



PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2009

CENTRO DE FORMACIÓN JUDICIAL
CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES



Beruti 3345. 5° piso • Ciudad Autónoma de Bs. As. • C.P. C1425BBQ
Tel. 4014-5846/6144 • E-mail: cursos@jusbaire.gov.ar • www.jusbaire.gov.ar





Centro de Formación Judicial
Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma
de Buenos Aires.

Premio Formación Judicial 2009

1a ed. - Buenos Aires: Eudeba 2011.
496 p. : il. ; 14x21 cm.
ISBN: 978-950-23-1880-6
1. Formación Judicial
CDD 340.1



Eudeba
Universidad de Buenos Aires

© 2011
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel.: 4383-8025 // Fax: 4383-2202 // www.eudeba.com.ar

ISBN: 978-950-23-1880-6
IMPRESO EN ARGENTINA
HECHO EL DEPÓSITO QUE ESTABLECE LA LEY 11723



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso del editor.





Ejes temáticos

Aplicación de los Tratados Internacionales de DDHH en la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Luces y sombras del proceso acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Amparo. ¿Vía excepcional u ordinaria?

Criterios de selección de jueces y funcionarios

Premios

1er. premio
Publicación de la obra, diploma, medalla alusiva y \$ 6.000 (seis mil pesos).

2do. premio
Publicación de la obra, diploma, medalla alusiva y \$ 3.000 (tres mil pesos).

3er. premio
Publicación de la obra, diploma, medalla alusiva y \$ 1.500 (mil quinientos pesos).



PREMIO FORMACIÓN 2010





cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

Autoridades



PREMIO FORMACIÓN 2010





Consejo de la Magistratura (2010)

Presidenta: Dra. María Teresa Moya

Vicepresidente: Dr. Juan P. Mas Velez

Secretaria: Dra. Patricia López Vergara

Vocales: Dres. Liliana Blasi, Horacio A. Corti, Eugenio Cozzi, Julio De Giovanni, Mauricio Devoto, Santiago Otamendi.

Centro de Formación Judicial (2010)

CONSEJO ACADÉMICO

Presidente: Dr. Luis F. Lozano

Vicepresidente: Dr. Jorge A. Franza

Secretario: Dr. Gonzalo S. Rua

Vocales: Dres. Susana J. Albanese, Oscar J. Ameal, José O. Casás, Juan V. Cataldo, Germán Garavano, Mario J. Kestelboim, Laura Musa, Tulio Ortiz, Mónica Pinto.

Secretario Ejecutivo:

Dr. Eduardo Molina Quiroga

Director de Formación Judicial y Administrativa:

Dr. Carlos M. Parise

Oficina de Coordinación de Convenios y Becas:

Dra. Sandra Fodor

Oficina de Formación Judicial y Administrativa:

Dra. Lucrecia Córdoba



PREMIO FORMACIÓN 2010





cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

Contenidos







Índice

- 15 • Presentación
- 19 • Institución del Premio Formación Judicial
- 31 • Otorgamiento del Premio Formación Judicial
- 41 • Eje Temático: "Aplicación de los tratados internacionales de DD.HH. en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"
- 43 • "El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos" **Silvina Marta Oubel** - Primer Premio
- 81 • "Titularidades de exclusión. Acciones pluriindividuales por derechos sociales en la justicia de la Ciudad de Buenos Aires" **Lila Emilse Garcia** - Segundo Premio
- 121 • "El deber de los jueces de armonizar el Derecho Interno con los Tratados de Derechos Humanos (¿Conflicto 'aparente' de normas?)" **Analía Haydee Mas** - Tercer Premio
- 157 • Eje Temático: "Luces y sombras del proceso acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"
- 159 • "Hablar no es leer. Oralidad y escritura en el proceso penal" **Ezequiel Martín Quaine** - Segundo Premio
- 187 • "Principio de oportunidad y sistema acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Propuestas para el contenido político criminal de la acusación penal pública" **María Cecilia González** - Tercer Premio
- 219 • Eje Temático: "Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?"
- 221 • "Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?" **Marta María Soledad Fernández Mele** - Primer Premio



245 • "Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?" **Marcelo Juan Segon** - Segundo Premio

293 • "¿Amparo o desamparo de los derechos fundamentales?"
María Belén Aliciardi - Tercer Premio

335 • Eje Temático: "Criterio de selección de jueces y funcionarios"

337 • "Meritos y política. La selección de jueces federales en Argentina" **Emilio Demian Zayat** - Primer Premio

379 • "El Juez del bicentenario que supimos conseguir"
Juan José Varela - Segundo Premio

407 • "Proyecto de reforma a la ley de Consejo de la Magistratura"
Beltrán Jorge Laguyás - Tercer Premio

431 • "Hombres de honor" **Denise Magali Villalba** - Mención Honorífica

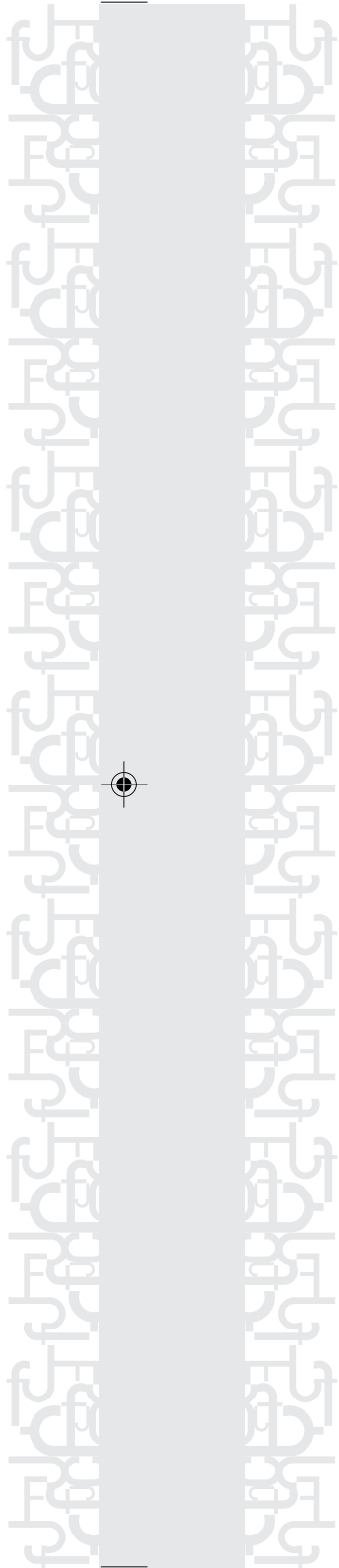
467 • Addenda Premios Anteriores

475 • Reseña de Actividades









cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

Presentación







El Centro de Formación Judicial es un órgano autárquico del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con autonomía académica e institucional. Su misión es la preparación y formación permanente para el mejoramiento en el ejercicio de las diversas funciones judiciales.

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

Esta experiencia dio comienzo en 2004, con el **Premio «Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires»** (Res. CM N° 750/03), destinado a «*Empleados del Poder Judicial*». Se amplió con el **«Premio Formación Judicial 2005»** (Res. CACFJ N° 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 **«Premio Formación Judicial 2006»** (Res. CACFJ N° 7/06) y **«Premio Formación Judicial 2007»** (Res. CACFJ N° 7/07) fueron afianzando los objetivos iniciales. La edición 2008 del **Premio Formación Judicial** (Res. CACFJ N° 7/08) se realizó bajo la consigna «Autonomía porteña y facultades de jurisdicción».

Finalmente en el **«Premio Formación Judicial 2009»** (Res. CACFJ N° 11/09) se establecieron cuatro ejes temáticos: *Aplicación de los tratados internacionales de D.D.H.H. en la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Luces y Sombras del Proceso Acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Amparo. ¿Vía excepcional u ordinaria?; Criterios de selección de jueces y funcionarios.*

Queda nuevamente agradecer al destacado conjunto de profesores y juristas que integraron el Jurado, así como al valioso aporte de los participantes e invitar a los lectores a recorrer las páginas que siguen.

Eduardo Molina Quiroga
Secretario Ejecutivo
Centro Formación Judicial

Luis F. Lozano
Presidente del Consejo Académico
Centro Formación Judicial



PREMIO FORMACIÓN 2010





cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

Institución del Premio







RES. CACFJ N°: 11/2009

Buenos Aires, 30 de Marzo de 2009

VISTO:

El informe presentado por el Secretario Ejecutivo del Centro de Formación Judicial, mediante Memo CFJ N° 127/09, con motivo de la propuesta de realización del Concurso **"PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2009"**, y

CONSIDERANDO:

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.

Que la realización de un concurso como el propuesto contribuirá a dicho cometido, así como a tareas de formación y capacitación en la materia.

Que se cuenta con la experiencia previa del Concurso *Premio "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"*, aprobado por Res. CM N° 750/03; del *"Premio Formación Judicial"*, aprobado por Res. CACFJ N° 19/05; del *"Premio Formación Judicial 2006"*, aprobado por Res. CACFJ N° 7/06; del *"Premio Formación Judicial 2007"*, aprobado por Res. CACFJ N° 7/07 y del *"Premio Formación Judicial 2008"*, aprobado por Res. CACFJ N° 7/08.

