del sujeto que los recibe, ya sea para disponerlos o administrarlos.

5.6.2. Partidos Políticos

La Constitución porteña les impone la carga de “*dar a publicidad el origen y destino de sus fondos y su patrimonio*” (art. 61, CCABA) en tanto que la ley 268 de financiamiento electoral ha reglamentado esa obligación y otorga carácter público a dicha información (art. 17). Se ha postulado que debe considerárselos —al menos en lo que hace a la cuestión del origen y el destino de sus fondos— sujetos pasivos del DAIP, toda vez que el conocimiento veraz, adecuado y oportuno sobre cómo se financian resulta una cuestión trascendente y de interés público habida cuenta del rol central que nuestro ordenamiento les asigna en el funcionamiento democrático.⁹⁶

5.2.3. Obras Sociales (caso ObsBA)

La jurisprudencia del fuero ha entendido que la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires resulta un ente obligado a suministrar información pública.⁹⁷ En el caso, se le requirieron datos relacionados con la cantidad de personal de su planta permanente, el modo de ingreso y los incentivos salariales existentes. La Sala 2 del fuero

CAYT desestimó los argumentos de la ObsBA y sostuvo que “*quienes asumen un rol directo en la gestión de asuntos relacionados con algún sector de las necesidades públicas, se [encuentran] obligados a rendir cuenta del cometido que se puso a su cargo.*” En esa línea destacó que no obstante la ley 472 califica a la ObsBA de “ente público no estatal”, ésta posee un vínculo intenso con la Administración central, ya que el Poder Ejecutivo designa y remueve a su directorio y a su vez recibe fondos públicos presupuestariamente asignados. Estos elementos configuran para el tribunal una “*presunción de accesibilidad a su información*”, ante la cual es la ObsBA quien debería fundar y probar la concurrencia de una causal que la habilite a negar la información solicitada.⁹⁸

VI. ¿Se requiere “agotar la vía” para deducir el amparo informativo?

El sistema de acceso a la información diseñado por el legislador exige la presentación de una solicitud al respecto en sede administrativa. Sólo la respuesta incompleta o ambigua, la denegatoria infundada o improcedente y la falta de contestación configuran una conducta arbitraria de la Administración que habilita la deducción de la acción de amparo referida en el artículo 8°.⁹⁹

Estimamos que esta exigencia no contradice la normativa constitucional (art. 14, CCABA) que dispensa del agotamiento de la vía administrativa para la deducción de la acción de amparo¹⁰⁰, por cuanto la arbitrarie-

⁹⁶ Sobre el tema, ver el trabajo ya citado de Leonardo Toia.

⁹⁹ Sala 2 CAYT, “La Soleada S.R.L. c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, Expte. EXP 5141/0, del 22 de octubre de 2002.

¹⁰⁰ En el sentido contrario al que aquí se sostiene, ver Gil Domínguez (en Scheibler, Guillermo [coord.], *Acceso a la información ...*, op. cit.) y Juan Lima, Fernando “El ‘amparo judicial’ porteño. Sus características y su relación con las acciones de amparo por mora, de acceso a la información y de protección de datos personales”, en Daniele, Mabel (directora), *Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Plata, LEP, 2008; nota 82.

⁹⁶ Ver trabajo de Leonardo Toia, ya citado.

⁹⁷ Sala 2 CAYT, “Cosentino, María Victoria c/ OSCBA s/amparo por mora administrativa”, Expte. EXP 25481/0, del 17/2/2009.

dad o ilegitimidad manifiesta que exige el artículo 14 de la CCABA se presentaría recién ante la denegatoria o falta de respuesta de un pedido de información concreto. Esto es, no existe una obligación de agotar la vía ante una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta de la Administración, si no que la presentación de la solicitud de información —en caso de ser denegada o no respondida— es la que podrá generar —o no— esa conducta u omisión atacable por vía de amparo.¹⁰¹

Así lo que la Constitución no permitiría es la *exigencia* de impugnar por la vía administrativa el acto o silencio denegatorio con carácter previo a poder cuestionarlos en sede judicial a través del “amparo informativo”.

En otro orden, el GCBA suele plantear que si no existió denegatoria de un funcionario de jerarquía equivalente a Director General “la acción de amparo resulta improcedente” en tanto el amparista debió “haber seguido las vías administrativas correspondientes que se encuentran a su disposición”.¹⁰² Al respecto, sólo cabe apuntar que no corresponde volcar contra el particular un requisito que la norma ha previsto en su defensa.¹⁰³ En efecto, la exigencia prevista en el artículo 9º de la ley 104 respecto de que la denegatoria sea firmada por un funcionario de jerarquía similar o superior a Director General, obedece a la trascendencia que el legislador asigna al tema, y su incumplimiento no puede traducirse de ningún modo en mayores trabas o dilaciones para el ciudadano que desea acceder a información pública.

Tampoco pueden interpretarse las disposiciones del artículo 6º del decreto 1361-GCBA-2007¹⁰⁴ como una

101 En este mismo sentido, ver Pierini, Alicia y Lorences, Valentín, *Derecho de Acceso a la Información*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1999, p.124.

102 Ver por ejemplo en “*Halfon, Samuel contra GCBA s/amparo*”, Expte. 37410/0, Juzgado CAYT N°13.

103 Juzgado CAYT N°1, “*Bembibre, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)*”, Expte. EXP 5820/0.

104 Decreto 1361-GCBA-2007. Art.6º.- Negativa fundada. En caso que, conforme

exigencia de “agotar la vía”, sino como un camino *optativo para el ciudadano* que prefiera ante la denegatoria, deducir los recursos administrativos que prevé la LPA, antes de acudir a la vía judicial.¹⁰⁵ La vía judicial del amparo se haya expedita con el silencio o la primer denegatoria por mandato legal y constitucional.

VII. Requisitos de procedencia de la acción

Para que la acción de amparo por acceso a la información resulte procedente, es menester que se haya formulado previamente una solicitud en sede administrativa que no haya sido satisfecha en los términos de la ley 104. En este sentido, se ha confirmado el rechazo de la demanda que manifestó haber hecho gestiones infructuosas ante la Administración para procurar determinada información, pero no acreditó haber formulado una petición concreta en los términos del artículo 6º de la ley.¹⁰⁶

El principal requisito de procedencia de la acción, se encuentra dado por el vencimiento del plazo previsto en el artículo 7º de la ley sin que se hubiera satisfecho el pedido de información o si se lo hubiese cumplido en forma ambigua o parcial, pues se entiende que de este modo existe negativa a brindarla.¹⁰⁷

al artículo 9º de la Ley N° 104 corresponda rechazar la solicitud de información, deberá dictarse un acto administrativo que así lo disponga, el que será pasible de impugnación mediante los recursos previstos en el Título VI de la Ley de Procedimientos Administrativos (Decreto N° 1510-GCBA-97) hasta el agotamiento de la vía administrativa. Este acto será notificado por cualquiera de los medios previstos en el art. 61 de esa normativa.

105 Se ha señalado que para un régimen adecuado de acceso a la información se debe poder recurrir administrativamente de toda decisión por la que se la deniegue ante un órgano independiente ya existente, como el Defensor del Pueblo o alguna institución de derechos humanos o ante un órgano creado al efecto (“Estudio Especial sobre el Derecho de Acceso a la Información” de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington D.C., OEA, 2007, apartados 129).

106 Sala 2 CAYT, “*La Soleada S.R.L. c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)*”, Expte. EXP 5141/0, del 22 de octubre de 2002.

107 Sala 2 CAYT, “*Poder Ciudadano c/GCBA s/amparo*”, Expte. EXP 20.284/0, sentencia del 7 de noviembre de 2006; “*Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/*

La acción procede ante la denegatoria expresa, la denegatoria conformada por el silencio de la Administración (falta de respuesta luego de vencido el plazo legal) y también ante la respuesta ambigua o parcial. De allí que no resulte ajustado a la norma sostener que “si no hubo denegatoria expresa de funcionario de jerarquía similar o equivalente a Director General” no procede la acción.¹⁰⁸

Se ha señalado que, aun si de las constancias administrativas agregadas al expediente se desprende que la Administración habría comenzado a colectar la información requerida con anterioridad a la deducción de la demanda, lo cierto y concreto es que la actora sólo tomó conocimiento de ella en virtud de la acción judicial entablada. De allí que quepa por tener configurada la denegatoria a suministrar la información requerida al momento de iniciar la demanda.¹⁰⁹

También se ha afirmado que si “la negativa a posibilitar el acceso a la información solicitada por el amparista no ha sido debidamente fundada, y en tanto no se advierten razones valederas que la justifiquen (como podría ser, por ejemplo, el hecho de que su divulgación pusiera en riesgo el normal funcionamiento de los órganos de la entidad)”, pueden tenerse por configurados los requisitos exigidos en el art. 14 de la CCABA para la procedencia de la acción de amparo.¹¹⁰

GCBA *s/amparo*”, Expte. EXP 24.947/0, del 23 de octubre de 2007.

108 Argumento que frecuentemente esgrime el GCBA en las contestaciones de demanda (ver, entre muchos otros, “*Halfón, Samuel contra GCBA s/amparo*”, Expte. EXP 37410/0, Juzgado CAYT Nº13).

109 Sala 2 CAYT, “*Ferreiros, Juan Ignacio c/GCBA s/amparo*”, Expte. EXP 26016, del 24 de abril de 2008.

110 Sala 2 CAYT, “*Kostzer, Moisés c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad s/amparo*”, Expte. 6635/0, del 30 de mayo de 2003.

VIII. Bilateralidad

La Sala 2 de la Cámara del fuero ha precisado que al proceso de amparo al que hace referencia el artículo 8º de la ley —si bien posee ciertas especificidades— le resulta plenamente aplicable el principio de contradicción y bilateralidad. En este sentido, declaró la nulidad del procedimiento en el cual el juez de primera instancia dictó sentencia ordenando a la Administración suministrar la información requerida sin haber corrido previamente traslado de la demanda.¹¹¹

Por su parte la Sala 1 de la Cámara del fuero, destacó que “la pretendida unilateralidad del proceso invocada por el apelante no se verifica en el caso, pues subyace en la acción incoada un conflicto entre partes adversas que para su solución requiere la intervención de la Jurisdicción, la que dirime la controversia mediante un acto de imperio dictado al cabo de un proceso gobernado por el principio de bilateralidad.”¹¹²

Se ha señalado que debe suponerse que los informes producidos —que pueden acompañarse con la contestación de demanda— “poseen un basamento fáctico, documental, un conjunto de circunstancias que apoyan y avalan las respuestas producidas en el expediente. Pues bien, a dicho basamento pretende (y tiene derecho de) acceder la actora. De ser de otro modo este derecho, de indiscutible raigambre constitucional, no sería ejercitable en los hechos, y se limitaría a una especie de pantomima en la cual bastaría ‘hacer como que se contesta’ alguna generalidad para que los verdaderos elementos que se pretende conocer queden ocultos.”¹¹³

111 Sala 2 CAYT, “*Oliveira, Alicia (Defensora del Pueblo) c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)*”, Expte. EXP 5648/0, sentencia del 19 de septiembre de 2002.

112 Sala 1 CAYT, “*Moreno, Gustavo Daniel (Asesoría Tutelar de la Justicia CAYT) s/ habeas data*”, Expte. EXP 737, sentencia del 9 de abril de 2001 y también en “*Buchhalter, Luis c/GCBA s/amparo*”, Expte. EXP Nº 13.215/0, del 31 de marzo de 2006, entre otros.

113 Juzgado CAYT Nº11, “*Poder Ciudadano c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)*”,

IX. Alcance de la *litis*

Se ha resuelto que no corresponde ampliar la solicitud de información en sede judicial a aspectos no contenidos en el pedido de información en sede administrativa, en tanto tal circunstancia no permite tener por configurado el presupuesto de la denegatoria que establece el artículo 8° de la ley 104.¹¹⁴ Asimismo, la Sala 1 del fuero ha señalado que los datos solicitados por el juez de primera instancia como medida para mejor proveer, y que no fueron solicitados expresamente por el actor en su demanda “exceden el objeto de la (...) acción”.¹¹⁵

En el mismo sentido, también se ha decidido que no puede incluirse en un proceso el reclamo de una información que “sencillamente no existía al momento de efectuarse su pedido en sede administrativa, ni tampoco al deducirse la [...] demanda”.¹¹⁶

Si se ha solicitado información sobre si se aplica o no determinada ley o normativa a una situación dada, se ha resuelto que excede el objeto de la *litis* evaluar si el accionar informado por la Administración implica el efectivo cumplimiento de esa ley.¹¹⁷

En el caso de que exista una obligación legal de generar cierta información y ésta se encuentre incumplida, en el marco del proceso por acceso previsto en el art. 8° de la ley 104 podrá válidamente solicitarse y ordenarse su cumplimiento y, por ende, la producción de una

Expte. EXP 20284/0, del 23 de agosto de 2006.

114 Juzgado CAYT N°1, “Asesoría Tutelar CAYT N°1 c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, Expte. EXP 29456/0, resueltos el 24 de septiembre de 2008.

115 Sala 1 CAYT, “Asesoría Tutelar CAYT N°1 c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, Expte. EXP 29456/0, resueltos el 26 de marzo de 2009.

116 En el caso se pretendía obtener copia de un “acta acuerdo” firmada con posterioridad al pedido en sede administrativa y a la deducción de la demanda (ver Sala 2 CAYT, “Centro de Educación al Consumidor c/GCBA y otros sobre amparo [art. 14 CCABA]”, Expte: EXP 25.367/0, resuelto el 29 de noviembre de 2007).

117 Juzgado CAYT N°11, “Defensoría CAYT N°1 (Oficio N°675/07) c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, Expte. EXP 26549, del 26 de mayo de 2007.

información inexistente hasta ese momento.¹¹⁸

X. Prueba de las excepciones: Carga de la demandada

El Tribunal Superior ha señalado que es carga de la parte demandada acreditar que en el caso se verifica alguno de los expresos supuestos previstos en el artículo 3° de la ley¹¹⁹, que habilitan vedar el acceso público a cierta información.¹²⁰

XI. Costas

La jurisprudencia porteña ha sido unánime en interpretar que el carácter gratuito del amparo y el precepto constitucional que reza que “salvo temeridad o malicia el accionante está exento de costas”¹²¹, no exigen a la demandada vencida de cargar con las costas del proceso, conforme lo establecen las normas generales contenidas en el Código CayT. Así, se ha explicitado que “dado que el precepto se refiere claramente sólo al actor y no a las partes, la exención dispuesta por la norma alcanza únicamente al amparista y no puede extenderse a su contraparte”.¹²²

El criterio que mayoritariamente han adoptado los tribunales radica en imponer las costas a la Adminis-

118 Sala 2 CAYT, “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, Expte. EXP 27599/0, del 7 de noviembre de 2008.

119 Sobre las excepciones al régimen de acceso a la información pública ver comentario al artículo 3° de la ley en Fastman, Lisandro y Scheibler, Guillermo [coord.], *Acceso a la información ...*, op. cit.

120 TSJ, “Kostzer, Moisés c/CPCE s/amparo (art. 14 CCABA)”, Expte.: EXP 6635/0, resuelto el 25 de febrero de 2004. En la misma línea se ha expedido la Corte IDH en el caso “Reyes”, apartados 93, 94 y 95.

121 Art. 14, CCABA.

122 Sala 1 CAYT, “Moreno, Gustavo Daniel (Asesoría Tutelar CAYT) s/habeas data”, Expte. EXP 737, sentencia del 9 de abril de 2001, “Baltroc, Beatriz Margarita c/GCBA s/amparo”, Expte.; EXP 4324/0, sentencia del 4 de septiembre de 2002, entre muchos otros de las Salas 1 y 2.

tración si, tras la sustanciación del proceso, se demuestra que dio razón a la interposición de la demanda. Esto es, que al vencimiento de los plazos previstos en la ley 104, no entregó la información requerida, o lo hizo en forma incompleta, o la denegó sin que existieran razones legalmente válidas para ello.¹²³

Incluso en aquellos supuestos en los que se cumple con la entrega de la información requerida durante la sustanciación de la causa —ya sea al contestar demanda¹²⁴ o mientras se sustancia el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria de grado—, existe consenso jurisprudencial en que las costas deben ser impuestas a la Administración en tanto, con su incumplimiento en sede administrativa, dio motivos para la deducción de la acción judicial, por más que ésta se haya vuelto posteriormente de conocimiento abstracto.¹²⁵

Sin embargo, en casos en que la acción fue entablada por un magistrado del Ministerio Público o por la Defensoría del Pueblo se ha resuelto que, dado que lo había hecho en el ejercicio de las funciones a su cargo y que no se verifica la actividad de un tercero ajeno a los miembros del Gobierno de la Ciudad, corresponde imponer las costas por su orden.¹²⁶ También sobre la condena en costas cuando el actor es el Defensor Oficial (o cuando es letrado patrocinante) se ha resuelto, ante la apelación de la imposición de costas, que toda vez que

su actuación es gratuita “y no existen otros gastos casuísticos, no se observa cuál es el modo en que lo resuelto en la instancia de grado genera un perjuicio concreto a la demandada”.¹²⁷

XII. Plazo para cumplir la sentencia

La norma no prevé un plazo concreto para el cumplimiento de la sentencia judicial que ordena hacer entrega de la información solicitada, por lo que su determinación queda librada al prudente arbitrio judicial en función de las particularidades del caso.¹²⁸ En numerosas ocasiones los pronunciamientos de los magistrados y magistradas toman como pauta temporal de cumplimiento el mismo lapso de diez días previsto por la ley en su artículo 7º para el suministro de la información en sede administrativa.

También, al momento de resolver los cuestionamientos efectuados por la Administración respecto del “exiguo plazo” concedido para hacer entrega de la información, la Cámara ha tomado especialmente en cuenta el lapso transcurrido desde la solicitud original efectuada en sede administrativa. Así, se ha resuelto que “difícilmente puede sostener el recurrente que el plazo fijado por el magistrado de grado resulta insuficiente, pues entre la interposición del reclamo [en sede administrativa] y el dictado de la sentencia recurrida [...] transcurrieron más de un año y medio sin que la Administración haya dado cumplimiento a su deber legal de expedirse”.¹²⁹ En

123 Sala 1 CAYT, “*Buchhalter, Luis c/GCBA s/amparo*”, Expte. EXP 13.215/0, del 31 de marzo de 2006. Sala 2 CAYT, “*Poder Ciudadano c/GCBA s/amparo*”, Expte.: EXP 20284/0, del 7 de noviembre de 2006, “*Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/amparo*”, Expte.: EXP 24.947/0, sentencia del 23 de octubre de 2007.

124 Sala 2 CAYT, “*Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/amparo*”, Expte.: EXP 24.206/0, del 19 de julio de 2007.

125 Sala 1 CAYT, “*Defensoría Nº1 CAYT (Of. 121/07) c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)*”, Expte. EXP 24828/0, del 28 de noviembre de 2007; Sala 2 CAYT, “*Ferreiros, Juan Ignacio c/GCBA s/amparo*”, Expte. EXP 26016, del 24 de abril de 2008, entre muchos otros.

126 Sala 1 CAYT, “*Defensoría Nº1 CAYT (Of. 121/07) c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)*”, Expte. EXP 24828/0, del 28 de noviembre de 2007. Sala 2 CAYT, “*Olveira, Alicia (Defensora del Pueblo) c/GCBA s/amparo*”, Expte. EXP 5648/0, del 5 de agosto de 2003.

127 Sala 2 CAYT, “*Defensoría CAYT Nº1 (Of. Nº 586/07) c/GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)*”, Expte. EXP 27405/0, del 17 de abril de 2008, y “*Zalazar, Miguel Cayetano c/GCBA s/amparo*”, Expte. EXP 6127/0, del 8 de abril de 2003).

128 Sala 2 CAYT, “*Insua, Susana Alejandrina c/Ministerio de Educación GCBA s/amparo*”, Expte. EXP 24.683/0, del 5 de marzo de 2008.

129 Sala 1 CAYT, “*Buchhalter, Luis c/GCBA s/amparo por mora administrativa*”, Expte. EXP 13.215/0, del 31 de marzo de 2006. El mismo razonamiento ha utilizado la Sala 2 CAYT al resolver en autos “*Poder Ciudadano contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)*”, Expte. EXP 20284/0, del 7 de noviembre de 2006.

la misma línea, se ha considerado razonable el plazo de tres días concedido por el juez de grado en virtud de que “a través de diversos conductos, la demandada está en conocimiento fehaciente de la solicitud de información en cuestión desde hace más de un año”.¹³⁰

XIII. Posibilidad de aplicar sanciones conminatorias

La Cámara del fuero ha señalado que atento a que la ley 104 no contiene prescripciones de índole procesal, cabe remitirse al ordenamiento previsto para la acción de amparo y, supletoriamente, a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo y Tributario. Por ello, nada obsta a que en caso de estimarlo procedente, los magistrados a cargo de este tipo de procesos impongan a las partes las sanciones conminatorias que prevé la ley 189.¹³¹

XIV. Multa al GCBA por “conducta maliciosa”

El hecho de apelar con “únicos fines dilatorios”¹³² una sentencia de primera instancia que hizo lugar a sendas acciones de amparo por acceso a la información, motivó que la Cámara del fuero impusiera al GCBA en dos ocasiones una multa por haber “incurrido en conducta maliciosa”. Al momento de fijar la sanción, en ambos casos la Cámara valoró la importancia del derecho de acceso a la información en el marco de una sociedad democrática.¹³³

¹³⁰ Sala 2 CAYT, “Asesoría Tutelar CAYT N°1 – SANTIAGO DE COMPOSTELA Y LACARRA”, Expte. EXP 27.284/0, resueltos el 28 de abril de 2008.

¹³¹ Sala 2 CAYT, “Asesoría Tutelar CAYT N°1 – SANTIAGO DE COMPOSTELA Y LACARRA”, Expte. EXP 27.284/0, resueltos el 28 de abril de 2008. El Dr. Esteban Centanaro, en disidencia parcial de fundamentos, expresa que las astreintes sólo proceden a petición de parte y que tal temperamento procesal le resulta vedado al Sr. Asesor Tutelar. Sala 2 CAYT, “Oliveira, Alicia (Defensora del Pueblo) c/GCBA s/amparo”, Expte. EXP 5648/0, del 5 de agosto de 2003.

¹³² Tal intención surgía de forma expresa de una actuación administrativa aneja a las causas.

¹³³ Ver Sala 1 CAYT, “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia contra GCBA sobre

XV. Improcedencia del recurso de inconstitucionalidad

El Tribunal Superior ha resuelto que no corresponde su intervención mediante recurso de inconstitucionalidad cuando las cuestiones debatidas en el proceso giran en torno a: i) si la información suministrada por la Administración fue o no veraz y completa (cuestión de hecho), ii) si la ley 104 obliga a la Administración a crear la información solicitada o sólo a brindar la que se encuentre a su disposición (cuestión de derecho infraconstitucional), iii) sobre el alcance de ese deber cuando los peticionantes son miembros del Ministerio Público (cuestión de derecho infraconstitucional)¹³⁴, o iv) sobre la interpretación realizada por la Cámara respecto de la plausibilidad de la inexistencia de constancias documentales respecto de actuaciones materiales de la Administración.¹³⁵

XVI. Honorarios profesionales

Se ha decidido que dadas las características de este tipo de proceso que, por lo general no exigen producción de prueba ni mayores incidencias procesales, a la vez que su objeto carece de un contenido patrimonial asequible para la parte actora, corresponde fijar los honorarios en el mínimo contemplado en el arancel para esta clase de litigios.¹³⁶

amparo”, Expte. EXP 19276/0, resuelto el 12 de septiembre de 2006. Sala 2 CAYT, “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/amparo”, Expte. EXP 18.733/0, resuelto el 5 de octubre de 2006.

¹³⁴ TSJ en autos “Moreno, Gustavo Daniel y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. N° 2902/04, resueltos el 12 de agosto de 2004.

¹³⁵ TSJ en autos “Poder Ciudadano s/queja por recuro de inconstitucionalidad denegado”, Expte. 5339/07, sentencia del 6 de noviembre de 2007.

¹³⁶ Sala 2 CAYT, “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, Expte. EXP 20818/0, resueltos el 4 de septiembre de 2007.

XVII. Conclusión

Uno de los “subproductos” de la puesta en marcha del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad hace ya casi catorce años, fue el aumento de los litigios que involucraban la novedosa batería de instituciones de derecho público que traía a cuestras la Constitución porteña.

El antiguo estado municipal, con el control judicial de sus actos a cargo de la Justicia Civil de la Ciudad de Buenos Aires —provisoriamente en la órbita del Poder Judicial de la Nación—, se vio de pronto escrutado cada vez más por ciudadanos y ciudadanas que deseaban hacer uso de los derechos que les concedía su flamante autonomía y que no dudaron en acudir al nuevo fuero especializado en la materia.

En materia de DAIP, tras quince años de vigencia de la ley 104¹³⁷, se ha consolidado en la Ciudad una jurisprudencia de fuerte impronta tuitiva del derecho, que incluso ha propiciado su ampliación vía reformas legislativas. También numerosas leyes han perfeccionado el bloque de legalidad vigente en la materia.¹³⁸

En momentos en que respecto del derecho de acceso a la información pública, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puesto de resalto que “el Estado debe dictar urgentemente una ley que, salvaguardando los estándares internacionales en la materia y la vigencia del principio de razonabilidad, regule de manera exhaustiva el modo en que las autoridades públicas deben satisfacer este derecho”¹³⁹, la Ciudad de Buenos Aires tiene para ofrecer la experiencia administrativa de quince años de vigencia de su propia ley en la materia y la interpre-

tación que ha ido forjando al respecto la jurisprudencia del fuero contencioso a lo largo de sus primeros catorce años de actuación.

A diferencia de lo que sucede a nivel nacional, no son normas de jerarquía legal las que faltan en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para garantizar la publicidad de los actos de gobierno y el acceso del ciudadano a la información pública, aun la más “sensible”. Aunque sabemos que las normas por sí solas no modifican la realidad ni pueden alterar mágicamente conductas profundamente arraigadas, su existencia es siempre un buen punto de partida.

El desafío institucional porteño, con su exigente normativa plasmada en su Constitución y sus leyes, está dado por no cristalizar una brecha entre el *ser* y el *deber ser*. Por ello, el horizonte deseable es que sea necesaria menos jurisprudencia —menos litigio— para poder garantizar el adecuado ejercicio del DAIP.

El camino hacia la construcción de la *democracia participativa* que auspicia la Constitución de la Ciudad —como modo de satisfacción de los derechos individuales y, sobre todo, los económicos, sociales y culturales—, requiere ineludiblemente, como condición necesaria aunque no suficiente, de un aceitado sistema de acceso a la información pública.

137 Aprobada el 19 de noviembre de 1998, fue publicada en el Boletín Oficial el 29 de diciembre de ese año, y comenzó a regir en 1999.

138 Merecen destacarse, entre otras las leyes 303, 572, 755, 1493, 1852, 3107, etc.

139 Autos, “CIPPEC c/EN – Ministerio de Desarrollo Social s/amparo”, del 26 de marzo de 2014.

Los Fiscales de la C.A.B.A. y la protección de los Derechos Humanos

Claudio Ricardo Silvestri (*)

* Fiscal subrogante de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Especialista en la Función Judicial Penal y Doctorando en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Morón. Docente del Centro de Formación Judicial del Consejo de la Magistratura y del Instituto Superior de Seguridad Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

“Los fiscales deberán respetar, proteger y defender el concepto universal de la dignidad humana y los derechos humanos” (Principio 1.h de las “Normas de responsabilidad profesional y declaración de derechos y deberes fundamentales de los fiscales”, adoptadas en 1999 por la Asociación Internacional de Fiscales-IAP)

I. Introducción

El Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene como funciones promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los jueces la satisfacción del interés social.

Dichas funciones deben ser ejercidas de modo objetivo e imparcial, postulando en todos sus actos la estricta observancia de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, la Constitución de la Ciudad y las leyes nacionales y locales (conf. arts. 125 de la Constitución de la CABA; 1º, 2º, 3º y 17º de la ley 1903).

Dentro de este diseño constitucional, los fiscales de la ciudad tienen la importante misión de velar por la aplicación de la ley y la plena realización de los derechos humanos de todas las personas intervinientes en un proceso judicial.

Deben respetar y garantizar el pleno efecto de los derechos de todos los individuos y ser verdaderos guardianes de sus derechos humanos, como así también de la eficacia del sistema judicial.

Por el criterio de objetividad, los fiscales tendrán que contemplar todas las circunstancias relevantes del caso, realizar todas las diligencias probatorias necesarias y razonables y dar a conocer los resultados, independientemente de qué parte se beneficie con ello, como así también buscar la verdad y en su caso ayudar al juez

para alcanzarla, a fin de que el caso sea resuelto según la ley y principios de justicia.

Los fiscales también deberán ser imparciales, esto es, desempeñar sus funciones pensando sólo en el interés público, sin favoritismos ni prejuicios, permanecer ajenos a intereses individuales y sectoriales y presiones de cualquier naturaleza.

En las Directrices sobre la Función de los Fiscales¹ se establece que éstos: *“...tendrán una formación y capacitación adecuadas y serán conscientes de los ideales y obligaciones éticas correspondientes a su cargo, de la protección que la Constitución y las leyes brindan a los derechos del sospechoso y de la víctima, y de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional”* (pto. 2. b) y que: *“Los fiscales, de conformidad con la ley, deberán cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal”* (pto. 12).

En el Manifiesto de Bogotá², las Fiscalías y Ministerios Públicos Iberoamericanos participantes se comprometen a velar por que en los procesos penales se respeten los derechos fundamentales, las garantías y libertades procesales, con especial énfasis en la población más vulnerable, particularmente personas menores de edad, personas con capacidades especiales, mujeres, adulto mayor, entre otras (pto. 3).

¹ Aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

² Manifiesto de Voluntad de los Fiscales General y Procuradores Generales de Iberoamérica asistentes al simposio “Experiencias Innovadoras Positivas de Fiscalías en las reformas acusatorias de Iberoamérica”, Bogotá D.C., 20 y 21 de noviembre de 2008.

II. El acceso a la justicia

El acceso a la justicia constituye un derecho humano consagrado en los textos constitucionales (arts. 14 y 75 inc. 22 CN y art. 12 inc. 6 CCABA: *“La ciudad garantiza... el acceso a la justicia de todos sus habitantes; en ningún caso puede limitarlo por razones económicas. La ley establece un sistema de asistencia profesional gratuita y el beneficio de litigar sin gastos”*) y en instrumentos legales internacionales (arts. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; XXIV y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3 y concs. de la Convención de los Derechos del Niño).

Asimismo, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder³ contiene una recomendación a adoptar medidas, en los planos nacional e internacional, a los fines de mejorar el acceso de las víctimas de delitos a la justicia y a un trato justo, al resarcimiento, la indemnización y la asistencia.

Las Reglas de Brasilia⁴ sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad⁵ consagran preceptos tendientes a la promoción en toda la región de las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamien-

to sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad.

En las Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos se puso énfasis en la implementación de protocolos de actuación en relación a las víctimas, instrumentos de seguridad, su rol durante el proceso, compensaciones y casos especiales como niños, adolescentes, violencia doméstica y trata de personas⁶.

La Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas⁷ expresa en su exposición de motivos: *“El acceso a la justicia es un derecho humano fundamental, tal y como lo reconocen los principales instrumentos internacionales sobre la materia y los marcos constitucionales de la región. Hacer efectivo este derecho implica la obligación estatal de garantizar la existencia de un sistema judicial libre, independiente y eficaz, al que toda persona sin ningún tipo de discriminación, pueda acudir para exigir la reparación de sus derechos vulnerados. El acceso efectivo a la justicia requiere fundamentalmente, que las personas conozcan de los derechos que son titulares y sobre todo, cuenten con los mecanismos para exigirlos”* y que *“...la legitimación de los sistemas de justicia radica en su efectividad de coadyuvar una solución al conflicto social...”*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) destacó este derecho humano en numerosos pronunciamientos. Por ejemplo, en el caso “Furlán” señaló que: *“Los menores de edad y las personas con discapacidad deben disfrutar de un verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas. Para alcanzar esos objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real*

3 Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

4 Establecidas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 4 al 6 de marzo de 2008.

5 ...“(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. (4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”.

6 Documento aprobado en la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos (AIAMP), Punta Cana, República Dominicana, 9 y 10 de julio de 2008.

7 Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en nuestro país en abril de 2012.

*de quienes son llevados ante la justicia. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses*⁸.

El Ministerio Público Fiscal de la Ciudad trabaja con miras a lograr permanentes avances que faciliten el acceso a la justicia a víctimas, damnificados y denunciadores de delitos y contravenciones. Asimismo, encauza las denuncias por faltas hacia el controlador administrativo correspondiente y cumple una importante función en materia contencioso-administrativa y tributaria.

En este sentido, para estar cerca del vecino, se han instalados unidades de orientación y denuncia en muchos barrios, a cargo de funcionarios y empleados especializados. La comunidad también cuenta con la posibilidad de denunciar infracciones las veinticuatro horas, todos los días del año, llamando telefónicamente a la Oficina Central Receptora de Denuncias, por correo electrónico o a través de la página web del Ministerio Público Fiscal.

Funciona una oficina específica de asistencia a la víctima y testigos (OFAVyT), en aspectos legales, psicológicos, sociales y económicos, facilitando patrocinio letrado externo para querellar en su caso, red social para prevención y contención, revisión de procedimientos y anticipo jurisdiccional de prueba. Se halla integrada por profesionales que trabajan en forma interdisciplinaria y brinda a los fiscales evaluaciones de riesgo de las víctimas y opinión sobre medidas de protección.

Los fiscales deben garantizar la tutela efectiva del derecho humano de acceso a la justicia. En su función se impone propiciar un el trato adecuado y respetuoso

a denunciantes, víctimas, testigos, imputados, peritos y a toda persona que interactúe con el Ministerio Público Fiscal; la atención al público de calidad, tendiente a lograr excelencia en cuanto a puntualidad, amabilidad, calidad de la información brindada, lenguaje utilizado y comprensión de su problema y situación.

III. VICTIMAS, DAMNIFICADOS, DENUNCIANTES Y TESTIGOS

El art. 13 inc. 3° de Constitución de la CABA demanda que el sistema sea acusatorio y su art. 125 otorga al Ministerio Público Fiscal el ejercicio de la acción cuando establece que su rol es promover la actuación de la Justicia. El Código Procesal Penal (ley 2303) contempla un sistema adversarial, en el cual están claramente distinguidas las funciones de investigar, impulsar la acción persecutoria y acusar (a cargo de los fiscales) y juzgar (a cargo de los jueces).

La protección de las víctimas, damnificados, denunciantes y testigos ocupará un lugar destacado en la gestión de los fiscales, debiendo adoptar desde la primera consulta y con celeridad todas las medidas que permitan garantizar su acceso al MPF, su salud y su adecuada seguridad, con especial atención y tratamiento en relación a personas de mayor vulnerabilidad. Los fiscales deben garantizarles su derecho a medidas de protección, restitución de gastos, conocer los resultados del acto procesal en que participó y declarar en su lugar de residencia en determinados supuestos.

En el caso puntual de la víctima, ser querellante y continuar con el ejercicio de la acción en su caso, ser informada del estado del caso y la situación del imputado, aportar información a la investigación, ser acompañada por persona de confianza si es menor de edad o incapaz y ser informada del resultado de los procedimientos

⁸ Corte IDH, Caso Furlán y Familiares c.Argentina, 31/8/12, pto. 268, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf

aunque no haya intervenido en ellos (arts. 10, 11, 37 y 38 del CPP ley 2303; 19 CADH).

En los casos “Fernández Ortega”⁹ y “Rosendo Cantú”¹⁰ la Corte IDH destacó la relevancia de la declaración de las víctimas en el proceso judicial.

Cuando la víctima, damnificado, denunciante o testigo no pueda o no sepa expresarse en castellano o mediaren circunstancias especiales, corresponderá su asistencia por un intérprete.

Los fiscales habrán de priorizar la solución del conflicto, en sintonía con lo previsto por el art. 91 CPP), acudiéndose, en determinadas materias y circunstancias, a métodos alternativos de resolución.

Antes de dictaminar en relación a planteos de imputados de suspensión de proceso a prueba, los fiscales deben invitar a la víctima a una entrevista personal e indelegable, garantizando así su efectivo derecho a ser oída antes de dictaminar ante los jueces.

Asimismo, en los supuestos de archivo del caso, los fundamentos deben ser explicados a la víctima, damnificado o denunciante en un lenguaje sencillo, previa notificación fehaciente y hacerle saber su derecho a oponerse al archivo en los casos legalmente previstos.

Los fiscales postularán el efectivo cumplimiento de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder¹¹; la Carta Iberoamericana de Derechos de las Vícti-

mas¹²; las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad¹³ y las Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos¹⁴.

En los casos de violencia de género, propiciarán la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Bellem do Pará) y los estándares fijados por la Corte IDH en el caso “González y otras (Campo Algodonero)”¹⁵ y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CADH) en “María Eugenia Morales de Sierra”¹⁶ y “María da Penha Maia”¹⁷.

En materia de actos discriminatorios (ley 23592 y art. 65 del Código Contravencional) serán de aplicación el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial

12 Acceso a la justicia, tutela judicial efectiva, participación en el proceso, ejercer acción penal y concentración de actos judiciales, información, intervenir en mecanismos de conciliación, acuerdos reparatorios y terminación anticipada del proceso; trato digno, igualdad de trato en el proceso, asistencia y acceso a servicios de apoyo a víctimas, asistencia médica, seguimiento, protección, resguardo de intimidad y privacidad, asociación de víctimas; derecho a la verdad y a la justicia, reparación, recurso humano capacitado y estructura accesible (arts 4 a 13).

13 Efectivo acceso a la justicia para la defensa de sus derechos (Capítulo I); debido control del modo de celebración de sus actos judiciales (Capítulo II); protección de su intimidad: reserva de actuaciones judiciales, imagen y datos personales (Capítulo III).

14 Garantizar las medidas de protección necesarias para salvaguardar la integridad de los testigos en situación de riesgo y postular, en casos graves, su inclusión en un programa de protección de testigos (acápites d, Cap. II, pto. 2) y solicitar ante el organismo que corresponda la implementación de medidas preventivas con el objetivo de minimizar el riesgo de los testigos (pto. 3).

15 Corte IDH, Caso González y otras (Campo Algodonero) c.México, 16/11/09, ptos. 226, 227, 231, 389 y 401, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

16 CADH, Caso María Eugenia Morales de Sierra c.Guatemala, informe final n° 4/01, 11.625, 19/1/01.

17 CADH, Caso María Da Penha Maia c.Brasil, informe final n° 54/01, 12.051, 16/4/01

9 Corte IDH, Caso Fernández Ortega c.México, 15/5/11, ptos. 194 y 197, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_224_esp.pdf

10 Corte IDH, Caso Rosendo Cantú c.México, 15/5/11, ptos.176 y 185, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_225_esp.pdf

11 Derechos de acceso a la justicia y trato justo, resarcimiento, indemnización y asistencia. “Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional” (pto. 4).

y la doctrina de la Corte IDH que surge de importantes precedentes como “Atala Riffo”¹⁸ y “Nadege Dorzema”¹⁹.

En definitiva, los fiscales deben ser garantes del pleno ejercicio de los derechos que a víctimas, damnificados, denunciados y testigos reconocen las normas procesales vigentes en nuestra Ciudad, como así también de la absoluta operatividad de los derechos que surgen de los instrumentos jurídicos citados y estándares fijados por la Corte IDH y la CADH.

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las sentencias de la Corte IDH deben ser acatadas en la jurisdicción interna (cfr. Fallos “Espósito”, “Bulacio”), en donde se expuso que éstas resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino. Asimismo, en el caso “Carranza Latrubesse” el Alto Tribunal declaró la obligatoriedad de las recomendaciones de la CADH.

IV. Denunciados, imputados y condenados

4.1. Investigación y juzgamiento de delitos y contravenciones

Los fiscales deben cumplir sus funciones con objetividad e imparcialidad, respetando y protegiendo la dignidad y defendiendo los derechos humanos de las personas en conflicto con la ley, contribuyendo así a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia²⁰.

La investigación de delitos y contravenciones supo-

ne tanto la etapa del procedimiento en que la intimidad de una persona puede estar en juego (por ej. allanamiento, requisa, intervención de correspondencia o comunicaciones telefónicas), como la oportunidad de su declaración en los actos procesales previstos a tales efectos.

De conformidad con estándares internacionales²¹, los fiscales deben garantizar que la intimidad de una persona no sea ilegalmente violada durante la investigación, ni utilizar evidencia obtenida por medios ilícitos²².

Los fiscales asegurarán a toda persona acusada de un delito o contravención su derecho de defensa y las garantías del debido proceso.

En este sentido, los fiscales harán saber al acusado los hechos que se le endilgan y las pruebas que obran en su contra; velarán por asegurar la efectiva información de sus derechos (art. 28 del CPP) y su facultad de designar defensor particular, nombrándole uno de oficio si el imputado no propusiere uno de confianza (art. 29); solicitarán la suspensión del proceso en el supuesto de incapacidad sobreviviente (art. 34); le designarán un intérprete si no puede o sabe expresarse en castellano o por necesidades especiales (art. 40); solicitarán al juez apertura de correspondencia, inspección de datos privados, registros domiciliarios, requisas personales, interceptación de correspondencia e intervención de comunicaciones (arts. 90, 108, 112, 115 y 117); harán

21 Art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 17 incs. 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 4 del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley de las Naciones Unidas de 1979; Párrafo 13.c de las Directrices de las Naciones Unidas sobre la Función de los Fiscales.

22 El pto. 16 de la Directrices de Naciones Unidas sobre la Función de los Fiscales dispone que: “Cuando los fiscales tengan en su poder pruebas contra sospechosos y sepan o tengan sospechas fundadas de que fueron obtenidas por métodos ilícitos que constituyan una violación grave de los derechos humanos del sospechoso, especialmente torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes u otros abusos de los derechos humanos, se negarán a utilizar esas pruebas contra cualquier persona, salvo contra quienes hayan empleado esos métodos, o lo informarán a los tribunales, y adoptarán todas las medidas necesarias para asegurar que los responsables de la utilización de dichos métodos comparezcan ante la justicia”.

18 Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas c.Chile, 21/11/12, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_254_esp.pdf

19 Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros c.República Dominicana, 24/10/12, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf

20 Ptos. 11 y 12 de las Directrices de las Naciones Unidas sobre la Función de los Fiscales de 1990.

cumplir los recaudos para la validez de requisas urgentes, secuestros, clausuras provisionales y reconocimientos (arts. 112, 113, 138 y sgtes.).

Darán intervención a la defensa (arts. 96 a 98); exhibirán a imputado y defensor el legajo de investigación (arts. 101 y 102); realizarán la investigación preparatoria penal en el plazo legal (arts. 104 y 105); admitirán sólo elementos de prueba obtenidos por un medio lícito (art. 107); controlarán la legalidad del procedimiento (art. 74) y se expedirán en relación a la competencia del juez (arts. 16 y 195 inc. a).

Los fiscales garantizarán al imputado su derecho a declarar y aportar pruebas todas las veces que lo desee a lo largo de toda la etapa de investigación, y a no declarar sin que ello importe presunción alguna en su contra.

Las declaraciones del imputado²³ deben indefectiblemente ser realizadas por su propia voluntad ante los fiscales y en su caso ante los jueces, debidamente asistido por un abogado defensor, en los actos procesales específicamente previstos (arts. 161 y sgtes. CPP y 41 LPC).

Los fiscales deberán reclamar ante los jueces la declaración de nulidad absoluta de los actos que no hayan respetado estas garantías.

Cuando el imputado solicite la suspensión del proceso a prueba, los fiscales siempre lo escucharán y posteriormente, en forma fundada, se expedirán prescindiendo de conformidad u oponiéndose a la concesión de dicho beneficio.

Verificarán el cumplimiento del principio de legalidad y la prohibición de doble juzgamiento (art. 18 CN y arts. 8.4 y 9 CADH),

²³ Conf. estándar art. 18 CN; arts. 5, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 7 y 14 párr.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 5 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ello en sintonía con el respeto por la integridad personal de la persona imputada y sus garantías judiciales consagrados en los arts. 5 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y estándares fijados por la Corte IDH: plazo razonable para someter a una persona a proceso y principio de inocencia; debido proceso judicial y principio de coherencia o correlación entre acusación y sentencia (Casos "Suárez Rosero"²⁴; "Baena"²⁵ y "Fermín Ramírez"²⁶).

Toda vez que los fiscales son quienes se encuentran frente a una persona acusada de un delito o contravención, interfieren con los derechos de ésta. Por ello resulta de gran importancia el rol que los fiscales puedan cumplir en hacer efectivos estos derechos durante el procedimiento judicial.

4.2. Demora por averiguación de identidad

Los fiscales deberán controlar la legalidad de los procedimientos efectuados de conformidad con lo previsto por la ley 23.950 y el art. 36 bis de la ley 12, según corresponda, en cuanto a procedencia, duración máxima y noticia al juez de turno.

En el caso de extranjeros, velarán para que sean informados sobre el derecho de asistencia consular (art. 36 de la convención de Viena sobre Relaciones Consulares).

²⁴ Corte IDH, Caso Suárez Rosero c.Ecuador, 12/9/97, ptos. 70, 76, 77 y 78 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf

²⁵ Corte IDH, Caso Baena, Ricardo y otros c.Panamá, 2/2/01, pto. 137, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_72_esp.pdf

²⁶ Corte IDH, Caso Fermín Ramírez c.Guatemala, 20/6/05, ptos. 67, 68, 73 y 75, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf

4.3. Detención, aprehensión y prisión preventiva

Los fiscales desempeñan un rol importante en la detención y la prisión preventiva en casos penales y en la aprehensión prevista por el procedimiento contravenacional.

El estado de inocencia es el punto inicial para los estándares sobre personas privadas de libertad y debe ser tenido en cuenta en el tratamiento de estos imputados.

En materia penal, los fiscales convalidarán una detención practicada por el personal policial si se cumplen los requisitos de flagrancia contemplados por el art. 78 del CPP. De ratificarla, darán inmediato aviso al juez (art. 152). El detenido debe ser puesto con inmediatez a disposición del/de la fiscal interviniente, quien evaluará si existe una razón legal para mantener la detención.

En caso contravenacional, si la prevención adoptó la cautelar de aprehensión (art. 18 inc. a de la ley 12), los fiscales sólo la convalidarán si ello resultare indispensable para hacer cesar la contravención, con aviso inmediato al juez (art. 21).

En todos los supuestos de privación de libertad, los fiscales garantizarán al imputado el acceso a un abogado defensor y todos los derechos previstos por los arts. 28 y 29 del CPP. Asimismo, requerirán una revisión física y psíquica (art. 35).

Si el imputado se hallare en estado de embriaguez alcohólica o bajo los efectos de cualquier tóxico y existiera peligro para sí o terceros, dispondrán que sea conducido a un establecimiento asistencial (art. 33).

En el caso de persona extranjera, velarán para que sea informada sobre el derecho de asistencia consular (art. 36 de la convención de Viena sobre Relaciones Consulares) y se practique comunicación consular (circular 56/95 CSJN). En los supuestos de refugiados, co-

municación al ACNUR.

Los fiscales sólo requerirán la limitación de la libertad ambulatoria del imputado durante el proceso en caso de peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación. Por el estado de inocencia de que goza la persona imputada, la prisión preventiva únicamente procederá cuando se den los supuestos expresamente previstos por la ley (arts. 169 a 172 del CPP).

Las medidas restrictivas contempladas en el art. 174 constituyen valiosas herramientas para asegurar el sometimiento de la persona imputada a proceso y brindar protección a víctimas y testigos.

En este punto, los fiscales otorgarán plena operatividad a los Arts. 3, 5, 9 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 7, 9, 10 inc. 2 a y 14 párr.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 5 y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos, n° 84 (2); Conjunto de Principios para Todas las Personas bajo Cualquier Forma de Detención o Prisión, nros. 4, 9, 10, 11, 13 y 36/39 y las Reglas Mínimas sobre Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), n° 6.

Asimismo deberán ser respetados los lineamientos establecidos por la Corte IDH en importantes precedentes, como son los casos "Loayza Tamayo"²⁷, "Suárez Rosero"²⁸ y "Castillo Petruzzi"²⁹.

27 Corte IDH, Caso Loayza Tamayo c. Perú, 17/9/97, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf

28 Corte IDH, Caso Suárez Rosero c. Ecuador op. cit., ptos. 43, 44, 45 y 51.

29 Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros c. Perú, 30/5/99, ptos. 109 a 112, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf

4.4. Condenados

La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano; las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados (art. 5 incs. 1 y 6).

Serán de aplicación el art. 18 CN, los Principios Básicos de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos, las previsiones de la ley 24.660 y el art. 17 inc. 4 de la ley 1903, según el cual corresponde al Ministerio Público *“velar por la observancia de los derechos humanos en los establecimientos y lugares de detención de personas, a fin de que los/las reclusos/as y detenidos/as sean tratados con el debido respeto hacia su persona, no sean sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria y las demás que resultaren necesarias para el cumplimiento de dicho objeto, promoviendo las acciones pertinentes cuando se verificare su violación”*.

Todos los textos internacionales de derechos humanos³⁰ prevén la posibilidad de utilizar medidas no privativas de la libertad. Los fiscales, al solicitar una condena, deben considerar esta posibilidad para determinados supuestos expresamente previstos por la ley.

En este orden de ideas, las Reglas Mínimas sobre Medidas No Privativas de la Libertad de las Naciones

Unidas de 1990 (Reglas de Tokio) alientan su promoción y desarrollo. La utilización de estas medidas, especialmente en los delitos y contravenciones más leves (por ej. la prisión en suspenso, los trabajos de utilidad pública, las instrucciones especiales, etc.), puede alcanzar en el condenado un sentido de responsabilidad hacia la comunidad más valioso que la prisión o el arresto de efectivo cumplimiento y ayudarlo en su rehabilitación social.

Los fiscales también deben tener una participación activa en la ejecución de la pena (conf. ley 24.660, arts. 310 y sgtes. del Código Procesal Penal y art. 120 del Código Contravencional), a efectos del control de la legalidad de los actos y garante de los derechos humanos del condenado.

V. Régimen penal juvenil

Quienes aún no han cumplido los dieciocho años, por su corta edad, reciben un tratamiento especial en los instrumentos internacionales de derechos humanos³¹.

Estas normas exigen que sean tratados de modo tal que se maximice su oportunidad de madurar y llegar a ser ciudadanos responsables, en lugar de caer en la delincuencia.

Por lo tanto, las medidas que los fiscales soliciten en relación a una persona menor de edad deben encontrarse dirigidas a una finalidad de rehabilitación, respetando plenamente los derechos de acusados y víctimas.

En el procedimiento penal juvenil de nuestra ciu-

30 Art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 7 y 10 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos; art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Reglas Mínimas de Naciones Unidas para Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), principios 1.1, 1.2, 1.5, 2.1, 2.3/2.7, 3.1/3.10, 9.1/9.2, 10.1/10.4, 12.1/12.4 y 14.1/14.6; Conjunto de Principios para Todas las Personas bajo Cualquier Forma de Detención o Prisión, nros. 1 y 20; Principios Básicos de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos, nº 1; Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las N.U. de 1977.

31 Art. 25 inc. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 10 incs. 2,b y 3, 14 incs. 1 y 4; preámbulo y especialmente arts. 2, 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño; art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Directrices sobre la función de los fiscales de 1990, nº 19; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) de 1985, nros. 5, 7, 10/13 y 30; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad de 1990, nros. 1, 2, 18 y 87; Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD) de 1990, nros. 1, 2, 9 y 58.

dad (ley 2451), los fiscales deberán velar especialmente para que sean respetados la garantía de discreción, los principios del proceso, el derecho a la integridad, el derecho de defensa, la intimidad y privacidad, la razonabilidad del tiempo del proceso, la legalidad de la prueba, la excepcionalidad de las restricciones a la libertad y todas las garantías contenidas en las normas internacionales.

Procurarán la mediación en los casos permitidos y procederán al archivo de las denuncias y actuaciones de prevención cuando la naturaleza del hecho no justifique persecución o cuando considere que ello resulta conveniente para la mejor solución del conflicto o el futuro del imputado (arts. 38, 57 y 58). Tendrán en consideración institutos como la remisión (art. 75) y la suspensión del proceso a prueba (art. 76).

La detención de una persona menor de edad sólo debe ser utilizada como medida de último recurso y dar prioridad a otras medidas no privativas de libertad, implementándose una etapa de rehabilitación del niño o joven en la que los fiscales también deben participar.

VI. Personas imputadas por faltas

Los fiscales deben efectuar el debido control de legalidad del procedimiento en todo legajo de faltas que el juez le remita, verificando que se hayan respetado todas las garantías de la persona física o jurídica imputada.

De advertir afectaciones a los derechos humanos del presunto infractor, solicitarán al juez las declaraciones correspondientes a fin de restablecer dichos derechos.

En particular, los fiscales examinarán el cumplimiento de los requisitos del acta de comprobación, los antecedentes administrativos, que el presunto infractor haya tenido en sede administrativa una oportunidad efectiva de conocer el hecho imputado, formular descargo y ofrecer prueba, como así también que la resolución

del controlador respete el principio de congruencia y se encuentre fundada en derecho.

Ello surge no sólo de las previsiones de la ley 1217, sino también del estándar establecido por la Corte IDH en el caso “Baena”³², donde sostuvo que: *“En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados”* (pto. 126) y que: *“Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”* (pto. 127).

En la instancia judicial de faltas, los fiscales controlarán que sean respetadas las garantías de la persona imputada y solicitarán veredicto condenatorio o absolutorio. Si discrepan con la calificación jurídica adoptada por el controlador, propondrán al juez la que consideren correcta.

VII. Competencia Contencioso - Administrativa y Tributaria

La intervención protectoria de los fiscales tendrá lugar al dictaminar en cuestiones de competencia y habilitación de instancia (arts. 2 y 273 de la ley 189), amparos (arts. 16 y concs. de la ley 2145), procesos por la ley de defensa del consumidor y asumiendo la titularidad activa de la acción en esta temática en caso de desistimiento o abandono de la asociaciones legitimadas (art.

32 Corte IDH, Caso Baena c.Panamá op. cit.

52 de la ley 24240), planteo de nulidades, unificación de jurisprudencia, control de cumplimiento de los tratados internacionales y todo caso en que deba ser defendido el interés social.

En el precedente “LAMPARTER”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó que: *“...el representante del Ministerio Público goza para la determinación de los alcances y modalidades del dictamen requerido de una plena independencia funcional respecto del tribunal ante el que actúa, que es ínsita de la magistratura que aquél ejercita y que configura una condición insoslayable que es reconocida a dicho Magistrado como presupuesto esencial para el adecuado cumplimiento de su misión de preservar el orden público y procurar la defensa del orden jurídico en su totalidad”*³³.

VIII. El derecho humano a un ambiente sano

La Constitución Nacional en su art. 41 establece que: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo...”

En nuestra Ciudad, la Constitución local dedica al ambiente su Capítulo Cuarto del Libro I (art. 26 a 30). Al respecto consagra, entre otros importantes principios, que: “El ambiente es patrimonio común. Toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano, así como el deber de preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras. Toda actividad que suponga en forma actual o inminente un daño al ambiente debe cesar. El daño ambiental conlleva prioritariamente la obligación de recomponer...” (art. 26, párrafos 1º y 2º).

El Protocolo Adicional a la Convención Americana

sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) prevé que: “Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos” y “Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente” (art. 11).

La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abusos del Poder prevé que: “En los casos en que se causen daños considerables al medio ambiente, el resarcimiento que se exija comprenderá, en la medida de lo posible, la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación cuando esos daños causen la disgregación de una comunidad”.

Los fiscales velarán para que la comunidad goce de este derecho humano a un ambiente sano de un modo efectivo.

A tal fin, el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad cuenta, por un lado, con fiscales en lo Contencioso-Administrativo y Tributario, que dictaminarán en amparos y medidas protectorias del medio ambiente y articularán acciones y recursos en dicho sentido.

Por otro lado, en el fuero Penal, Contravencional y de Faltas fue creada la Unidad Fiscal con Competencia Especial Unica, cuyos fiscales tienen entre sus funciones las de investigar los delitos, contravenciones y faltas ambientales cometidos en la CABA o que puedan tener efectos en ella, encontrándose facultados para impulsar clausuras preventivas, secuestros de efectos, inmovilizaciones y depósitos de vehículos, resoluciones alternativas de conflicto y, en su caso, formular requerimiento de juicio contra los responsables y peticionar sanciones.

33 CSJN, “LAMPARTER, Ernesto Juan c/BALDO, José Juan y SANCHEZ, Herminda Norma S/daños y perjuicios”, 6/10/1992; Fallos, t.315, p.2255.

IX. Colofón

Es función de los fiscales velar por la aplicación de las leyes, respetando, protegiendo y defendiendo la dignidad humana y los derechos humanos de todas las personas intervinientes en un proceso judicial, constituyéndose en verdaderos guardianes de sus garantías.

De este modo contribuyen a lograr un sistema judicial justo y equitativo, a solucionar conflictos y a brindar protección eficaz a la comunidad.

Razonamiento Temporal y Sistemas Multiagentes (*)

Clara Smith (**), Antonino Rotolo (***) , Giovanni Sartor (****)

* Traducción del original "Temporal Reasoning and MAS", Clara Smith, Antonino Rotolo and Giovanni Sartor, EUI working paper LAW 2010/16, Department of Law. ISSN 1725-6739. European University Institute, FI, Italy.

** Clara Smith. FACEI – UCALP, y UNLP. La Plata, Argentina.

*** Antonino Rotolo. CIRSIFID – Universidad de Bologna, Italia.

**** Giovanni Sartor. Instituto Universitario Europeo (EUI), y CIRSIFID – Universidad de Bologna, Italia.

Palabras clave. Lógica híbrida, lógica deóntica, razonamiento temporal, plazos, sistemas multi-agentes (MAS).

Prefacio a la traducción al español

Es ampliamente aceptado en la comunidad científica que las formalizaciones lógicas de sistemas gobernados por normas describen a éstos con un nivel indubitable de rigor y precisión. Ello se patentiza en los trabajos de von Wright [vW1951], Alchourrón y Bulygin [AB1971, AB1981], Alchourrón y Martino [AM1988]; y más recientemente en [Gel2002] [JS1993, JS2003] [BV2002] [CF1998] [Pr2005] [Sar2005] entre muchos otros.

La Lógica Deóntica es la “lógica de lo que debe ser”, y como tal es fundamento de la Ética y del Derecho. Pero últimamente se la ha utilizado también en el área de la Computación para la especificación, por ejemplo, de sistemas y protocolos de seguridad. La Lógica Deóntica sienta las bases para el estudio de las modernas teorías de argumentación [Pr2005], lógicas de la acción [Elg1997], de agentes [JS1993, JS2003], de grupos [vdHV2002]; y para el abordaje de enfoques cognitivos del Derecho [Sar2005, CF1998]. Todas estas teorías incluyen novedosas y precisas definiciones formales de conceptos tales como poder institucional, representación, obligaciones, grupos y equipos, delegación, confianza, responsabilidad, entre otros, con miras a ser aplicadas en sistemas computacionales inteligentes.

La Lógica Deóntica que presentamos en este trabajo es una lógica modal proposicional. Una *modalidad* es una palabra o frase que puede aplicarse a una proposición A para crear una nueva proposición que hace una afirmación acerca del modo de verdad de A o de las circunstancias bajo las cuales A es verdadera: cuándo, dónde o cómo A es verdadera. Ejemplos son: “en el futuro sucederá A ” (FA), “está permitido A ” (PA), “el agente sabe

A ” (KA), “es necesario A ” ($\Box A$), “es demostrable A ”, entre muchas otras. En la actualidad, los simbolismos modales se usan para formalizar esquemas de razonamiento. En particular, estamos interesados en los patrones de razonamiento normativo.

El conocimiento de formalismos simbólicos -como el de la Lógica Deóntica- aumenta en el abogado, en el juez y en los auxiliares de la justicia y operadores del derecho sus capacidades de razonamiento abstracto en el área de sistemas normativos; los prepara para enfrentar -desde un punto de vista lógico formal- muchas de las modernas teorías de sistemas multi-agentes sociales gobernados por normas de distintos tipos.

Muchos de los conceptos que exponemos aquí fueron presentados a cursantes de las asignaturas Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho de la carrera de grado de Abogacía de la Universidad Nacional de La Plata, a cursantes de posgrado en la Universidad del Salvador, Buenos Aires, y a cursantes de posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Uruguay, en asignaturas de planes de estudio de Magíster en Nuevas Tecnologías para la Justicia. El abordaje inicial de los temas se hizo en todos los casos, principalmente, desde el texto de G. H. Von Wright “Norma y Acción” [vW1970].

Primero es conveniente conocer las dificultades de la lógica proposicional para capturar formalmente el discurso normativo, donde cobra especial interés la categoría del “deber ser”. Es importante recordar que la lógica proposicional clásica es insuficiente para representar dicha categoría (en la lógica proposicional las proposiciones son o verdaderas o falsas). A partir de esta comprensión se puede enfrentar la formalización de los conceptos de obligación, permiso y prohibición. El aspecto más técnico puede abordarse por ejemplo desde el trabajo seminal de von Wright; dicho trabajo define un

sistema formal proposicional elemental que incluye las modalidades deónticas básicas de permiso, prohibición y obligación. Luego de que von Wright diera ese sistema en 1951 se descubrió que sus operadores podían de algún modo caracterizarse como los operadores de necesidad y posibilidad de una lógica modal normal. Por ello se estudia a la lógica modal proposicional como una extensión de la lógica proposicional clásica, introduciendo los operadores modales de necesidad y posibilidad en su interpretación deóntica.

Luego del estudio teórico es posible, para el abogado, explorar las propias capacidades cognitivas de traducción de normas, escritas en lenguaje natural a lenguaje simbólico, y a la inversa: la lectura en lenguaje natural de fórmulas escritas en una lógica deóntica. Esto permite comenzar el análisis de la estructura de las normas, en un nivel que hasta el momento pudo haberse presentado como desconocido. La descripción lógica de las normas en términos de operadores deónticos permite descubrir patrones normativos. A partir de allí, abogados, futuros abogados, operadores del derecho y auxiliares de la justicia exploran sus capacidades de diseño y análisis de normas a distintos niveles (digamos, niveles dentro de la bien conocida *pirámide kelseniana*). El abogado, futuro abogado y auxiliar del derecho adquiere capacidad "ingenieril", en el sentido de poder definir y determinar las formas lógicas de una norma.

Finalmente, abogados, futuros abogados, operadores del derecho y auxiliares de la justicia amplían su visión para poder manipular y definir formalmente sistemas donde intervienen múltiples agentes. Los principios básicos que rigen a los sistemas multiagentes son caracterizables a partir de atribuciones internas de los agentes -y grupos de agentes- tales como capacidad, intención, creencias, preferencias; y otras actitudes como persistencia y efectividad en el accionar. Combinar lógicas multiagentes es hoy una técnica en expansión, que

permite definir sistemas multiagentes altamente especializados.

Exponemos brevemente algunas nociones básicas de la lógica modal normal multiagente para luego presentar la principal intuición de nuestro enfoque. Para una buena lectura introductoria de los conceptos técnicos de la lógica modal, sugerimos abordar [Ven2001, Bla2001].

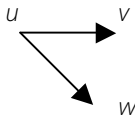
Sintaxis. Usamos un lenguaje lógico para trabajar. Hemos usado ya este lenguaje en [Rot2009, Smi2010]. El lenguaje modal básico se funda sobre un conjunto finito $A = \{a, b, c, \dots\}$ de agentes/actores (estados, organismos internacionales, por ejemplo) y un conjunto numerable de proposiciones, usualmente denotadas como p, q, r, \dots . Expresiones complejas se forman sintácticamente a partir de ellas, en el modo inductivo usual, usando un operador \perp (que denota la constante *false*, el concepto genérico de "lo falso"), el operador binario \vee (disyunción, "o"), y el operador unario \neg (negación, "no"). Como el comportamiento proposicional de esta lógica es clásico, asumimos que T (la constante *true*, el concepto de "lo verdadero"), \wedge (conjunción), y \rightarrow (condicional) se definen del modo usual a partir de los símbolos ya provistos.

Semántica. La comprensión del significado de la lógica deóntica les abre al abogado, futuro abogado, auxiliar del derecho y filósofo del derecho un nuevo panorama. Frente a una situación problemática la lógica multiagente no los hace concentrarse tanto en la secuencia de pasos procesales como en las relaciones entre agentes y conexiones entre posibles diferentes escenarios. A continuación, las definiciones que sirven de base del significado de los operadores de la lógica que usaremos.

Definición. Un *frame* es un par $\mathcal{F} = (W, R)$ tal que W es un conjunto no vacío llamado el universo (o dominio) de \mathcal{F} y R es una relación binaria sobre W . Los elementos

en W usualmente se llaman *puntos, situaciones o mundos*. Pensemos en los elementos del conjunto W como situaciones, actos o eventos, por ejemplo: la firma de un tratado, un desistimiento, un pago, entrega de información relevante, un acto de asistencia médica, la puesta a disposición de un instrumento o de una zona geográfica, etcétera. Sean u, v , situaciones y sea R una relación que define una situación como accesible desde otra, vinculándolas. Por ejemplo, si u es la “firma de un tratado” una situación accesible desde u puede ser v , donde v es la “puesta a disposición de una zona geográfica”.

Consideremos como otro ejemplo el siguiente diagrama:



donde u representa “desistir las negociaciones”, w representa “informar a terceras partes sobre el desistimiento de las negociaciones”, y v representa “exponer objeciones”. Entonces, en el diagrama, v y w son situaciones accesibles desde u .

Definición. Asumamos que contamos con un lenguaje modal con el que podemos escribir fórmulas lógicas; un *modelo* es un par $\mathcal{M} = (\mathcal{F}, V)$ donde \mathcal{F} es un frame y V es una *función de valuación* que asigna a cada proposición p en el lenguaje un subconjunto $V(p)$ de W . $V(p)$ es así concebido como el conjunto de situaciones en el modelo donde p es verdadera. Sea $\mathcal{F} = (W, R)$ un frame y sea $w \in W$ una situación en un modelo $\mathcal{M} = (\mathcal{F}, V)$. Sean A y B fórmulas cualesquiera en el lenguaje modal subyacente. Clásicamente tenemos entonces ($a \models b$ se lee ‘de a se deduce b ’):

Nunca sucede que $\mathcal{M}, w \models \perp$,

$\mathcal{M}, w \models A$ si y sólo si $w \in V(A)$,

$\mathcal{M}, w \models \neg A$ si y sólo si no sucede que $\mathcal{M}, w \models A$,

$\mathcal{M}, w \models A \vee B$ si y sólo si $\mathcal{M}, w \models A$, o $\mathcal{M}, w \models B$,

$\mathcal{M}, w \models \Box A$ si y sólo si para todo v tal que Rwv , $\mathcal{M}, v \models A$.

Usamos la modalidad deóntica simbolizada con una “ O ” para representar obligaciones genéricas: Op significa “es obligatorio p ”. También usamos la modalidad *Does*, \mathcal{A} que representa “el agente x lleva a cabo la acción \mathcal{A} ” [Elg1997]. Para simplificar, \mathcal{A} denotará una acción de comportamiento simple, tal como “informar”, “comprar”, “vender”, “pagar”, etc.; esto es, no hay fórmulas modalizadas dentro del alcance de un *Does* en nuestros sistemas. Técnicamente hablando, O es un operador modal normal clásico con semántica KD usual [Bla2001]; sin embargo *Does* es no-normal (responde a otro tipo de restricciones axiomáticas) [Elg1997, Gov2005]. Con estos elementos podemos definir formalmente sistemas multi-agente normativos simples: podemos representar agentes, normas y acciones de los agentes.

Resumen

En este artículo investigamos si, en el contexto de formalizaciones lógicas para sistemas normativos multiagente (MAS), es posible y útil razonar acerca de aspectos referidos al tiempo teniendo en cuenta conceptos de una lógica modal temporal. Nos enfocamos en la combinación de lógicas de propósitos especiales: proveemos un enfoque en el cual una *temporalización* mínima ayuda a razonar en términos abstractos acerca de cuestiones temporales. También exploramos una nueva variante de lógica temporal deóntica usando una lógica híbrida. Los sistemas logrados permiten diseñar formalmente tanto normas particulares como principios jurídicos de alcance general que hacen referencia a instantes en el tiempo; también resultan útiles para la

detección de brechas de comportamiento en buena fe de los agentes.

I. Introducción

Tanto el Derecho como la tecnología tratan con especificaciones temporales. Relevantes para el Derecho son, entre otras, las obligaciones a plazo, la prescripción de acciones, la duración del año procesal, de los contratos, de un arrendamiento particular, el vencimiento de una hipoteca, una póliza de seguros durante un período determinado, entre otros. Para los sistemas de computación es de principal importancia la finitud o infinitud de los procesos, la duración y finalización satisfactoria de diferentes tipos de transacciones atómicas y complejas, la actividad o inactividad de sesiones, las posibilidades de procesamiento distribuido o paralelo, etcétera.

La relevancia de la relación entre el tiempo y la lógica de las normas (o deóntica) se estableció en las décadas de 1970 y 1980. En la actualidad muchos sistemas sociales y normativos multi-agente capturan aspectos temporales principalmente desde el punto de vista del diseño. Aplicaciones funcionales y consistentes de lógica temporal a esos sistemas aún son analizadas superficialmente. Además, aspectos técnicos como la decidibilidad de los sistemas computacionales cuando se los temporaliza son usualmente difíciles de encarar. Así, a pesar de que algunos sistemas computacionales capturan aspectos temporales tales como finitud, linealidad, o el hecho de ser matemáticamente discretos, las aplicaciones de nociones de la lógica temporal son escasas.