Que para esta oportunidad, y teniendo en cuenta los resultados de la última edición del Premio Formación Judicial, la Secretaria Ejecutiva propone establecer cuatro ejes temáticos: dos de ellos están orientados a cada uno de los fueros que actualmente componen el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y los dos restantes son de naturaleza más general.

Que a los efectos de la constitución del Jurado, se ha convocado a un destacado conjunto de docentes y expertos en estas materias.

Que el Centro de Formación Judicial ha elaborado una propuesta de contenidos y metodologías que resultan adecuadas a los objetivos señalados, y puede incluirse entre los fines del Sistema de Formación y Capacitación Judicial,

Por ello,

**EL CONSEJO ACADÉMICO
DEL CENTRO DE FORMACIÓN JUDICIAL
DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES
RESUELVE:**

Art. 1°: Apruébase la realización del Concurso **"PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2009"**, con los contenidos y desarrollo que se detallan en el Anexo I.



Art. 2º: Los jurados percibirán la suma de pesos dos mil (\$ 2.000) cada uno, por la tarea efectivamente realizada.

Art. 3º: Regístrese, comuníquese al Consejo de la Magistratura, hágase saber a la Oficina de Administración y Financiera del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al Departamento de Mesa de Entradas, publíquese en el Boletín Oficial y en la página web del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, oportunamente, archívese.

RES. CACFJ N°: 11/2009

Luis F. Lozano
Jorge A. Franza
Gonzalo S. Rua
Graciela E. Christe
José O. Casás





Anexo I

Concurso “Premio Formación Judicial 2009”

REGLAMENTO

Artículo 1º. El Consejo Académico del Centro de Formación Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en adelante “el Consejo Académico”, llama a concurso para optar al **“Premio Formación Judicial 2009”**, destinado al fomento y difusión de investigaciones sobre temáticas inherentes al Poder Judicial de la Ciudad.

Artículo 2º. Los premios a otorgar estarán dedicados a obras inéditas.

Artículo 3º. Se instituyen los siguientes premios en cada uno de los ejes establecido en el art. 4º:

1º Premio: publicación de la obra, diploma, distinción alusiva y \$ 6.000.- (seis mil pesos).

2º Premio: publicación de la obra, diploma, distinción alusiva y \$ 3.000.- (tres mil pesos).

3º Premio: publicación de la obra, diploma, distinción alusiva y \$ 1.500.- (un mil quinientos pesos).

El Jurado podrá beneficiar a una sola obra por cada premio.

La publicación será distribuida por el Consejo Académico a través del Centro de Formación Judicial, a su mejor criterio.

DE LOS PARTICIPANTES:

Artículo 4º. El concurso está destinado a graduados de cualquier Facultad de Derecho.

Artículo 5º. Se aceptarán obras escritas en colaboración por hasta dos autores que cumplan la condición prevista en el artículo anterior, siempre que el texto presentado guarde unidad; no se admitirán compilaciones. En caso de obtener un premio o mención, será compartido.

Artículo 6º. Cada autor podrá presentar una sola obra, sea o no en colaboración.



DE LOS EJES TEMÁTICOS:

Artículo 7º. Se fijan los siguientes ejes temáticos:

- **Aplicación de los tratados internacionales de D.D.H.H. en la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires;**
- **Luces y Sombras del Proceso Acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires;**
- **Amparo. ¿Vía excepcional u ordinaria?;**
- **Criterios de selección de jueces y funcionarios.**

El nombre del eje temático no podrá ser utilizado como título de la obra.

DE LAS OBRAS:

Artículo 8º. Dentro del área temática aludida en el artículo 4º, los autores podrán intervenir con obras originales, inéditas, escritas en idioma español, cualquiera fuera su fecha de composición. Los autores premiados mantendrán todos sus derechos sobre las obras, con excepción de la publicación prevista en el artículo 3º de este reglamento. La presentación de una monografía al concurso implica necesariamente la aceptación íntegra e incondicional de las presentes bases, así como la garantía por parte del concursante, con total indemnidad para el Consejo Académico, de la autoría y la originalidad de la obra, y de que ésta no sea copia ni modificación total o parcial de ninguna otra.

Artículo 9º. La extensión de las obras presentadas no podrá ser menor de 20 (veinte) ni mayor de 50 (cincuenta) páginas. Se adjuntarán en dos (2) sobres cerrados que deberán estar rotulados con el seudónimo y el título del trabajo. El sobre N° 1, deberá contener un original encarpetao o abrochado (no encuadernado ni anillado), inicialado en cada una de sus páginas; un diskette o disco compacto que contenga la obra y el formulario que obra en el Anexo A del presente, donde conste la identidad del participante. El sobre N° 2 deberá contener tres (3) copias del trabajo sin inicialar ni firmar.

Las obras deberán llevar en la primera página el seudónimo que decida utilizar el autor y ser presentadas impresas en papel tamaño IRAM A4, tipografiadas con absoluta claridad y a una sola carilla, tipo de letra Arial tamaño 12, con interlineado 1,5, alineación justificada y confeccionado en formato Word 6.0 o superior, o bien rtf.

Los textos deberán escribirse con los siguientes márgenes: superior 5 cm.; inferior 2 cm.; izquierdo 4 cm.; derecho 2 cm.

Título y subtítulos: El título y subtítulos deberán indicar claramente el contenido del trabajo; el título deberá escribirse en negritas tipo de letra Arial tamaño 14; los subtítulos, en negritas tipo de letra Arial tamaño 12. Tanto el título como los subtítulos no deben llevar punto final.

Divisiones: Los textos deberán escribirse observando las siguientes Divisiones:

- "Partes temáticas" o "Capítulos": identificados con números romanos





(Ej.: I.- Las Constituciones Provinciales)

- "Cuestiones de los capítulos": identificados con números arábigos

(Ej.: 1.- La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)

- "Aspectos de las Cuestiones" (identificados con números arábigos)

(Ej.: 1.1.- Antecedentes)

Citas textuales: Cuando sean menores a tres renglones deberán "entrecomillarse" como parte en el texto. Las mayores a tres renglones deberán citarse aparte, después de dos puntos, en un tamaño menor de letra y sin entrecomillar. Ambas deberán ser escritas en letra normal, no en cursivas.

Tablas y gráficos: Deberán incluirse en nota al final del texto e insertarse como anexo al final del trabajo.

Notas a pie de página: Deberán enumerarse en forma consecutiva para todo el texto y escribirse en tipo de letra Arial tamaño 10, a espacio sencillo.

Referencias en el texto: Deberán ser hechas con el sistema Harvard, de la siguiente manera:

(Apellido del autor, coma, espacio, año, dos puntos, sin espacio páginas).

Toda cita textual o específica de un autor debe mencionar la página del texto en donde se hace la mención. Sólo los comentarios generales no deben mencionar las páginas.

Referencias o bibliografía: Al final del trabajo debe mencionarse en orden alfabético la literatura citada en el texto de la manera siguiente:

- Apellido y nombre del primer autor y nombre y apellido del segundo autor, de existir.

- Año de edición (entre paréntesis).

- Título del artículo o capítulo en libro, "entrecomillado".

- Título de la revista o libro en *cursivas*.

- Número y volumen de la revista.

- Editorial.

- Lugar de edición.

Artículo 10. No podrán presentarse a este concurso obras que total o parcialmente hayan obtenido premios con anterioridad en otros certámenes.

DE LA INSCRIPCIÓN:

Artículo 11. La inscripción al concurso y la respectiva entrega de obras se concretará en la **Mesa de Entradas del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires** de Av. L. N. Alem 684 -EP de la Ciudad de Buenos Aires que será la encargada de su remisión al Centro de Formación Judicial.

Artículo 12. Los autores se inscribirán mediante el llenado de formularios impresos que proveerá el Centro de Formación Judicial y que podrán ser solicitados por los concursantes personalmente, o imprimirlos de la página web www.jusbaires.gov.ar. Toda otra forma de inscripción no será válida. Los formularios aludidos revestirán el carácter de declaración jurada previsto en el artículo 8º de este reglamento. El



falseamiento de datos dará lugar a la pérdida de todo derecho en la participación del concurso. La inscripción y presentación de las obras podrá ser realizada a través de correo mediante envío postal certificado, el cual deberá contener los dos sobres referidos en el art. 9º y deberá ser dirigido al Departamento Mesa de Entradas del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con la aclaración "Premio Formación Judicial 2009". En el remitente deberá consignarse únicamente el seudónimo elegido. Sólo se recibirán por correo postal aquellos trabajos que ingresen a la Mesa de Entradas antes del vencimiento del plazo de presentación de obras.

Artículo 13. No se devolverán los originales presentados.

DEL JURADO:

Artículo 14. El jurado se integrará por miembros titulares y suplentes designados por el Consejo Académico.

Se designa para el eje "**Aplicación de los tratados internacionales de D.D.H.H. en Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**" a los Dres. Leandro Despouy, Guillermo Moncayo y a la Dra. Hortensia Gutierrez Posse, como miembros titulares; y a los Dres. Carlos Tambussi y Marcelo López Alfonsín y a la Dra. Alejandra Tadei como miembros suplentes.