Por ejemplo, el enfoque de A. Artikis y J. Pitt [Art2002] permite modelar restricciones sociales, roles y estados de agentes usando conceptos de sistemas legales y sociales; todo con ayuda del Cálculo de Eventos [Kow1986], un formalismo basado en lógica de predicados (o primer orden). En aquél, el tiempo se codifica explí-

citamente dentro de las restricciones, como en: *HoldsAt*(*p* ermitido(*agente*,*acción*),*t*), que especifica un permiso: en el momento *t* es cierto que la *acción* está permitida para el *agente*. Dado un orden temporal de eventos podemos encontrar el conjunto de permisos, obligaciones y sanciones que cada agente tiene en cada momento.

Como un segundo ejemplo, consideremos el enfoque de G. Boella, G. Governatori y otros [Boe2008]. Se trata de una teoría rebatible (*defeasible*) basada en posiciones normativas temporales [GSR2005] donde los instantes de tiempo son modelizados como etiquetas en los literales (un literal es una proposición atómica o su negación), así *!t* significa 'el literal *l* es cierto en el instante *t*'.

En estos dos formalismos razonar hacia adelante y hacia atrás en la línea del tiempo puede ser una tarea muy demandante. En [Boe2008] por ejemplo, moverse en el flujo temporal significa buscar en la base de datos aquellas reglas y aquellos literales que estén etiquetados con el instante *t* para realizar las deducciones posibles; luego repetir esto con el instante ± 1 (o $t-1$) y así siguiendo (en este sentido, ver las explicaciones referidas al ejemplo 3.3 en [GSR2005]). Fórmulas temporales típicas como "siempre ha sido el caso de que *p*" o "siempre sucederá *p*" requieren de búsquedas a través de toda la base de datos (ver la lectura de la regla r_{10} en el Ejemplo 3.3 de [GSR2005]).

Otros sistemas sociales y normativos tales como los propuestos por C. Castelfranchi y R. Falcone [Cas2001], por R. Demolombe y C.J. Liao [Dem2001], entre otros, manejan formas de razonamiento temporal de modo diverso. Castelfranchi y Falcone por ejemplo usan para su definición de confianza individual (la que un agente tiene en otro agente) algunos conceptos bien conocidos de la lógica dinámica, que hasta cierto grado puede decirse que incluye aspectos temporales. En una revisión pormenorizada [Mey1993], J.-J. Ch. Meyer

y R. Wieringa se refieren al trabajo de varios investigadores que han propuesto la incorporación de aspectos temporales para superar algunas dificultades inherentes de la lógica deóntica estándar. Mencionan un operador temporal diádico propuesto por J. A. van Eck [vEck1982] que permite relativizar expresiones deónticas como puntos en el tiempo donde son verdaderas. Meyer y Wieringa también se refieren al trabajo de T. Maibaum y otros [Mai1994], quienes proponen reducir especificaciones deónticas en unas de primer orden temporales mediante la interpretación de ‘la obligación de hacer p ’ como la propiedad de que ‘ p debe ocurrir en algún momento en el futuro’.

Nuestro desafío es investigar si es posible y útil razonar automáticamente sobre aspectos temporales dentro de sistemas normativos computacionales, teniendo en cuenta los lineamientos generales de la lógica temporal [Prio1957, Fran2004, Ven2001]. En términos teóricos, la idea de incluir aspectos temporales debería -en principio- extender cualquier sistema multi-agente de modo consistente. En lo referido a normas en particular, consideramos que razonar sobre aspectos temporales puede ayudar en la detección automática de brechas en la buena fe y confianza. Desde el punto de vista computacional, consideramos que una funcionalidad mínima para el manejo automático del tiempo es posible y requiere de pocos ajustes en la lógica base del sistema.

Organizamos el resto de este trabajo como sigue. En la Sección 2 describimos dos maneras de combinar una lógica modal temporal con lógicas multi-modales multi-agente. En la Subsección 2.1 usamos una lógica temporal sencilla para “temporalizar” sistemas normativos multi-modales en el sentido dado por M. Franceschet, R. Montanari y M. de Rijke en [Fran2004, Sección 2]. Nuestro propósito es simbolizar previsiones referidas al tiempo dentro de obligaciones, y también algunos principios legales generales que incluyen referencias tem-

porales. En la Subsección 2.2 usamos una lógica modal básica llamada *lógica híbrida* para agregar una funcionalidad equivalente a la provista por el predicado “HoldsAt”. La Subsección 2.3 amplía los dos enfoques previos de 2.1 y 2.2 con el agregado de objetivos y creencias de los agentes. En todo el artículo trabajamos con ejemplos referidos a la ley argentina y la italiana, y también con modificaciones que hacemos a un ejemplo extraído de la literatura específica. En la Sección 3 nos referimos a aspectos de decidibilidad computacional de las lógicas usadas. Algunas conclusiones finalizan el artículo.

II. Lógica modal, obligaciones y tiempo

Muchos sistemas multi-agente son diseñados como sistemas multi-modales (ver, entre otros, [Cas2001, Dem2001, Fran2004]). Diferentes operadores modales (o también *modalidades*) definen diferentes rasgos de los agentes tales como intenciones, objetivos, creencias, accionar, etc. Algunos de estos rasgos son internos a los agentes (por ejemplo, las intenciones, las creencias) y otros son externos, visibles (por ejemplo, el actuar de un agente).

Nos interesa poder manejar aspectos del tiempo dentro de este tipo de sistemas. Fusiones de lógica temporal en el lenguaje modal básico fueron inicialmente estudiadas por S. K. Thomason a mediados de los ‘70; el enfoque ha ganado popularidad recientemente.

La descripción de una lógica temporal -restringida a una perspectiva modal tradicional Kripkeana -como la descrita en el prefacio- es usualmente como sigue: el lenguaje temporal básico se construye usando dos operadores unarios, F y P , el conjunto P de letras proposicionales, y los conectivos booleanos. La lectura de la fórmula Fp es ‘ p será verdadero en algún momento Futuro’; y Pp significa ‘ p fue verdadero en algún momento Pasado’. Las modalidades duales para F y P son G y

H (respectivamente: ‘siempre será el caso’ por el inglés ‘it is always Going to be the case’, y ‘siempre Ha sido el caso’). Este lenguaje constituye el núcleo de la rama de la lógica modal llamada lógica temporal. Las estructuras matemáticas usuales donde se interpretan las fórmulas temporales son los *frames bidireccionales* [Bla2001]. Usaremos frames con estructura $\mathcal{T} = (T, <)$ donde T es un conjunto de instantes de tiempo y $<$ es una relación de precedencia tal que si $s < t$ ($s, t \in T$) entonces decimos que s es anterior en el tiempo a t [Ven2001]. La lógica temporal mínima discreta (es decir, punteada con instantes individualizables como los días o los años) es K4, que es completa respecto de la clase de los frames transitivos [Bla2001].

En el trabajo en [Mey1993] se señala que Thomason argumenta que la lógica deóntica requiere un fundamento en la lógica temporal, reduciendo la obligación de p a una expresión temporal tal como ‘ p es verdadera en todos los posibles mundos donde es accesible’. La intuición detrás de esto es que si p es obligatorio (supongamos, *ahora*) entonces necesariamente también es cierto p en cualquier situación que le sigue a la actual (por ejemplo, *mañana*).

En las secciones siguientes exploramos dos posibles métodos para embeber el razonamiento temporal en un sistema normativo multi-agente:

- En una primera posibilidad, simplemente agregamos operadores temporales a un lenguaje modal que ya contiene operadores para normas y acciones (y luego creencias y objetivos). Como esta extensión no permite explicitar en el lenguaje momentos o instantes de tiempo puntuales, es útil para representar restricciones o provisiones abstractas tales como obligaciones condicionadas a eventos indeterminados, y principios legales generales.

- En una segunda posibilidad, combinamos la lógica multi-modal del sistema con una lógica tempo-

ral híbrida que sí identifica explícitamente instantes de tiempo. Esto permite formalizar expresamente los momentos en los que un hecho sucede, o determinar cuándo los plazos de alguna obligación son ciertos, o cuándo comenzar o terminar un plazo.

2.1. Sistemas Normativos Multi-agente, Temporalizados

Ajustes menores aparecen como suficientes para introducir razonamiento temporal en un sistema multi-agente normativo simple como el descrito en el prefacio. Siguiendo las sugerencias de A.J.I. Jones y M. Sergot [JS2003], trabajamos con un enfoque multi-modal para caracterizar cognitivamente a los agentes. Tenemos un conjunto finito de agentes $A = \{x, y, z, \dots\}$ y el conjunto P de proposiciones. Expresiones complejas se construyen sintácticamente del modo inductivo usual, usando también las modalidades O y $Does$ e incluimos algunos elementos para permitir razonamiento temporal. Traemos operadores temporales para escribir fórmulas temporales; por ejemplo la modalidad F (Sección 2) nos permite definir provisiones temporales dentro de obligaciones. Antes de pasar a los detalles formales, presentamos dos ejemplos motivadores.

Ejemplo 1. Sistema normativo básico. Obligaciones a término. De acuerdo con el art. 566 del Código Civil argentino, y con el art. 1183 del italiano, para cumplir con una obligación puede establecerse un término. De modo similar, el surgimiento de obligaciones (y de los derechos correspondientes) puede posponerse hasta algún momento en el futuro; o un momento futuro puede establecerse para la extinción de obligaciones. El tiempo opera en estos escenarios como una modalidad de la obligación, es la obligación la que está siendo *modalizada*.

Este *modo* tiene dos rasgos distintivos: primero, la “futuridad”; segundo, el evento que determina el tér-

mino es necesario en el sentido de que debe suceder inevitablemente. Obligaciones sujetas a esta modalidad –que llamamos obligaciones a término– son efectivas y seguras, no hay duda acerca de su existencia aún cuando el agente titular (por ejemplo, el acreedor) tiene que esperar algún tiempo hasta que pueda tomar plena ventaja de ellas. Un término que pospone el nacimiento de una obligación puede simbolizarse en nuestro sistema con la fórmula $F(O(\text{Does}_x \mathcal{A}))$ que significa “será cierto en algún instante del futuro que existe la obligación del agente x de hacer \mathcal{A} ”. Por ejemplo, en un crédito de término diferido, el acreedor no puede perseguir su crédito ahora. La obligación del deudor es retrasada hasta un momento en el futuro, que está típicamente condicionado a un evento e que ha de suceder. En este caso, simbolizamos $F(e \rightarrow O(\text{Does}_x \mathcal{A}))$.

Siguiendo, un término es extintivo cuando una obligación cesa con él. Por ejemplo, la muerte de una persona que ha sido instituida como cabeza de una renta vitalicia extingue el derecho del acreedor (art. 2070 CC argentino, art. 1873 CC italiano). Un término extintivo puede establecerse con una fórmula de la forma $F\neg(O \text{Does}_x \mathcal{A})$ significando que “será cierto en algún momento futuro que no hay obligación para x de hacer \mathcal{A} ”. También podemos escribir obligaciones condicionales: $F(p \rightarrow \neg(O \text{Does}_x \mathcal{A}))$ simboliza “habrá un instante en el futuro en el cual si p es cierto entonces no hay obligación para x de hacer \mathcal{A} ”.

Como otros ejemplos de esta clase de expresiones normativas, consideremos las siguientes:

1. $F(O(\text{Does}_x \text{Pago}))$, existe un momento futuro en el cual el agente x tendrá la obligación de pagar;
2. $F(\neg(O(\text{Does}_x \text{Pago})))$, existe un momento futuro en el cual x no tendrá la obligación de pagar;
3. $F(\text{Does}_y \text{Intima} \rightarrow (O \text{Does}_x \text{Pago}))$, existe un

momento futuro en el cual si el agente y intima entonces x tiene la obligación de pagar;

4. $F(\text{Does}_x \text{Pago} \rightarrow (\neg(O(\text{Does}_x \text{Pago}))))$, existe un momento futuro en el cual x paga aunque no tenía la obligación de pagar.

Estas expresiones formalizan interesantes posiciones normativas para los agentes. Sin embargo, fallan al capturar obligaciones limitadas en el tiempo ya que no proveen conocimiento suficiente a los agentes x e y . Para poder cumplir con una obligación que comienza en el futuro (1) x necesita saber cuál es el momento preciso en el cual la obligación nace (puede ser insuficiente saber que nacerá en algún momento en el futuro). De modo análogo, para rechazar una obligación que termina en el futuro (como en (2) y como en “no trabajaré mañana porque mi contrato expira hoy”) x necesita saber cuándo termina la obligación. Para que la obligación en (3) pueda satisfacerse, es suficiente con que haya un instante futuro en el cual y intima al pago, o que el pago sea efectivizado. Usualmente, una obligación condicional requiere que el pago sea provisto cuando se intima por primera vez (el acreedor no aceptará la respuesta “en el futuro habrá una ocasión en la que se le pague, pero este no es el momento, siga intentándolo, puede tener suerte”).

Las fórmulas precedentes fallan en que no representan el hecho de que una obligación puede extenderse durante un intervalo de tiempo; y, similarmente, una obligación no puede extenderse para siempre. Un modo de capturar lógicamente dentro de nuestro formalismo la persistencia de una obligación (o su finitud) es usando la modalidad G (Sección 2). Gp simboliza “en el futuro, p siempre será verdadero”. Así, la fórmula $f \rightarrow G(\neg(O \text{Does}_x \text{Pago}))$ representa en el ejemplo de la renta vitalicia “si se produce el fallecimiento, entonces en el futuro no habrá obligación para x de pagar”. La inclusión de este operador permite ganar precisión en el diseño

de obligaciones que persisten en el tiempo.

Cabe notar que algunas fórmulas sencillas como el consecuente $G(\neg(O\text{Does}_x \text{ Pago}))$ son, ciertamente, poderosas. Dicha fórmula, por ejemplo, puede ser considerada como base para una posible formulación de la institución jurídica llamada prescripción, que en una de sus formas establece que “[...] por el tiempo designado por la ley, queda el deudor libre de su obligación. [...]” entendiéndose que habrá un momento futuro en el cual el acreedor no podrá perseguir su derecho en juicio (art. 4017 CC argentino, art. 2934 CC italiano). El principio puede escribirse usando $G: F(G(\neg(O \text{ Does}_x \mathcal{A})))$, esto es, “habrá un momento en el futuro a partir del cual siempre será el caso de que no hay obligación de que x haga \mathcal{A} ”. Sin embargo, para modelar una prescripción se requieren más elementos; necesitamos representar los instantes de tiempo para saber exactamente cuándo opera la prescripción. Como veremos más adelante, extendremos nuestra lógica para poder nombrar con precisión a los instantes.

Para el segundo ejemplo, extendemos una vez más nuestro lenguaje y así ganar en precisión en la formulación de normas. Incluimos una modalidad deóntica relativizada: $O^x p$, que representa “es obligatorio p en el interés del agente x ” [19].

Ejemplo 2. Obligaciones a término con operadores deónticos relativizados. Pago anticipado. Consideremos el principio legal que establece que el deudor que paga antes del vencimiento carece de derecho de repetición (art. 571 CC argentino.) Podemos formalizar este principio como $(\text{Does}_x \text{ Pago} \wedge F(O^x(\text{Does}_x \text{ Pago}))) \rightarrow \neg(O^x(\text{Does}_y \text{ Repetir}))$, cuya lectura intuitiva es “si el agente x paga y es cierto que en el futuro es obligatorio en el interés del agente y que x pague, entonces no hay obligación de que y repita el pago”.

Los ejemplos 1 y 2 proveen evidencia de que

las modalidades unarias temporales son directamente aplicables y útiles para referirse al tiempo dentro de un contexto normativo. Recordemos que, en algunos casos y de acuerdo a la ley y a las costumbres, a pesar de que las provisiones temporales no son esenciales deben ser tenidas en cuenta, especialmente cuando modalizan obligaciones. Desde otro punto de vista, la formalización y el significado lógicos de tales fórmulas son claros, el marco formal está bien estudiado y bien entendido en la comunidad dedicada a los sistemas multi-agentes.

2.1.1. Semántica Formal de Sistemas Multi-agente Normativos Temporales

Respecto de la semántica formal de estos sistemas, seguimos la técnica de temporalización o fibrado [Fran2004,FG1992]. Ésta consiste en ubicar el aparato temporal encima de la maquinaria del sistema multi-agente que sirve de base.

Analicemos los patrones de razonamiento temporal usados. En las fórmulas que llevamos escritas, las modalidades temporales están siempre por fuera, a la izquierda de las modalidades del sistema normativo base (que son O y Does , y también O^x).

Restringiremos entonces la atención a fórmulas donde las modalidades más externas son las temporales. El comportamiento de un sistema de este tipo está caracterizado por una estructura matemática de la forma $(\mathcal{T}, <, t_0, g)$. El frame externo $(\mathcal{T}, <)$ se corresponde con la evolución temporal del sistema; t_0 es el punto inicial el tiempo. El sistema evoluciona en el sentido de que surgen nuevas obligaciones generales o particulares, y otras se vuelven obsoletas o prescriben. Siguiendo, g es una función tal que para cada instante de tiempo, digamos t , $g(t)$ retorna un modelo del sistema, que de acuerdo con [Smi2010, GR2005] está armado así: primero, tenemos un frame con estructura:

$$\mathcal{F} = \langle A, W, O, \{O_i\}_{i \in A'}, \{\mathcal{D}_i\}_{i \in A} \rangle$$

donde:

- A es el conjunto finito de agentes del sistema;
- W es un conjunto de situaciones, o mundos posibles;
- O es la relación de accesibilidad para el operador deóntico, con semántica serial KD estándar (O es el que permite escribir normas de alcance general);
- $\{O_i\}_{i \in A}$ es el conjunto de relaciones de accesibilidad para obligaciones relativizadas, con semántica usual KD_{π} ;
- $\{\mathcal{D}_i\}_{i \in A}$ es una familia de conjuntos de relaciones de accesibilidad D_i con respecto al operador de acción Does; esas relaciones son reflexivas, seriales y cerradas punto a punto bajo intersección [GR2005].

Luego, un modelo multirelacional es un frame multi-relacional al que se le ha agregado una función de valuación:

$$\mathcal{M} = \langle \mathcal{F}, V \rangle$$

donde:

- \mathcal{F} es un frame como el descrito arriba, y
- V está definida como sigue:
 1. condiciones booleanas clásicas;
 2. $V(w, O A) = 1$ iff $\forall v$ (if wOv then $V(v, A) = 1$);
 3. $V(w, O_i A) = 1$ iff $\forall v$ (if $wO_i v$ then $V(v, A) = 1$);
 4. $V(w, Does_i A) = 1$ iff $\exists D_i \in \mathcal{D}_i$ tal que $\forall v$ ($w D_i v$ iff $V(v, A) = 1$);

De este modo, de acuerdo a la notación dada por Franceschet en [Fran2004], $(\mathcal{T}, <, g, t_0)$ representa un modelo para una lógica temporalizada. Notemos que, a pesar de que en la lógica resultante podemos escri-

bir fórmulas temporales, las fórmulas anidadas (las que no incluyen operadores temporales) son evaluadas sin ambigüedad con respecto a un modelo $g(t)$ del sistema normativo base.

2.2. Razonamiento Temporal y la funcionalidad “HoldsAt”

En el derecho civil los términos son ciertos o inciertos. Esta clasificación tiene en cuenta el momento en el cual sucede el evento clave. Si ese momento es conocido para el tiempo del arreglo (por ejemplo, al momento de formación del contrato) se dice que el término es cierto; de otro modo es incierto: si bien el evento necesariamente sucederá, no sabemos cuándo (por ejemplo, una muerte).

En la sección previa hemos trabajado con momentos en el tiempo. Sin embargo, en el formalismo lógico que venimos manejando, no podemos identificar con precisión cuáles son esos momentos. Esto puede parecer una desventaja del marco formal, especialmente para situaciones o aplicaciones donde algunos términos sí son ciertos, pues es particularmente importante poder razonar sobre lo que sucede en momentos particulares. La lógica temporal básica que hemos usado es efectiva para representar situaciones como las de la Sección 2.1, pero no nos provee de una herramienta que permita nombrar a los momentos como sí lo hacen el $\text{HoldsAt}(\mathcal{A}, i)$ de [Art2002] y el $!t$ de [Boe2008].

La lógica híbrida [Fran2004, Bla2001] –una extensión de la lógica modal– nos ayuda a trabajar con puntos particulares. Trabajaremos entonces, seguidamente, con una lógica temporal híbrida que es una extensión de la lógica temporal básica. Con esta lógica vamos a temporalizar el sistema normativo.

Sintácticamente, un lenguaje híbrido permite tratar elementos de un dominio como si fueran “objetos

de primera clase” gracias a un mecanismo de denotación directo e individual. Por ejemplo, si estamos trabajando con el dominio de los meses podemos asignar los nombres e, f, m, \dots a mundos particulares en el dominio de los meses del mismo modo que damos nombres constantes a elementos de cualquier otro dominio (como hacemos con el ‘0’ y el ‘1’ dentro de los números enteros). El hecho de poder localizar puntos en el tiempo nos lleva a, por ejemplo, poder preguntar formalmente si un evento sucederá en un futuro cierto, como en: “¿tendremos un *septiembre* lluvioso?”, o si un evento ha sucedido en un momento puntual del pasado, como en: “¿los vuelos internacionales fueron redefinidos durante *marzo*?”. Finalmente, podemos querer darle un nombre al instante actual porque es el momento en el que estamos en condiciones de satisfacer nuestras expectativas y las de la contraparte: “firmaremos el contrato *hoy, 26 de abril*”, o: “puede quedarse y comenzar a trabajar a partir de *hoy, 26 de abril*”. Esta posibilidad lógica, técnica, de calificar elementos del dominio con un nombre aparece en nuestro contexto como una herramienta útil para dar fecha cierta a algunos actos legales.

Para tratar instantes particulares de tiempo en nuestro enfoque, procedemos como sigue. Tomamos el lenguaje modal básico de la Sección 2 y le agregamos un segundo tipo de fórmulas atómicas. Estos átomos son llamados *nominales*, y se escriben i, j, k, \dots . Un nominal *nombra* un mundo (o punto del dominio) siendo verdadero solamente en ese punto y en ningún otro. Por lo tanto, si i es un nominal, la fórmula i es verdadera si y sólo si el mundo actual se llama i . Nominales y letras de proposición pueden ahora combinarse para formar fórmulas complejas del modo esperado (como en $i \wedge p$). Para el acceso directo a los mundos, la lógica híbrida clásica provee el operador “@”, llamado operador de satisfacción; permite construir fórmulas tales como $@_i \mathcal{A}$ que es verdadera en cualquier mundo del modelo si y sólo si

\mathcal{A} es verdadera en el único mundo denotado por i . Podemos tener una familia de operadores $@_i$ en nuestro lenguaje. Notar que las expresiones $@_i \mathcal{A}$ juegan el mismo rol que las expresiones $\text{HoldsAt}(\mathcal{A}, i)$ y los hechos $!t$. Las lógicas híbridas pueden también incluir en constructor $\downarrow i$. que crea el nombre i y lo asigna al mundo actual.

Ejemplo 3. Sistema temporalizado híbrido.

Obligaciones a término, obligaciones reclamables. Consideremos el dominio de los días. Las fórmulas $(\downarrow i.e) \rightarrow @_i G(O \text{ Does}_x \mathcal{A})$ y $\downarrow i.F(\downarrow j.e) \wedge @_i G(j \rightarrow G \neg(O(\text{Does}_x \mathcal{A})))$ significan respectivamente “si el evento e sucede, entonces desde ese día en adelante será el caso de que el agente x esté obligado a hacer \mathcal{A} ”, y “desde hoy en adelante, habrá un día futuro (j) en el cual e suceda; y desde j en adelante será el caso de que no hay obligación para x de hacer \mathcal{A} ”.

El que una obligación se reclame en el instante i puede escribirse $@_i O \mathcal{A}$, o, de modo más general, $@_i O \mathcal{A} \vee (@_i P(\downarrow j.O \mathcal{A}) \wedge @_j O \mathcal{A})$. La lectura de estas fórmulas es “al tiempo i es obligatorio \mathcal{A} ”, y “al tiempo i es obligatorio \mathcal{A} , o hubo un día en el pasado (llamado j) en el cual fue obligatorio \mathcal{A} , y a partir de ese día, es obligatorio \mathcal{A} ”.

Ejemplo 4. Sistema temporalizado híbrido.

Obligaciones relativizadas, pago anticipado. La fórmula $(\downarrow i.(\text{Does}_x \text{ Pago}) \wedge @i.F(\downarrow j.O'(\text{Does}_x \text{ Pago}))) \rightarrow \neg(O^x \text{ Does}_y \text{ Repetir}_x)$ establece que si el agente x paga en el día i , y hay un día en el futuro en el cual es obligatorio en el interés del agente y que x pague, entonces no hay obligación para y de reembolsar dicho pago. Usando una lógica híbrida, es fácil ver que mantenemos las capacidades de razonamiento temporal modal mientras sumamos una funcionalidad “HoldsAt”.

Como otro ejemplo, analicemos el escenario en el cual el agente x trabaja para el agente y , comenzando en día i . Lo representamos así: $@_i G(O(\text{Does}_x \text{ TrabajaPara}(y)))$. El hecho de que x no está obligado a tra-

bajar para y a partir del día j lo escribimos $@_j \neg G(O(\text{Does}_x \text{ TrabajaPara}(y)))$. Notemos que, a pesar de que ambas expresiones tienen sentido si las tomamos separadamente, cuando las consideramos juntas nos llevan a una situación contradictoria: imaginemos la línea del tiempo para este escenario, no puede darse el caso de que en el futuro haya instantes en los cuales x está a la vez obligado y no obligado a trabajar para y . Para evitar este tipo de contradicciones, y poder expandir nuestro marco lógico con obligaciones que están vigentes hasta que un evento las extingue, extendemos el conjunto de herramientas: haremos uso de la modalidad *until*.

Nueva extensión. Hemos trabajado hasta aquí con previsiones temporales abstractas, y también con previsiones temporales inciertas. Luego agregamos la posibilidad de referirnos explícitamente a instantes el tiempo. Pero para algunos escenarios esto puede ser insuficiente, por ejemplo, podemos necesitar simbolizar expresiones tales como “si el agente a daña al agente b , hasta que la obligación se extinga es obligatorio que a pague a b ”. Ello responde al patrón más general “ p sucederá, y hasta que p suceda, ocurre q ”, que se simboliza con la modalidad binaria $U(p,q)$ (U por el inglés *until*). Dichas propiedades p se conocen con el nombre de *propiedades de garantía* en la literatura computacional [Bla2001]. U busca hacia delante en la línea del tiempo. Existe otra modalidad llamada *since*: $S(p,q)$ que se usa para buscar un intervalo hacia atrás en la línea del tiempo.

Veamos cómo encuadrar estos dos operadores, que son modalidades binarias, en nuestro enfoque lógico. La definición de satisfacción semántica para U es:

$$t \Vdash U(\phi, \psi) \text{ si existe } v > t \text{ tal que } v \Vdash \phi, \text{ y para todo } s \text{ con } t < s < v: s \Vdash \psi.$$

Notar que la modalidad U se evalúa en instantes de tiempo pertenecientes a modelos con estructura $(T, <)$. La lectura de esta definición semántica es: en el ins-

tante t se deduce que en algún momento futuro sucederá ϕ , y hasta que ϕ suceda, ocurre ψ sí y sólo si existe un instante v futuro a t tal que ϕ es verdadero en v y, para todo instante s intermedio entre t y v , en cada uno de ellos ocurre ψ . Es fácil ver que esta definición semántica de U se corresponde con el comportamiento temporal del modelo temporalizado $(\mathcal{T}, <, g, t_v)$ que construimos en la Sección 2.1.1 para nuestros sistemas. De modo similar, se define la modalidad S como una búsqueda en la dirección opuesta en la línea del tiempo representada por $(\mathcal{T}, <)$.

Es bien sabido que U y S no son representables en el lenguaje modal básico, (consultar para ello [Fran2004, Bla2001]). Más aún, la proposición 7.10 de [Bla2001] prueba que U no puede definirse sobre los números reales con $<$ usando F y P . Sin embargo, F y P sí pueden definirse en un lenguaje con U y S , por ende tal lenguaje es más fuerte que el lenguaje temporal básico. Así, extendemos nuestro lenguaje con los operadores U y S . Las nuevas fórmulas con U y S se construyen directamente a partir de proposiciones y conectivos booleanos, del modo inductivo usual. A continuación, un ejemplo usando *until*.

Ejemplo 5. Sistemas normativos híbridos, y con Until. Acuerdo entre a y b . Los agentes a y b llegan al siguiente acuerdo: “pesa sobre a la obligación de pagarle a b hasta que a efectivice el pago o hasta el mes de junio”. El acuerdo queda representado en nuestra lógica como $U((\text{Does}_a \text{ Pago} \vee \text{junio}), O^b(\text{Does}_a \text{ Pago}))$. Recordar que aquí *junio* es un nominal (que juega el rol de constante proposicional). Un pago conforme antes de junio libera a a de su obligación. Se desprende del ejemplo (y de la definición de U) que la obligación de pagar persiste en todos los meses previos a junio y hasta el mes en que a pague; cuando llegue el mes de junio la obligación se extingue.

2.3 Razonamiento Temporal en Sistemas con Creencias y Objetivos.

Examinamos con dos ejemplos nuestras intuiciones acerca de la utilidad del razonamiento temporal para detectar brechas de comportamiento en buena fe por parte de los agentes. La buena fe *objetiva* es usualmente descripta como “lo apropiado”, es decir, como un nivel de comportamiento reconocido no sólo con referencia a normas legales sino también a normas sociales, patrones de conducta (el buen padre de familia, el buen hombre de negocios), o la costumbre, es decir, otras normas y reglas que no están explícitamente establecidas dentro de un código legal. El artículo 1175 del Código Civil italiano establece que deben seguirse las *reglas de correctitud*. Esto requiere que en una relación, el depositario de la buena fe (el *fideicomisario*, o apoderado) tenga el cuidado de evitar causarle daño a la contraparte que ha depositado su confianza en él; es decir, el fideicomisario debe tener en cuenta el legítimo interés y las expectativas de la otra parte.

Para trabajar con el siguiente ejemplo, ampliamos una vez más nuestro lenguaje simbólico, ahora con la modalidad $\text{Goal}_x \mathcal{A}$ que significa “el agente x tiene el objetivo \mathcal{A} ”. Como es clásico, Goal_x es una modalidad con semántica K_n . Debemos extender el frame de la Sección 2.1 agregando las relaciones de accesibilidad $\{G_i\}_{i \in A}$ para los objetivos de cada agente.

Ejemplo 6. Sistemas temporalizados, con objetivos. Deudor insolvente y prescripción de la deuda (caso en [WZ2000], reformulado). El agente a es deudor del agente b . Al momento de prescripción de la acción de b en contra de a , b le solicita el pago de la deuda, haciéndole saber que de otra forma le iniciará demanda. El agente a responde que no tiene dinero por el momento, pero que tendrá lo suficiente en 6 meses, lo que excede largamente el límite de la prescripción. b acepta.

Seis meses después, a se niega a pagarle a b . Entonces b demanda al agente a .

Discusión. Al momento de la prescripción, es cierto que:

- $\text{O}^b(\text{Does}_a \text{Pago})$, es obligatorio en el interés de b que a pague su deuda;
- $\text{Goal}_a(\neg \text{Pago})$, el agente a tiene como objetivo (interno) el no pago de su deuda;
- $\text{O}^b(\text{Does}_a \text{Pago}) \rightarrow \text{O}^b(\text{Goal}_a(\text{Does}_a \text{Pago}))$, cuando alguien está obligado en interés de otro, el obligado tiene la obligación basada en la *buena fe objetiva* de tener como meta el cumplimiento de aquello a lo que está obligado (es una *regla de correctitud*);
- $G(\neg \text{O}^b(\text{Does}_a \text{Pago}))$, siempre será el caso de que a no está obligado a pagar en interés de b , ya que opera la prescripción;
- $G(\text{Goal}_a(\neg \text{Pago}))$, siempre será el caso de que a tiene como objetivo el no pago de su deuda.

De los dos primeros hechos deducimos que el objetivo de a de no pagar su deuda contradice su obligación de pagar. La deducción automática de esta contradicción en el sistema es indicador de una falta de buena fe por parte de a al momento de prescripción. Operada ya la prescripción, tenemos que es cierto que a no paga: $\neg(\text{Does}_a \text{Pago})$; esto se corresponde con el último hecho (a siempre tuvo como objetivo no pagar). Siguiendo, consideremos lo que sucede con la regla de correctitud: como a no tiene el objetivo de pagar cuando debe, a viola la regla de correctitud. Sin embargo, cuando la obligación principal expira, la regla de correctitud no es más aplicable. Se dedujeron indicadores de que a no actúa en buena fe, no obstante, b perderá el caso. Un letrado dirá seguramente que desde el momento en que la acción prescribe, la obligación se torna natural (art. 515

CC argentino) –lo que significa que su cumplimiento se funda no ya en “la ley” sino en un principio superior de equidad (a no está obligado al pago, aunque si paga no tiene derecho de repetición.)

Veamos el mismo caso, con el sistema híbrido.

Ejemplo 7. Sistemas híbridos, temporalizados, con intervalos y objetivos. (en [WZ2000, una vez más, revisado].) a es deudor de b . Al tiempo t_1 , tiempo de prescripción de la acción de b en contra de a , b lo intima a pagar la deuda, haciéndole saber que será perseguido si no lo hace. a responde que no tiene dinero al momento pero que tendrá para el momento t_2 , dentro de seis meses. El agente b acepta. En t_2 , a se niega a pagarle a b . Entonces b demanda a a .

Discusión. Las siguientes fórmulas son verdaderas:

- $U(\text{Extinguida}(O^b(\text{Does}_a \text{ Pago})), O^b(\text{Does}_a \text{ Pago}))$, hasta que se extinga, es obligatorio en el interés de b que a pague su deuda;

- $\text{Extinguida}(O^b(\text{Does}_a \text{ Pago})) \rightarrow G(\neg O^b(\text{Does}_a \text{ Pago}))$, si la obligación al pago se extingue, entonces siempre será el caso de que no habrá obligación;

- $O^b(\text{Does}_a \text{ Pago}) \rightarrow O^b(\text{Goal}_a(\text{Does}_a \text{ Pago}))$, la regla de correctitud (viene del Ejemplo 6);

- $@_{t_1} \text{Goal}_a(\neg \text{Pago})$, el agente a tiene como objetivo, al momento t_1 , el no pago;

- $@_{t_1} G(\text{Goal}_a(\neg \text{Pago}))$, siempre será el caso de que a tiene como objetivo el no pago;

- $@_{t_1} \text{Extinguida}(O^b(\text{Does}_a \text{ Pago}))$; al momento t_1 opera la prescripción.

Al momento t_2 el agente a logró sus objetivos: no está más obligado al pago ($G(\neg O^b(\text{Does}_a \text{ Pago}))$), y nunca tendrá que pagar porque la obligación está extinguida. Por el contrario, supongamos que b persigue a a en un

instante previo, t_0 . Tenemos que:

- $@_{t_0} O^b(\text{Does}_a \text{ Pay})$;

- $@_{t_0} \neg \text{Does}_a \text{ Pay}$;

- $@_{t_0} \text{Goal}_a(\neg \text{Does}_a \text{ Pay})$;

- $@_{t_0} O^b(\text{Goal}_a(\text{Does}_a \text{ Pay}))$.

En consecuencia, en el momento t_0 el agente a viola tanto la obligación de pago como la regla de correctitud que indica que uno debe tener el objetivo de cumplir con sus obligaciones.

III. Decidibilidad Computacional

Respecto de la decidibilidad computacional de los sistemas que proponemos en este trabajo, es bien sabido que la lógica que resulta de la combinación a través de temporalización de una lógica decidible y la lógica temporal clásica es también decidible. Algoritmos con orden PSPACE han sido diseñados para un número de lógicas conocidas, incluyendo las contrapartes temporales de K, T, K4 y S4. El Teorema 7.1 en [Bla2001, pp. 436] establece que el problema de satisfactibilidad para la lógica híbrida básica es PSPACE-completo. Algoritmos para controlar validez de fórmulas en modelos temporalizados finitos –con el sentido que le hemos dado en este trabajo – están disponibles por ejemplo en [Fran2004]; Más aún, ese artículo sugiere una temporalización usando una lógica híbrida. Siguiendo, en [Bol2007] se proveen sistemas tableau para un buen número de lógicas híbridas no transitivas que extienden K, tales como la lógica de los frames antisimétricos no transitivos. [Bol2007] también provee (para una lógica híbrida enriquecida con una modalidad universal) un cálculo tableau para una lógica de frames transitivos. Finalmente fórmulas con U y S son completas respecto de frames $(\mathcal{T}; <)$ tal que $(\mathcal{T}; <)$ es un flujo del tiempo bien ordenado

llamado orden completo de Dedekind, tal como el orden total de los números naturales [Bla2001]. Consideramos que todos estos antecedentes proveen una plataforma sólida para construir mecanismos de prueba automática para sistemas normativos temporalizados computacionales como los que mostramos en este trabajo.

IV. Conclusiones

Hemos enfrentado algunas formas de razonamiento temporal automático en el contexto de sistemas normativos multi-agente, y hemos sugerido una perspectiva referida a cómo algunas combinaciones de lógicas pueden usarse para modelar aspectos del tiempo dentro de provisiones legales, obligaciones, principios generales, y buena fe. La colaboración principal es la nueva variante de lógica temporal deóntica usando lógica híbrida. Las temporalizaciones que sugerimos proveen evidencia de que son necesarios ajustes mínimos para que enfoques existentes puedan manejar una funcionalidad temporal básica.

Aplicamos una metodología que cae dentro de la denominación general de “combinaciones de lógicas”: combinamos lógicas de propósitos especiales -que tienen un poder expresivo restringido- para lograr una lógica nueva. Los sistemas que obtenemos son simples desde el punto de vista lógico; su simpleza es sustento de utilidad y robustez, y también ayuda a mantener los sistemas manejables, decidibles y aptos para estudios y extensiones posteriores. El uso de la modalidad U nos lleva a considerar un rol prominente para los períodos de tiempo en sistemas normativos; hemos tratado a los intervalos no como objetos primitivos sino que los hemos construido sobre un elemento más básico, el instante de tiempo.

Hemos dejado de lado formalizaciones de conceptos complejos como confianza, acuerdos, compromi-

sos, roles, actos de locución, etcétera, que incrementan directamente la complejidad del sistema. Extensiones de este tipo, esto es, cómo poner a trabajar (formal, computacionalmente) todos o parte de estos otros conceptos a la vez, es tema de nuestras investigaciones siguientes.

V. Bibliografía

[AB1971] Alchourrón C., Bulygin E. *Normative Systems*. Springer Verlag, Wien, 1971.

[AB1981] Alchourrón C., Bulygin E. *The Expressive Conception of Norms*. E. Hilpinen ed., *New Studies in Deontic Logic*, 95-124. Dordrecht, 1981.

[AM1988] Alchourrón C., Martino A. *Lógica sin verdad. Teoría*, Segunda Época. III 7-8, pp.7-43. ISSN 0495-4548. U. del País Vasco, San Sebastián.

[Art2002] Artikis A., Pitt J., Sergot M. *Animated Specifications of Computational Societies*. AAMAS 2002, ACM.

[Bla2001] Blackburn P., de Rijke M., Venema Y. *Modal Logic. Cambridge Tracts in Theoretical Computer Science*, 2001, Cambridge University Press.

[Boe2008] Boella G., Governatori G., Hulstijn J., Rilveret R., Rotolo A., van der Torre L. *Time and Defeasibility in FIPA ACL Semantics*. WLIAMAS 08.

[Bol2007] Bolander T., Blackburn P. *Terminating Tableau Calculi for Hybrid Logics extending K*. www.elsevier.nl/locate/entcs. 2007.

[BV2002] Broersen J., Van der Torre L. *Trust and Commitment in Dynamic Logic, Proceedings of the First Eurasian Conference on Advances in Information and Communication Technology (EURASIA-ICT 2002)*, LNCS 2510, 677-684, Springer, 2002.

[Cas2001] Castelfranchi C., Falcone R., ‘*Social trust: a cognitive approach*’, in *Trust and Deception in Virtual*

Societies, Springer, 2001.

[CF1998] Castelfranchi C., Falcone R. *Principles for Trust on MAS: Cognitive Anatomy, Social Importance, and Quantification*. ICMAS '98, pp.72-79.

[Dem2001] Demolombe R., Liau C-J. *A Logic of Graded Trust and Belief Fusion*. 4th Wshop on Deception, Fraud and Trust in Agent Societies. 2001.

[DV2002] Dunin-Keplicz B., Verbrugge R. *Collective Intentions*. Fundamenta Informaticae XX (2002), 1-25, IOS Press.

[Elg1997] Elgesem D. *The Modal Logic of Agency*. Nordic Journal of Philosophical Logic. Vol. 2 N° 2, 1-46. Scandinavian University Press, 1997.

[FG1992] Finger M., Gabbay D. *Adding a temporal dimension to a logic system*. Journal of Logic, Language and Information, 2:203-233, 1992.

[Fran2004] Franceschet M., Montanari A., De Rijke M. *Model checking for combined logics with an application to mobile systems*. Autom. Softw.Eng. 11(3), 289-321, 2004.

[Gel2002] Gelati J., Governatori G., Rotolo A. y Sartor G. *Declarative Power, Representation and Mandate: A Formal Analysis*. The Annual Conference on Legal Knowledge and Information Systems, JURIX'02, pp. 131-147. IOS Press, Amsterdam, 2002.

[Ham1981] Hamilton G. *Lógica para Matemáticos*. Paraninfo, Madrid, 1981.

[Gov2005] Governatori G., Rotolo A. *On the axiomatisation of Elgesem's logic of agency and ability*. Journal Philosophical Logic, 2005, 34: 403-431.

[GSR2005] Governatori G., Sartor G., Rotolo A. *Temporalised normative positions in defeasible logic*. Proceedings of ICAIL 2005, ACM Press.

[JS1993] Jones A., Sergot M. *On the Characterization of Law and Computer Systems: The Normative Systems Perspective*. *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification*. J-J. Ch. Meyer and R. J. Wieringa eds., chapter 12, J. Wiley & Sons, 1993.

[JS2003] Jones A., Sergot M. *A Logical Framework, chapter of the final edited version in J. Pitt*, ed. The Open Agent Society, John Wiley & Sons, Chichester, UK, 2003.

[Kow1986] Kowalski R., Sergot M. *A logic-based calculus of events*. *New Generation computing*, 4(1):67-96, 1986.

[Mai1994] Maibaum T., Fiadeiro J., and Khosla S. *Temporal reasoning over deontic specifications*. In *Deontic logic in computer science: normative system specification*, John Wiley and Sons Ltd., Chichester, 1994.

[Mey1993] Meyer J.-J. CH., Wieringa R. J. *Deontic logic: a Concise Overview*. In: *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification*. J.-J. CH. Meyer, R. J. Wieringa (eds.) 1993, Wiley.

[Pra2005] Prakken H. *AI & Law, Logic and Argument Schemes*. Proceedings ICAIL 2005, ACM Pres, NY.

[Prio1957] Prior A. N. *Time and Modality*. Oxford Press, 1957.

[Rot2009] Rotolo A., Sartor G., Smith C. *Good Faith in Contract Negotiation and Performance*. IJBPIIM Journal, Inderscience. 4(3) :154-173. doi: 10.1504/IJB-PIM.2009.030983.

[Sar2005] Sartor G. *Legal Reasoning: A cognitive approach to the Law*. Springer, 2005.

[Smi2010] Smith C., Rotolo A. *Collective Trust and Normative Agents*. Logic Journal of IGPL 2010; doi: 10.1093/jigpal/jzp076.

[vEck1982] van Eck J. A. *A system of temporally relative modal and deontic predicate logic and its philosophi-*

cal applications. *Logique et Analyse*, 100, 1982, 249-381.

[Ven2001] Venema Y. Temporal Logic. L. Goble ed., *The Blackwell Guide to Philosophical Logic*. Blackwell Publishers, USA. 203-223, 2001.

[vW1951] von Wright G. H. *Deontic Logic*. *Mind*, 1-15, 1951.

[vW1970] von Wright G. H. *Norma y Acción*. Tec-

nos, Madrid, 1970.

[vdHV2002] van der Hoek W., Verbrugge R. *Epistemic Logic: A Survey*. 2002.

[WZ2000] Whittaker S., Zimmermann R. *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge University Press, 2000.

La situación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con relación a la competencia originaria de la C.S.J.N.

Analía L. Soler (*)

* Abogada (UBA). Especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA) y en Derecho Constitucional de la UBA. Secretaria de Juzgado de Primera Instancia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Docente de la Cátedra Tawil de Derecho Administrativo (UBA).

I. Introducción

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, además de mantener la doctrina clásica acerca de la excepcionalidad de la competencia originaria y exclusiva, va en la dirección de acotar su competencia jurisdiccional a fin de servir lo que considera su papel institucional¹.

En ese contexto, el Alto Tribunal ha sostenido en reiteradas oportunidades que si en un juicio son partes contrarias el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y el Estado Nacional, sus entidades descentralizadas o una provincia, la causa no corresponde a su competencia originaria porque la Ciudad, afirma la Corte, no es una provincia argentina².

Sin embargo, persiste el interrogante relativo a cuál es el tribunal competente para conocer en aquellas causas en que sean contrapartes la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otro ente estatal y el tema discutido verse única y exclusivamente sobre su derecho interno. Ello por cuanto la Provincia o el Estado Nacional no pueden ser sometidos a la jurisdicción de la Ciudad, en mérito a lo establecido en los artículos 116 y 117, el tema en discusión no puede ser decidido por los tribunales federales, por lo previsto en el artículo 116, y porque la Ciudad tiene facultades propias de jurisdicción, conforme lo dispuesto en el artículo 129.

Más allá de si la Ciudad de Buenos Aires puede ser considerada una provincia, el análisis de esta cuestión exige examinar si, en atención a la autonomía y las facultades de jurisdicción que le atribuyen distintas normas constitucionales, puede, en los casos en que así sucede con la intervención de las provincias, acceder a la competencia originaria de la Corte.

A tal fin, en el presente trabajo se examinarán los antecedentes y la razón de ser de la competencia originaria del Alto Tribunal, se analizará su carácter de exclusividad y se hará una breve referencia al status de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para finalmente indagar si la Ciudad, pese a no estar expresamente mencionada en el artículo 117, resulta aforada a la competencia originaria de la Corte Suprema.

II. La competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

2.1. Fundamentos

Como continuación del artículo 116 de la Constitución Nacional, en el que se determina la competencia de la justicia federal, en el artículo 117 se señalan aquellas causas que corresponden al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Así, en el artículo 117 se dispone que el Congreso prescribe las reglas y excepciones de la competencia por vía de apelación y que la Corte Suprema conoce en forma originaria y exclusiva en dos supuestos determinados: los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y aquellos en los que alguna provincia es parte.

Tal como sucede con el artículo 116, el 117 reconoce su fuente en la Constitución Norteamericana, de la que ha tomado casi literalmente el texto del artículo III, sección 2°, incorporándole el término “exclusivamente”, ausente en su antecedente norteamericano³.

1 GELLI María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, La Ley, Buenos Aires, 2009.

2 Fallos 322:2856, 323:1199, 327:2536; 327:5254; 329:1385; 330:4682; 330:527, entre muchos otros.

3 En el art. III, sección 2°, inc. 1°, se establece: “En todos los casos relativos a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, así como en aquellos en que sea parte un Estado, el Tribunal Supremo poseerá jurisdicción en única instancia. En todos los demás casos que antes se mencionaron el Tribunal Supremo conocerá en apelación, tanto del derecho como de los hechos, con las excepciones y con arreglo a la reglamentación que formule el Congreso”.

En consonancia con los fundamentos de la competencia federal, la razón de ser de la competencia originaria de la Corte Suprema se vincula con el propósito de garantía de imparcialidad e integridad, que, según el criterio del convencional constituyente, sólo podía asegurarse mediante la actuación de la Corte federal.

en ese sentido, Joaquín V. González sostuvo que la competencia originaria de la Corte Suprema entre dos entes federados "...está fundada en la necesidad de establecer la más perfecta igualdad (...), desde que ningun[o] puede ser a la vez juez y parte, como resultaría si sus propios tribunales pudiesen entender en sus pleitos o querellas..."⁴.

2.2. Antecedentes

En la constitución de 1853 se habían establecido dos supuestos más de competencia originaria de la Corte Suprema, a saber, los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia y las controversias entre una provincia y sus vecinos.

Existía en algunos convencionales una profunda desconfianza hacia las instituciones provinciales y poca convicción sobre el federalismo que debía adoptarse para la organización nacional.

La Convención Reformadora de 1860, en aras de fortalecer el federalismo, excluyó de la competencia federal los conflictos entre los diferentes poderes públicos de las provincias y entre las provincias y sus propios vecinos.

La referida desconfianza hacia las instituciones provinciales y la pretensión de imparcialidad condujeron a mantener la competencia originaria y exclusiva para los demás casos⁵.

4 GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, ed. Estrada, vigésima octava edición, Buenos Aires, 1983, pág. 616.

5 HARO, Ricardo, *La competencia federal*, Depalma, Buenos Aires, 1989, pág. 227 y ss.

2.3. Reglamentación

La competencia originaria fue reglamentada por las distintas leyes relativas a la organización y competencia de la justicia federal que se dictaron desde la ley 27 de 1862 en adelante. Entre ellas, cabe mencionar la ley 48 (art.1º) y la ley 13.998.

En la actualidad, la cuestión se encuentra regulada por lo dispuesto en el artículo 24, inciso 1º, del decreto ley 1285/58 ⁶—ratificado luego por la ley 14.467—, en el que se encuentran enumerados los casos y recaudos que activan esa competencia.

A su turno, la Corte Suprema dictó en 1973 la acordada 51/73 —luego incorporada al Reglamento para la Justicia Nacional— mediante la cual creó la Secretaría de Juicios Originarios de ese tribunal, encargada de la tramitación de este tipo de juicios, y estableció el procedimiento a seguir en estos casos.

2.4. La calidad de originaria y exclusiva

El calificativo de originaria se interpreta como que la Corte Suprema es el tribunal que conoce en esos casos en única instancia, desde que se inicia el proceso. De allí que, en principio, esas causas no pueden iniciarse ni plantearse ante los tribunales inferiores federales⁷.

En segundo lugar, se califica a la competencia en esos casos como "exclusiva", calificativo que, como ya se señaló, fue incorporado por nuestros constituyentes, pues estaba ausente en la Constitución de los Estados Unidos⁸.

6 En el artículo 24, inciso 1º, del decreto ley 1285/58 se dispone: "La Corte Suprema de Justicia conocerá: 1) Originaria y exclusivamente en todos los asuntos que versen entre dos o más provincias y los civiles entre una provincia y algún vecino o vecina de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros; de aquellos que versen entre una provincia y un Estado extranjero..."

7 HARO, Ricardo, *La competencia federal*, cit., pág. 228 y ss.

8 En el constitucionalismo norteamericano, al no tener la competencia originaria de la Corte Suprema el carácter de "exclusiva", se le ha sustraído un gran número de supuestos previstos. Ello ha sido a raíz de la regulación legislativa y de la inter-

En los debates de 1853 y en el informe de la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso General Constituyente nada se dijo con motivo de la incorporación del término “exclusivamente”.

Para algunos autores la noción proviene de los textos constitucionales de 1819 y 1826, que fueron fuentes de la constitución de 1853 en muchas cláusulas, y, por el sentido unitario que se propugnaba en aquéllos, la exclusividad se habría establecido con respecto a los otros poderes del gobierno⁹.

2.5. Distintas interpretaciones de la noción de “exclusivamente”

En 1887 la Corte Suprema de Justicia se pronunció por primera vez sobre esta cuestión, *in re “Sojo”*¹⁰, con relación al artículo 20 de la ley 48, que habilitaba su competencia para conocer originariamente en acciones de *habeas corpus*. En ese pronunciamiento, el Alto Tribunal sentó como doctrina que “no es dado a persona o poder alguno ampliar o extender los casos en que la Corte Suprema ejerce jurisdicción exclusiva y originaria por mandato imperativo de la Constitución nacional”, y en consecuencia sostuvo que para conocer originariamente en un *habeas corpus*, debería ser el arrestado un embajador, ministro o cónsul extranjero.

En la doctrina se presentan distintas interpretaciones de la noción de “exclusividad”, ya sea como prohibición de nuevos supuestos por fuera de los contemplados en el texto constitucional, o como negación de

la actuación en estos casos de tribunales distintos de la Corte federal.

Bidart Campos adoptó una interpretación estricta de los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, según la cual exclusividad significa que dentro de la jurisdicción federal únicamente la Corte conoce de esos asuntos; que el Congreso no puede ampliar ni restringir esa competencia originaria y exclusiva; que esas causas no pueden radicarse ante los tribunales provinciales, y que la voluntad de las partes y del juez no pueden prorrogarla, declinarla, ampliarla o disminuirla¹¹.

De su lado, Haro sostuvo que el término “exclusiva” no debe tomarse de un modo terminante y rígido, y recordó que las cláusulas de la Constitución, al contener el reparto de las competencias supremas del Estado y ser un instrumento de gobierno para la realización de un orden institucional querido por el pueblo, debe ser interpretada en cada momento de su historia, de forma tal que se cumplan los grandes fines que el preámbulo ha establecido para el permanente logro y afianzamiento de un orden justo de convivencia. Por ello, postuló que el carácter de “exclusiva” sea interpretado con razonable elasticidad, como lo ha hecho la legislación y la jurisprudencia del Alto Tribunal¹².

2.6. Caracteres de la competencia originaria

Según la jurisprudencia del Alto Tribunal, su competencia originaria y exclusiva tiene las siguientes características:

Constitucional: La competencia originaria de la Corte Suprema proviene de la Constitución Nacional¹³;

pretación de la Corte Suprema. En el fundacional fallo “*Marbury v. Madison*” la Corte sostuvo que no se podían ampliar las causas que fijaba la Constitución. Complementando ese criterio, sostuvo en otros casos que su jurisdicción originaria no era necesariamente exclusiva y que el Congreso podía otorgar jurisdicción concurrente a los tribunales inferiores (ver “*Bors v. Preston*” (111 U.S. 252-1884) y “*Ames v. Kansas*” (111, U.S., 499, 469-1884).

⁹ HARO, Ricardo, *La competencia federal*, cit., pág. 228 y ss.

¹⁰ Fallos 32:125.

¹¹ BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1997, tomo III, pág. 505.

¹² HARO, Ricardo, *La competencia federal*, cit., pág. 228 y ss.

¹³ Fallos 143:191; 250:774; 270:410; 284:20; 302-2:63.

por ello, no es dado a persona o poder alguno, ampliar o extender los casos en que interviene por mandato imperativo de la Constitución¹⁴ ni subordinarla al cumplimiento de requisitos o al agotamiento de trámites administrativos previos¹⁵.

De orden público: La incompetencia para conocer en forma originaria la Corte puede declararla de oficio¹⁶.

Excepcional y restringida: La competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema es de naturaleza excepcional y de interpretación restrictiva¹⁷.

Contenciosa: Es presupuesto de la competencia originaria de la Corte Suprema que exista un caso o controversia judicial entre partes, cuyas pretensiones se contrapongan, y un derecho lesionado que el pronunciamiento deba reparar¹⁸.

Prorrogable: En consonancia con lo que ocurre en general con la competencia federal en razón de las personas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 de la ley 48, la competencia originaria es prorrogable, siempre que medie una renuncia –expresa o tácita– del sujeto aforado. La Corte Suprema había sostenido que prórroga de su competencia originaria y exclusiva sólo era admisible a favor de la jurisdicción provincial o arbitral, si por ella optaron las partes expresa o tácitamente, pero no respecto de los tribunales inferiores de la Nación, ni los tribunales foráneos¹⁹. Sin embargo, más recientemente, también admitió la prórroga en beneficio de la justicia federal²⁰.

14 Fallos 32:120, 270:78; 271:145.

15 Fallos 273:269; 322:473; 329:2680.

16 Fallos 327:446.

17 Fallos 280:237; 143:191, 241:380; 242:326; 250:774.

18 Fallos 275:282; 273:120.

19 Fallos 280:62.

20 A partir del precedente de Fallos 315:2157. Reiteró esa doctrina en Fallos, 325:3023 y 326:2479.

2.7. Los supuestos en que una provincia es parte

De la lectura de los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, realizando una interpretación literal, surgen cuatro casos en que una provincia es parte y que corresponden a la competencia originaria de la Corte: provincia con otra provincia, provincia con vecino de otra, provincia con ciudadano extranjero y provincia con Estado extranjero.

A los cuatro casos señalados, la jurisprudencia de la Corte agregó dos causales: los litigios entre una provincia y el Estado Nacional o sus reparticiones autárquicas, y las causas entre una provincia y sus propios vecinos por cuestiones directa e inmediatamente fundadas en el derecho federal.

El Alto Tribunal ha expresado desde antiguo que la existencia de estos supuestos de competencia originaria obedece a la necesidad de *“dar garantías a los particulares, proporcionándoles, jueces al abrigo de toda influencia e imparcialidad”*²¹.

En los casos planteados entre dos o más provincias (supuesto previsto en el artículo 127 de la Constitución), tiene por fin salvaguardar la paz y armonía entre los Estados locales y brindar la seguridad más plena en la resolución de los conflictos^{22 23}.

Como sucede con todos los casos de competencia originaria, este supuesto ha sido concebido constitu-

21 Fallos: 14:425.

22 EKMEKDJÍAN, Luciana, “La competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en la obra colectiva MANILI, Pablo Luis (director), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2010, tomo III, pág. 319.

23 Para que proceda la competencia originaria siempre se ha exigido, ante todo, que la provincia sea parte nominal y sustancial en la causa, es decir, que además de figurar expresamente como actora o demandada en el juicio, tenga en el litigio un interés directo que surga manifiestamente de la realidad jurídica. Asimismo, se requiere que la provincia esté debidamente representada. Al respecto, la Corte sostuvo que el gobernador es el único representante legal reconocido en esta instancia, y rechazó la intervención que en ese carácter intentaron tener otros funcionarios provinciales (Fallos, 100:65; 322-1988).

cionalmente en razón de la persona. Ello no obstante, las leyes reglamentarias y la propia jurisprudencia del Alto Tribunal han incorporado a este ámbito variables relativas a la materia debatida en el pleito: la “causa civil” y la “materia federal”.

Esto implica que, conforme la jurisprudencia del Alto Tribunal, no alcanza para activar su competencia originaria sólo la participación de una provincia en una causa judicial; es necesario considerar la otra parte en el juicio y la naturaleza de la causa²⁴.

Así las cosas, en lo relativo a la materia del pleito se plantea una clasificación en función de la cual las causas son civiles, federales o regidas por el derecho provincial. La mayor o menor exigencia respecto de la materia dependerá en el caso de las personas que sean parte en el pleito junto con la provincia²⁵.

Ahora bien, independientemente de la vecindad o nacionalidad de la parte contraria a la provincia, si la materia del pleito es exclusivamente federal, siempre procede la competencia originaria^{26 27}.

También la Corte admitió su competencia originaria si son partes adversas el gobierno federal y una provincia y el pleito versa sobre derecho público local. En este supuesto una de las partes tiene derecho al fuero federal, pero no a la instancia originaria, y la otra a litigar exclusivamente ante sus propios tribunales o direc-

tamente ante la Corte Suprema. Para salvar el conflicto, la Corte se apartó de la interpretación estricta y admitió su competencia originaria²⁸.

III. La situación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

3.1. La reforma constitucional de 1994 en lo atinente a la Ciudad de Buenos Aires

La Convención de Santa Fe-Paraná, introdujo el artículo 129, en el que, en lo aquí interesa, se prescribe que “La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad” y que “Una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación”.

En forma concomitante, se establecieron otras prescripciones con relación a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Así, en relación al Congreso de la Nación, en el artículo 44 se dispone que se compone con una Cámara de Diputados de la Nación y otra de Senadores de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires. En el artículo 45, 1ª parte, se establece que la Cámara de Diputados se integra con “...representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires y de la Capital en caso de traslado...”. Ello confirma que la condición de capital no es inherente a la ciudad de Buenos Aires, sino que puede variar —mediando ley del Congreso de acuerdo al artículo 3 de la Constitución— y que, en tal caso, el pueblo de la ciudad de Buenos Aires conservaría su derecho a elegir representantes a

24 SABSAY, Daniel A. (dirección), MANILI, Pablo L. (coordinación), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, tomo 4, aporte de Guido RISSO, pág. 615 y ss.

25 EKMEKDJIAN, Luciana, ob. cit., pág. 321.

26 Fallos 1:485. Más recientemente, Fallos, 317:473; 318:30; 323:1716.

27 Ello, a criterio de la Corte, se verifica cuando la acción entablada se basa directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales nacionales, ley del Congreso o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea predominante en la causa (Fallos: 311:1588; 322:1470; 323:2380 y 3279; 330:4234; 331:2784). Esta regla estricta para el acceso a la instancia originaria no obsta a que las cuestiones federales que se susciten en la causa sean resueltas, eventualmente, por la vía del recurso extraordinario federal.

28 Fallos: 208:249; 253: 316; 258:345; 268:318.

la Cámara de Diputados. Antes, la concurrencia de los porteños a la formación de la Cámara de Diputados se explicaba por ser el pueblo del distrito Capital; ahora se fundamenta por ser el pueblo de la ciudad de Buenos Aires. En su caso, los ciudadanos de la nueva Capital, por su parte, también elegirán diputados.

Asimismo, en el artículo 54 se prescribe que “El Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires,...”. Esto significa que la Ciudad de Buenos Aires participa en la Cámara Alta en igualdad de condiciones que las provincias y que concurre a la integración de ese cuerpo por sí misma, independientemente de su condición de asiento de las autoridades que ejercen el gobierno federal.

Por otra parte, dentro del listado de facultades del Congreso, en el artículo 75, inciso 2, 3ª parte —en cuanto a la distribución de la masa de impuestos coparticipables— se menciona a la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires. En la parte final del mismo artículo 75, inciso 2, se contempla la participación de la ciudad en la composición del organismo fiscal federal cuyas bases allí se establecen. En el inciso 30 del mismo artículo 75 se faculta al Congreso a disponer la intervención federal de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires.

En el artículo 99, inciso 20, entre las atribuciones del Presidente de la Nación, se prevé que éste puede decretar la intervención de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires, estando en receso el Congreso, debiendo convocarlo simultáneamente para su tratamiento.

Dentro del Título II, sobre los gobiernos de provincia, en el artículo 124 se faculta a las provincias a crear regiones y se dispone que “La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca al efecto”. Seguidamente, en el artículo 125, *in fine*, se dice que “Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para empleados públicos y

los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia y la cultura”.

Por lo demás, vinculadas al artículo 129 se encuentran las disposiciones transitorias 7ª y 15ª, relativas al papel del Congreso en tanto la ciudad de Buenos Aires sea la capital del país. En la primera de ellas se dice: “El Congreso ejercerá en la ciudad de Buenos Aires mientras sea capital de la Nación las atribuciones legislativas que conserve con arreglo al artículo 129”, y en la segunda, en su parte primera, se consagra que: “Hasta tanto se constituyan los poderes que surjan del nuevo régimen de autonomía de la ciudad de Buenos Aires, el Congreso ejercerá una legislación exclusiva sobre su territorio, en los mismo términos que hasta la sanción de la presente”²⁹.

3.2. El status de la Ciudad de Buenos Aires a partir de la reforma constitucional de 1994

A la luz de las disposiciones constitucionales precedentemente examinadas surgieron interrogantes acerca de cuál es la naturaleza jurídica de la Ciudad de Buenos Aires y, en lo que aquí interesa, sobre si merece ser una entidad aforada a la competencia originaria de la Corte Suprema en los términos de los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que la Ciudad de Buenos Aires goza de un “status jurídico político especial”³⁰, pero aclaró en reiteradas oportunida-

29 Una interpretación adecuada de estas cláusulas significa que el Congreso, desde la constitución de los poderes que surgen del nuevo régimen de autonomía de la Ciudad, ha dejado de ejercer “...una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación” y en todo caso, “...ejercerá...” en ella y “...mientras sea capital de la Nación las atribuciones legislativas que conserve con arreglo al art. 129”. Si eventualmente se trasladara la capital, el inciso 30 del artículo 75 tendría plena aplicación y el Congreso cumpliría el papel de Legislatura local sobre la nueva sede federal.

30 Fallos: 320:85 y 322:2856.

des que no reviste carácter de provincia argentina³¹.

En la doctrina, mucho se ha discutido sobre el status de la Ciudad de Buenos Aires.

Algunos autores la equiparan a los municipios. En ese sentido se pronunciaron, entre otros, Alberto Natale y Juan Carlos Cassagne.

En el extremo opuesto, aunque también en una posición minoritaria, Miguel Angel Ekmekdjian atribuye a la ciudad de Buenos Aires el carácter de provincia³².

Desde una posición intermedia, la gran mayoría de la doctrina la distingue de los meros municipios, pero no admite que se la asimile a las provincias.

En ese sentido, Gelli la define como un nuevo sujeto de derecho público, situado entre las provincias y los municipios, que es menos que una provincia, pero más que un municipio³³.

Según Bidart Campos, el artículo 129 deja fuera de duda que la Ciudad de Buenos Aires es un sujeto de la relación federal que ofrece notas peculiares dentro del esquema federal argentino, y que su gobierno autónomo titulariza facultades de legislación y jurisdicción, más las propias de la jefatura de gobierno³⁴.

Indudablemente, la Ciudad posee un "status jurídico político especial"³⁵ que deriva del artículo 129 y normas concordantes de la Constitución, y la diferencian claramente de los municipios de los artículos 5 y 123,

aproximándola a las provincias, las previsiones contenidas en los artículos 44; 45; 54; 75, incs. 2; 30 y 31; 99, inc. 20; 124 y 125.

Más allá de si puede ser equiparada a una provincia, lo cierto es que a partir de la reforma constitucional de 1994 la Ciudad cuenta con un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de jurisdicción, y ello, a nuestro modo de ver, resulta crucial para dilucidar la cuestión que motiva este trabajo.

IV. La situación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con relación a la competencia originaria de la Corte Suprema

4.1. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

4.1.1. Desde 1997 hasta "GCBA c/ Chubut, Casa de la Provincia"

Ya en la causa "Gauna"³⁶, de 1997, la Corte sostuvo que la Ciudad de Buenos Aires no es una Provincia y sólo le reconoció un "status constitucional especial", criterio que se mantiene.

Concordantemente, en el año 2000, en la causa "R. H. y otros c/ Pcia. de Bs. As. y otros"³⁷, la Corte reiteró que la Ciudad no es una provincia argentina y, en consecuencia, no le corresponde su instancia originaria³⁸. La Corte descartó el conocimiento originario de la causa, sosteniendo, por un lado, que no existía distinta vecindad entre el actor y el estado provincial deman-

31 Fallos 329:2316.

32 EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, Tratado de Derecho Constitucional, tomo V, pág. 497, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1999. Ha escrito, al respecto: "...que la Ciudad de Buenos Aires tiene todas las características de una nueva provincia argentina, pero los convencionales de 1994, parecen haber tenido pudor de expresarlo así".

33 GELLI, María Angélica, *ob. cit.*, pág. 628 y ss.

34 BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado...*, cit., 675 y siguientes.

35 Fallos: 322:2856.

36 Fallos: 320:85.

37 Fallos: 323:3991.

38 En este caso, se trataba de una demanda que iniciaba un particular domiciliado en la Provincia de Buenos Aires contra éste y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por los daños y perjuicios que sufrió su cónyuge por mala praxis médica en hospitales dependientes de ambas jurisdicciones.

dado, y, por otro, que la Ciudad de Buenos Aires no es una provincia y por ello no se configuraba la exigencia de tener que satisfacer el derecho de la provincia a la jurisdicción originaria con el derecho al fuero federal de otra de las partes en litigio. Finalmente, la Corte expresó que la cuestión debía ser atribuida a un juez del Estado provincial, aclarando que **“ésta es la única forma de respetar, ante el diverso status jurídico que la Constitución Nacional le reconoce a los estados provinciales y al ‘régimen de gobierno autónomo’ de la ciudad, la preexistencia de las provincias a la Nación, su jerarquía y la conservación de todos los poderes que no han delegado al gobierno federal y el particular sistema de autonomía decidido por los constituyentes para la Ciudad de Buenos Aires, en los términos y con los alcances que se desprenden del art. 129 y de la cláusula transitoria séptima de la Ley Fundamental”**³⁹.

4.1.2. El fallo “GCBA c/ Chubut, Casa de la Provincia”

A una solución distinta arribó el Alto Tribunal en el año 2003 al pronunciarse en los autos “GCBA c/ Chubut, Casa de la Provincia s/ ejecución fiscal”, en el que admitió la competencia originaria⁴⁰. Allí la Corte se remitió a lo dictaminado por el Procurador General Dr. Becerra, quien expresó:

Teniendo en cuenta que el Gobierno de la Ciudad promueve una ejecución fiscal contra la Provincia de Chubut, la materia debatida se encuentra regida por el derecho público local de la Ciudad y por lo tanto el proceso correspondería al Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, de conformidad con el art. 2 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad.