Se designa para el eje "**Luces y Sombras del Proceso Acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**" a los Dres. Edgardo Donna; Alberto Binder; Ángela Ledesma, como miembros titulares; y a los Dres. Graciela Otano, José Luis Mandalunis y Gabriel Anitua como miembros suplentes.

Se designa para el eje **Amparo. ¿Vía excepcional u ordinaria?** a los Dres. Tomás Hutchinson, Ofelia Rosenhranz y Roberto Luqui como miembros titulares y a los Dres. Jorge Rojas, Jorge Barbagelata y Renée Nemirovsky como miembros suplentes.

Se designa para el eje "**Criterios de selección de jueces y funcionarios**" a los Dres. Abel Fleming, María del Carmen Battaini, Jorge Bacque y Mariano Candiotti como miembros titulares y a los Dres. Delia Ferreira Rubio, Miguel Federico De Lorenzo y Eduardo Graña como miembros suplentes.

Artículo 15. Los premios instituidos podrán ser declarados desiertos total o parcialmente si así lo estimare procedente el jurado. También quedará a criterio de dicho cuerpo otorgar menciones honoríficas.

Artículo 16. Corresponderá al jurado decidir sobre el encuadre reglamentario de las obras presentadas y sobre la asignación de premios con un mínimo de dos (2) votos. Para la calificación y selección de monografías, el Jurado tomará en cuenta, entre otros criterios: el aporte teórico a la temática (riqueza conceptual del trabajo); su relevancia temporal (actualidad); la claridad de la exposición de los conceptos, la riqueza en el desarrollo de las ideas y el cumplimiento de los requisitos establecidos para la redacción. El fallo del jurado debe ser presentado por escrito y es irrecurrible. A fin de preservar el anonimato, se abrirán los sobres que contienen las identidades de los concursantes una vez presentado el informe del jurado y en presencia de dos funcionarios del Consejo de la Magistratura.



Artículo 17. El veredicto del jurado se dará a publicidad en forma inmediata a través de la página web del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El Centro de Formación Judicial efectuará comunicaciones personales solamente a los premiados y a los que eventualmente hubieran obtenido menciones.

DE LO NO PREVISTO:

Artículo 18. Todo cuanto no hubiere sido previsto en este reglamento será resuelto por el Jurado.

PLAZO DE PRESENTACIÓN:

Artículo 19: Se fija como plazo de presentación de trabajos hasta el día 15 de Julio de 2009 a las 18 hs.

FECHA DE ENTREGA DEL INFORME DEL JURADO.

Artículo 20. Se fija como fecha de entrega del informe del Jurado, el día 18 de Agosto de 2009. Este plazo podrá ser prorrogado si mediaren causas atendibles.



DISPOSICIÓN SE-CFJ CMCABA Nº 088/2009

Buenos Aires, 24 de agosto de 2009

VISTO:

La Res. CACFJ Nº 11/09, que instituyó el "Premio Formación Judicial 2009", la solicitud de los Miembros del Jurado, y

CONSIDERANDO:

Que los miembros del Jurado designados para evaluar los trabajos presentados en el Premio Formación Judicial 2009, han solicitado prorrogar el plazo de presentación de su informe por imposibilidad de analizar las obras antes de la fecha indicada.

Que la Res. CACFJ Nº 11/09 estableció como fecha límite el día 15 de agosto de 2009.

Que en virtud de la emergencia sanitaria, y la feria administrativa decretada, se pospuso el plazo hasta el día 3 de septiembre de 2009.

Que el Consejo Académico está convocado para el día 7 de septiembre de 2009.

Que mediando razones de urgencia, es necesario extender el plazo previsto en las bases del concurso.

Por ello,

El Secretario Ejecutivo del Centro de Formación Judicial DISPONE

1º) Prorróguese el plazo de presentación del informe del Jurado del "Premio Formación Judicial 2009", designado por Res. CACFJ Nº 11/09, hasta el día 30 de septiembre de 2009, ad referendum del Consejo Académico.

2º) Regístrese, comuníquese al Consejo Académico del Centro de Formación Judicial, al Consejo de la Magistratura y a la Oficina de Administración y Financiera del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los miembros del Jurado del Premio Formación Judicial 2009, publíquese en la página web del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y oportunamente archívese.

Disposición SE-CFJ CMCABA Nº 088/2009

Eduardo Molina Quiroga
Secretario Ejecutivo
Centro de Formación Judicial
Consejo de la Magistratura
Ciudad Autónoma de Buenos Aires





PREMIO FORMACIÓN 2010





cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

Otorgamiento del Premio





RES. CACFJ N° 11/09

Buenos Aires, 9 de noviembre de 2009

VISTO:

La Res. CACFJ N° 11/09, que aprobó la institución del Premio "Formación Judicial 2009", la Disposición SE-CFJ N° 88/09, la Res. CACFJ N° 46/09 y la evaluación del jurado designado a tal efecto, y

CONSIDERANDO:

Que para optar al premio instituido por la Resolución antes mencionada se han presentado los siguientes trabajos, de acuerdo con los ejes temáticos establecidos:

#	EJE TEMÁTICO	SEUDÓNIMO	TÍTULO OBRA	APELLIDO Y NOMBRE
1	Aplicación de los tratados internacionales de DD.HH. en la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Francisca Soria	Conversión de la acción pública en privada en la justicia de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, en protección de la garantía de tutela de la víctima	Marques Alejandra Patricia
2	Aplicación de los tratados internacionales de DD.HH. en la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Jano	Fundamentos de su aplicación	Giorgio Alejandro María
3	Aplicación de los tratados internacionales de DD.HH. en la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Aquarela	El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos	Oubel Silvina Marta
4	Aplicación de los tratados internacionales de DD.HH. en la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Artemisa	El deber de los jueces de armonizar el Derecho Interno con los Tratados de Derechos Humanos (¿Conflicto "aparente" de normas?)	Mas Analía Haydee
5	Aplicación de los tratados internacionales de DD.HH. en la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	América	Implementación del sistema interamericano en el derecho interno	Garzón Iris Elisabet



#	EJE TEMÁTICO	SEUDÓNIMO	TÍTULO OBRA	APELLIDO Y NOMBRE
6	Aplicación de los tratados internacionales de DD.HH. en la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Loiza Tamayo	Pro Hominis	Queirolo Recalde Adriana
7	Aplicación de los tratados internacionales de DD.HH. en la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Vattel	Titularidades de exclusión. Acciones pluriindividuales por derechos sociales en la justicia de la Ciudad de Buenos Aires	García Lila Emilse

#	EJE TEMÁTICO	SEUDÓNIMO	TÍTULO OBRA	APELLIDO Y NOMBRE
1	Luces y Sombras del Proceso Acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Ursula	La necesaria y no meramente eventual, intervención jurisdiccional durante la etapa de instrucción en el proceso penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	La Rosa Mariano Rosario
2	Luces y Sombras del Proceso Acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Pascual	El día que la víctima salió a la luz	Riccono Rafaela
3	Luces y Sombras del Proceso Acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Igmoul	Metamorfosis del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: del fiscal inquisitivo al nacimiento de un nuevo líder	López Maldonado Mónica Abarza Ulises
4	Luces y Sombras del Proceso Acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Leone B. Alberti	Hablar no es leer. Oralidad y escritura en el proceso penal	Quaine Ezequiel Martín
5	Luces y Sombras del Proceso Acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Paloma	Cosas para lustrar y cosas por pulir. Análisis del actual sistema acusatorio	Vieito Verónica Esther
6	Luces y Sombras del Proceso Acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Turquesa Mar	Principio de oportunidad y sistema acusatorio en CABA - Propuestas para el contenido político criminal de la acusación penal pública	González María Cecilia

34





#	EJE TEMÁTICO	SEUDÓNIMO	TÍTULO OBRA	APELLIDO Y NOMBRE
7	Luces y Sombras del Proceso Acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	Alberdi	El Código Proc. Penal de la Ciudad Aut. de Bs. Aires a la luz de los principios del modelo "adversarial"	Alvarito Rodolfo Alejandro