Debido que en el pleito es parte una provincia, ella sólo puede ser demandada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según lo dispuesto por el art. 117 de la CN.

Si se aceptara la competencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, resultarían afectadas dichas prerrogativas constitucionales.

Tampoco deberían remitirse las actuaciones a la justicia local —se entiende provincial—, por cuanto se violaría el art. 129 de la Constitución Nacional, que inviste a la Ciudad de Buenos Aires de un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de jurisdicción.

Por lo tanto, a fin de salvaguardar los intereses de la ciudad y toda vez que la Corte constituye el fuero natural de las provincias argentinas, el proceso debe tramitar ante los estrados del Tribunal en instancia originaria.

4.1.3. La doctrina de “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Tierra del Fuego, Provincia de”

En 2007, con una integración diferente, en “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Tierra del Fuego, Provincia de”⁴¹, el Alto Tribunal volvió a analizar si la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es aforada a su competencia originaria.

El voto de la mayoría sostuvo que la causa era ajena a la competencia originaria del Tribunal. Para ello, ponderó la situación de preexistencia de los estados provinciales a la etapa constitucional, la articulación del federalismo como sistema de gobierno, la peculiar autonomía de la Ciudad Autónoma reconocida por el artículo 129 y la disposición transitoria séptima de la Constitución Nacional, que no permite su equiparación

³⁹ En el mismo sentido, ver Fallos: 327:4768 y Fallos: 327:5254.

⁴⁰ 326:2479.

⁴¹ Fallos: 330:5279

a una provincia. Sostuvo que ello habilita a considerarla vecina de extraña provincia, por su calidad de persona pública según en los términos del artículo 24, inciso 1º, del decreto-ley 1285/58. Finalmente, estableció que la materia discutida en el pleito, relacionada con el derecho público provincial, era noción ajena a la causa civil.

Expuso el voto de la mayoría que la actual integración del Tribunal no comparte lo decidido en “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Provincia de Chubut”, que fue una solución aislada que no generó seguimiento posterior, ni alcance de precedente idóneo con virtualidad suficiente. Apuntó que en ese caso se había equiparado el estado autónomo de la Ciudad con la situación de las provincias, criterio que no compartía por diversas cláusulas constitucionales, constituyendo el invocado reconocimiento de facultades jurisdiccionales a la ciudad autónoma:

una construcción artificiosa que por medio de una hermenéutica inapropiada de una disposición concerniente a las facultades de una entidad local sui generis incluida entre los gobiernos de provincia (...), tenga como inaceptable efecto inmediato extender las atribuciones que, con carácter de conjunto cerrado y taxativo con respecto a las provincias, se reconocen a esta Corte por las disposiciones atinentes al Gobierno Federal que reglan la competencia originaria del órgano que es cabeza del Poder Judicial de la Nación (...)

Concluyó la mayoría en que el asunto era de la competencia del estado provincial por hallarse involucrado derecho local, admitiendo que si el caso hubiera podido ser encuadrado en causa civil, o hubiera tenido manifiesto contenido federal, distinta podría haber sido la solución, pues en ambas hipótesis podría haber correspondido la competencia originaria.

Votaron en disidencia los Dres. Argibay y Zaffaroni.

La Dra. Argibay señaló que se trata de un supuesto de indeterminación constitucional, ya que no enmarca en ninguna hipótesis contenida en la Constitución, como tampoco en las disposiciones legislativas que atienden la competencia originaria (arts. 117 de la C.N., art. 1º de la ley 48 —Adla, 1852-1880, 364—, art. 24, inc. 1º del decreto ley 1285/58). Reconoció que no es una causa civil, por lo que encuadra la materia implicada en el Convenio Asistencial Hospitalario en la calidad de derecho público local de ambas partes.

También reconoció que la Ciudad Autónoma no posee jerarquía de provincia, según el diseño constitucional post reforma de 1994. Empero, afirmó que no pueden entender los tribunales nacionales o federales inferiores, en mérito al indicado artículo 117, resumiendo las posibilidades de tramitación de los pleitos cuando esté involucrado un estado provincial a dos extremos: la competencia de los tribunales propios de algunos de los estados en conflicto o la jurisdicción originaria de la CSJN.

Para solucionar la conflictiva situación producto de la apuntada indeterminación normativa, realizó un parangón con lo que ocurre cuando concurren en un juicio el Estado Nacional y una provincia y la materia es de derecho público local. En ese caso, el primero es aforado al fuero federal, la provincia a la competencia originaria y a sus propios tribunales, y para salvar ese conflicto que se muestra en principio irresoluto, los precedentes de la Corte dictados por las anteriores integraciones, admitieron la pertinencia de su fuero originario.

Reflexionó acerca de la interpretación del artículo 127 de la Constitución, que establece la jurisdicción dirimemente de la CSJN, en los pleitos entre dos provincias, sin limitación de materia, es decir, haya o no causa civil en los términos circunscriptos por la propia jurisprudencia.

Por todo ello, se inclinó por mantener la línea trazada en el precedente “Gobierno de la Ciudad de Bue-

nos Aires c. Provincia de Chubut”.

El Dr. Zaffaroni, además de adherir al voto de la Dra. Argibay, sostuvo el carácter de ente federado de la Ciudad.

En conclusión, en la opinión mayoritaria de la Corte en su integración actual, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no es aforada a la competencia originaria, por no estar equiparada constitucionalmente al rango de provincia, y queda sujeta al fuero de vecindad que emerge de los artículos 116 de la Constitución y 2º de la ley 48. Además, puede litigar ante los tribunales federales (siempre que intervenga en el juicio el Estado Nacional o una entidad de igual carácter, o que la materia litigiosa pertenezca al derecho federal) y ante los tribunales provinciales (cuando en el juicio intervenga una provincia o un ente provincial y el tema discutido radique en cuestiones fundadas en el derecho local). Sólo se encuentra facultada para litigar en la jurisdicción originaria de la Corte cuando intervenga una provincia y el asunto en discusión pueda ser calificado como “causa civil”.

4.2. Argumentos para sostener que la Ciudad de Buenos Aires es un sujeto aforado a la competencia originaria de la Corte

4.2.1. La Constitución Nacional es un todo orgánico cuyas cláusulas tienen igual jerarquía

La jurisprudencia de la Corte es pacífica en cuanto a que la exégesis de la Constitución debe ser sistemática y orgánica, y sus disposiciones deben ser aplicadas concertadamente. Ningún artículo de la Constitución puede interpretarse aisladamente, sino en coordinación con los demás.

Es preciso entonces conjugar los artículos 116 y 117 y el reciente artículo 129 para interpretar si el silencio que aquéllas guardan en torno de los asuntos en que es parte la Ciudad, obsta a incorporarla a los fines de la

competencia originaria y exclusiva de la Corte.

Bidart Campos y Gil Domínguez respondieron esa pregunta de la siguiente manera:

a) integrar a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el cuádruple supuesto de competencia originaria, por analogía con los casos en que es parte una provincia, no viola la Constitución; b) lo que más bien parece violarla es su exclusión. ¿Por qué? porque como nuevo sujeto de la relación federal tiene el perfil que exige la interpretación actualizada de los arts. 116 y 117. Estas dos normas oriundas del texto histórico de la Constitución no pueden afectar ni ignorar el núcleo esencial del art. 129. El pasado debe asumir lo que como nueva realidad le proporciona el presente⁴².

La competencia originaria de la Corte en los casos en que son partes contrarias la Ciudad y una provincia y la materia está regida por el derecho local se presenta como la única forma de conciliar el derecho al fuero originario de las provincias, la imposibilidad de los tribunales provinciales y federales para aplicar el derecho público local de la Ciudad, y la autonomía y las facultades de jurisdicción establecidas en el artículo 129^{43 44}.

42 BIDART CAMPOS, Germán J., Andrés Gil Domínguez, “La competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia y la Ciudad de Buenos Aires”, LL 2001-C, 730.

43 PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., “La competencia originaria y la situación de la Ciudad de Buenos Aires”, LA Ley 2008-B, 343. La autora señala que la provincia no puede ser obligada a litigar ante los tribunales de la ciudad, ni ante los tribunales nacionales o federales, sin su consentimiento expreso o tácito, pues, atendiendo al diseño constitucional de los artículos 116 y 117 de la Constitución, no corresponde someter a la provincia a los tribunales de la Ciudad, ni a la competencia de los tribunales nacionales o federales que allí funcionan. Es improcedente también, sostiene, que la causa tramite por ante los tribunales provinciales, mientras que la materia del asunto pertenezca al derecho público local de la Ciudad, pues conforme a los arts. 5º, 121 a 126 de la Constitución Nacional, las jurisdicciones provinciales están habilitadas a aplicar el derecho común emergente del art. 75, inc. 12 de la Carta Magna y el derecho público provincial, no así, el derecho público de otro ente autónomo.

44 En el mismo sentido, Gustavo Vivo postula que una interpretación armónica de la Constitución Nacional conduce a la admisión de la Ciudad de Buenos Aires en la competencia originaria y exclusiva de la Corte (VIVO, Gustavo A., “La Ciudad de Buenos Aires y la competencia originaria de la Corte”, La Ley, 2008-B, 256).

4.2.2. Obligar a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a resignar sus facultades de jurisdicción anula uno de los aspectos centrales de su autonomía

En el ya citado fallo “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Tierra del Fuego, Provincia de”, la Dra. Argibay señaló, en su voto en disidencia, que cuando la Ciudad de Buenos Aires y una provincia son partes en una misma causa:

ambos estados tienen facultades propias de legislación y jurisdicción, para crear y aplicar su derecho público local, aunque la primera no pueda ser clasificada propiamente como una ‘provincia’ (artículo 129 de la Constitución Nacional). Un intento de superar esta indeterminación consiste en asignar el caso a los tribunales de la parte (en este caso demandada) que es, en sentido propio, una provincia. Esto implica asumir que, si bien las provincias no pueden ser llevadas a los tribunales de otra, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires sí debe someterse a los jueces de las provincias con las que deba litigar. Pero, semejante afirmación, pese a su contundencia, carece de suficiente respaldo en las normas de la Constitución Nacional; no hay ninguna de sus cláusulas que introduzca, explícita o implícitamente, este tipo de limitación a la autonomía institucional de la Ciudad. Por otro lado, interpretar que la ausencia de previsión constitucional específica obliga a ese Estado a resignar sus facultades propias de jurisdicción en favor de los tribunales de cualquier otra provincia con la que mantenga un litigio judicial, anula uno de los aspectos centrales de la autonomía política que tienen todos los estados que forman parte de la federación, a saber: la de no estar obligado a someterse al poder de otros estados miembros.

En el mismo sentido, el dictamen del Procurador Becerra en “GCBA c/ Chubut, Casa de la Provincia” señaló que de no admitirse la competencia originaria de la

Corte en los casos señalados se violaría el artículo 129 de la Constitución Nacional, que inviste a la Ciudad de Buenos Aires de un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de jurisdicción.

Desde la doctrina, Daniela Ugolini se pronunció a favor de la competencia originaria en estos casos y sostuvo que habida cuenta que la Ciudad de Buenos Aires es un sujeto federal con las mismas facultades inherentes a la autonomía que las provincias, se lesiona su autonomía cuando es obligada a litigar en jurisdicciones provinciales⁴⁵.

A ello cabe añadir que puede arribarse a tal conclusión más allá de cómo se califique a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (provincia, cuasi-provincia, municipio, ciudad-estado, etc.), en tanto lo decisivo para dilucidar la cuestión es que en el artículo 129 de la Constitución Nacional se ha establecido que *“La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción”*.

4.2.3. La competencia originaria fue modificada por vía legal y por la jurisprudencia de la Corte

La Corte ha proclamado en reiteradas oportunidades que su competencia originaria es “insusceptible de ampliarse, restringirse o modificarse por ley o poder alguno”. Sin embargo, como se ha mencionado en el capítulo II de este estudio, ha sido modificada por vía legal y por la jurisprudencia de la misma Corte.

Asimismo, la calidad de “exclusividad”, tal como se expuso en el apartado II.5, ha sido objeto de diferen-

45 UGOLINI, Daniela, “Los conflictos de competencia en la Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad, siguiendo la jurisprudencia de la Corte”, La Ley, suplemento de Derecho Administrativo de agosto de 2010. También a favor de la competencia originaria PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., “La competencia originaria y la situación de la Ciudad de Buenos Aires”, LL 2008-B, 343, y “Competencia originaria, provincia y federalismo”, La Ley, suplemento de Derecho Constitucional de agosto de 2010, y SCOTTI, Edgardo O., “Competencia originaria de la Corte Suprema de la Nación: demandas entre el Estado Nacional y las Provincias de éstas entre sí o con vecinos de otras”, E.D., Suplemento de Derecho Administrativo, 17 de julio de 1998.

tes interpretaciones⁴⁶.

4.2.4. La garantía del juez imparcial

La Ciudad es un ente federado⁴⁷ y, por ello, cuando litiga contra otra entidad federada, la competencia originaria de la Corte constituye una garantía de obtener un juez imparcial⁴⁸, pues ninguna de las partes puede ser a la vez juez y parte, como resultaría si sus propios tribunales entendieran en sus pleitos.

4.2.5. La garantía de igualdad entre los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires y los de las provincias y el equilibrio en las relaciones federales.

Bidart Campos y Gil Domínguez han planteado que excluir a la Ciudad de la competencia originaria de la Corte vulnera el principio de igualdad entre los “vecinos” (habitantes) de la Ciudad y los de las provincias, y que con ello se desbalancearía también el equilibrio que alimenta las relaciones federales⁴⁹.

4.2.6. La trascendencia política e institucional de los entes estatales involucrados

Fernando E. Juan Lima ha señalado que en las nuevas condiciones creadas a partir de la reforma constitucional de 1994, sería a la Corte Suprema a quien correspondería entender en las controversias planteadas entre el Estado Nacional y la Ciudad, por cuanto la participación del Estado Nacional, con derecho a litigar ante los tribunales federales, impediría a los locales entender

en el asunto, y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que fuesen los federales -con la única excepción de la Corte Suprema- los que resolvieran. Señaló que idénticas razones que las usualmente invocadas para hacer referencia a las causas en que es parte una provincia y que hacen no sólo a la imparcialidad que justifica la competencia de la Corte Suprema, sino también a la trascendencia política e institucional de los entes estatales ya soberanos o ya autónomos que intervienen en los procesos, afirman la pertinencia de esa solución⁵⁰.

A ello cabe agregar que también los conflictos entre la Ciudad y una provincia o un estado extranjero constituyen casos de una innegable trascendencia institucional que justifica la intervención del máximo tribunal.

V. Conclusiones

La Corte ha proclamado en reiteradas oportunidades que su competencia originaria no puede ampliarse, restringirse o modificarse por ley o poder alguno. Sin embargo, ha sido restringida por vía legal a través del artículo 1 de la ley 48 y del artículo 24, inciso 1°, del decreto-ley 1285/58, en el que se la recortó a los asuntos civiles entre una provincia y los vecinos de otra, y por vía de la jurisprudencia de la misma Corte cuando, aunque en el pleito fuere parte una provincia, la materia estuviera regulada por el derecho provincial, y ha sido ampliada en los litigios entre la Nación y una provincia y en las causas en las que siendo parte una provincia y sus vecinos se debaten asuntos de derecho federal.

Asimismo, el carácter de “exclusividad” previsto en el artículo 117 de la Constitución ha sido objeto de distintas interpretaciones.

46 Al respecto, es pertinente destacar que Bidart Campos, pese a que propugnaba una interpretación estricta del artículo 117 (como se señaló en el apartado II.5), postuló integrar a la Ciudad de Buenos Aires en los supuestos de competencia originaria por analogía con los casos en que es parte una provincia (BIDART CAMPOS, Germán J., Andrés Gil Domínguez, “La competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia y la Ciudad de Buenos Aires”, LL 2001-C, 730).

47 Confr. voto del Dr. Zaffaroni en Fallos: 330:5279.

48 Fallos 332:663.

49 BIDART CAMPOS, Germán J., Andrés Gil Domínguez, “La competencia originaria...”, cit.

50 JUAN LIMA, Fernando, “La competencia del fuero en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Derecho Administrativo. Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, Lexis Nexis, año 2000, pág. 329 y ss.

El silencio en la letra de los artículos 116 y 117 debe cubrirse con la integración proveniente de valorar lo que hoy surge del artículo 129. A ello conduce la aplicación de la pauta de la interpretación armónica, coordinada y coherente de todos los artículos del texto constitucional.

Obligar a la Ciudad de Buenos Aires a resignar sus facultades de jurisdicción anula uno de los aspectos centrales de la autonomía política que tienen todos los estados que forman parte de la federación, que consiste en no estar obligado a someterse al poder de otros estados miembros.

Consecuentemente, los litigios en que la ciudad es parte (como actora o demandada) frente a una provincia, vecinos de una provincia, un Estado extranjero o ciudadano de un Estado extranjero, deberían ventilarse en la instancia originaria y exclusiva de la Corte.

De esta forma, la competencia originaria de la Corte Suprema en los conflictos atinentes a entidades políticas autónomas, garantizaría la imparcialidad y la más eminente administración de justicia a fin de afianzar la paz interior en litigios de indudable trascendencia política e institucional.

De no ser así se lesionan el principio de igualdad entre los vecinos de la Ciudad y los de las provincias, y el equilibrio en las relaciones federales.

Esta opinión está basada en el análisis del juego institucional y tiene en cuenta, fundamentalmente, el cumplimiento de los fines que persigue la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema en el texto y el espíritu de la Constitución vigente.

VI. Bibliografía

Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1997.

Bidart Campos, Germán J.; Andrés Gil Domínguez, *“La competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia y la Ciudad de Buenos Aires”*, LL 2001-C, 730.

Ekmekdjian, Luciana, *“La competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”*, en la obra colectiva MANILI, Pablo Luis (director), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2010, tomo III.

Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo V, pág. 497, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1999.

Gelli María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2009.

González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, editorial Estrada, vigésima octava edición, Buenos Aires, 1983.

Haro, Ricardo, *La competencia federal*, Depalma, Buenos Aires, 1989, pág. 228 y ss.

Juan Lima, Fernando E., *“La competencia del fuero en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”*, *Derecho Administrativo. Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, Lexis Nexis, año 2000, pág. 329 y ss.

Palacio De Caeiro, Silvia B., *“La competencia originaria y la situación de la Ciudad de Buenos Aires”*, La Ley, 2008-B, 343.

Palacio De Caeiro, Silvia B., *“Competencia originaria, provincia y federalismo”*, La Ley, suplemento de Derecho Constitucional de agosto de 2010.

Sabsay, Daniel A. (dirección), Manili, Pablo L. (coordinación), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

Scotti, Edgardo O., *“Competencia originaria de la*

Corte Suprema de la Nación: demandas entre el Estado Nacional y las Provincias de éstas entre sí o con vecinos de otras, E.D., Suplemento de Derecho Administrativo, 17 de julio de 1998.

Ugolini, Daniela, *“Los conflictos de competencia en*

la Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad, siguiendo la jurisprudencia de la Corte”, La Ley, suplemento de Derecho Administrativo de agosto de 2010.

Vivo, Gustavo A., *“La Ciudad de Buenos Aires y la competencia originaria de la Corte”*, La Ley, 2008-B, 256.

La profesionalización de las Escuelas de Capacitación Judicial

Valeria Lorena Sosa (*), Gabriela Analia Troiani (**)

* Valeria Lorena Sosa. Licenciada en RR.HH. Responsable de RR.HH. del Poder Judicial de la Provincia de San Luis. Anteriormente se desempeñó en la misma área en empresas como Kimberly Clark, Avery Dennison y Wal Mart.

** Gabriela Analia Troiani. Master en Dirección y Gestión de Instituciones Educativas por la Universidad de Barcelona (España). Asesora Pedagógica del Instituto de Capacitación e Investigación del Poder Judicial de la provincia San Luis.

I. Introducción

En los últimos años, la formación continua ha adquirido un carácter relevante dentro de las organizaciones.

Ante los vertiginosos cambios sociales y culturales que vivimos a diario, frente a los cuales los conocimientos muchas veces quedan obsoletos, las organizaciones necesitan responder con propuestas que permitan la actualización constante en diferentes campos del saber.

Según Alanis Huerta, 1993:12 “la educación es un proceso que se da a través de toda la vida, no de una sola vez”. Dado que la sociedad es compleja, dinámica y cambiante -y las organizaciones no son ajenas a esta complejidad- sostiene el autor que “el proyecto de hombre siempre permanece en el proceso de perfeccionamiento”. También afirma que todas las acciones de capacitación y actualización promovidas por las instituciones patronales, se incluyen dentro del campo de la formación continua. Adherimos a este concepto y de aquí en más emplearemos los términos “capacitación” y “formación continua” como sinónimos.

1.1. La Capacitación en los Tiempos Vigentes

Uno de los grandes desafíos que enfrentan las instituciones es actualizar los conocimientos adquiridos a la largo de la formación inicial de sus miembros y dotarlos de otros nuevos conocimientos necesarios en su puesto actual o en uno diferente. No menos importante es desarrollar habilidades y actitudes que faciliten el trabajo en equipo así como el aprendizaje en entornos virtuales.

Las organizaciones tienen un potencial educativo que debe ser reconocido y aprovechado por los responsables de capacitación, de modo tal de poder ofrecer a sus miembros propuestas formativas que tengan en cuenta no sólo las necesidades del individuo sino

también de la institución en su conjunto.

Decíamos en un trabajo anterior (Troiani y Sosa, 2012:161-162):

Una lectura sistémica de la capacitación supone entenderla como un servicio interno del área recursos humanos que se constituye como tal ante los desafíos del cambio y por lo tanto convoca a sus recursos humanos para la adquisición de un plus de competencias. Se parte de la formación de base que poseen los miembros de la organización para llegar a lo explícitamente requerido para un desempeño acorde con la transformación buscada. Por lo tanto, la capacitación o formación continua debe ser entendida como una herramienta para optimizar la calidad de la gestión.

... sin embargo entendemos que la capacitación es clave para potenciar las cualidades de la institución y dar soporte a su vez a las estrategias que permitan optimizar las oportunidades de mejora que ésta pueda presentar.

Entendida entonces la capacitación como una herramienta para optimizar la calidad de la gestión del capital humano, podemos agregar que, se deben diseñar y aplicar los instrumentos necesarios para medir el impacto de las acciones de capacitación con el objeto de proponer ajustes y correcciones. Los resultados de esta medición de impacto, proporcionan datos que permiten proponer mejoras y optimizar procesos.

1.2. La capacitación judicial

Las instituciones judiciales no son ajenas a las afirmaciones relativas al papel del aprendizaje continuo y a la necesidad de gestionar los recursos humanos desde esta óptica.

Schvarstein 1994:16, propone repensar la administración de justicia y sugiere como una intervención

posible para el fortalecimiento administrativo del poder judicial, la capacitación y desarrollo del capital humano, dotando a las personas de conocimientos y habilidades necesarias para la gestión de sus funciones. Sostiene además, que es clave: “Desarrollar procedimientos que garanticen la actualización permanente de los jueces, basados en las más modernas técnicas pedagógicas que se utilizan para la educación de adultos.”

Al analizar la bibliografía referente a las escuelas judiciales en la Argentina, observamos que todas ellas coinciden al señalar como objetivo primordial atender a la capacitación, especialización y perfeccionamiento continuo de los magistrados, funcionarios y empleados. En algunos casos queda explicitado que además de contribuir a la capacitación y perfeccionamiento de los integrantes del Poder Judicial se incluye a los aspirantes a ingresar al mismo.

Estas actividades de capacitación tienen como finalidad que las personas adquieran conocimientos, habilidades y actitudes orientados a la optimización de las tareas judiciales.

Inferimos entonces que existe coincidencia en la necesidad de elevar la calidad del desempeño de los recursos humanos como estrategia organizacional para mejorar la calidad del servicio que se brinda al ciudadano.

Por ello, podemos afirmar que en las organizaciones judiciales, la capacitación debiera diseñarse como un proceso con determinadas características:

1. Continuo: las acciones de capacitación no deben darse aisladas o de manera esporádica. Por el contrario, lo ideal es diseñarlas de modo tal que formen parte de itinerarios formativos.

2. Multidisciplinario pero con especificidades propias de cada fuero. Las temáticas a incluir en los diseños de los planes de capacitación tienen que consi-

derar, además de los contenidos propiamente jurídicos temas de ética y derecho; trabajo en equipo, resolución de conflictos y atención al público (interno y externo). Resulta novedoso, y está comenzando a instrumentarse paulatinamente la incorporación de técnicas de manejo del stress laboral y relajación.

3. Profesionalizante en tanto permite mejorar el desempeño de las personas en sus ámbitos laborales pero también debe ser un requisito para los ascensos y el desarrollo de la carrera judicial.

II. Perfeccionamiento y mejora en las Escuelas de Capacitación Judicial

Con este trabajo buscamos destacar lo que consideramos los pilares fundamentales de la profesionalización de las escuelas judiciales. Por un lado, involucrar los procesos de capacitación y entrenamiento en un modelo completo de gestión de las personas, es decir que esté relacionado con las demás políticas y herramientas de recursos humanos (selección de personal, plan de carrera, evaluación de desempeño). Por el otro lado, incorporar la mirada técnica de un asesor pedagógico que sea el responsable de orientar la toma de decisiones en relación al diseño e implementación de los planes de capacitación. Dichos planes, elaborados después del correspondiente proceso de detección de necesidades, deben estar en congruencia con los lineamientos y las políticas que se ponen en funcionamiento para la gestión de las personas.

2.1 La relación entre la gestión de recursos humanos y los procesos de Capacitación Judicial

Hemos dicho que tradicionalmente la función de Capacitación se orientó a difundir conocimientos, habilidades y actitudes para enfrentar y resolver situaciones conocidas, pero a lo largo del tiempo los escenarios laborales se fueron tornando más complejos y fue oportuno incorporar perfiles profesionales cuya principal función sea diseñar políticas y herramientas que garanticen una gestión de las personas más eficiente, es decir establecer una serie de procesos que partan de la selección de las personas y atraviesen planes de evaluación de desempeño, programas de carrera y especialmente procesos de capacitación y desarrollo.

Con el objeto de que los planes de capacitación que se diseñan e implementan desde las escuelas judiciales, no respondan a necesidades aisladas, a modas pasajeras o se determinen en virtud de las ofertas que haya en el mercado; es más que importante que dichos planes estén vinculados desde la raíz con otros aspectos de la gestión de personal. El desafío será entonces que, desde los organismos máximos de administración de justicia, se planteen los objetivos para el área de recursos humanos y conjuntamente con el responsable de dicha dependencia, se establezcan los lineamientos para su concreción.

De esta manera, se logrará superar la cultura tradicional de administración de personal, sustituyéndola por el nuevo paradigma de gestión de recursos humanos, que al decir de Schvarstein 1994:18, buscará introducir los siguientes procesos:

- Selección e inducción de nuevos empleados.
- Capacitación y desarrollo de los mismos, dotándolos de los conocimientos y habilidades necesarias para la gestión de sus funciones.

- Promoción del personal, basada en la evaluación del desempeño y no en meras cuestiones de antigüedad y escalafón.

- Administración de remuneraciones y beneficios, implementando sistemas de reconocimiento del mérito en el ejercicio de la función.

- Aplicación de sanciones para el incumplimiento de los deberes de funcionario público

El primer paso para vincular estos procesos, se transita a partir de la determinación de los perfiles laborales necesarios para la estructura judicial. Establecer el conjunto de conocimientos técnicos y habilidades personales que la institución pretende de los individuos que la componen, es la piedra basal de un sistema concatenado que apunta a favorecer la motivación y el espíritu de servicio que debe caracterizar al poder judicial.

Es sobre esas características que componen los perfiles laborales dentro de la justicia (y que abarca desde empleados de maestranza hasta magistrados), sobre las cuales se basarán las actividades de capacitación y planes de entrenamiento.

En la práctica se trata de procesos correlativos que se retroalimentan y dejan como resultado el input ideal para el posterior diseño de los planes de entrenamiento.

Las “descripciones de puesto” nos darán información respecto de los conocimientos técnicos y competencias personales establecidas como parte del perfil ideal en cada uno de los puestos de la organización. Resulta importante establecer un proceso continuo y estándar para contar con esta información actualizada de manera permanente, ya que sobre estos datos versarán los procesos de concurso previos a la incorporación de nuevo personal, que incluirán no sólo las tradicionales instancias de evaluación de conocimiento y valoración de antecedentes, sino también la elaboración del perfil

psicotécnico que determinará la aptitud laboral de cada uno de los postulantes. Será este dictamen profesional el que establezca las fortalezas y oportunidades de mejora en cada uno de los candidatos evaluados.

Por otro lado, el proceso de evaluación de desempeño, buscará valorar, a lo largo del transcurrir de la carrera judicial de cada agente, los aportes de los mismos a la institución, y dejará como resultado un análisis detallado de aquellas características del evaluado sobre las que haya que trabajar, es decir sobre las cuales hay que actuar implementando actividades de mejora.

Ambos procesos serán de suma utilidad para el diseño de un plan de capacitación anual.

2.2 El Rol del Asesor Pedagógico en las Escuelas de Capacitación Judicial.

La figura del asesor pedagógico proviene del campo de la educación y adquiere matices especiales en relación a la tarea dentro de los organismos judiciales.

Al referirse a la tarea del asesor, Imberón, 2007:6 señala: “su trabajo es más una situación de paso donde ayuda a los otros de forma colaborativa en repensar y construir su práctica, que no un trabajo de académico”.

Por su parte Nicastro, 2008:3-4 conceptualiza:

Al hablar de asesoramiento pedagógico nos referimos a una práctica que si bien puede localizarse en un puesto de trabajo específico (como podría ser el caso de un asesor pedagógico, un consultor externo, un equipo de asistencia técnica), habitualmente se desarrolla como un componente o una función relativa a diferentes posiciones institucionales o roles.

Es en este sentido que concebimos al asesoramiento pedagógico tanto como una práctica localizada en posiciones institucionales específicamente creadas

para tal fin y como una práctica transversal que se expande, extiende y desarrolla desde otras muchas posiciones de rol.

Resulta interesante señalar el aporte de Bolívar Botía (1999:2)

... el asesor –como agente de cambio– trabaja ya sea actuando de mediador entre el conocimiento pedagógico y los establecimientos, ya como colaborador en la identificación y solución de problemas, ejerciendo su principal función como dinamizador de los procesos de toma de decisiones. Este asesoramiento pretende, entonces, contribuir a potenciar la capacidad de los propios establecimientos para resolver los problemas referidos a la práctica educativa y su mejora, en una relación cooperativa con las escuelas.

El mismo autor sugiere considerar, las *Competencias del Orientador* establecidas por la Asociación Internacional de Orientación Educativa y Profesional AIOSEP/IAEVG/AIOEP (<http://www.copoe.org>). Las competencias centrales que se relacionan son:

1º Demostrar profesionalidad y comportamiento único en el desempeño de sus tareas.

2º Promover en los clientes el aprendizaje y el desarrollo personal y de la carrera.

3º Aprender y atender las diferencias culturales de los clientes, posibilitando la interacción efectiva con poblaciones diversas.

4º Integrar la teoría y la investigación en la práctica de la orientación.

5º Habilidad para diseñar, implementar y evaluar intervenciones y programas de orientación.

6º Ser conscientes de las propias capacidades y limitaciones.

7º Habilidad para usar el nivel apropiado de lenguaje para comunicarse con colegas o clientes, logrando así una comunicación efectiva.

8º Conocimiento de información actualizada sobre educación, formación, tendencias de empleo, mercado de trabajo y asuntos sociales.

9º Sensibilidad social e intercultural.

10º Habilidad para cooperar de manera eficaz con un grupo de profesionales.

11º Demostrar conocimiento sobre el desarrollo evolutivo de la personalidad.

En la bibliografía consultada, así como en las referencias citadas, se concibe la función del asesor describiendo diversas tareas caracterizadas por verbos que indican acción. Términos como “asistir, promover, desarrollar, proporcionar recursos, mediar entre el conocimiento pedagógico y las prácticas cotidianas” se emplean para describir lo que se espera del desempeño del asesor pedagógico.

Deducimos entonces que la tarea del asesor se asocia con la tarea de un dinamizador de los procesos de toma de decisiones y que debe trabajar en forma colaborativa con el área de recursos humanos.

Desde nuestra óptica, sostenemos que el Asesor Pedagógico, dentro de la organización judicial debiera ser la persona que colabora para que la escuela o institución de capacitación judicial encuentre el sentido y significado de su actividad; asiste al Consejo Académico en la toma de decisiones, diseña, impulsa y coordina programas de capacitación con alcance en el corto, mediano y largo plazo. Además, promueve la evaluación de las acciones implementadas como un camino de mejora; hace posible la participación de los distintos integrantes de la organización y diseña su accionar en congruencia

con las políticas emanadas del área recursos humanos.

III. La Experiencia en San Luis

El desarrollo teórico que realizamos anteriormente, se ve reflejado en una experiencia concreta llevada a cabo en el Poder Judicial de la Provincia de San Luis.

A través de dos acciones puntuales, ésta institución, deja en claro su intención de formalizar las estructuras soporte al servicio de justicia, y lleva a cabo con resultados exitosos la profesionalización de su antigua área de personal e incorpora el rol de un asesor pedagógico en su instituto de capacitación. A continuación los detalles de la experiencia:

En congruencia con los nuevos paradigmas de gestión de recursos humanos, y tratando de superar los modos tradicionales de administración de personal, en el año 2010, se crea un área específica de Recursos Humanos, coordinada por un profesional con título de grado universitario específico de la materia. La selección de dicho responsable se realizó mediante un llamado a Concurso de antecedentes y oposición que fue abierto a todos aquellos que reunieran los requisitos fijados en la convocatoria.

Mediante Acuerdo N° 962 STJ-2010 se especificaron las incumbencias del cargo, diferenciando funciones operativas y de gestión. Entre las funciones operativas, se distinguían todas aquellas relacionadas con el control del personal y entre las funciones de gestión se destacaba la implementación de los procesos básicos para la gestión de las personas (manual de descripciones de puesto, plan anual de capacitación, proceso de inducción para aquellos agentes y/o magistrados que ingresen al Poder Judicial, a través del Manual de Ingreso, administración y control del programa de reconocimiento, actualización de métricas de gestión de Recursos Hu-

manos: ausentismo, capacitación y rotación, proceso de Evaluación de Desempeño).

A partir del año 2011 se incorpora al Instituto de Capacitación e Investigación, la figura de un asesor con carácter externo, que ofrece asesoramiento pedagógico al Honorable Consejo Académico, para contribuir en la ejecución e implementación de proyectos formativos que se canalicen a través del mencionado Instituto.