#	EJE TEMÁTICO	SEUDÓNIMO	TÍTULO OBRA	APELLIDO Y NOMBRE
1	Amparo. ¿Vía excepcional u ordinaria?	Roger Waters	Dos caras de una misma moneda	Barrio Martín Facundo Alejandro
2	Amparo. ¿Vía excepcional u ordinaria?	La Contralto	Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?	Fernández Mele Marta María Soledad
3	Amparo. ¿Vía excepcional u ordinaria?	Amparito Orgaz	¿Amparo o desamparo de los derechos fundamentales?	Aliciardi María Belén
4	Amparo. ¿Vía excepcional u ordinaria?	El protector de los abusos	La necesidad de protegerse vs. Abusos administrativos de esa necesidad	Abraham Misael Mario
5	Amparo. ¿Vía excepcional u ordinaria?	Cayo Vargas	¿Quién le teme al Sr. Juez? ¿Amparar al ciudadano o limitar a la justicia?	Kamada Luis Ernesto
6	Amparo. ¿Vía excepcional u ordinaria?	Milonga por siempre	Discrepancias de ayer, hoy y siempre	Licciardi Marcela Fabiana
7	Amparo. ¿Vía excepcional u ordinaria?	Asileo	El amparo como panacea o vía excepcional	Sileo Analía Verónica
8	Amparo. ¿Vía excepcional u ordinaria?	Temis de Argentina	El amparo en el cielo constitucional y en la tierra jurisdiccional	Piñeiro Mayra Evelyn
9	Amparo. ¿Vía excepcional u ordinaria?	Sempronio	La acción de amparo no debe caducar (y no por ello se convertiría en una vía...)	Márquez Lamena Sebastián
10	Amparo. ¿Vía excepcional u ordinaria?	¡Yo Gabba Gabba!	Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?	Segon Marcelo Juan
11	Amparo. ¿Vía excepcional u ordinaria?	Ave Fénix	Amparo ... ¡levántate y anda!	Herrera María Laura

35



#	EJE TEMÁTICO	SEUDÓNIMO	TÍTULO OBRA	APELLIDO Y NOMBRE
1	Criterios de selección de jueces y funcionarios	Juan de la Esquina	Proyecto de reforma a la ley de Consejo de la Magistratura	Laguyas Beltrán Jorge
2	Criterios de selección de jueces y funcionarios	Susan Brownell Anthony	Meritos y política. La selección de jueces federales en Argentina	Zayat Emilio Demian
3	Criterios de selección de jueces y funcionarios	El Maestro Ciruela	El Juez del bicentenario que supimos conseguir	Varela Juan José
4	Criterios de selección de jueces y funcionarios	Agua Salada del Sur	Crítica y aportes al procedimiento de selección de jueces, juezas e integrantes del Ministerio Público de la CABA	Hernández Guillermo Javier
5	Criterios de selección de jueces y funcionarios	Shelknam Kāmuk	De la importancia de lo particular en la función de los jueces	Martini Juan Pablo
6	Criterios de selección de jueces y funcionarios	Atenea	Hombres de honor	Villalba Denise Magalí
7	Criterios de selección de jueces y funcionarios	Atenea2	Acerca del perfil del magistrado (con referencia al proceso de evaluación)	Wust Graciela Cristina

Que, el Jurado, integrado por los Dres. Leandro Despouy, Carlos Tambussi y Marcelo López Alfonsín en el eje temático "Aplicación de los tratados internacionales de Derechos Humanos en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"; los Dres. Alberto Binder, Edgardo Donna y Ángela Ledesma en el eje temático "Luces y sombras del proceso acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"; los Dres. Tomás Hutchinson, Roberto Luqui y Ofelia Rosenkranz en el eje temático "Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?"; y los Dres. Jorge Bacque, Abel Fleming, María del Carmen Battaini y Mariano Candiotti en el eje temático "Criterios de selección de jueces y funcionarios", realizó la evaluación de los trabajos presentados.

Que, el Jurado arribó a la conclusión de que correspondía otorgar los premios en el siguiente orden de mérito:

En el eje temático "Aplicación de los tratados internacionales de Derechos Humanos en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", el 1º Premio se otorga al trabajo "El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos", presentado bajo el seudónimo Aquarela, de autoría de Silvina Marta Oubel; el 2º Premio se otorga al trabajo "Titularidades de exclusión. Acciones





pluriindividuales por derechos sociales en la justicia de la Ciudad de Buenos Aires", presentado bajo el seudónimo Vattel, de autoría de Lila Emilse García, y el 3º premio se otorga al trabajo "El deber de los jueces de armonizar el Derecho Interno con los Tratados de Derechos Humanos (¿Conflicto "aparente" de normas?)", presentado bajo el seudónimo Artemisa, de autoría de Analía Haydee Mas.

En el eje temático "Luces y sombras del proceso acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", el 1º premio se declara desierto, el 2º premio se otorga al trabajo "Hablar no es leer. Oralidad y escritura en el proceso penal", presentado bajo el seudónimo Leone B. Alberti, de autoría de Ezequiel Martín Quaine y el 3º premio se otorga al trabajo "Principio de oportunidad y sistema acusatorio en CABA. Propuestas para el contenido político criminal de la acusación penal pública", presentado bajo el seudónimo Turquesa Mar, de autoría de María Cecilia González.

En el eje temático "Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?", el 1º premio se otorga al trabajo Amparo ¿vía excepcional u ordinaria? presentado bajo el seudónimo La contralto, de autoría de Marta María Soledad Fernández Mele, el 2º premio se otorga al trabajo "Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?", presentado bajo el seudónimo ¡Yo Gabba Gabba!, de autoría de Marcelo Juan Segon, y el 3º premio se otorga al trabajo "¿Amparo o desamparo de los derechos fundamentales?", presentado bajo el seudónimo Amparito Orgaz, de autoría de María Belén Aliciardi.

En el eje temático "Criterios de selección de jueces y funcionarios", el 1º premio se otorga al trabajo "Méritos y política. La selección de jueces federales en Argentina", presentado bajo el seudónimo Susan Brownell Anthony, de autoría de Emilio Demian Zayat; el 2º premio se otorga al trabajo "El Juez del bicentenario que supimos conseguir", presentado bajo el seudónimo El Maestro Ciruela, de autoría de Juan José Varela; el 3º premio se otorga al trabajo "Proyecto de reforma a la ley de Consejo de la Magistratura", presentado bajo el seudónimo Juan de la Esquina, de autoría de Beltrán Jorge Laguyas y Mención especial se otorga al trabajo "Hombres de honor", presentado bajo el seudónimo Atenea, de autoría de Denise Magalí Villalba.

Por ello,

EL CONSEJO ACADÉMICO DEL CENTRO DE FORMACIÓN JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES RESUELVE:

Art. 1º: Otórgase el 1º Premio del concurso PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2009, en el eje temático "Aplicación de los tratados internacionales de Derechos Humanos en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", a Silvana Marta Oubel por su trabajo "El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos", presentado bajo el seudónimo Aquarela.

Art. 2º: Otórgase el 2º Premio del concurso PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2009, en el eje temático "Aplicación de los tratados internacionales de Derechos Humanos en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", a Lila Emilse García por su trabajo "Titularidades de exclusión. Acciones pluriindividuales por derechos sociales en la justicia de la Ciudad de Buenos Aires", presentado bajo el seudónimo Vattel.



- Art. 3º: Otórgase el 3º Premio del concurso PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2009, en el eje temático "Aplicación de los tratados internacionales de Derechos Humanos en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", 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?)", presentado bajo el seudónimo Artemisa.
- Art. 4º: Declárese desierto el 1º Premio del concurso PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2009, en el eje temático "Luces y sombras del proceso acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".
- Art. 5º: Otórgase el 2º Premio del concurso PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2009, en el eje temático "Luces y sombras del proceso acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", a Ezequiel Martín Quaine por su trabajo "Hablar no es leer. Oralidad y escritura en el proceso penal", presentado bajo el seudónimo Leone B. Alberti.
- Art. 6º: Otórgase el 3º Premio del concurso PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2009, en el eje temático "Luces y sombras del proceso acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", 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", presentado bajo el seudónimo Turquesa Mar.
- Art. 7º: Otórgase el 1º Premio del concurso PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2009, en el eje temático "Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?", a Marta María Soledad Fernández Mele por su trabajo "Amparo ¿vía excepcional u ordinaria? presentado bajo el seudónimo La contralto.
- Art. 8º: Otórgase el 2º Premio del concurso PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2009, en el eje temático "Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?", a Marcelo Juan Segon por su trabajo "Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?", presentado bajo el seudónimo ¡Yo Gabba Gabba!
- Art. 9º: Otórgase el 3º Premio del concurso PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2009, en el eje temático "Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?", a María Belén Aliciardi por su trabajo "¿Amparo o desamparo de los derechos fundamentales?", presentado bajo el seudónimo Amparito Orgaz.
- Art. 10º: Otórgase el 1º Premio del concurso PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2009, en el eje temático "Criterios de selección de jueces y funcionarios", a Emilio Demian Zayat por su trabajo "Méritos y política. La selección de jueces federales en Argentina", presentado bajo el seudónimo Susan Brownell Anthony.
- Art. 11º: Otórgase el 2º Premio del concurso PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2009, en el eje temático "Criterios de selección de jueces y funcionarios", a Juan José Varela por su trabajo "El Juez del bicentenario que supimos conseguir", presentado bajo el seudónimo El Maestro Ciruela.
- Art. 12: Otórgase el 3º Premio del concurso PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2009, en el eje temático "Criterios de selección de jueces y funcionarios", a Beltrán Jorge Laguyas por su trabajo "Proyecto de reforma a la ley de Consejo de la Magistratura", presentado bajo el seudónimo Juan de la Esquina.
- Art. 13: Otórgase Mención Especial del concurso PREMIO FORMACIÓN JUDICIAL 2009, en el eje temático "Criterios de selección de jueces y funcionarios", a Denise Magalí Villalba por su trabajo "Hombres de honor", presentado bajo el seudónimo Atenea.





Art. 14: Regístrese, comuníquese al Consejo de la Magistratura y a los interesados, hágase saber a la Oficina de Administración y Financiera del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, publíquese en el Boletín Oficial y en la página web del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, oportunamente, archívese.

RES. CACFJ N° 51/2009

**Luis F. Lozano
Jorge A. Franza
Gonzalo S. Rua
Graciela E. Christe**





PREMIO FORMACIÓN 2010





Eje Temático

“Aplicación de los tratados internacionales de DD.HH. en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”

1er. Premio

“El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos”
Silvina Marta Oubel

2do. Premio

“Titularidades de exclusión. Acciones pluriindividuales por derechos sociales en la justicia de la Ciudad de Buenos Aires”
Lila Emilse Garcia

3er. Premio

“El deber de los jueces de armonizar el Derecho Interno con los Tratados de Derechos Humanos (¿Conflicto ‘aparente’ de normas?)”
Analía Haydee Mas



PREMIO FORMACIÓN 2010





Silvina Marta Oubel
El Tribunal Superior de Justicia de la
Ciudad de Buenos Aires y los Tratados
Internacionales de Derechos Humanos

cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

1er. premio





El Tribunal Superior de Justicia en la Ciudad de Buenos Aires y los tratados internacionales de Derechos Humanos*

SILVINA MARTA OUBEL**

I. INTRODUCCIÓN

La jerarquización de once instrumentos internacionales a raíz de la reforma constitucional de 1994 marca sin duda un cambio fundamental en nuestro orden jurídico, con influencia en todas las áreas.

El art. 75.22 de la Constitución Nacional introduce importantes cambios; por un lado, establece que los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes, terminando así con largas discusiones doctrinarias acerca de su prevalencia o no frente a las leyes y también con respecto a la propia Constitución. Además, enumera dos declaraciones internacionales, ocho tratados internacionales y el Protocolo de uno de ellos y les confiere una jerarquía especial, señalando que, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Además, en su último párrafo se alude a los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, planteando la posibilidad de que luego de ser aprobados por el Congreso puedan gozar de jerarquía constitucional requiriendo para ello el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.¹

1.1. Jerarquía de tratados internacionales sobre leyes

La expresión "tienen jerarquía superior a las leyes" daba por superado el debate doctrinario y jurisprudencial acerca del conflicto de jerarquía entre tratados y leyes en el derecho interno que se había suscitado por la redacción de los arts. 31 y 27 de la Constitución Nacional y consolidaba el estándar aplicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación dos años antes de la reforma.

* Trabajo ganador del 1er Premio Formación Judicial 2009, en el eje "Aplicación de los tratados internacionales de Derechos Humanos en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

** El seudónimo utilizado fue "Aquarela".

¹ La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas fue incorporada a la Constitución Nacional mediante la ley 24.820 (1997) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad por la ley 25.778 (2003).



En "Ekmejdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros", del 7 de julio de 1992, Fallos: 315:1492, el Tribunal había entendido que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena imponía a los órganos del Estado asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivaliera al incumplimiento del tratado internacional en los términos de dicha norma.²

1.2. Bloque de constitucionalidad

Establecido ya el tema de la jerarquía para todos los tratados internacionales, la redacción del nuevo art. 75.22 planteaba nuevamente interrogantes, pero esta vez la discusión principal se originaba en la expresión "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". Algunos autores veían en esta frase una limitación a la jerarquía constitucional de los tratados, que debían quedar pendientes de la conformidad con los principios del texto de la Constitución Nacional; otros resaltaban la distinción que hacía el texto a la "primera parte", con lo cual la supremacía o no del tratado iba a estar dada por la norma constitucional que entrara en conflicto con éste.

Las dudas quedan despejadas con la jurisprudencia de la Corte -intérprete final y último de la Constitución Nacional- en el fallo "Monges, Analía M. c/ U.B.A.", del 26 de diciembre de 1996, Fallos: 319:3148.

En esta causa -en la que se debatía el tema de la autonomía universitaria-, la Corte afirma que los constituyentes efectuaron un juicio de comprobación, en virtud del cual cotejaron los tratados y los artículos constitucionales y verificaron que no se producía derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir.³ De allí se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente y que, si así lo juzgaron al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional, no han podido derogar la Constitución, pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya

² El leading case "Ekmejdjian" establecía que el art. 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica aprobado por la ley 23.054 era claro y terminante al otorgar el derecho de rectificación o respuesta aunque remitiendo a la ley las particulares relativas a su implementación. Afirmaba entonces la primacía del derecho internacional convencional sobre el orden interno, cambiando absolutamente el criterio mantenido anteriormente en fallos como "Ekmejdjian, Miguel Ángel c/ Neustadt, Bernardo y otros", del 1 de diciembre de 1988, Fallos: 311:2497, donde había sostenido que el derecho a réplica o respuesta, contenido en el art. 14.1 de la Convención, no ha sido objeto aún de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo interno.

³ Más allá de que -como expresó la doctrina- la expresión "comprobación" tenga más bien un sentido figurado, ya que lo extenso del articulado de todos los instrumentos y lo variado de sus temas tornaría casi imposible el confronto de todos ellos con el de la Constitución Nacional -a lo que se suma la falta de dicho cotejo en el diario de sesiones-, se entiende que se trata de una presunción que define la jerarquía que se quiso dar a estos instrumentos y la necesidad de que su aplicación sea armonizada con la de la Ley Fundamental.





imprevisión no cabe presumir. Pero la Corte va más allá y cree que lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución, aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquélla, porque no cabría sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución. Concluye por lo tanto que debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente.⁴

Esta idea, entonces, de retroalimentación entre la fuente interna y la internacional del sistema de derechos y esta complementariedad de tratados internacionales de derechos humanos que fueron colocados en el mismo rango jerárquico que la Constitución Nacional queda claramente definida con la expresión "bloque de constitucionalidad" que, como señala Pablo Manili (2005), fue creada en Francia y luego tomada por el Tribunal Constitucional Español en 1982 y fue introducida en nuestro país por Bidart Campos en 1995.

De este modo, toda la Constitución -su primera parte más el resto del articulado- en común con los once instrumentos internacionales de jerarquía constitucional y sumando también aquellos que fueron y serán incorporados con el mecanismo previsto componen un bloque que tiene una igual supremacía sobre el derecho infraconstitucional. Dentro del bloque no hay planos superiores ni inferiores, sino que todas sus normas se encuentran en idéntico nivel entre sí y el desafío de los tribunales será su interpretación armoniosa y encontrar criterios adecuados en los casos en que pudiera surgir un conflicto entre ellas.⁵

Consideramos importante comentar el uso de esta expresión -que sintetiza bien la cuestión de la jerarquía normativa-, ya que su uso no sólo se extendió por la doctrina, sino que ella fue tomada por los tribunales y así la encontramos en numerosos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁶ y también en los fallos del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires que comentaremos.⁷

⁴ Esta idea de "juicio de comprobación" por parte de los constituyentes fue reiterada en los precedentes "Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", del 27 de diciembre de 1996, Fallos 319:3241, "Cancela, Omar Jesús c/ Artear S.A.I. y otros", del 29 de septiembre de 1998, Fallos: 321:2637, "Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros", del 25 de septiembre de 2001, Fallos: 324:2895 y -ya con la composición actual- voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco en "Sciammaro, Liliana E. c/ Diario El Sol", del 28 de agosto de 2007, Fallos: 330:3685 entre otros.

⁵ Ricardo Haro (2003) habla de "núcleo de constitucionalidad abierto" -por la posibilidad de incorporar nuevos tratados en la materia con jerarquía constitucional-, en sentido análogo a "bloque de constitucionalidad".

⁶ Voto del juez Petracchi en 323: 2659 y 324:3143; 328:1146; 328:1491; disidencias del Fayt y del juez Zaffaroni en 329:1723; 329:3034; 329:3680 y 330:2112, entre otros

⁷ Voto de la jueza Conde en Expte. N° 4929/06: "Gullco, Hernán Víctor c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", del 14 de febrero de 2007, Expte. N° 5221/07: "Conde, Darío Miguel s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", del 19 de marzo de 2008 y Expte. N° 5883/08: "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", del 4 de febrero de 2009, Voto del juez Maier en Expte. N° 6116/08: "Compañía de Tierras Sud Argentino S.A. (ante Cía. Senipex S.A.)", del 15 de abril de 2009 y Expte. N° 6448/09: "Mbaye, Ibrahima y otros s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", del 1 de julio de 2009, entre muchos otros.



1.3. Jurisprudencia internacional como pauta de interpretación

Con respecto a la expresión "en las condiciones de su vigencia", al finalizar la enumeración de los instrumentos internacionales jerarquizados, ella presenta dos aspectos, ambos destacados y consolidados por la Corte Suprema en el caso "Girolodi, Horacio David y otro", del 7 de abril de 1995, Fallos: 318:514.⁸ Por un lado, referido a que los tratados se incorporan al derecho interno siempre y cuando estén vigentes en el orden internacional⁹ y, por otro lado, estableciendo la necesidad de considerar particularmente la efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

Este criterio, que fue mantenido en numerosos y trascendentes fallos posteriores de la Corte, también es tomado por el Superior Tribunal de la Ciudad de Buenos Aires.