Tradicionalmente la capacitación se diseñaba teniendo como parámetros las distintas ofertas formativas que llegaban al Instituto de Capacitación e Investigación del Poder Judicial, seleccionando las más relevantes ya sea por la institución que presentaba la propuesta o por el tipo de modalidad ofrecida (curso, seminario, posgrado).

A partir de la incorporación de la figura de un asesor pedagógico para cumplir funciones en dicha dependencia, se promovió el pasaje de la lógica de la oferta a la lógica de la demanda, es decir se comenzaron a diseñar las propuestas formativas tomando como parámetros las necesidades reales de la institución y los objetivos del Superior Tribunal de Justicia. Para ello se realizó un proceso de detección de necesidades de capacitación y priorización de las mismas de acuerdo a los lineamientos estratégicos emanados del Consejo Académico y del Superior Tribunal de Justicia.

En una fase posterior se diseñó el plan de capacitación, basándose en las necesidades priorizadas. Dicho plan propició la instrumentación de actividades con diferentes modalidades formativas: presencial, semipresencial y a distancia. Resulta destacable, en relación a esta última modalidad, la creación de la Plataforma de Aprendizaje Virtual. La plataforma fue concebida como un instrumento para facilitar la formación continua de los miembros de la institución en las tres circunscripciones judiciales, brindando una amplia gama de actividades de capacitación

de manera equitativa y descentralizada¹.

En la práctica los roles del responsable de recursos humanos y del asesor pedagógico convergen a través de la puesta en común y el intercambio de información de las necesidades de entrenamiento con el consecuente diseño de los planes formativos correspondientes.

En la experiencia narrada, el trabajo conjunto de ambas áreas, dio como resultado -entre otras acciones- la implementación de un plan anual de capacitación para toda la institución judicial. Dicho plan fue diseñado con la forma de un programa, que comprendió distintos proyectos relacionados con objetivos particularmente individualizados, incluyendo acciones, calendarización de actividades, previsión de resultados e indicadores de medición de impacto.

Otra convergencia a señalar es que la variada oferta formativa, requirió de su validación, a través de la creación de un Sistema Único que determina el puntaje a otorgar a las actividades de capacitación en sus distintos formatos (cursos, seminarios, talleres, actividades de posgrado, etc.). Este puntaje es el que se computa en los concursos de antecedentes y oposición (de cualquier categoría) cuya convocatoria dependa del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis.

IV. Conclusiones

Todo proceso de cambio que proponga una modificación de los paradigmas tradicionales, sufre una serie de obstáculos en el camino de su implementación, propios de la cultura organizacional y de la resistencia natural a estas transformaciones. Es propia del ser humano la ambivalencia, una parte quiere el cambio y la otra se resiste.

¹ Además, la plataforma virtual ofrece la posibilidad de acceder a los contenidos sin restricciones horarias. El proceso de enseñanza-aprendizaje se realiza bajo la supervisión de un tutor, que guía y orienta a los alumnos.

En los últimos tiempos las instituciones judiciales han tenido que adaptarse para poder brindar un mejor servicio de justicia, a una comunidad cada vez más compleja y demandante de celeridad y efectividad en cuestiones jurídicas. La tecnología y la globalización, las nuevas metodologías de administración de Cortes, modelos más eficaces de organización judicial y nuevas normas procesales son algunas de las esferas por las cuales han debido transitar las instituciones judiciales. Si bien la mayoría de estos procesos de transformación han sido exitosos, también existen otros cuyos resultados no han sido positivos o en los cuales el costo institucional (económico, de tiempo y recursos en general), ha superado lo esperado, causando demoras o ampliaciones presupuestarias imprevistas que opacan el resultado final del proceso de cambio.

La experiencia que relatamos no ha sido ajena a las dificultades propias de la implementación de una nueva forma de gestión, sobre todo teniendo en cuenta que, en esta oportunidad la "materia prima" objeto de los cambios son las personas.

Sin embargo, no sólo han existido obstáculos en la implementación de este proceso, sino que también encontramos otros factores que han favorecido la tarea y el desarrollo de los nuevos roles.

Tener en claro que la capacitación debe estar siempre relacionada con los lineamientos generales de la gestión de recursos humanos es el puntapié inicial de una experiencia exitosa, dentro de la cual, la participación de los profesionales adecuados para el desempeño de cada rol es fundamental.

En las organizaciones judiciales, el camino de la profesionalización de las áreas antes mencionadas, puede ser arduo y complejo pero los resultados a alcanzar auguran una mejora en el servicio que se le brinda al ciudadano.

V. Bibliografía

Alanis Huerta, Antonio (1993) *La formación de formadores*. Ed. Trillas, México.

Alles, Martha Alicia. (2000 a) *Dirección Estratégica de recursos humanos. Gestión por competencias*. Ediciones Granica. Bs. As. Argentina.

Alles, Martha Alicia. (2000 b) *Dirección Estratégica de recursos humanos. Gestión por competencias*. CASOS Ediciones Granica. Bs. As. Argentina.

Alles, Martha Alicia. (2002) *Gestión por Competencias. El diccionario*. Ed. Granica, Bs. As. Argentina.

Antúnez, Serafin. (1995) *Claves para la organización de centros escolares* Ed. ICE- Horsori. Barcelona. España.

Blake, Oscar (1997) *La Capacitación Un recurso dinamizador de las organizaciones*. Ediciones Macchi. Bs. As. Argentina.

Bennett K. y otros (1993) *Tutorización para la dirección: hacia una dirección contextualizada*. Centro de Publicaciones Secretaría General Técnica. Madrid. España.

Bolívar Botia, Antonio (1999) "El asesoramiento curricular a los establecimientos educacionales: de los enfoques técnicos a la innovación y desarrollo interno". Revista Enfoques Educativos Vol.2 N° 1. Departamento de Educación Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Chile.

CFJ Centro de Formación Judicial (2010) *10 años del Centro de Formación Judicial*. EUDEBA. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos. Aires. Argentina.

CFJ Centro de Formación Judicial (2012) *Visiones de la Capacitación Judicial*. Eudeba. C.A.B. A.

Cejura Centro de Estudios Judiciales de la República Argentina. (1996) Concurso de "Ideas Prácticas para una más eficaz administración de Justicia" (Premios y

Menciones). Ed. La Ley. Bs. As. Argentina.

Del Rio, Enrique y otros (1994) *Formación y Empleo, Estrategias posibles*. Ed. Paidós. Barcelona, España.

Dorsch, Friedrich. (2002) *Diccionario de Psicología*, 8ª edición, Ed. Herder, Barcelona, España.

Gairin, Joaquin (1992) *Estudio de las necesidades de formación de los equipos directivos de los Centros Educativos*. Ed. CIDE, Ministerio de Educación y Ciencia. Madrid. España.

Imbernon, Francesc (2007) "Asesorar o dirigir. El papel del Asesor/a colaborativo en una formación permanente centrada en el profesorado y en el contexto". Revista Electrónica Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación. Volumen 5. Nº1. <http://www.rinace.net/vol5num1.htm>. Barcelona.

Kouzes, James Y Barry Posner (2005) *El desafío del Liderazgo*. Ediciones Granica. Bs. As. Argentina.

Mendoza Nuñez, A. (1986) *Manual para determinar necesidades de capacitación*. Ed. Trillas México.

Nava Corchado, V. Y Cols (1979) *Determinación de necesidades de adiestramiento y capacitación*. ARMO, México.

Nicastro, Sandra (2008) "Asesoramiento pedagógico institucional: Una mirada sobre los encuadres de intervención" en Profesorado. Revista de currículum y formación del profesorado, Volumen 12, Nº1 <http://www.ugr.es/local/recfpro/rev121ART8.pdf>

O.C.D.E. (1991) *Escuelas y calidad de la enseñanza. Informe internacional*. Coeditan Ed. Paidós y Ministerio de Educación y Ciencia. Barcelona, España

Pain, Abraham (1996) *Cómo realizar un Proyecto de Capacitación Un enfoque de la ingeniería de la capacitación*. Granica. Barcelona, España.

Pain, Abraham (1996) *Capacitación Laboral*. Ediciones Novedades Educativas Bs. As. Argentina.

Poder Judicial De La Provincia De San Luis (2002) *Escuelas Judiciales en la Argentina*. Payne S.A. San Luis.

Sarramona, J. Vazquez, G. y Ucar, X (1991) "Evaluación de la Educación No Formal" X Seminario Interuniversitario de Teoría de la Educación. Universidad de Oviedo, Oviedo.

Schvarstein, Leonardo (1994) *Repensar la Reforma Judicial en América Latina* <http://www.argenjus.org.ar/argenjus/articulos/ordenjuris.pdf>

Troiani, Gabriela Y Sosa, Valeria (2012) "Un modelo posible de capacitación judicial". Premio Formación Judicial 2011/2012. Primera Clase Impresores. Buenos Aires. Argentina.

Valls Gombau, José F. (2005) *El rol de la capacitación judicial: estrategias de capacitación para el logro de una justicia independiente y ética*. Escuela Judicial de España, España.

Warren Howard (1964) *Diccionario de Psicología*. Fondo de Cultura Económica. México.

Sobre la constitucionalidad de una figura polémica: el daño directo del art. 40 bis de la ley 24.240

Carlos Eduardo Tambussi (*)

* Abogado UBA. Secretario del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 18 Secretaría 35. Profesor adjunto interino de DD.HH. y Garantías (UBA) y Protección Constitucional de Usuarios y Consumidores (UBA).

Comentario al fallo: del 22-10-2013 Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la CABA Sala II, Autos: Primera Red Interactiva de Medios Argentinos Prima S.A. c/ GCBA. Causa Nro. 3246-0

I. Escenas del capítulo anterior

La reforma del 2008, por Ley 26.361 a la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, incorporó el instituto del daño directo, y agregó un incentivo a los reclamos en sede administrativa y una posibilidad de obtener allí –en el marco de un procedimiento que no preveía resarcir al consumidor mas allá de lo que éste pudiera lograr en la instancia conciliatoria- alguna especie de reparación.

El daño directo es entendido como todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o del consumidor, apreciable pecuniariamente, ocasionado de manera inmediata sobre su persona o bienes, como consecuencia de actos u omisiones del proveedor¹, todo ello según la determinación del artículo 40 bis al texto de la ley.

Su introducción fue una novedad en materia de impulso para los reclamos, ya que rara vez las propuestas del proveedor pasan por recomponer en cuantía mas allá de lo esencialmente reconocido como dañado, con prescindencia de compensaciones por el tiempo perdido, la mala sangre, el daño moral, los gastos de las cartas documento enviadas, las molestias, los productos sustitutos que se hayan tenido eventualmente que adquirir según el caso, los intereses, y los emolumentos del letrado del denunciante.

Como señalamos, el daño directo irrumpió como un novedoso aspecto retributivo del reclamo, ya que hasta la aparición de esta figura, lo único que podía ob-

tener el consumidor denunciante en esa instancia (de fracasar la etapa conciliatoria) era que el proveedor infractor fuese multado pero no obtener reparación alguna al daño sufrido².

Pero no por ello es un instituto menos polémico, en particular por caberle “las generales de la ley” en cuanto a un signo de los tiempos: su deficiente técnica legislativa.

El 40 bis tiene serias imprecisiones que generaron copiosa discusión. Los que seguimos su devenir y defendemos el instituto admitimos que las hay: se discute si se pueden aplicar cuando están afectados derechos personalísimos, si incluye el daño moral o no, y varios otros puntos. En el tránsito de seis años vista, tuvimos doctrina al respecto, bastante poca aplicación por las autoridades administrativas y desde ya, poca difusión para que la gente y los abogados tuvieran conocimiento que pueden usar esta herramienta cuando presentan los reclamos administrativos. Tenemos también autoridades de aplicación que sólo aplicaban daño directo si era expresamente pedido (para lo cual hay que conocer su existencia), sin siquiera considerar aplicarlo de oficio. Álvarez Larrondo, con quien coincidimos, afirma que la norma no establece como tal esa exigencia, y que por ende el daño directo puede ser aplicado de oficio por la autoridad de aplicación, en tanto la ley lo consagra como una potestad de ésta³.

² Su introducción, ha sido dicho, “le permite al usuario hacer un reclamo administrativo (gratuito) conservando la expectativa de que podrá obtener, aunque sea, un resarcimiento económico limitado aún en los casos en los cuales su padecimiento haya consistido en amarguras anímicas, tales como pérdidas de tiempo, malos tratos, atenciones defectuosas, etcétera; es infinita la cantidad de situaciones que pueden apenar a los usuarios y consumidores, sobre todo en países como el nuestro en donde la cultura del consumo recién está dando sus primeros pasos” Shina, Fernando E. “Una interpretación piadosa del Daño Directo” En LL Patagonia 2010 (diciembre), p. 529.

³ Álvarez Larrondo F. “El impacto procesal y de fondo de la nueva Ley 26.361 en el derecho del consumo” En Suplemento La Ley Reforma a La Ley de Defensa del Consumidor, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 25. En respaldo, se ha sostenido que “Lo expresado no impide que esta alzada, en ejercicio de sus facultades y deberes jurisdiccionales supra, en reemplazo de la decisión anulada, la consideración y

¹ Algunas entidades de consumidores como ADELCO insistieron en un resarcimiento tarifado en concepto de daño directo (Fuente: Comisión de Derechos y Garantías del Honorable Senado de la Nación).

Se cuestionó su constitucionalidad, propugnándose una visión reductora del ámbito de aplicación de la norma⁴ atento su carácter de excepción frente al principio general por el cual las facultades jurisdiccionales corresponden solamente al Poder Judicial⁵. Para otros, toda vez que el artículo 42 de la Constitución Nacional impone al legislador el deber de sancionar procedimientos “eficaces” a los fines de tutelar los derechos del consumidor y atento lo engorroso del procedimiento administrativo donde se puede aplicar el daño directo, no se cumpliría con el requisito de eficacia⁶ exigido por el constituyente en el artículo 42 CN para los sistemas de solución de conflictos de consumo, dado que el consumidor queda inmerso en un engorroso procedimiento, preconizando que la administración debe limitarse a las facultades sancionatorias, sin poder imponer daños.

Son ciertos, sin duda, los reparos acerca de la eficiencia o eficacia del daño directo, sobre todo en cuanto a la celeridad (plazos y vicisitudes del procedimiento ad-

ministrativo, mas los de la Alzada, incluyendo la posibilidad de la instancia extraordinaria). Y también es claro que la mejor solución es la creación de tribunales judiciales de menor cuantía o el fuero especial de consumidores, cuestión que excedería el objeto de este trabajo, pero que nunca puede dejar de plantearse dada su imperiosa necesidad. El daño directo debe verse como una primera posibilidad de aportar soluciones a cuestiones que por su significación económica ni los consumidores ni la comunidad de abogados desean llevar a la justicia –tal cual hoy se ofrece- en toda su tramitación. Bien señala Horacio Bersten⁷ que:

“La eficacia es un elemento recaudo central en la previsión del constituyente, de modo que la necesidad práctica tiene un sustento constitucional. De nada sirve contar con magníficas previsiones de fondo si luego no existe forma de hacerla aplicar. Y la solución alcanzada en el Art. 40 bis parece que, en algunos casos, es eficaz”.

Por lo que mal haríamos en cuestionar constitucionalmente a la figura por este motivo sin propugnar que la administración y la justicia tengan la voluntad y estén dotadas de recursos y personal para resolver en tiempo y forma los asuntos que se le llevan.

Estando prevista la posibilidad de revisión judicial del daño directo en términos del Art. 45 de la Ley, buena parte de la doctrina⁸ entiende que el instituto no merecería tachas constitucionales, ni aun teniendo en cuenta la sentencia de la Corte en el precedente Ángel Estrada y Cía., en la cual el Alto Tribunal respondió negativamente a la posibilidad que un ente regulador de servicios públicos reconociera resarcimientos económicos a los usuarios.

decisión acerca del debido resarcimiento del daño directo comprobado en la causa” (Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A ADAO, I. M. c. Banco del Chubut S.A. • 30/07/2010, Publicado La Ley Online, Cita online: AR/JUR/95551).

4 Picasso, Sebastian “Nuevas Categorías de daños en La Ley de Defensa del Consumidor” En Suplemento La Ley Reforma a La Ley de Defensa del Consumidor, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 123 y “El daño directo en la Ley de Defensa del Consumidor” por Lafuente, Jesús A. Publicado en: LA LEY 12/08/2008, 1 • LA LEY 2008-E, 810.

5 Al momento en que esto se escribe, y mas como nota de color que como “nota al pie” la pagina web del gobierno, hablando en primera persona señala: “esta figura bien trabajada va a tolerar un control de constitucionalidad. Creo que finalmente algún caso va a llegar a la Corte Suprema, que es la última ratio de nuestro ordenamiento, que en última instancia sentará posición sobre el tema. Figuras muy importantes de la doctrina especializada en la materia (Dres. Lorenzetti, Mosset Iturraspe, Alterini, entre otros), se han mostrado proclives -en lo sustantivo- a la procedencia del instituto y nosotros, con nuestra experiencia administrativa, estimamos que en lo pertinente La Ley 24.240 se ha puesto los pantalones largos en la materia y ahora los consumidores contamos con una instancia de reparación que, en lo personal, pienso que más tarde o más temprano se va a imponer y va a ser altamente favorable para los consumidores”(http://www.consumidor.gov.ar/el-dano-directo-en-la-ley-de-defensa-del-consumidor).

6 Ghersi Carlos, Weingarten Celia “Visión integral de la nueva ley del consumidor” En Suplemento La Ley Reforma a La Ley de Defensa del Consumidor, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 57.

7 Ver Bersten, Horacio “Resolución de conflictos de consumo en sede administrativa” Publicado en: LLPatagonia 2011 (febrero), 17.

8 Pérez Bustamante, Laura “La reforma de La Ley de defensa del consumidor”, En Suplemento La Ley. Reforma de La Ley de defensa del consumidor. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 118.

rios de una empresa prestadora,⁹ supuesto que consideramos significativamente diferente al caso de la norma que analizamos, donde es la ley en forma expresa otorga la potestad indemnizatoria a la autoridad administrativa, situación que no se daba en el marco regulatorio objeto del fallo aludido¹⁰.

Extensos son los párrafos dedicados a denostar o amar al daño directo. Entendemos que la cuestión debe verse dentro de lo que es útil para proteger la relación de consumo, y dentro de los principios constitucionales que rigen este derecho, y nunca olvidarse que los asuntos de consumo requieren un régimen distinto, especial y tuitivo. Si esto estuviera presente en todos los razonamientos, se ahorrarían muchas tintas de doctrina, y se clarificarían los criterios y aun más, se simplificaría la cuestión, como simple y escaso es el monto de la cuantía máxima de esta figura, que -aun en su aplicación plena o generalizada-, no haría peligrar ninguna estabilidad económica o empresarial, siendo éstas más sensibles a otros fenómenos que a la posibilidad de los consumidores de obtener resarcimientos que antes de la reforma, pasaban a la ecuación económica de las empresas, en detrimento del buen funcionamiento del mercado y obviamente de los derechos patrimoniales del consumidor.

En su formulación, constituye un paso adelante en cuanto a posibilitar reclamos por pequeñas causas, quedando siempre a disposición del consumidor la po-

sibilidad de iniciar acción judicial en cuanto a las demás consecuencias de los daños sufridos, en cuyo caso lo eventualmente obtenido por daño directo se deducirá. Entendemos que lo que no debe olvidarse es que el fin de la Ley 24.240 es el de la defensa del consumidor o usuario (conforme su artículo primero).

Presentada la figura, hoy se transitan dos caminos. Uno, el abierto por la proyectada reforma del Código Civil y Comercial, y que busca desnaturalizarla hasta su inutilidad práctica, que ya hemos comentado en alguna oportunidad¹¹. Otro, el abierto por la jurisprudencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, quien afianzando el garantismo a través de su jurisprudencia reconoció al denunciante ante la autoridad de aplicación el carácter de parte al interponer un amparo por mora¹² y también le reconoció esa calidad al peticionante de daño directo, para cuestionar el acto administrativo que se lo deniega o en su caso se lo concede por un monto menor a lo solicitado¹³. Con estos avances, se van librando escollos en el camino crítico de esta figura, sobre la que también se sostiene que el control judicial es insuficiente ya que al no reconocerse carácter de parte al consumidor, la litis queda trabada solamente entre el infractor y la autoridad de aplicación.

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos 328:651.

¹⁰ El precedente "Ángel Estrada" no es aplicable directamente al caso del Art. 40 bis, porque se trataba de la competencia de un Ente Regulador en materia de responsabilidad por daños. En cambio, la situación de la LDC es distinta porque si bien puede criticarse que la Autoridad de Aplicación Nacional carece de los requisitos de validez que sostiene la doctrina (imparcialidad, creación por ley, objetivos económicos y políticos), no es menos cierto que, en virtud de la competencia concurrente, las provincias si pueden haber creado por ley una autoridad de aplicación que reúna las características citadas y dotándola del principio de especialidad que afirma la doctrina administrativista y que compartimos.- El daño directo en la LDC (Balance y prospectiva de la figura) Por Esteban Javier Arias Cáu. En El Dial. Com Citar: [ElDial.com - DC15BF].

¹¹ Ver "La proyectada reforma a los Códigos Civil y Comercial y los derechos del consumidor" En coautoría con Marcela Novick. Publicado en La Ley, Revista de Derecho Comercial, Del Consumidor y De la Empresa, agosto de 2012, Págs. 65 a 82.

¹² Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario. Causa Nro.: 26703-0. Autos: Mizrahi, Daniel Fernando c/ GCBA s/ Amparo por mora administrativa. Sala I. Del voto de Dr. Carlos F. Balbín, Dr. Horacio G. Corti, Dr. Esteban Centanaro, del 12-11-2008. Sentencia Nro. 148. "En el caso, del reconocimiento del carácter de parte derivó la legitimación para promover un amparo por mora con el objeto de que se ordene a la Dirección de Defensa y Protección del Consumidor que resuelva la denuncia presentada por el amparista

¹³ Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la CABA, 20-09-2013, (Seijas, Zuleta, Corti), Causa 3448/0.

II. El fallo en análisis

Comentamos un nuevo precedente que recibimos con agrado, en estos tiempos de crisis anunciada para el instituto del daño directo, que sirve a su vez para reforzar su utilidad y sentido. Basta para ello con leer los hechos del caso que reseña la alzada. Se trata de la ejecución de un acuerdo homologado por la autoridad de aplicación, donde la aseguradora sancionada reconoce los errores cometidos, se compromete a su solución, y nuevamente incumple, ofreciendo en la oportunidad de la reapertura de la causa por la denuncia del consumidor una propuesta que este rechaza por irrisoria, lo que da pie para que se incluya el daño directo en su pretensión, el cual le fue otorgado, teniendo fundamentalmente en cuenta la demora de dos años en cumplir lo firmado en el acuerdo conciliatorio homologado.

El planteo de inconstitucionalidad del daño directo aparece incluido en el cuestionamiento judicial del acto administrativo sancionador.

La alzada reseña el plexo normativo de reconocimiento expreso de los derechos del consumidor, a nivel constitucional nacional y local, y el sentido de la ley 24.240, que es –como su denominación misma lo indica- la defensa del consumidor y del usuario.

En lo particular recuerda que el incumplimiento del acuerdo conciliatorio homologado es considerado infracción a la ley (Art. 46 Ley 24.240) y origina el cumplimiento imperativo de las obligaciones que se hubieran asumido, con más las sanciones que establece la ley, hallándose norma similar en la ley local 757.

Fácilmente cae el argumento recursivo del infractor respecto a falta de posibilidad de descargo al aplicarse el daño directo, al señalar el primer voto que el incumplimiento del acuerdo debidamente verificado tiene carácter de infracción formal, y en el caso, se ha

dado el debido traslado de la denuncia de incumplimiento del acuerdo, con las consecuencias relatadas.

Lo que nos interesa en este trabajo es resaltar la constitucionalidad del Art. 40 bis de la Ley 24.240 que deja aclarada la Sala de la Cámara. El Dr. Centanaro discute sobre el contenido de la norma y su incorporación a la Ley con la reforma de la Ley 26.361, y su finalidad propiciatoria de reparaciones en sede administrativa, dadas las dificultades y complejidades del trámite judicial, si la denuncia administrativa no ha alcanzado resultados satisfactorios para el consumidor. Señala que ése precisamente es el sentido de la inclusión de este incentivo reparatorio dentro del régimen de la ley, para cuya configuración se requiere una infracción a la misma. Pero podemos apreciar desde el vamos, el énfasis en el sentido del daño directo como instituto propiciador de resultados eficaces de reclamos de consumidores. A la vez, un aspecto que refuerza su constitucionalidad “y aleja la discrecionalidad administrativa, se encuentra en la limitación de la indemnización a favor del consumidor en un valor máximo de cinco Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que mide el INDEC”¹⁴

Pasa luego a considerar el remanido argumento contrario al daño directo del ejercicio de funciones judiciales por parte del administración, replicando y decidiendo que en el caso del daño directo es la misma ley (local y nacional) la que faculta a la autoridad administrativa a fijar la indemnización, en el marco de los límites cuantitativos que la misma norma da, y con la correspondiente revisión judicial, que desde la jurisprudencia de la década del sesenta en “Fernández Arias”¹⁵, ha sido convalidada como constitucional. Con la mención de las constancias de la causa, la Alzada da por verificado el

14 El daño directo en la LDC (Balance y prospectiva de la figura) Por Esteban Javier Arias Cáu. En El Dial. Com Citar: [elDial.com - DC15BF].

15 CSJN Fallos 247:646.

control judicial suficiente y adecuado del acto administrativo sancionador, habiéndose verificado que la norma reconoce a los litigantes derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios y que la decisión administrativa no es final en cuanto a los hechos y derecho controvertidos, a lo que agregamos que nada impide que en la Alzada de control puedan intentarse hacer valer pruebas que hayan sido denegadas en el procedimiento administrativo o que ésta disponga instancias conciliatorias o medidas para mejor proveer.

No podemos apreciar en el caso que exista violación al principio de división de poderes, ni que sea válido señalar como cuestionamiento que en estos casos el daño directo es impuesto por un empleado administrativo¹⁶, en una tarea que es propia del poder judicial. La sanción, de acuerdo al procedimiento reglado ante la autoridad de aplicación nacional o local, es resultado de un acto administrativo en el cual se cumplen (o están previstos, o en el peor escenario puede vigilarse su observancia) los principios de debido proceso sustantivo y adjetivo previstos en las leyes de procedimiento locales, y que debe tenerse en cuenta que toda decisión administrativa que afecte derechos de los particulares debe responder a una motivación suficiente y resultar la derivación razonada de sus antecedentes, de modo tal que se encuentren cabalmente a resguardo de las garantías constitucionales en juego y que en su caso, su apartamiento será objeto de revisión judicial por la Alzada.

¹⁶ Se ha planteado incluso la peligrosidad que representa el eventual déficit de capacitación del empleado o sus conocimientos en la materia (ver Krieger Walter F. "Sobre la inconstitucionalidad del artículo 40 bis de la Ley de Defensa del Consumidor" en DJ02/12/2009, 3462), así como la directa dependencia de sancionar o no, relacionada con la voluntad del funcionario. Presumir esto, entendemos, menosprecia la tarea de la autoridad de aplicación y desjerarquiza injustamente a su personal y sus funcionarios, que son quienes suscriben los actos administrativos sancionatorios. Insistimos, la facultad para la autoridad de aplicación deviene de la misma ley, el procedimiento administrativo es obviamente reglado, con cumplimiento de las normas del debido proceso. Se cree, además que el Poder Judicial sólo revisa la sanción impuesta, cuando va de suyo que una de las posibilidades es dejarla sin efecto.

Un punto importante es además señalar que el acuerdo se celebró antes de la consagración legal del 40 bis de la Ley 24.240 pero el incumplimiento se prorrogó mas allá de esa oportunidad, por lo que puede aplicarse el instituto, con base a las claras consideraciones del Art. 3 del Código Civil, respecto a la aplicación de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

III. Epílogo

En conclusión, defender a esta figura mediante la decisión de su constitucionalidad, no cierra el debate a su respecto pero importa una colaboración para el cese de las decisiones de los consumidores de evitar reclamar –y consagrar la impunidad- dado que la relación esfuerzo-tiempo-resultado posible, no resulta estimulante prima facie.

Se está, en consecuencia, resguardando un incentivo para reclamos y para hacer efectivas responsabilidades, perfectible, superable con los tribunales especiales y/o los de menor cuantía, pero el existente hoy como herramienta para reducir el malestar social y la impunidad proveniente de los microdaños no resarcidos.

Sin duda estas mini tragedias están calculadas en su significación económica, desde la perspectiva del que las causa, y también está prevista la inacción del afectado, arrojando una resultante que lleva fácilmente al mal proveedor a la conclusión que es más conveniente continuar con la práctica, (incluso afrontando los costos de las eventuales reclamaciones), que adaptarla o suprimirla. Un simple ejercicio de "análisis económico del derecho" que realiza el empresario¹⁷.

¹⁷ No pueden comprenderse las perdurabilidades de ciertas prácticas sin partir de esta premisa. Los partidarios del análisis económico del derecho entienden que la redistribución de la renta debe ser un objetivo del sistema fiscal, es decir, del sector público del derecho. En esa inteligencia, el derecho privado debe, por

No debemos olvidar que más allá de las consideraciones jurídicas sobre el instituto, lo más importante de la situación actual es que la gran mayoría de los consumidores no conocen las posibilidades que tienen para poner en marcha los mecanismos de sus defensas. El desconocimiento se traslada desde los derechos a las posibilidades de defenderlos.

Sobre este punto insistiremos en la necesidad imperiosa de un sistema judicial propio para la materia, un fuero especial, con jueces capacitados para entender la lógica del mercado y la situación del consumidor, que tengan también en su competencia la revisión de los actos de la autoridad de aplicación, y a la existencia de los tribunales llamados de menor cuantía¹⁸ y/o fueros especializados en derecho del consumo, ya que dada la voluntariedad de los métodos extrajudiciales de solución de conflictos hoy existentes, sumado al anquilosamiento, costos, y tiempos que significa llevar las cuestiones a la justicia ordinaria, se convierten en datos que conspiran en la actualidad contra la solución efectiva de problemas pequeños de consumo, con la consiguiente resultante de verse obligado el público a trocar resignación por orgullo, tranquilidad por justicia, salud mental por equidad.

el contrario, buscar la solución mas eficiente, que es aquella que genere el aumento de la suma total de beneficios (Ver Amaya, Jorge Alejandro "Mecanismos Constitucionales de Protección al Consumidor, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, 61).

18 "Con el actual Estado de la organización de la justicia nacional, carente de una cada vez más necesaria justicia y procedimientos adecuados para estas causas, siquiera para las pequeñas causas que en buena medida absorberían los litigios fundados en los derechos de los consumidores" (Anaya, Jaime "Meditaciones sobre los derechos del consumidor", en ED 177-218).

IV. Bibliografía:

Álvarez Larrondo F. "El impacto procesal y de fondo de la nueva Ley 26.361 en el derecho del consumo" En Suplemento La Ley Reforma a La Ley de Defensa del Consumidor, Editorial La Ley, 2008, 25, Buenos Aires.

Amaya, Jorge Alejandro "Mecanismos Constitucionales de Protección al Consumidor", Pág. 61 Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004.

Arias Cáu, Esteban Javier "El daño directo en la LDC (Balance y prospectiva de la figura)" En El Dial. Com Citar: [elDial.com - DC15BF].

Bersten, Horacio Luis "Resolución de conflictos de consumo en sede administrativa" En La Ley Patagonia 2011 (febrero), p.17, Buenos Aires.

Gherzi Carlos y, Weingarten Celia "Visión integral de la nueva ley del consumidor" En Suplemento La Ley Reforma a La Ley de Defensa del Consumidor, Editorial La Ley, 2008, p. 57, Buenos Aires.

Krieger Walter F. "Sobre la inconstitucionalidad del artículo 40 bis de la Ley de Defensa del Consumidor" en Doctrina Judicial, J02/12/2009, Pág. 3462 Editorial La Ley, Buenos Aires.

Lafuente Jesús A. "El daño directo en la Ley de Defensa del Consumidor" Diario LA LEY 12/08/2008, Pág. 1. Ed. La Ley, Buenos Aires.

Novick, Marcela Susana y Tambussi Carlos Eduardo "La proyectada reforma a los Códigos Civil y Comercial y los derechos del consumidor" La Ley, Revista de Derecho Comercial, Del Consumidor y De la Empresa, agosto de 2012, Editorial La Ley Págs. 65 a 82, Buenos Aires.

Pérez Bustamante, Laura "La reforma de La Ley de defensa del consumidor", En Suplemento La Ley. Reforma de La Ley de defensa del consumidor. Ed. La Ley, 2004, p.

118, Buenos Aires.

Picasso, Sebastian *"Nuevas Categorías de daños en La Ley de Defensa del Consumidor"* En Suplemento La Ley Reforma a La Ley de Defensa del Consumidor, Ed. La Ley, 2008, p. 123 Buenos Aires,

Shina, Fernando E. *"Una interpretación piadosa del Daño Directo"* En La Ley Patagonia 2010 (diciembre), Editorial La Ley, p. 529, Buenos Aires.

Los tribunales revisores y colegiados. Sus acantilados

Víctor Trionfetti (*)

* Abogado (UBA) Especialista en Administración de Justicia. Profesor Adjunto Regular de Elementos de Derecho Procesal Civil (UBA). Profesor Titular de la ECCAE. Juez Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

I. La doble y múltiple instancia

La estructura de la organización judicial en ocasiones admite y en otras impone la existencia de múltiples instancias jurisdiccionales de revisión. La admite cuando una determinada política legislativa puede escoger u optar por establecer una o más instancias de revisión jurisdiccional, y la impone cuando la estructura revisora es imperativamente exigida y, por lo tanto, resulta condición de validez que el conocimiento y decisión de un asunto por determinado tribunal de justicia, contemple la posibilidad de actuación posterior de otro similar.

Lo expresado, no es tan simple de abordar y presenta matices y complejidades que deben precisarse.

En primer lugar hay que despejar una leyenda que recorre los claustros de enseñanza y que es falsa: aquella que afirma que la doble instancia es una garantía constitucional.

La propia Constitución Nacional admite y contempla la instancia única, exclusiva y excluyente al regular la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el art. 117.

Se confunde al *doble conforme*, con la garantía de la doble instancia. El doble conforme, previsto en el art. 8.2.h de la CADH y en el art. 14.5 del PIDCyP, no es acceso a otra instancia, ya que instancia importa bilateralidad e igualdad procesal.