Cabe mencionar, como ejemplo, las referencias a las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Órgano de contralor del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-, principalmente las N° 4 y 7 en los fallos referidos al tema de la vivienda adecuada.¹⁰

A la Comisión Interamericana de Derechos se recurrió al expedirse sobre la aplicación de los tratados de derechos humanos sólo a las personas físicas, invocando el INFORME n° 10/91, de fecha 22 de febrero de 1991, en el CASO 10.169 "PERU",¹¹ y, en relación al tema de la tutela judicial efectiva y la interpretación más favorable al acceso a la jurisdicción, el voto del juez Casás al cual adhirió el juez Lozano, se fundó en el Informe N° 105/99, caso 10.194, Narciso Palacios - Argentina, 29/9/1999.¹²

⁸ El precedente "Girolodi" declaró la inconstitucionalidad del art. 459, inc. 2° del Código Procesal Penal como modo de asegurar la garantía de la doble instancia prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la vez salvaguardar la inserción de la Cámara Nacional de Casación Penal en el ámbito de la justicia federal, respetando el establecimiento de órganos judiciales intermedios. Recurrió la Corte Suprema argentina a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corresponde aclarar que -aún antes de la reforma constitucional- el fallo "Ekmekdjian" mencionado en la nota (2) ya había mencionado la necesidad de recurrir a la jurisprudencia de dicho tribunal internacional a fin de interpretar el Pacto de San José de Costa Rica.

⁹ Gutiérrez Posse (1995:278) sostiene que si bien esta aclaración está expresamente dirigida a los tratados de derechos humanos, cabe extenderla a todo tratado internacional, por estar directamente vinculada a las disposiciones del derecho internacional de los tratados, por lo cual una convención será fuente de derechos y obligaciones a partir de que internacionalmente entre en vigor.

¹⁰ "Comisión Municipal de la Vivienda c/ Saavedra, Felisa Alicia y otros", del 7 de octubre de 2002 y "Toloza, Estela Carmen c/ GCBA", del 9 de agosto de 2006, entre otros.

¹¹ Expte. n° 1222/01 "Express Rent a Car S.A. y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 16 de julio de 2002 y Expte. n° 4723/06 "Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados s/ queja por recurso de inconstitucionalidad", del 15 de noviembre de 2006.

¹² Expte. n° 3622/04 "Sabbatini, Raúl Nazareno s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", del 31 de agosto de 2005.





Con motivo de los cuestionamientos a la ley local 418 modificada por la 439 de "Salud Reproductiva y Procreación Responsable", resultaron abundantes las citas de las Observaciones finales del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como también las Recomendaciones generales N° 15 y N° 24 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la Observación General N° 14, del año 2000 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relacionada con las obligaciones derivadas del derecho a la salud.¹³

En este último fallo, también el voto de la jueza Conde cita la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Trujillo Oroza c. Bolivia", del 27 de febrero de 2002 y al tratar el tema de la doble instancia y la necesidad de un recurso que permita un examen integral de la decisión recurrida, en función del art. 8.2.h de la CADH los votos de los jueces Lozano y Ruiz señalaron la importancia del precedente "Herrera de Ulloa vs. Costa Rica", sentencia del 2 julio de 2004 de la CIDH.¹⁴

1.4. Especificidad de los tratados de derechos humanos

Los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 son tratados de derechos humanos, con notas características que los distinguen de los tratados internacionales clásicos.

Como señala Moncayo (1997:92), los tratados multilaterales convencionales suelen reflejar un intercambio recíproco de derechos o prestaciones cuyos destinatarios inmediatos son los Estados y donde se procura equilibrar intereses, mientras que los tratados de derechos humanos generan una suerte de orden público común, del que son directamente beneficiarias las personas, sin distinción alguna.

También recuerda que esta distinción fue reseñada por los jueces Petracchi y Moliné O' Connor en su disidencia en el ya mencionado leading case "Ekmekdjian", con cita de doctrina extranjera, de la Comisión Europea de Derechos Humanos ("Austria vs Italia"), de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC - N° 2/82 y OC -1/81) y derivando de ella la presunción de operatividad de los tratados de derechos humanos.

Estas peculiaridades son las que determinan -siguiendo a Dulitzky- consecuencias como la no aplicación de la exceptio non adimplenti contractus, la imposibilidad de aplicar el sistema de reservas tal como se lo hace en los tratados en general y la existencia de mecanismos especiales ante el incumplimiento de alguno de los Estados (Dulitzky, 1997:37).

1.5. Soft law

Además de los tratados internacionales y de las declaraciones, no podemos dejar de mencionar el denominado "soft law", que está formado por instrumentos no vinculantes y

¹³ Expte. n° 480/00: "Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", del 14 de octubre de 2003.

¹⁴ Expte. n° 3910: "Alberganti, Christian Adrián s/ art. 68 CC - apelación s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", del 5 de agosto de 2005.



consiste en principios, recomendaciones, reglas mínimas o códigos de conducta que cada día adquieren más importancia y valor vinculante dentro del derecho internacional de derechos humanos y su aplicación en el orden interno.

Como expresó la Corte en el trascendente caso "Verbitsky, Horacio", del 3 de mayo de 2005, Fallos: 328:1146, las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas", si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal, se convirtieron en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad.¹⁵

En cuanto al Tribunal Superior de la Ciudad, encontramos aplicación de "soft law" en el voto de la jueza Ruiz en Expte. n° 4666/06: Ministerio Público -Fiscal de Cámara en lo Contravencional y de Faltas- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, del 13 de septiembre de 2006, donde, destacando la circunstancia particular de que se trataba de un proceso seguido contra un menor de edad, además de señalar que las garantías estaban expresamente reconocidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, menciona las Reglas 20.1 y 10.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (conocidas como "Reglas de Beijing") -Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 29 de noviembre de 1995- y la Regla 17 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad -Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 14 de diciembre de 1990.

Las "Reglas de Beijing" vuelven a ser citadas en el voto del juez Lozano en Expte. n° 5541/07 "Ministerio Público - Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", del 27 de abril de 2009, al cuestionarse el art. 27 de la Ley 12 en cuanto permitía "poner a disposición" del órgano especializado a los menores en determinados supuestos.

Al debatir sobre las facultades de la Guardia Urbana, el Tribunal se refirió al Cuerpo de Agentes de Control de Tránsito y Transporte creado por la ley local 2652 y mencionó que en su art. 5° -Principios Básicos de Actuación- establece que sus miembros deben observar "b) El Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su sesión del 17 de diciembre de 1979, aprobada por Resolución N° 34-169 (Expte. n° 5837/08: Línea de Microómnibus S.A.T.C.F. s/ art. 6.1.63 y otros Leyn° 451 s/ recurso de inconstitucionalidad concedido, del 28 de agosto de 2008)".

II. EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

En este proceso de interrelación entre el derecho internacional y el derecho interno surgen obligaciones concretas para los Estados que no sólo consisten en incorporar a su

¹⁵ Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas fueron invocadas posteriormente por el Tribunal en la resolución de expedientes sobre extradición ("Cerboni, Alejandro D. s/ extradición Rep. Fed. de Brasil, del 6 de mayo de 2008, Fallos: 331:1028).





legislación estas nuevas pautas internacionales, sino que también implican que el Poder Judicial se convierta en garante de las mismas a través de sus sentencias.

Ya en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comentaremos los pronunciamientos en los que el Tribunal Superior asumió su responsabilidad en tal sentido y aseguró la implementación de las normas internacionales de protección de los derechos humanos en las variadas materias en que se expidió en estos años.

2.1. Niños, niñas y adolescentes

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño -instrumento de mayor aceptación entre todos los de protección de los derechos humanos- fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 e incorporada a nuestro derecho a través de la Ley 23.849 sancionada el 27 de septiembre de 1990 y promulgada el 16 de octubre de ese año. Con la reforma constitucional de 1994, formó parte del conjunto de tratados a los que se les concedió jerarquía constitucional al ser enumerada en el art. 75.22 CN.

Indudablemente la Convención tuvo una gran influencia en las nuevas legislaciones internas, que trataron de ir adecuando sus estándares y dieron un nuevo lugar a los niños y jóvenes como sujetos de derecho. En esa línea, la Ciudad de Buenos Aires habló por primera vez de "niños, niñas y adolescentes", denominando así su Capítulo Décimo, incorporándolos como titulares de derecho y reconociéndoles protección integral y derechos y garantías específicos y destinó el Capítulo Undécimo a la "juventud". Como reglamentación a esta norma constitucional, la Ciudad dictó la Ley 114, que derogó expresamente la Ley nacional 10.903 de Patronato de Menores.

Mary Beloff (2007:271) señala que este proceso legislativo no fue directamente determinado por la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño pero sí en forma indirecta, ya que ella fue invocada en los debates de la constituyente local y en los debates legislativos.

El Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires plasmó estas nuevas pautas en distintos temas relacionados con los niños, aplicando distintas normas de la Convención, más allá del principio del art. 3.1 que incluye la consideración primordial del "interés superior del niño" como pauta general y básica de interpretación.

2.2. Salud reproductiva - Patria potestad

La acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 2° CCBA) en el Expte. n° 480/00 "Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c/ GCBA", del 14 de octubre de 2003, cuestionó la constitucionalidad de los arts. 5° y 7° de la ley de la local 418 -modificada por la Ley 439- de "Salud Reproductiva y Procreación Responsable" con fundamento en que el asesoramiento en salud sexual y reproductiva, y el suministro de métodos anticonceptivos a la población en edad fértil que así lo solicitara, violaba el derecho de los padres de ejercer la patria potestad, conforme a lo establecido por el Código Civil.

El planteo dio lugar a un extenso y bien fundado fallo donde se puso de manifiesto la importancia de los tratados internacionales de derechos humanos -en especial la Convención



sobre los Derechos del Niño- y que también puede ser visto como ejemplo de la aplicación por los tribunales locales de las pautas brindadas por los organismos internacionales encargados de la tutela de dichos instrumentos.

A través de votos individuales que coinciden en rechazar la acción y convalidar constitucionalmente las normas cuestionadas, el Tribunal resalta la necesidad de no depender sólo de la legislación infranconstitucional, sino de recurrir a las pautas del nuevo orden internacional jerarquizado constitucionalmente en los distintos aspectos del tema planteado.

Consideran que en el camino hacia la autonomía se verifican diversos estadios de acceso a los derechos que garantiza la Convención sobre los Derechos del Niño, operativos en función de la madurez psicofísica de los menores, y que así como el primer escalón está constituido por el principio "del mejor interés del niño", en un nivel inmediatamente superior se encuentra el derecho a la información, luego el derecho a expresar su opinión y a ser escuchado y, por último, la autodeterminación o decisión autónoma, libre de coacción y derivada de los propios valores o creencias. Dentro de este régimen, cada una de las secuencias implica que se ha respetado la anterior, desde el primer nivel, en el cual la decisión será del representante hasta llegar a la posibilidad de que el menor pueda actuar conforme a su propio criterio, lo //que*/ por supuesto no obsta a que el Estado colabore con la función desarrollada por los padres y establezca así ciertos objetivos básicos en relación con sus políticas en materia de salud y educación y lleve a cabo las acciones tendientes a que se concreten estos fines.

Entienden aplicable el art. 24.1 de la Convención que destaca que los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y se comprometen a que ningún niño sea privado de la satisfacción de los servicios sanitarios respectivos. También, los arts. 12 a 14, que reconocen el derecho a la libre opinión, a la libre expresión -incluido en éste el de buscar y recibir información- y el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y en relación a este último aspecto recuerdan también el artículo 12, inc. 4° de la Convención que enuncia que los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Desde el punto de vista de la política gubernativa, concluyen que una ley como la cuestionada cumple satisfactoriamente con pautas mínimas de preservación de la diversidad de los grupos religiosos y culturales, pues no impone ni la adopción de una determinada concepción de la vida ni la utilización de métodos anticonceptivos.

En tanto la Ley de Salud Reproductiva y Procreación Responsable se enmarca dentro de las políticas de salud, no sólo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sino ya de la República Argentina, que garantizan los derechos a la salud y a la integridad física a nivel constitucional, también hay referencias al reconocimiento y tutela de este derecho humano fundamental en diversos tratados y pactos internacionales, incorporados a la Constitución Nacional: Declaración de Derechos Humanos de la ONU (arts. 3° y 8°), Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, 1 y 2); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI), Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26, que debe leerse con remisión al art. 33 de la Carta de la OEA), Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24°, inc. 2°).





Cumpliendo con la guía imprescindible que debe resultar para la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos, la admitida por sus respectivos órganos internacionales de supervisión, recurre al Comité de los Derechos del Niño, que ha expresado constantemente su preocupación por los embarazos, la incidencia del aborto, las enfermedades de transmisión sexual y el VIH/sida, y ha recomendado consistentemente a los Estados Partes, cuyos informes revisa, la provisión de servicios de educación sexual y salud reproductiva como medio idóneo para la prevención, con cita en primer lugar de las Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina. 15/02/95. CRC/C/15/Add.35., puntos 12 y 19 respectivamente y también las referidas a otros Estados¹⁶

Aporta el voto del juez Maier que la necesidad de poner a disposición de niños y adolescentes servicios de información y asistencia en materia de salud reproductiva fue expresada claramente al menos por otros dos órganos de supervisión de tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional: el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer -órgano de supervisión del cumplimiento de la Convención Internacional para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer- a través de las Recomendaciones Generales N° 15 y N° 24 y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -órgano de supervisión del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- a través de la Observación General N° 14 del año 2000.

Afirma también que la posibilidad de tensión entre la autoridad de los padres y la concesión de peso a la voluntad del niño y del adolescente tampoco ha sido ajena a la reflexión de los órganos de supervisión de los pactos internacionales de derechos humanos y el Comité sobre los Derechos del Niño se manifestó en cuestiones vinculadas con la salud reproductiva y aun en términos más generales a favor de la preservación de un ámbito de autodeterminación del niño, aun frente a la voluntad de los padres, citando la discusión general sobre "Niños que viven en un mundo con sida", 19° session, 5/10/1998 (UN Document CRC/C/79, Annex VI).

La jueza Ruiz cree que es imposible desconocer el cambio que la institución de la patria potestad ha experimentado a partir del paradigma consagrado por la Convención sobre los Derechos del Niño, mencionando el art. 5 del que se sigue que debe ser entendida siempre en el marco y con los límites que aseguren el ejercicio autónomo de los derechos de los niños y adolescentes en consonancia con la evolución de sus facultades, el preámbulo que establece que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y el art. 28, de acuerdo al que la educación del niño deberá estar encaminada a prepararlo para una vida responsable en una sociedad libre. De allí deriva que las reglas que rigen las relaciones paterno-filiales no deben interpretarse de forma que priven al niño o al adolescente del ejercicio de sus derechos fundamentales.

¹⁶ Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Haití. 18/03/2003, párrafos 44 a 49; Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Chile. 03/04/2002. CRC/C/15/Add.173., párrafos 39 a 42; Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Paraguay. 06/11/2001. CRC/C/15/Add.166., párrafos 37, 38, 41 y 42; Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Guatemala. 09/07/2001., CRC/C/15/Add.154., párrafos 40, 41, 44 y 45; Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: República Dominicana. 21/02/2001. CRC/C/15/Add.150., párrafos 37 y 38.



Recurre también a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que dispone que los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular el acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia, atención médica y a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos teniendo acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos (arts. 10,h, 12 y 16).

Otro aspecto para comentar de este fallo es que los actores, al objetar la norma, habían alegado que los medios elegidos por el Gobierno se oponían a la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que motivó que el juez Maier señalara que esa lectura parecía desconocer la opinión del órgano de supervisión del propio tratado, es decir, del Comité de los Derechos del Niño, poniendo énfasis en la interpretación admitida por los órganos internacionales de supervisión como guía imprescindible para la aplicación de los tratados de derechos humanos por los jueces locales, como ya señalamos anteriormente.

Cabe agregar que, dentro del ámbito interno, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece en su art. 37 el reconocimiento de "derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos" y también garantiza la "igualdad de derechos y responsabilidades de mujeres y varones como progenitores".

2.3. Contravenciones. Puesta a disposición

Una causa reciente en la que la Asesora Tutelar plantea a través de la acción directa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2° de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires la invalidez del art. 27 de la Ley 12 -Código de Procedimiento Contravencional- mereció la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos -sobre todo de la Convención sobre los Derechos del Niño- aunque sin arribar todos los miembros del Tribunal a la misma conclusión (Expte. N° 5541/07: "Ministerio Público -Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ CGBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", del 27 de abril de 2009).

La norma cuestionada establece que:

Cuando la persona que estuviere incurso en una conducta calificada como contravención sea menor de 18 años, y ésta pudiera representar un riesgo para sí o para terceros, el o la Fiscal o la autoridad preventora debe ponerlo/ponerla inmediatamente a disposición del organismo previsto en el art. 39 de la Constitución de la Ciudad.