En el doble conforme, existe asimetría y unilateralidad en el acceso a la revisión ya que los pactos internacionales realizan una opción axiológica en beneficio de la libertad y de otorgar las máximas garantías al condenado penalmente; por tanto, desplazan –en rigor sustraen– la opción recursiva al ministerio público fiscal o la querrela. De allí que no corresponda hablar en estos casos de doble instancia, sino de doble conforme (“do-

ble conforme en la condena”).¹

También se confunde garantía de doble instancia con violación del principio de igualdad ante la ley. Así, en el caso de que una norma infraconstitucional auspicie el acceso a la revisión de una decisión judicial a una parte del pleito y no la posibilite a la restante en forma arbitraria, la garantía lesionada es el principio de igualdad de armas y, por carácter transitivo, el debido proceso. Tal situación nada tiene que ver con una supuesta garantía a la doble instancia, sino con el derecho al trato igualitario; al menos en los aspectos cualitativos, es decir, en el campo de las oportunidades de actividad, pues resulta imposible que las partes en un proceso ocupen exactamente el mismo lugar.²

II. Carácter horizontal de la jurisdicción

Otro aspecto de los tribunales revisores, y que los operadores jurídicos han naturalizado, es la visión de considerarlos como tribunales jerárquicamente superiores de los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones revisan. Desafortunadamente a esta visión contribuye toda una lexicografía en las normas y las prácticas institucionales que instalan esta idea poco republicana.

Resulta poco republicano asumir que existen jueces inferiores y jueces superiores, es tanto como asumir que hay jueces más independientes que otros. Es el modelo verticalista del que habla Zaffaroni.³

¹ Ver causa resuelta por el Tribunal Superior de Justicia de la CABA, expte. n° 7176/10 “Lapenta, Susana Edith s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Lapenta, Susana Edith c/ GCBA s/ revisión cesantías o exoneraciones de emp. públ.”; 13 de octubre de 2010” y, en particular, Maier, Julio B. J.; *El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?*, en A.A.V.V., Martín Abregú y Cristian Courtis compiladores; *La Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*; 1998, Editores del Puerto, Bs. As., pág. 407 y ss.

² Ver CSJN *in re, The Coca Cola Company y otros s/medidas cautelares*, Fallos, 318:1711.

³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Estructuras judiciales*, Bs. As., 1994, Ediar.

En rigor, los tribunales no son ni inferiores ni superiores, sólo tienen distinta competencia. Cuando un tribunal puede revisar, ratificar o modificar lo que otro tribunal hizo, no es por una mayor jerarquía del primero sobre el segundo, sino simplemente porque una norma específica de habilitación, siempre heterónoma, le permite u obliga a proceder –bajo determinados requisitos– de esa forma.

La ausencia de jerarquía del tribunal revisor respecto del revisado encuentra su explicación en: a) la división de poderes; b) el principio dispositivo y sus proyecciones, por ejemplo, la congruencia; y c) la cosa juzgada.

La división de poderes, exige que el tribunal revisor actúe dentro de las competencias que el legislador y la Constitución le asignan. Actuar por fuera de la competencia importaría infringir las reglas de habilitación que el constituyente establece directamente o delega en el Congreso. Tales excesos se observan a diario cuando un tribunal revisor, para decir la admisibilidad de un recurso de queja, valora los fundamentos (agravios) del recurso denegado que, sólo podría hacer, sí primero considera admisible el recurso no concedido.

Tampoco, por ejemplo, una cámara de apelaciones puede conocer sobre resoluciones que el legislador consideró inapelables o que se encuentran firmes y, por lo tanto, resultan irrevisables.

El principio dispositivo es la regla general en materia recursiva: determina que la carga de impugnación, fundamentación e impulso la tiene el impugnante y es la actividad de éste último, la que delimita el rango de revisión en relación directa con los agravios que haya planteado respecto de la resolución recurrida⁴.

Por último, la cosa juzgada imposibilita que un tri-

bunal revisor avance y altere aspectos de la decisión que se encuentran alcanzados por esa garantía. La violación de los límites señalados conduce a sentencias incongruentes, a la *reformatio in pejus* o, en casos extremos, al prevaricato.

La ausencia de jerarquía de los órganos revisores sobre los tribunales cuyas sentencias son susceptibles de ser revisadas, configura también una garantía de independencia judicial y una nota distintiva de la organización judicial sobre la administrativa. La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló sobre el particular, que el objetivo de la protección de la independencia e imparcialidad, radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular, se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial, o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación.⁵

III. La existencia de tribunales revisores no necesariamente mejora la calidad del servicio de justicia

No existe ninguna regla lógica o alguna constatación empírica que permita sostener que la doble o múltiple instancia garantiza un mejor servicio de justicia. La calidad no depende de cuántos tribunales intervengan en un litigio pues los errores humanos no se neutralizan con más humanos que intervengan; sobre todo, cuando esas intervenciones son en diferentes planos y nada asegura que no sea en el vértice más eminente de una organización judicial donde se emita el fallo más oprobioso o el más justo, aspectos que siempre son opinables según las circunstancias de tiempo y lugar.

4 Una excepción a esto es el recurso de consulta previsto en el art. 633 del CPCCN.

5 CIDH, Caso *Apitz Barbera y otros* ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela Sentencia de 5 de agosto de 2008.

Veamos un ejemplo de los que venimos diciendo. Asumamos que en un proceso judicial intervienen cuatro instancias de revisión. Esto podría resultar perfectamente posible en un proceso originado en el ámbito de la CABA con un caso contencioso en donde intervienen un juzgado de primera instancia, la sala de una cámara, el Tribunal Superior de Justicia de la CABA y, finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Si consideramos que el caso que tomamos como ejemplo, es sentenciado favorablemente en todas las instancias locales, en donde asimismo, los tribunales colegiados deciden por unanimidad y luego la sentencia es revocada en la Corte Suprema de Justicia por mayoría, podría darse el siguiente y no infrecuente panorama descripto en el cuadro n° I (ver Anexo).

El cuadro muestra que el sistema judicial organizado en múltiples instancias permitió que doce (12) jueces fallaran a favor de admitir la demanda y cuatro (4) jueces decidieran rechazarla. Sin embargo, en el ejemplo, el efecto jurisdiccional concreto es que la demanda se rechaza. Y no se rechaza por más o menos sabiduría o justicia sino simplemente por una situación de poder, en donde el órgano jurisdiccional que se encuentra en la cúspide tiene la competencia para decidir en tal sentido y con esos alcances. Observamos entonces, que la doble o múltiple instancia no se relaciona con ningún valor de justicia, sino simplemente con una cuestión de organización del poder. Esta clase de decisión no es democrática, en sentido estricto, porque no representa todas las visiones del conjunto que manifestó la actividad jurisdiccional sobre un caso concreto, sólo considera la posición de cada juez en una estructura y el valor de la decisión se define en el extremo final de ella; no hay reflejo de todas las voces intervinientes. A pesar de ello, está naturalizada como correcta la creencia de que, con más instancias aumenta la calidad del servicio de justicia y disminuyen los errores judiciales. Se trata de una falacia que apela

solo al número; presentada en forma fraccionada y sin dar cuenta de otros aspectos, luce convincente.

La calidad del servicio de justicia solo puede mejorar con la atención racional de asuntos (ausencia de saturación de causas en los tribunales), la inmediatez —en donde es necesario, por lo tanto, un número de asuntos susceptibles de ser gestionados por cada tribunal— y la oralidad, en el que aparece también la inmediatez. Pero inmediatez, oralidad y gestión reducida de asuntos, exige cambios estructurales, tanto normativos como de prácticas institucionales (aspecto de los cuales la sociología de las instituciones y la etnografía pueden ser más útiles que las visiones germinadas al interior de la corporación judicial).

La existencia de tribunales revisores y el sistema recursivo vigente, instala dos aspectos negativos en los procesos: a) mayor duración del litigio y; b) pérdida sustantiva de la oportunidad de inmediatez.

Desde estas páginas, a pesar de saber que esto es casi una utopía, se auspicia la instancia única con sistema de revisión por casación directa, es decir, sin la intervención de cámaras de apelación. También somos conscientes de que un sistema de esta clase requiere de jueces altamente capacitados, comprometidos diariamente con la gestión de los asuntos a su cargo, gestión que involucra recursos informáticos, registros audiovisuales de la prueba oral y reconocimientos judiciales, entre otros aspectos. En definitiva, el derecho a ser oído con las debidas garantías por un tribunal de justicia (art. 8.1, CADH) se satisface plenamente con un tribunal unipersonal idóneo, capaz, oportuno y comprometido con las normas constitucionales y convencionales.

IV. Ciertos problemas en las decisiones que adoptan los tribunales colegiados

En el ámbito de los tribunales colegiados, tanto aquellos de integración única como divididos en salas o de los que se reúnen en pleno, aflora como elemento jurídicamente relevante la necesidad de establecer si existe una mayoría que, de acuerdo con la ley, permita asignar a la sentencia fuerza jurisdiccional. Este es un aspecto de las decisiones colegiadas que provoca la necesidad de atender a varias cuestiones relevantes. Así, la relación entre fundamentos y parte dispositiva de la sentencia, las aporías que presenta el intento de clasificar las cuestiones como de hecho y de derecho, el valor republicano y discursivo de las disidencias, los fallos plenarios adoptados por un cámara con numerosas vacantes entre sus integrantes, etc.

Sabemos que en materias de decisiones colectivas comúnmente se presentan tres clases de mayorías. La mayoría simple, la mayoría absoluta y la mayoría calificada.

La mayoría simple consiste, ante una decisión colectiva, en asignar la prevalencia del resultado al grupo de personas que ostentan o aglutinan la mayor cantidad de preferencias coincidentes.

Así, por ejemplo, en un tribunal integrado por cinco miembros (A, B, C, D y E), si A y B prefieren X y C, D y E tienen cada uno preferencias individuales (X_1 , X_2 y X_3 , respectivamente), nos encontramos ante una mayoría simple formada por A y B.

Por diversas razones, que en general responden a la teoría del control y a la necesidad de legitimar las decisiones plurales sobre asuntos importantes en muchos casos se exige otro tipo de mayorías. Es lo que ocurre con los supuestos de mayorías absolutas y calificadas. En tales casos, la base de los acuerdos y consensos para conformar una decisión válida resulta más complejo.

En el caso de las decisiones que deben tomarse por mayoría absoluta para definir un resultado positivo cuentan las preferencias en un mismo sentido que puedan asignarse a la mitad más uno de los integrantes del tribunal. Si la composición del tribunal es impar, la mayoría absoluta resultara de la agregación coincidente de la mitad más uno de los miembros integrantes del tribunal. Si se trata de una composición par, podemos decir que la mayoría absoluta resultara de la agregación coincidente de más de la mitad de los integrantes del tribunal. En rigor, como no se puede dividir al sujeto que vota lo correcto en este caso es hablar siempre de la mitad más uno, al menos para configurar una mayoría absoluta. Así, por ejemplo, en un tribunal de cinco miembros, para obtener la mayoría absoluta deben coincidir en la solución al menos tres de los integrantes.

Por último nos encontramos con las mayorías calificadas. En este caso no sólo se exige una mayoría absoluta sino un plus mayor de coincidencia. Cualquier fórmula que incremente el rango de la mayoría absoluta como exigencia para obtener un acto jurisdiccional válido, importa una mayoría calificada. Esto ocurre, por ejemplo, cuando en un tribunal de cinco miembros para obtener una decisión válida se exige el concurso de al menos cuatro miembros que coincidan en sus preferencias.

Claro que lo expuesto hasta aquí no nos dice nada sobre otro problema: ¿en qué deben coincidir o concurrir quienes integran un tribunal colegiado para obtener una decisión válida? ¿En los fundamentos o en las conclusiones? Incluso en decisiones aparentemente unánimes, pueden existir –según cómo se computen los votos– divergencias y falta, no sólo de unanimidad, sino también de mayoría.

¿Puede considerarse válida una decisión en donde un tribunal integrado por tres magistrados decide rechazar la demanda por tres fundamentos diferentes y, en

buena medida, antagónicos? Por ejemplo un juez rechaza la pretensión por inexistencia de obligación ya que no hay causa (art. 499, Cód. Civil), otro por haberse extinguido la obligación por pago (art. 725, Cód. Civil) y, un tercero por prescripción liberatoria (art. 4017, Cód. Civil).

Unos de los mayores desafíos que puede abordar un tribunal colegiado se presenta cuando se trata de aquellos casos en que se deben decidir varias cuestiones y en las que existe entre ellas una supuesta jerarquía lógica o jurídica; jerarquía que impone relaciones de subsidiariedad o de exclusión entre las cuestiones a analizar. En estos casos, el problema consiste en establecer si la decisión del tribunal debe realizarse a través de la división de cada una de las cuestiones como sí cada una ellas fueran autónomas y en donde el resultado posible sobre algunas de aquéllas determina necesariamente el abordaje posible de las cuestiones subsiguientes y del resultado final de la decisión (división externa) o, en cambio, si resulta inconveniente efectuar un abordaje como el señalado y en su lugar aparece como plausible dejar que cada voto analice fluidamente la totalidad de las cuestiones para computar únicamente la conclusión que cada voto expresa sobre el posible abordaje total de la cuestión (división interna). Un método combina tramos parciales de cada voto asociándolos y obteniendo subconclusiones vinculantes para los abordajes subsiguientes; el otro método mantiene la autonomía y coherencia interna de cada voto y sólo computa el resultado final de cada uno de ellos. La opción que se elija no se traduce sólo en una cuestión de eficacia, pone en juego el respeto y preservación de la voluntad de cada magistrado, la garantía del control de la coherencia interna en la construcción de la decisión y de las mayorías, y el respeto por las disidencias.⁶

⁶ Lamento ser autoreferencial. Para mayor detalle de lo que aquí se dice, véase Trionfetti, Víctor; *Sobre resoluciones judiciales de tribunales colegiados: la Paradoja de Ostrogorsky*; Compendio Jurídico, n° 47, Errepar, pag.153 y ss.

Carlos Cossio abordó esta problemática en un valioso trabajo⁷ donde procuró mostrar el problema de la intersubjetividad pero, especialmente, cómo el conocimiento que despliega el juez al sentenciar es un conocimiento por comprensión y que el intento de seccionar ese conocimiento en fases deductivas es una forma artificial –postiza la llama Cossio- que terminan presentando verdades ficticias que son premisas para sucesivas deducciones, destruyendo “la objetividad judicial”. Nosotros por nuestra parte, consideramos valioso el abordaje de Cossio pero entendemos que más que hablar de objetividad judicial preferimos referirnos al tópico como un problema de coherencia en la construcción de una decisión colectiva. Analizaremos a continuación los ejemplos que el iusfilósofo argentino nos ofrece en el citado trabajo.

Cossio pone como ejemplo el caso de un tribunal compuesto por tres miembros que deben resolver una cuestión de hecho y una cuestión de derecho. Al considerar la cuestión de hecho, el juez **A** juzga que está probado que el acusado es el autor de la conducta que se tiene para juzgar; sin embargo, al tratar la cuestión de cuál es el derecho aplicable, el juez **A** entiende que de acuerdo con el marco jurídico vigente la conducta analizada no es pasible de sanción. A su turno, el juez **B** no considera probado que el imputado sea el autor de la conducta a juzgar (cuestión de hecho), pero si considera que esa conducta –de haber ocurrido- resulta sancionada por el orden jurídico. Finalmente, el juez **C** halla pruebas suficientes para considerar al acusado autor del hecho y también que esa conducta merece ser sancionada según las leyes. La situación, si la dividimos en cuestiones, nos plantea –siempre siguiendo a Cossio- el esquema que se refleja en el cuadro n° II (ver Anexo).

⁷ Cossio, Carlos; *El derecho en el derecho judicial*; AbeledoPerrot; Bs. As., 1967, 3ra. Edición, págs. 190 y sgtes.

Aparece un interesante aspecto. Si sumamos los votos del tribunal relativos a la primera cuestión en forma horizontal -según Cossio esta sería una forma artificial- llegamos a tener por probado que el acusado es autor del hecho; si esta premisa es consolidada como una verdad legal desde la cual continuar con el razonamiento y decisión, debemos sumar los votos relativos a la segunda cuestión -la cuestión de derecho- también en forma horizontal. Corolario: se llega a una condena por dos votos contra uno. Si por el contrario, los votos se suman en forma vertical, es decir "la composición de lugar del juez pasa del substrato al sentido y viceversa cuantas veces sea necesario para comprender el caso"⁸, el resultado es diferente pues el juez A llega a la conclusión de que el acusado no debe ser condenado, porque aun siendo autor del hecho, según la ley esa conducta no es punible. El juez B llega a una conclusión similar porque considera que el acusado no es autor del hecho aun cuando en abstracto la conducta pueda ser sancionada. En cuanto el juez C, es el único que condena porque considera que el acusado es autor del hecho y la conducta punible.

En consecuencia, la división de cuestiones en donde las premisas tienen jerarquía de clausura o apertura sobre las cuestiones siguientes al sumarse horizontalmente rompe, según Cossio, el proceso de comprensión y el resultado es diferente al que ocurre de seguirse la suma vertical de los votos en donde el juez comprende el caso y no queda sometido a una construcción troquelada artificialmente y que impide fluir hermenéuticamente sin verse encorsetado el abordaje por subconclusiones. En rigor, tal como claramente lo señala Cossio, con la votación a través de la división en cuestiones y su suma horizontal se violenta la conciencia del juez que ve sustituida su conciencia por una premisa de clausura que no puede discutir aun cuando lo deriva

hacia una solución del caso a la que jamás habría arribado de haber hecho su voto sin el troquelado que le impone la división por cuestiones. En el ejemplo, el juez B al sumarse su voto horizontalmente va en contra de su conciencia porque debe aceptar que, para un hecho que él considera que no hay pena, deba establecerse una. La situación se puede reproducir también en tribunales con una composición mayor, incluso en esos casos la paradoja queda oculta o diluida en la mixtura de la votación o cuando aumenta la cantidad de cuestiones subordinantes. Sin embargo, la paradoja subsiste y las incoherencias también.

La paradoja que plantea Cossio, también denominada paradoja doctrinal se da en cualquier cuerpo colegiado cuando al integrarse las decisiones o veredictos individuales resulta una decisión distinta a la que se obtiene si se dirime colectivamente cada premisa y, en base a esas conclusiones colectivas preliminares, se llega a la decisión final. La paradoja doctrinal se produce cuando la decisión final es distinta según que las preferencias o votos individuales se integren en forma horizontal (por votante) o de forma vertical (por asunto). Veamos un ejemplo clásico de la paradoja doctrinal.

Manuel Conthe, nos plantea el siguiente supuesto⁹:

"Consideremos un pleito civil por incumplimiento de contrato y formulemos dos preguntas:

1ra. ¿Es válido el contrato invocado por el demandante?

2da. Admitiendo en teoría que lo fuera, ¿incumplió el demandado sus obligaciones?

El Tribunal está integrado por tres magistrados y cada uno de ellos entiende que sólo si se cumplen ambas condiciones sería procedente condenar al deman-

⁸ Cossio, ob. cit.

⁹ Conthe, Manuel; *La paradoja del bronce; Espejismos y sorpresa en el mundo de la economía y la política*. Noema. Madrid. 2007, págs. 131 y sgtes.

dado por incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Si los tres jueces del Tribunal mantienen criterios distintos sobre esas preguntas, es muy posible que el veredicto dependa del procedimiento de decisión que se siga. Supongamos, en efecto, que el juez A responda afirmativamente sólo a la primera, el B sólo a la segunda y el C responda afirmativamente a ambas. Pues bien, si los jueces votan directamente y condenan o no al demandado, éste quedará exento de responsabilidad, pues los jueces A y B no querrán condenarle. Pero al resultado opuesto se llegaría si se dilucidan por orden las cuestiones, pues tras corroborar los jueces A y C que el contrato

era válido, los votos de B y C condenarían al demandado por haberlo incumplido”.

La paradoja doctrinal, también conocida como “dilema discursivo” o paradoja de Ostrogorski, nos alerta acerca de cómo una decisión final pueda estar definitivamente desacoplada de las preferencias individuales, y esto ocurre según que tales preferencias se integren en forma horizontal (por votante) o de manera vertical (por asunto). La paradoja puede presentarse no sólo en decisiones de tribunales colegiados sino en asambleas, en el sistema electoral, etc.

Anexo

Cuadro n° I

Primera Instancia (número de jueces)	Admite demanda (1)	-
Segunda Instancia (número de jueces)	Admiten demanda (3)	-
TSJ (número de jueces)	Admiten demanda (5)	-
Corte (número de jueces)	Admiten demanda (3)	Rechazan demanda (4)

Cuadro n° II

<i>Cuestiones</i>	<i>Juez A</i>	<i>Juez B</i>	<i>Juez C</i>
¿El acusado es autor material del hecho?	Si	No	Si
¿El hecho es punible?	No	Sí	Sí

La razonabilidad de una decisión judicial

María Lorena Tula del Moral (*)

* Abogada. Especialista en Administración de Justicia (UBA). Secretaria del Juzgado de Primera Instancia Penal, Contravencional y de Faltas Nº 15 del poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Docente de la materia "Derecho Constitucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (UBA).

El presente artículo tiene como objetivo analizar, la garantía del debido proceso legal a través de sus dos aspectos, esto es, por un lado el principio de legalidad y por el otro el principio de razonabilidad. Para luego, poder establecer y comprobar cómo se construye la razonabilidad en una decisión judicial y realizar sobre la misma un test de razonabilidad con el fin de determinar si resulta constitucional. Ello lo será analizado a la luz de los fallos que emitió la Corte Suprema de Justicia de la Nación a lo largo de la historia argentina.

I. El debido proceso legal

Para comenzar debemos establecer algunos conceptos. Que se entiende por debido proceso legal en el marco de la constitución Argentina? Tradicionalmente el debido proceso tuvo sus orígenes con una descripción de las reglas básicas a las que se debía someter el derecho de defensa (tomado de la Constitución americana) y cualquier violación al derecho de defensa su referente inmediato era el debido proceso. A partir de la reforma constitucional de 1994 y con la incorporación de los tratados internacionales se modifica y amplía este concepto. Es decir, se lo define como una garantía innominada porque no aparece configurada en forma expresa y con tal denominación en norma alguna del texto constitucional.

El debido proceso a diferencia de otras normas legales, no es una concepción técnica con un contenido fijo sin relación con el tiempo, el lugar, o las circunstancias. El debido proceso es flexible y requiere de protecciones procesales distintas según lo requiera cada situación particular. Asimismo incluye la protección de todos los derechos establecidos en la constitución nacional, aun cuando no estén nombrados, como los previstos en todos los tratados internacionales que fueron incorporados al bloque de constitucionalidad conforme el art 75 inc 22 de la Constitución Nacional. Es decir, sin garantías

procesales efectivas y certeras no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales, ya que es una garantía esencial de los derechos humanos.

Esta garantía, rige desde el comienzo del proceso y continúa a través de toda la instancia culminando con el derecho a una sentencia suficientemente motivada que pueda ser cumplida y ejecutada como los jueces han ordenado. Esta garantía se aplica a todos los procesos tanto al penal (teniendo que existir una acusación, defensa, prueba y sentencia siendo de vital importancia el derecho a ser oído en el proceso) como también a los procedimientos administrativos.

Es así, que es un instrumento constitucional para verificar en cada caso el grado de legalidad y legitimidad de las normas reglamentarias de los derechos constitucionales. Cabe señalar entonces, que la garantía del debido proceso legal en su condición de garantía constitucional amplia e innominada¹, encierra dos aspectos:

1. El debido proceso adjetivo: resguarda por un lado el principio de legalidad consagrado en forma genérica en el art 19 segunda parte de la Constitución Nacional. La ley como único instrumento idóneo para limitar los derechos, recepcionando el principio de libertad del hombre dentro del sistema y por otro lado el art 18 de la Constitución Nacional, en forma específica, el cual comprende todas las garantías procesales que tiene una persona, como el "escudo protector" contra la libertad individual. Encontramos en él la presunción de inocencia, derecho a ser oído, juez natural, nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo, nullum crimen, nulla pena, sine previa lege, plazo razonable, ser asistido por defensor, entre muchas otras.

2. El debido proceso sustantivo: que recepta y

¹ Conf. Cayuso, Susana G., Constitución de la Nación Argentina. Clave para el estudio inicial de la norma fundamental, pág. 124-155, Buenos Aires, La Ley, 2006 Pags.128-129.

resguarda el principio de razonabilidad en orden al contenido de la norma o acto. Esta plasmado en el art. 28 de la Constitución Nacional en la llamada parte dogmática, y dispone: «Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio».

Ahora bien, pasaremos a explicar con mayor extensión cada uno de ellos:

Principio de LEGALIDAD

Como señalamos anteriormente el principio de legalidad está plasmado en la segunda parte del artículo 19 de la Constitución Nacional cuando establece “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Esta norma se complementa con lo que anteriormente viene establecido en el texto constitucional en el art 14 cuando señala que “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”. Es así que del art 14 se desprenden dos principios básicos. Por un lado claro está que los derechos que enumera la constitución no son absolutos, como contrapartida podemos entonces afirmar que los derechos en su ejercicio son relativos. Por otro lado, el instrumento de limitación de los derechos es la ley.

Cuando la cláusula constitucional exige “LEY” para mandar o prohibir, ha entendido la doctrina mayoritaria², que no debe tomarse con tal rigor formal que solo reconozca como fuente la ley de las obligaciones aludidas en el artículo 19 a la LEY del congreso. Podemos ser obligados a hacer o abstenernos de hacer por cualquier ley inferior pero ella debe estar apoyada en la constitución. (leyes nacionales, reglamentos, sentencias, resoluciones provinciales, municipales dictadas por autoridad habilitada para ello dentro de su jurisdicción) en

virtud del principio de supremacía constitucional comprendido en el artículo 31 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, no podemos perder de vista que cuando hablamos de restricciones de derechos y según lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 6/86³, que debe entenderse el sentido estricto de la ley. Así en el considerando 22 estableció que la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afectan de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la constitución.

La razón del principio de legalidad estriba en que la obediencia que los individuos prestan a los gobernantes se funda racionalmente en la creencia de que ellos mandan en nombre de la ley y conforme a sus normas. Es así, que la finalidad del principio en estudio radica en afianzar la seguridad individual de los gobernados ya que es la ley la que predetermina las conductas dadas o prohibidas, de forma que los hombres puedan conocer de antemano lo que tienen que hacer u omitir, y quedar exentos de decisiones sorpresivas que dependen solo de una voluntad ocasional de quien manda⁴.

El principio de legalidad se complementa con la premisa que enuncia lo que no está prohibido está permitido. Una vez que la ley ha regulado la conducta de los mismos con los que les manda o impide hacer, queda a

3 Donde realiza una interpretación del art 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto a la expresión “LEYES”

4 Bidart Campos, Germán J., Tratado elemental de derecho constitucional argentino. Nueva Edición ampliada y actualizada a 1999-2000. Tomo I-A, pág. 799-309, Buenos Aires, Ediar, 2000. Pag. 802.

favor de ellos una esfera de libertad jurídica en que está permitido todo lo que no está prohibido.

Este principio es esencialmente formalista en cuanto exige la forma normativa de la ley para mandar o prohibir. La constitución está pensando cuando enuncia la fórmula del principio de legalidad en una ley constitucional, porque no basta la formalidad de la ley: es menester que el contenido de esa ley responda a ciertas pautas de valor suficientes. Es por ello que no basta que la ley cumpla con las formalidades en su sanción, es decir por el procedimiento adecuado y la autoridad competente para hacerlo sino que el acto debe tener contenido material de justicia. Por eso es fundamental dar contenido material de justicia al principio formal de legalidad. Para ello, acudimos al VALOR JUSTICIA, que constitucionalmente se traduce en el principio de razonabilidad. Cuando hablamos de justicia, como contenido axiológico de la norma, indefectiblemente nos remite al Preámbulo de la Constitución Nacional para comprender a este VALOR JUSTICIA como aquel que el constituyente tuvo en miras para proyectar un modelo de país.

En este punto cabe traer a colación, las palabras del Profesor Linares⁵:” nos referimos a ese conjunto no solo de procedimientos legislativos judiciales y administrativos q deben jurídicamente cumplirse para q una ley sentencia o resolución administrativa que se refiera a la libertad individual sea formalmente valida, aspecto adjetivo del debido proceso, sino también para q se consagre una debida justicia en cuanto no lesiones indebidamente cierta dosis de libertad juridica propuesta como intangible para el individuo en el estado de que se trate, aspecto sustantivo del debido proceso. Ej no basta que una ley sea dictada con las formas procesales constitucionales y dentro de la competencia o arbitrio

5 Conforme Juan Francisco Linares La razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina, Buenos Aires, Astrea, 2ª actualizada, 1970. Pag 107 y ss.

del órgano legislativo para q sea válida sino q es necesario q se respete ciertos juicios de valor a los q se liga íntimamente la justicia en cuanto orden, seguridad, paz, etc. De lo que resulta un campo mínimo de libertad del individuo oponible al estado mismo.

Con este contenido que le hemos dado, el principio de legalidad rezaría conforme lo ha señalado Bidart Campos⁶, de la siguiente manera: Nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley JUSTA no manda ni privado de lo que LA LEY justa no prohíbe.

Principio de RAZONABILIDAD

El derecho judicial se ha encargado de incorporar a nuestro derecho constitucional material este contenido que cubre la insuficiencia del principio formal de legalidad. La jurisprudencia nos muestra el ejercicio del control de razonabilidad de leyes y actos estatales y los descalifica como arbitrarios cuando hieren la pauta de justicia ínsita en la constitución.

Los jueces verifican el contenido de la ley mas allá de su forma, permitiéndose aseverar que el principio formal de legalidad cede al principio sustancial de razonabilidad, y que si la ley no es razonable (o sea arbitraria) resulta inconstitucional.

La garantía del debido proceso legal ha dado origen a la creación pretoriana del concepto de sentencia arbitraria como cuestión q habilita en control a través del recurso extraordinario federal. En este sentido y por aplicación de los dos aspectos que integran la garantía referida, la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁷, ha caracterizado a la sentencia arbitraria como aquella que no es la consecuencia razonada y razonable de los hechos, prueba y derecho aplicable al caso concreto. Tal falta de ade-

6 Bidart Campos, Germán obra ya citada, pag.803.

7 Ver entre otros, CSJN, “Fallos 184:237, 246:87, entre otros. La Ley Online.

cuación afecta el derecho de defensa en juicio, constituye un pronunciamiento irregular de creación de la sentencia, en su carácter de norma individual y en definitiva tal irregularidad afectaría el principio de razonabilidad respecto del derecho sustancial involucrado.

El principio de razonabilidad no se limita a exigir que solo la ley sea razonable. Es más amplio, tanto el congreso cuando legisla, el poder ejecutivo cuando administra y el judicial cuando dicta sentencia deben hacerlo en forma razonable, el contenido de los actos debe ser razonable. Ya que de lo contrario el acto irrazonable es inconstitucional.

La regla de razonabilidad como señalamos al realizar la clasificación, esta prevista en el art 28 de la Constitución Nacional cuando expone "Los principios, derechos y garantías no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio". Cabe detenernos un momento para descubrir que entendemos por "Alterar" según la Real Academia Española significa (Del lat. *alterāre*, der. de *alter* 'otro'). **1.** Cambiar la esencia o forma de algo. **2.** Perturbar, trastornar, inquietar. **3.** Enojar, excitar. **4.** Estropear, dañar, descomponer. Es así que tomando este concepto constitucionalmente podemos entender que la alteración supone arbitrariedad o irrazonabilidad. Toda actividad estatal para ser para ser conforme a la constitución debe ser razonable ya que sino estriamos frente a un acto inconstitucional

III. ¿Como se construye el estándar de interpretación del principio de razonabilidad?

Para evaluar la razonabilidad de un acto o ley emanado de los poderes públicos debemos acudir al test de constitucionalidad que ha diseñado el Dr. Linares que consta de tres niveles que los denomina escrutinios y a través de ellos analizar las pautas de control que ha establecido la Corte Suprema de la Nación en diferentes casos. Los mismos deben seguirse escalonadamente en cada caso concreto para llegar al tercer escrutinio donde se observa el control más profundo e intenso de la norma.

1. MAXIMA DE ADECUACION: ocurre cuando se hace una ponderación de medios y fines. Consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar. Es decir, este estándar de revisión pondera si el medio elegido es el adecuado para llegar al fin que se propuso sin analizar el mérito, oportunidad y conveniencia de la medida. Este criterio lo ha aplicado la Corte Suprema con la tendencia de avalar actos de gobierno y generalmente ha sido aplicado en todos los supuestos en los que se han encontrado en juego derechos económicos, sustentado la prevalencia de los intereses generales sobre los individuales. Casos, en general, de fuerte intervencionismo estatal en las relaciones particulares, donde en la mayoría de los cuales la legislación había sido dictada invocando situaciones catalogadas como de emergencia económica y mediante las cuales se establecen categorías de sujetos llamados a soportar el peso de las medidas respecto de otros a favor de los cuales se establecían. Por ejemplo en el fallo "**Ercolano A. c/ Lanteri de Renshaw**" (1922)⁸ donde se discutió la constitucionalidad de la ley 11.157, que prohibía cobrar durante dos años contados desde su promulgación por la locación de casas, piezas y departamentos destinados a habitación, comercio o industria,

8 CSJN, 28/4/1922- Fallo: 136:161 "Ercolano, Agustin C/Lantieri de Renshaw, Julieta".

un precio mayor que el que se pactaba por los mismo el 1ro de enero de 1920. La Corte falló a favor de la constitucionalidad de la norma sosteniendo que:

“...le incumbe únicamente pronunciarse acerca de los poderes constitucionales del Congreso para establecer la restricción de usar y disponer de la propiedad que encierra la ley impugnada, teniendo para ello en cuenta la naturaleza, las causas determinantes y la extensión de la medida restrictiva... No habiéndose, acreditado en el juicio que el alquiler devengado el 1ro de enero de 1920 por la habitación de que se trata, no fuese razonable en el momento de la promulgación de la ley y dado el corto tiempo transcurrido entre esas dos fechas, cabe presumir que el límite fijado por la ley 11.157 satisface en el caso las condiciones necesarias de razonabilidad”.

También en el fallo **“Avico, Agustín c/ Saúl de la Pesa” (1934)**⁹ se reconoce la constitucionalidad de la ley 11.741 sobre moratoria hipotecaria y reducción de la tasa de interés. Con cita de jurisprudencia de la Corte de EEUU referida a la garantía del debido proceso legal, expresa: “solo requiere que la ley no sea irrazonable, arbitraria y caprichosa y que los medios elegidos tengan una relación real y sustancial con el objeto o finalidad que se procura alcanzar” concluye:

“que los medios empleados: la moratoria para el pago del capital por tres años, y los de los intereses por seis meses vencidos, así como el máximo del 6% son justos y razonables, como reglamentación o regulación de los derechos contractuales”.

En materia de intervención estatal en el campo económico y social, con imposición de las cargas económicas en el fallo **“Inchauspe, Hnos c/ Junta Nacional**

de Carnes” (1944)¹⁰. Al referirse a los poderes reglamentarios del Estado, consideró que dentro de ellos:

“tienen fácil cabida todas aquellas restricciones y disposiciones impuestas por los intereses generales y permanentes de la colectividad, sin otra valla que la del art. 28 de la CN. Después de referirse a los criterios amplio y restringido, con que ha sido contemplado en los EEUU, la Corte ha dicho que acepta el más amplio porque está más de acuerdo con nuestra Constitución, que no ha reconocido derechos absolutos... sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de su atrición legislativa, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general”.

Por último, considera que el actor no demostró que los medios arbitrados por el Poder Ejecutivo y el Congreso no guarden relación con los fines que se propusieron en defensa de la ganadería nacional ni que sean desproporcionadas con respecto a éstos, concluyendo que “todas esas circunstancias convencen de la razonabilidad de las medidas adoptadas por la ley”. De esta manera, el análisis de razonabilidad encontraría dos cauces: los fines y medios de las normas. Por un lado, examina si el medio utilizado resulta desproporcionado, es decir, si aunque obtiene el fin perseguido, lo excede; por otro, si el medio guarda relación de causalidad con el fin, aunque existan otras alternativas para el legislador. La diferencia parece sutil, pero no es así. Si el intérprete entiende que además de la relación de causalidad debe existir la proporcionalidad entre el medio y el fin, esta opción permite una mayor tutela judicial de los derechos afectados. Y siguiendo esta línea, también lo ha efectuado en el fallo **“Cine Callao”**¹¹ cuando el Tribunal declaró la constitucionalidad de la ley 14.226 que esta-

¹⁰ CSJN, 1/9/1944-Fallo: 199:483 “Inchauspe Hnos, Pedro C/ Junta Nacional de Carnes”.

¹¹ CSJN, 22/06/1960- Fallo: 247:121 “Cine Callao s/ interpone recurso jerárquico c/ resolución dictada por la Dirección Nacional de Servicio de Empleo”.

blecía la obligación de incluir espectáculos artísticos vivos de variedades en los programas de las salas cinematográficas de todo el territorio de la Nación para resolver el problema de la desocupación del sector. Sin embargo, Boffi Boggero, en su disidencia, profundizando el control de razonabilidad en el caso antes reseñado “Fernandez Orquin” concluye diciendo que:

“puede decirse del art. 1° de la ley 14.226 que, bajo títulos tan plausibles de protección social, no ha elegido uno de los numerosos medios razonables con que la Constitución facilita las soluciones sociales. Como bien lo señala el procurador general... la autoridad tenía atribuciones indiscutibles para solucionar el problema, sea creando fuentes de trabajo con sus propios fondos, o bienes, empleando el procedimiento del subsidio”.

Mediante su disidencia, como también lo manifestó en su dictamen el entonces Procurador General, Dr. Sebastián Soler, alertaron acerca de las peligrosas consecuencias que significarían para el sistema institucional argentino lo que hoy denominamos el estándar de revisión más débil. Allí sostuvo que: «Cuando un determinado poder, con el pretexto de encontrar paliativos fáciles para un mal ocasional, recurre a facultades de que no está investido crea, aunque conjure aquel mal, un peligro que entraña mayor gravedad y que una vez desatado se hace de difícil contención: el de identificar atribuciones legítimas en orden a lo reglado, con excesos de poder. Poco a poco la autoridad se acostumbra a incurrir en extralimitaciones, y lo que en sus comienzos se trata de justificar con referencia a situaciones excepcionales o con la invocación de necesidades generales de primera magnitud, se transforma, en mayor o menor tiempo, en las condiciones normales del ejercicio del poder. De esto se hace después una práctica. Así se va formando lo que se da en llamar «una nueva conciencia».

En síntesis, el primer escrutinio parece ligar de

un modo proporcional el antecedente fáctico a la consecuencia jurídica. Dicha proporcionalidad parece estar determinada por la relación entre fines y medios y pareciera indicar la necesidad de que exista suficiente justificación en la misma. El principio de proporcionalidad en sentido estricto significa que la aplicación de un determinado instrumento o medio para alcanzar un determinado objeto o finalidad no debe ser irrazonable en sus relaciones recíprocas. Ahora bien, ¿Cuáles son las pautas objetivas que se tienen en cuenta para determinar que algo es proporcional a algo? Determinar la proporcionalidad no parece suficiente garantía de la razonabilidad entre el medio elegido y el fin propuesto. El criterio de proporcionalidad implica revisar la relación entre medios y fines como algo cerrado, marginando el control acerca de la existencia de relación de causalidad suficiente o de medios alternativos, menos intrusivos de los derechos individuales involucrados, para la obtención de idéntico fin. Tales apreciaciones críticas permiten sostener que constituye un control de razonabilidad débil, no suficientemente objetivado y de alto contenido discrecional respecto del análisis de la decisión política sometida a revisión. En consecuencia, la ausencia de suficiente valoración jurídica afecta valores sustantivos del sistema, la seguridad jurídica y la previsibilidad.

2. MAXIMA DE SEGURIDAD: Se trata de verificar la existencia de un medio menos gravoso o lesivo. Se avanza en analizar no ya si el medio es adecuado al fin sino si el medio elegido pudo ser reemplazado por otro que, igualmente conducente y proporcionado al mismo fin, resulte menos lesivo o gravoso para el derecho o libertad que se pretenda restringir. Este nivel intenta encontrar medios alternativos menos intrusivos y grado de interés del Estado.

En esta etapa, la Corte ha tomado un antecedente

te norteamericano¹² q ha tenido influencia en la Argentina para intensificar el tipo de control de razonabilidad.

Hay dos casos que resulta interesante señalar de la Corte Suprema que se han dictado en el mismo año (1989) y en los cuales se han resultado de manera disímiles. En el **-fallo Portillo**¹³- en el cual se encontraban en juego la objeción de conciencia en materia religiosa y la obligación de armarse en defensa de la patria -reglamentado por la ley de servicio militar obligatorio vigente en esa época-, ambos con consagración constitucional expresa, la Corte Suprema Argentina, en mayoría, consideró por primera vez la aplicación de un control de razonabilidad más intenso. Construyó el estándar a partir del análisis de los intereses del Estado y su comparación con el interés constitucional subyacente en el derecho fundamental de objeción de conciencia. Así considera que el interés estadual podía ser satisfecho con servicios alternativos que no fueran la preparación en armas. De ese modo integró los dos preceptos constitucionales. La exigencia del servicio militar con preparación en armas resultaba irrazonable en tiempo de paz, frente al derecho constitucional de objeción de conciencia y, por lo tanto, no aparecía justificada como respuesta respecto de la axiología del sistema integral¹⁴.

12 Caso «Griswold», se planteó la inconstitucionalidad de una ley estadual que prohibía la prescripción de métodos anticonceptivos, invocando la violación del derecho a la privacidad. La Corte Norteamericana resolvió: 1) Encuadrar el derecho como protegido por el sistema constitucional de los Estados Unidos a través de una valoración jurídica de derechos explícitos, garantías y principios constitucionales. Considera el derecho a la privacidad dentro de la categoría de derechos funda mentales. 2) Aplicar el debido proceso sustantivo a los efectos de evaluar la razonabilidad de la restricción. A tales efectos analiza los fines per seguidos por el Estado y el tipo de interés invocado. No cuestiona la legitimidad ni del fin ni del interés en que se funda. Revisa la relación entre la medida restrictiva -medio elegido- y su idoneidad para satisfacer el fin propuesto. La regla que construye puede sintetizarse del siguiente modo: El interés acreditado no tiene la característica que demuestre que el mismo sólo puede ser satisfecho con el medio elegido. El Estado tenía otros medios alternativos menos intrusivos en el derecho individual involucrado. La ley estadual no resiste el standard de control del debido proceso sustantivo.

13 CSJN, 18/4/89- Fallo: T. 312 P. 496 "Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 ley 17.531".

14 Conforme Cayuso, Susana, "La aplicación del principio de razonabilidad y las

En otro fallo, el caso **Arena**¹⁵ la mayoría de la Corte estableció que:

"el examen de las medidas adoptadas por el servicio penitenciario federal respecto de la accionante no autoriza a concluir que aquellas sean manifiestamente arbitrarias, toda vez que de no existir en la actualidad medios alternativos para detectar la presencia de objetos peligrosos en aquellos visitantes que pretenden tener contacto físico con los internos. No desconoce el tribunal la fuerte intromisión que las medidas impugnadas provocan en el derecho a la intimidad de la actora, pero es precisamente el caso de autos el cual resulta aplicable la doctrina según la cual son legítimas las medidas fuertemente limitativas de la libertad individual cuando aquellas tienden a preservar un valor vital -como lo es la preservación de la integridad física de los internos- y no aparecen existir vías alternativas menos restrictivas para satisfacer dicho interés estatal".

En este caso a diferencia de Portillo la Corte en su mayoría no encuentra un medio menos lesivo para proteger el derecho a la intimidad, el pudor y la dignidad de la persona y conservar del mismo modo la seguridad y custodia del servicio penitenciario federal. En consecuencia, avanza a un control más intenso de razonabilidad -tercer escrutinio-, a la máxima proporcionalidad del medio jurídico porque privilegia la seguridad del penal frente al derecho de intimidad de la persona. Ahora bien, cabe preguntarse entonces si no ello resulta razonable y si efectivamente no había una alternativa menos gravosa, lesiva, para proteger el bien jurídico del estado traducido en la seguridad del penal y garantizar

limitaciones a los derechos fundamentales". En: Pensamiento Constitucional Año VI N° 6, pág. 384-400

15 CSJN, 21/11/1989- Fallo: 312:2218 "Arena, María y Lorenzo, Kakis S/ Amparo". Trata sobre un interno detenido que le encontraron explosivos en su celda. A raíz de ello comenzaron a efectuarle requisas intrusivas (vaginal) a su esposa e hija de 14 años como requisito previo al ingreso al penal cuando iban a visitar a Lorenzo.

la dignidad de la mujer y la menor? Es clara que la respuesta de la mayoría es no. Analizó los medios pero no encontró alternativas. A diferencia de ello, en su solitario voto, el Dr. Fayt establece que en el caso había métodos alternativos menos gravosos para proteger los derechos de la Sra. Arena y su hija como por ejemplo que al ingresar del penal se utilicen sillas o banquetas detectoras de posibles objetos que se intente ingresar.

La adopción de esta decisión por parte de la mayoría de la Corte, generó que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realice el Informe 38/96 donde aconsejan que los estados parte deben organizar su estructura interna de manera que asegure el pleno goce de los derechos humanos. Vemos clara la diferencia de criterios que ha tenido la Corte en estos dos fallos señalados.

3. MAXIMA DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO: En esta máxima se intenta establecer que cuanto mayor es el interés del bien jurídico protegido mayor es la restricción de derechos. Para llegar a verificar este escrutinio se debe haber evaluado que el medio que se eligió es adecuado al fin –máxima de adecuación-, que no hay medios alternativos –máxima de seguridad- para luego avanzar en el análisis de razonabilidad y así establecer si esa restricción de derecho se condice con el bien jurídico que quiero proteger o es arbitrario.

En este escrutinio es donde se plasma la razonabilidad estricta del acto ya que las dos primeras máximas son solo de medios.

Un fallo de la Corte, entre otros, donde se puede verificar que la Corte llegó a este tercer análisis de razonabilidad de la norma se da en el fallo Peralta¹⁶ donde la Corte entendió que el Decreto de Necesidad y Urgencia 36/90 era constitucional. Ello por entender, que la sustitución obliga-

toría de los depósitos a plazo fijo en las entidades de todo el sistema financiero del país, por láminas de empréstito a diez años de plazo denominado Bonex 93 era adecuada para la crisis económica que atravesaba la Argentina. El voto mayoritario sostuvo una renovada concepción del principio de separación de poderes, e invocó la “interpretación dinámica de la Constitución” y reconoció la validez constitucional del decreto. 36/90 condicionado por dos razones fundamentales: 1) que, en definitiva, el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados y 2) porque ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos de los arbitrados. La Corte afirma que el derecho de emergencia no nace fuera de la Constitución, sino dentro de ella, junto a derechos cuyo goce la Constitución establece para todos los habitantes y que al goce se hará conforme a la leyes que reglamenten su ejercicio, sin desnaturalizar a aquéllos. En cuanto a la emergencia, ratifica que “no puede ser fijada de antemano en un número preciso de años o de meses. . . dura todo el tiempo que duran las causas que la han originado”. En conclusión entiende que el medio (dictar el DNU) era adecuado al fin (crisis económica) y que no había un medio menos lesivo que permita proteger el derecho el derecho de propiedad de los ciudadanos, justificando y avalando constitucionalmente esa restricción.

IV. Consideraciones finales

Lo que se ha querido demostrar a través del presente artículo es la importancia del control de razonabilidad que se debe hacer de las normas como así también al momento de adoptarse una decisión judicial en un caso concreto. Del análisis de los fallos de la Corte Suprema se puede observar que en pocas oportunidades ha trascendido su análisis hasta el

¹⁶ CSJN, 1990 Fallo, 313:1513 “Peralta, Luis A. y otro c/Estado nacional (Ministerio de Economía -Banco Central-).

tercer escrutinio, estancándose en el más débil (evaluando medios y fines) y así no avanzar al control profundo de razonabilidad. Considero que debemos reconsiderar la importancia de la razonabilidad en el derecho, principalmente la aplicada a la labor jurisdiccional, a fin de hacer más humanos los fallos de nuestros tribunales, a través de la imposición de medidas que obliguen a los juzgadores atender y ser más prolíferos en los argumentos vinculados con los conceptos de justicia y equidad.

Ello toda vez que tanto el principio de razonabilidad como el de legalidad forman parte de una garantía esencial que nos brinda el marco constitucional, debido proceso legal, entendiéndose como una herramienta que nos concede para hacer valer los derechos o libertades previstos no solo en el ordenamiento interno sino también en el internacional, frente a cualquier intento de vulneración por parte del estado.

V. Bibliografía consultada

Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 4º Edición, 2 Tomos, Buenos Aires, La Ley, 2008.

Cayuso, Susana G., *Constitución de la Nación Argentina. Clave para el estudio inicial de la norma fundamental*, pág. 124-155, Buenos Aires, La Ley, 2006.

Sabsay, Daniel A., *Manual de Derecho Constitucional*, pág. 264-274, Buenos Aires, La Ley, 2011.

Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino. Nueva Edición ampliada y actualizada a 1999-2000*. Tomo I-A, pág. 799-309, Buenos Aires, Ediar, 2000.

Linares, Juan Francisco, *La razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Astrea, 2º actualizada, 1970.

Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2004.

Gozáini, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional. El debido Proceso*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2004.

Dalla Via, Alberto Ricardo, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho constitucional*, pág. 870-879, Buenos Aires, La Ley, 2004.

Cianciardo, Juan. “Máxima razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales”, *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Vol. 41, 1999, pág. 45-55.

Sabsay, Daniel A., *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tº 1 – Arts. 1/35, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

Sola, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*- 2da. Edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006, pág. 579- 773.

Dalla Via, Alberto Ricardo, “Constitución, legalidad y debido proceso”. En: Donna, Edgardo Alberto (compil.), *Revista de Derecho Procesal Penal. Excarcelación*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2005, pág. 515-539.

Artículos de Doctrina:

Cayuso, Susana, “La aplicación del principio de razonabilidad y las limitaciones a los derechos fundamentales” En: *Pensamiento Constitucional* Año VI N° 6, pág. 384-400.

Cayuso, Susana. “Corte Interamericana de Derechos Humanos. El principio de legalidad y el principio de razonabilidad” En: *SJA* 10/9/2008; *JA* 2008-III-264, 2008

Dalla Via, Alberto R. “Las garantías constitucionales

y la tutela judicial efectiva". En: SJA 25/3/2009; JA 2009-I-1098, 2009.

Cianciardo, Juan. *"Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad"*. En: La Ley, N° 72, 2009, pág. 1-4.

Paradigma ético de los centros de capacitación judicial en el siglo XXI

Claudina Xamena (*)

* Secretaria General de la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta.

“Estudia. El Derecho se transforma constantemente, si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos abogado.”

Eduardo Couture

I. Preludio

Con motivo de la celebración de los primeros quince años de vida institucional del Centro de Formación Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, resulta propicio analizar la temática de la capacitación que desarrollan los Centros de Capacitación a la luz de la ética judicial.

Como punto de partida en el presente trabajo monográfico, nos planteamos el siguiente interrogante: ¿Es éticamente exigible que los jueces se capaciten? Y luego más ambiciosamente, nos interrogaremos ¿cuál es el rol de los centros de capacitación ante esta exigencia ética?

II. Evolución de los centros de capacitación

Impulsados por la Junta Federal de Cortes, desde su fundación en 1994, los Poderes Judiciales Provinciales fueron creando dentro de sus estructuras dependencias que tuvieran a su cargo llevar adelante la capacitación de sus integrantes. Podría decirse con soltura que, al año 2014, existe en los ámbitos de cada Poder Judicial Provincial una oficina, en su mayoría dependiente directamente de la Corte o Superior Tribunal, llamada a organizar y desarrollar las tareas de capacitación. Sin perjuicio de la denominación que se le haya impuesto (escuela judicial, centro de capacitación, instituto de perfeccionamiento, entre otros), de la formulación de sus estatutos o instrumento de creación, de la dotación de sus recursos humanos o de la infraestructura con la que cuenta, cada centro de capacitación se caracteriza por una impronta propia

que los distingue de los demás y que enriquece al resto.

La Escuela Judicial nació como una alternativa de capacitación diferenciándose de las facultades de derecho dependientes de las universidades, por cuanto brindan una sólida formación ética y herramientas en la tarea específica de la tarea de administrar justicia.

III. Exigencias éticas de la capacitación judicial

Esta etapa de creación de los centros judiciales ha quedado suficientemente superada y los congresos anuales de capacitación judicial organizados desde REFLEJAR son solo una prueba de la consolidación de su existencia, por lo que deviene innecesario justificar su existencia.

En un trabajo elaborado por los Dres. Rodolfo Vigo y Silvana Stanga sobre “Ética Judicial y centros de capacitación en Argentina”, publicado en Santa Fé de Bogotá, en abril de 1999, se abordaba el reclamo teórico y práctico de la ética judicial en torno a catorce exigencias de carácter no exhaustivo a desarrollar por los, en aquel entonces, flamantes centros judiciales:

1. Independencia e imparcialidad judicial
2. Exigencia de superación del juridicismo
3. Capacidad justificatoria
4. Conciencia constitucional
5. Actitud innovadora
6. Conciencia democrática
7. Conciencia institucional
8. Inserción social
9. Generosidad Laboral
10. Humildad

11. Inquietud formativa
12. Responsabilidad judicial
13. Recato o decoro
14. Sentido público

Aquel artículo doctrinario que data de quince años –en coincidencia con la antigüedad del CFJ– nos ha inspirado a reflexionar sobre la actual significación ética de dichas exigencias en los actuales centros de capacitación.

La exigencia ética de independencia e imparcialidad judicial se mantiene como paradigma¹ imprescindible. La tarea de formar jueces imparciales e independientes se ha mantenido y reforzado en los centros de capacitación, y es lo que continúa legitimando a los jueces, en su doble faz: es un deber para los jueces y es un derecho de los justiciables exigir un servicio de calidad que les garantice la solución justa.

Si analizamos los planes académicos de las escuelas judiciales actuales verificamos que la segunda exigencia, superación del jurisdicidismo, se encuentra cumplida. El perfeccionamiento del juez no se limita a conocer las normas jurídicas, sino que avanza para interrelacionarse con otras ciencias que intervienen en los procesos judiciales. Por eso no es extraño encontrar en las currículas de las escuelas, cursos de abordaje interdisciplinarios en los que participan asistentes sociales, psicólogos, sociólogos, para comprender integralmente una problemática judicializada. Otra prueba del aprendizaje holístico, lo constituyen los cursos dictados sobre pericias judiciales.

La conciencia constitucional imponía como desafío que los centros de capacitación judicial pudieran

asumir la enseñanza del derecho constitucional en forma transversal, en todas las materias. Hoy pueden encontrarse capacitaciones enfocadas en el derecho procesal constitucional, como materia autónoma, e incluso derecho constitucional de familia, derecho constitucional penal, laboral, y así sucesivamente, por lo que esta exigencia ha sido llevada a la práctica.

En cuanto a la actitud innovadora, los centros judiciales en las últimas décadas también incorporaron la informática en sus planes de estudio con la llegada del expediente electrónico y las notificaciones electrónicas, marcando una respuesta favorable a las nuevas modalidades de acceso a la información.

Como parte de la capacitación judicial que se imparte, se comenzó a analizar las teorías de la argumentación porque se advirtió que las corrientes iusfilosóficas, como Alexy, Finnis, entre tantos, son útiles para mejorar la fundamentación de las sentencias, con el objetivo de perfeccionar la capacidad justificatoria en los jueces. Para alcanzar este objetivo, se hace incapié en que los magistrados comprendan el problema jurídico que se les presenta y lo resuelvan ponderando los intereses en juego, con claridad expositiva, coherencia lógica y solidez en la argumentación para sustentar la postura que se acepta y refutar la que se rechaza. Esta tarea se desarrolla con mejor amplitud en los talleres de jurisprudencia que dictan los centros de capacitación en los que se enseña a valorar el manejo de la jurisprudencia pertinente al caso concreto, según la complejidad del caso.

La actitud innovadora se refleja también en las actividades de sensibilización que realizan los centros de capacitación, labor impensada en décadas anteriores en donde todo se concentraba la atención en el dictado exclusivamente de cursos de capacitación. En esta exigencia se enrolan los talleres de sensibilización que dicta la Oficina de la Mujer sobre perspectiva de género y trata

¹ La palabra paradigma se emplea en el sentido de modelo que describe, prescribe y crítica a la interpretación jurídica cumplida por los jueces, siguiendo las enseñanzas de Thomas Kuhn.

de personas, en estos casos no se busca enseñar el articulado de una convención internacional específica a los magistrados, sino de internalizar la aplicación transversal de los mismos en todas las áreas del derecho.

La conciencia democrática entendida en la magistratura como un servicio que se presta y por tanto exige que se informe a la población, se refleja en las capacitaciones sobre justicia y medios de comunicación, en los talleres organizados para la prensa y los jueces, en la formación conjunta de periodistas y jueces. Esta tendencia, aunque incipiente, ha comenzado a despertar interés en ambos sectores: prensa y poder judicial.

En cuanto a la conciencia institucional, el desafío de que los centros de capacitación se convirtieran en un espacio para el encuentro, donde los magistrados compartan y proyecten soluciones a problemas comunes se alcanza en las actividades de debate y participación abierta previas. Quizás esta exigencia sea una de las más arduas a llevar adelante porque se trata de convencer a los jueces de que concurran a la escuela judicial para escucharse entre ellos mismos y no a un conferencista, experto o docente. Las mesas interdisciplinarias sobre problemas judiciales y los talleres de debate sobre aspectos de reformas procesales son algunos escasos ejemplos de esta actividad.

Respecto a la inserción social, octava exigencia, hace quince años se alentaba desde la creación de los centros de capacitación que estas dependencias establecieran “puentes con la sociedad”, dada su integración por jueces con vocación de servicio. Los Centros de Capacitación Judicial han comprendido cabalmente este reclamo social de que los jueces abandonen sus despachos y se acercaran a la comunidad. Esta exigencia de inserción social de los jueces del siglo XXI se traduce en el acercamiento del magistrado hacia la sociedad, especialmente visitando establecimientos educativos,

acercando la justicia a las escuelas. Estos programas se desarrollan en la mayoría de los Poderes Judiciales provinciales bajo el nombre de “La Justicia sale a Las Escuelas” o “Jueces y Escuelas”, donde se difunde entre los futuros usuarios del sistema judicial cuáles son las vías de acceso a justicia. Otros programas establecen comunicaciones con vecinos, en centros barriales, con programas como “La Justicia y El Vecino”.

La generosidad laboral, entendida como el aporte de los jueces en los centros judiciales además del trabajo jurisdiccional que llevan adelante en sus despachos, logró que las escuelas judiciales brinden capacitación organizada por jueces para otros jueces. Integrar la escuela judicial significa sumar a las horas de trabajo y audiencias en el juzgado, otro tiempo adicional en la organización de las capacitaciones.

Los centros de capacitación se han convertido en espacios que favorecen la crítica científica, colaborando en la mejora del servicio de justicia. No en pocos talleres o debates se somete al análisis de los concurrentes la responsabilidad judicial científica respecto al acierto o desacierto de las argumentaciones empleadas por un magistrado. La responsabilidad científica juzga la actuación de los magistrados desde la perspectiva de la calidad de las sentencias que dictan y por ende la escuela judicial es el ámbito donde se practica el contralor académico de fallos, analizados en clases o talleres de estudio.

Los aspectos de las restantes responsabilidades judiciales son tratados por los centros de capacitación en cursos referidos a la actividad de los jurados de enjuiciamiento, en las clases sobre responsabilidad penal, inmunidades de los jueces, estatus constitucional de los magistrados, objeción de conciencia, entre otros. En este acápite también queda comprendido el decoro, penúltima exigencia, dado que los justiciables exigen a los jueces la exteriorización de una conducta irreprochable

y este proceder es objeto de estudio en clases de ética judicial aplicada, que bajo diversas modalidades dictan los centros de capacitación judicial.

Finalmente, la última exigencia –el sentido político o la dimensión política del poder judicial– es aún resistida por los ámbitos académicos. En numerosas ocasiones se plantea como postura correcta a seguir que los jueces no gobiernen a través de sus sentencias, porque esta misión está a cargo del Poder Ejecutivo, renunciando de esta forma a ese tercio de poder político del que es titular en un estado constitucional de derecho.

IV. Los desafíos de las Escuelas Judiciales en el Siglo XXI

Prestigiosos juristas como el juez italiano Gustavo Zagrebelsky, Rodolfo Vigo, Alfonso Santiago, entre otros, coinciden en sostener que el Siglo XXI es el siglo del Poder Judicial, ya que los restantes poderes del estado tuvieron un rol protagónico en los siglos anteriores. Así, el siglo XIX fue el siglo del Poder Legislativo y el siglo XX, el siglo del Poder Ejecutivo.

En este contexto histórico el rol del juez ha cambiado. Los ciudadanos recurren con mayor frecuencia a la justicia en búsqueda del dictado de una sentencia que resuelva una situación de justicia social, importando una mayor participación en las problemáticas sociales. Cuestiones que antes quedaban exentas del análisis judicial, tales como las cuestiones políticas no justiciables, son hoy en día tratadas por nuestros magistrados. En materia de cuestiones políticas y electorales, la Corte Suprema de la Nación dio un ejemplo de esta incidencia en el caso “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c/ Provincia de Santiago del Estero s/acción declarativa de certeza”, ordenando la suspensión de la convocatoria a elección de gobernador y vicegobernador de la Provincia de Santiago del Estero. Si-

milar postura adoptó en el caso “Ponce, Carlos Alberto c/ Provincia de San Luis s/ acción declarativa de certeza”. En idéntica actitud se analiza la validez de decretos de necesidad y urgencia, que en tiempos atrás no eran controlados por el Poder Judicial.

El activismo judicial presente en la mayoría de las “Cortes Verdes”, llamadas de esta forma por Néstor Cafferrata en referencia a su marcada actuación en defensa del ambiente, exige una formación ética más exigente en los magistrados, que se traslada a los programas de capacitación de las escuelas judiciales. El desafío es lograr que esta tendencia se ejerza equilibradamente y con prudencia, respetando los principios del Estado de Derecho Constitucional. El Dr. Javier Tamayo Jaramillo, tratadista y ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia propone en un artículo publicado en el Diario La Ley, el 16 de enero de 2014, un activismo judicial limitado por el orden normativo, con contenidos morales y presenta este desafío como un nuevo derecho, que los centros de capacitación judicial deberán asumir.

La ética judicial al plantearse como objetivo la excelencia o perfección, desestima al juez mediocre². El magistrado idóneo es aquel profesional de la abogacía que además de conocer el derecho, es poseedor de actitudes éticas para aplicar al caso concreto el derecho que conoce.

En consonancia con este pensamiento, el Código Iberoamericano de Ética Judicial Iberoamericano, en su capítulo IV, especifica que un juez bien formado es aquel que conoce el Derecho vigente y ha desarrollado las capacidades técnicas y las actitudes éticas adecuadas para aplicarlo correctamente (art. 29). Si nos detuviéramos a pensar solo en esta norma ética, la capacitación judicial debiera tener al magistrado como sujeto beneficiario del saber, sin embargo el juez debe asumir un rol activo, de permanente colaboración en todas las actividades de la formación judicial.

² Vigo, Rodolfo, “Ética y Responsabilidad Judicial” Rubinzal Culzoni, 2007, pag. 15.

Para Claudia Katok, la ética judicial conduce necesariamente a la capacitación porque permite “concientizar, debatir y profundizar” la ética. Por ello, en su tesis³ “Lineamientos para una Mejor Capacitación en el Ministerio Público Fiscal” propone un círculo de retroalimentación desde la ética a la capacitación y de la capacitación a la ética, en una permanente retroalimentación o más conocido con el término inglés “feedback”.

Los Centros de Capacitación reciben en el Estatuto del Juez Iberoamericano⁴ un especial tratamiento y los convierten en responsables de la formación inicial de los jueces, diseñando, planificando y ejecutando los programas educativos y valorando sus resultados. En cuanto a la formación continua de los jueces establece dos modalidades de capacitación:

Obligatoria: Reviste obligatoriedad para los jueces para los ascensos, traslados que impliquen cambio de jurisdicción, reformas legales importantes, u otras circunstancias especialmente calificadas por el Superior Tribunal del que dependa el Centro de Capacitación.

Voluntaria: dejando al arbitrio del juez la posibilidad de asistir a los cursos, programas o talleres.

Respecto a la obligatoriedad de la capacitación para los jueces, es oportuno señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ordenó en el “Caso Forneron e hija vs. Argentina” Sentencia de 27 de abril de 2012 al Estado Argentino promover la capacitación de jueces y otros funcionarios relevantes sobre los derechos integrales de la niñez relativos al mejor interés del niño o la niña. Indicó que en el presente caso, la responsabilidad del Estado proviene en gran medida de la falta

de capacitación de sus funcionarios públicos. La Comisión solicitó que de acuerdo con una aproximación específica, el Estado realice programas de capacitación continua dirigidos a funcionarios públicos, principalmente, judiciales, en materia de adopciones y de determinación del régimen de guarda, custodia o visitas en casos en que los niños o niñas hayan sido legal o ilegalmente separados de sus familiares. La CIDH explicó que no le basta a un estado disponer protecciones o garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente.

Para cumplir con la reparación internacional impuesta a sus operadores, el Centro de Capacitación del Poder Judicial de Entre Ríos, fijó como estándar la carga horaria de 130 horas reloj para determinar la duración del curso en materia de derecho humanos y sus efectos en materia de derecho de familia, a las que deben asistir en forma obligatoria los integrantes del poder judicial de aquella provincia. Otro desafío significó el plazo fijado en la sentencia por la CIDH: un año para el cumplimiento de la capacitación por parte de todos los operadores.

Otro caso más reciente, es la reparación ordenada por la CIDH en el caso “Mendoza y otros vs. Argentina” Sentencia de 14 de mayo de 2013, en el que se ordena⁵ implementar en un plazo razonable, si no existieran programas o cursos obligatorios sobre los principios y normas de protección de derechos humanos y de la niñez, incluyendo aquellos relativos a la integridad personal y la tortura, como parte de la formación general y continua del personal penitenciario federal y de la provincia de Mendoza, así como de los jueces con competencia en delitos cometidos por niños. De esta forma, el control del juez interamericano tiene un impacto importante en la que desarrollan las escuelas judiciales.

Existe un aspecto de la idoneidad del juez que integra actualmente la capacitación judicial: el gerenciamiento

3 Cuadernos de Derecho Judicial, Claudia Katok, tesis para acceder al título de magister en magistratura y derecho judicial, de la Universidad Austral, publicada por Flores Editores en mayo de 2012.

4 Aprobado en la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Santa Cruz, Tenerife, Canarias, España, los días 23, 24 y 25 de mayo de 2001.

5 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/series_260_esp.pdf

de la oficina judicial. Este aspecto no quedaba comprendido antiguamente al decir que un juez era el mejor juez cuando sabía gerenciar correctamente la unidad judicial de la que era titular. El rol de liderazgo del juez comenzó a formar parte de los planes académicos de los centros judiciales en las últimas décadas, llegando en algunos casos a formar parte de la denominación del centro de capacitación, como sucede por ejemplo en el Centro de Capacitación y Gestión Judicial del Poder Judicial de Misiones. En gran medida las escuelas judiciales se han descubierto como herramientas de la gestión judicial, por ello no asombra que los últimos dos congresos nacionales de capacitación judicial hayan llevado como slogan “La gestión de calidad en el servicio de justicia” en el caso del congreso realizado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el año 2012, y por su parte “La gestión en los Poderes Judiciales – Las Escuelas Judiciales como herramientas” en el caso del congreso realizado en la ciudad de Salta en el año 2013, abordándose temas como la gestión aplicada a los procesos judiciales, la sistematización de la gestión de la capacitación, gestión de la calidad en la capacitación, entre otros aspectos.

Finalmente en esta misma orientación, es la tarea de diagnóstico y prospectiva del Poder Judicial, iniciativas acogidas por los Poderes Judiciales de Córdoba y Salta, mediante el relevamiento de la opinión de los jueces en su calidad de usuarios internos del sistema judicial.

V. Conclusión

El presente trabajo abordó los desafíos de los centros de capacitación judicial a la luz de la ética judicial. Del análisis de cada una de las exigencias éticas se observa que se incorporaron al quehacer de los centros - y en algunos casos se superaron- las exigencias de la inserción social, añadiéndose a las catorce originariamente formuladas, dos nuevas exigencias: la responsabilidad gerencial del juez y el activismo judicial.

La capacitación permanente demanda como estándar ético innegable el conocimiento actualizado del derecho vigente, local, nacional y comunitario. En este sentido, el Estatuto del Juez Iberoamericano refuerza esta conclusión al establecer la capacitación como requisito de idoneidad técnica y ética de quienes depende la calidad de la justicia.

A los dos interrogantes planteados en el inicio de este trabajo, debemos responder en esta instancia conclusiva de forma afirmativa: Sí, es éticamente exigible que los jueces se capaciten. Y como la ética judicial estudia al juez desde la perfección de su quehacer judicial, los centros de capacitación son las herramientas útiles para llevar al juez a ese estándar de perfección.

En el siglo XXI, no solo se trata de “decir el derecho”, sino de decirlo “lo mejor posible”.

VI. Bibliografía

Vigo, Rodolfo *“Ética y Responsabilidad Judicial”*, 1era Edición, Santa Fé, Ruinzal Culzoni, 2007

Vigo, Rodolfo & Gattinoni de Mujia, María, *“Tratado de Derecho Judicial”*, Tomo I, Sección 10- Ética Judicial Aplicada, 1era Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Estatuto del Juez Iberoamericano

Código de Ética Iberoamericano

Diario La Ley, Director Horacio Alterini, Buenos Aires, Argentina, jueves 16 de enero de 2014, páginas 1 a 4