La actora fundó la pretensión en diversas normas de la Constitución Nacional, de la Constitución local y de diversos tratados de derechos humanos. La mayoría quedó conformada por los jueces Lozano, Conde y Casás, que creyeron posible efectuar una interpretación constitucionalmente válida de la norma. Especialmente el voto del juez Lozano remarca, frente a lo inevitable de descartar la interpretación que inscriba al art. 27 dentro de la doctrina de la "situación irregular" en tanto ello suponga privación de libertad, la





necesidad de desarrollar una hermenéutica de las normas para menores que responda a los lineamientos consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño y receptados por el Régimen Nacional de Protección de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes (Ley 26.061), de modo tal que lo que determine la declaración de invalidez -frente a la innegable protección que requieren los derechos de los niños- no pase tanto por verificar que algunos términos utilizados toleran usos reprochables (ej.: "disposición"), sino por demostrar que no admiten alguna interpretación legítima.¹⁷

Con esta idea de la conveniencia de emitir una sentencia interpretativa, concluyeron que el precepto cuestionado sólo puede ser interpretado como un mecanismo para que o bien el menor sea conducido sin presión a entrar en contacto con el Consejo, o que este organismo disponga los medios para contactarlo, y ejercer sus competencias en lo que fuere conducente, aprovechando el aviso de la autoridad preventora o el fiscal interviniente, y que si para ello se requiere restringir momentáneamente su libertad de acción para dar la inmediata intervención del órgano específico previsto por la ley, ello no excedería lo razonable en orden a los fines que se persiguen desde las leyes que regulan la materia. Y que no parece desacertado que el Estado -y sin que se trate de una respuesta del sistema judicial o de naturaleza represiva-, frente a un menor de edad que se encuentra en la situación que describe la norma, intente que un órgano especializado y no judicial intervenga para indagar acerca de la condición que lo ha llevado a ejercer una conducta no permitida y potencialmente dañosa. Las referencias al derecho internacional de los derechos humanos fueron muchas. Se recordó que el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en oportunidad de analizar el ordenamiento juvenil argentino, expresó preocupación al comprobar que entre la legislación nacional vigente había normas basadas en una concepción tutelar que no distingue entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que tienen conflictos con la justicia (Observaciones Finales, CRC.C.15.Add.187, del 9 de octubre de 2002) y que ya en otras oportunidades se había referido a la necesidad de eliminar el concepto tradicional de "situación irregular" en las normas de derecho interno (Observaciones finales: Paraguay, 12/10/2001, CRC/C/15/Add.166, parr. 10.b, entre otras).

También el art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño señalando que los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño y que los Estados Partes deben prestar la asistencia apropiada a los

¹⁷ No hay que olvidarse que en esta causa la competencia del Superior Tribunal se encuentra habilitada por una acción muy particular como es la del art. 113, inc. 2 de la Constitución local, que permite un control abstracto -es decir sin necesidad de agravio por parte del demandante como se requiere desde siempre en el control difuso del orden federal-, y cuyo efecto en caso de hacerse lugar a la acción es la desaparición de la norma del ordenamiento -alcance erga omnes en contraposición al efecto inter partes- con lo cual la trascendencia de una decisión que hiciera lugar a la inconstitucionalidad planteada es mayor y suele ser tomada con un criterio más restrictivo y prudente. Tal vez en relación a este aspecto es que el mismo Maier aclara en su voto que "Originariamente me incliné a creer que, si uno recomponía de otra manera los términos del art. 27 criticado, podía lograr una interpretación acorde con la exigencia constitucional; y esta sentencia serviría, en ese caso, como condición interpretativa de la vigencia de la norma".





padres y representantes legales para el desempeño de sus funciones, velando por la creación de instituciones para el cuidado de los niños y el art. 19 estableciendo que los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso.

Además de mencionar por supuesto el "interés superior del niño" receptado por el art. 3 de la Convención citada, también se refirieron a las "Orientaciones fundamentales" de las Reglas de Beijing (art. 1.1/1.6) destinadas a "promover el bienestar del menor en la mayor medida posible, lo que permitiría reducir al mínimo el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores y, a su vez, reduciría al mínimo los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención" para luego recordar que para la Asamblea General de la ONU, las medidas de atención a los menores con fines de prevención constituyen requisitos básicos de las políticas destinadas a proteger los derechos de la infancia (Comentario a las reglas 1.1 a 1.3, Resolución 40/33).

El art. 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño, instando a los Estados Partes a adoptar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso y también el artículo 11.b de las "Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Resolución n° 45/113 de la Asamblea General" incorporadas a la ley local n° 114 a través de su artículo 12 y art. 19 de la Ley n° 26.061.

En sentido contrario, los jueces Ruiz y Maier coinciden con la Asesora Tutelar en cuanto a la invalidez de la norma. Consideran que si los niños, niñas y adolescentes no son penalmente judicializables de acuerdo a lo que establece el art. 11 del Código Contravencional, no puede haber en la Ley Procesal Contravencional ninguna disposición que habilite de modo excluyente la actuación de las agencias penales (policiales o dependientes del Ministerio Público Fiscal) en relación con ellos. Adhieren a la idea de que la redacción de la norma contiene expresiones como "puesta a disposición" y "riesgo" que constituyen un resabio de la concepción tutelarista.

Invocan el artículo 4° de la Convención de los Derechos del Niño, en concordancia con los arts. 6 y 7 de la ley local n° 114, que establece que

[...] los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas, y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de cooperación internacional

y concordantemente con él, los artículos 6 (Efectivización de derechos) y 7 (Medidas de efectivización, definición y objetivos) de la ley local 114, de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.¹⁸

¹⁸ Vale recordar que el artículo 7° señala que "Las medidas de efectivización de derechos comprenden las de acción positiva que garantizan la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Nacional, por los Tratados Internacionales vigentes, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la legislación nacional".





Como otro argumento para negar validez a la norma cuestionada, consideran que el riesgo o la peligrosidad asociada a un sujeto es un fundamento inválido aun cuando se tratara de adultos imputables, porque conlleva inevitablemente la introducción del derecho penal de autor prohibido por los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y el art. 13, inc. 3º de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires en cuanto al orden interno, y, en cuanto al ámbito internacional, los arts. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, todos ellos expresando el principio de legalidad y la prohibición de ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos.

2.3.1. Legitimación del asesor tutelar en planteos sobre vivienda adecuada

La Convención sobre los Derechos del Niño también fue invocada en algunas ocasiones como fundamento para sostener la legitimación del Asesor Tutelar para efectuar planteos relacionados con el derecho a una vivienda adecuada. Algunos jueces consideraron que no podía negarse dicha intervención si se encontraban comprometidos los derechos de las personas menores de edad, y sus padres no podían presentarse como consecuencia de una regla cuya constitucionalidad el propio Ministerio Público cuestionaba, señalando además que la intervención de la Asesoría no apuntaba a suplir la participación de los representantes legales, sino más bien a procurar remover los obstáculos que impedían esa participación.

Los votos de los jueces Maier y Ruiz en Expte. n° 1472/02: Ministerio Público - Asesoría Tutelar ante la CCAyT- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, del 16 de octubre de 2002, recuerdan que el art. 12, segunda parte, de la Convención sobre los Derechos del Niño prescribe que debe darse al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte y que ello se instrumentará directamente, por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional y que en el mismo sentido, el art. 4 obliga a los Estados Partes a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en ella. Y señalan que la Constitución de la Ciudad (arts. 124 y 125) y las leyes locales 114 y 21 (art. 34) no hacen más que reeceptar los principios establecidos por la Convención.

En un caso posterior el juez Casás sostuvo que la Asesoría General Tutelar se encontraba respaldada de modo suficiente por el interés superior del niño involucrado de manera directa e inmediata si lo que se trataba era de escrutar la validez constitucional de normas reglamentarias vinculadas al acceso a un programa de asistencia habitacional para familias en situación de vulnerabilidad generada por la escasez de recursos y citó apoyando este razonamiento los arts. 3, 4, 6.2 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Expte. n° 6153/08: "Ministerio Público - Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", del 3 de diciembre de 2008).



2.4. Derecho a una vivienda digna. Principio de progresividad

El tema de la vivienda nos introduce en el complejo capítulo de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Aunque nadie podría ya cuestionar su jerarquía normativa a partir de la incorporación de los tratados internacionales, no son pocos los casos donde se los sigue viendo como enunciaciones de principios orientadores para los Estados antes que derechos verdaderamente exigibles con la misma fuerza que los civiles y políticos. Ello es sin duda lo que motivó al juez Casás a expresar que "el desafío que para los jueces plantea el tema de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (...) es, tal vez, una de las cuestiones más relevantes y delicadas de nuestro tiempo", para luego agregar que en la Ciudad según el art. 10 de la Constitución local los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión de su reglamentación y que ésta no puede cercenarlos.

Sin duda la principal razón por la que se ve una exigibilidad más "débil" en los derechos económicos, sociales y culturales con respecto a los civiles y políticos tiene que ver -como señalan Abramovich y Curtis (1997:284)- con el supuesto carácter de obligaciones negativas de los últimos frente al nacimiento de obligaciones positivas en el caso de los primeros que, en la mayoría de los casos, deben solventarse con recursos del erario público. Sin embargo en cuanto se analizan en profundidad los derechos se observa que aun aquellos derechos que parecen ajustarse a la caracterización de "obligación negativa" conllevan una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran en esa actividad, es decir, que no basta con la mera abstención por parte del Estado y por otro lado, aquellos que se identifican con una "obligación positiva" también conllevan obligaciones estatales de no hacer.¹⁹

Sin embargo, resulta innegable la complejidad del tema en materias en que las soluciones están tan estrechamente relacionadas con las decisiones legislativas o en algunos casos ejecutivas que implican asignación presupuestaria y asignación de recursos. Ello ha motivado expresiones como las del juez Casás en el Expte. N° 4568/06: "Tolosa, Estela Carmen c/ GCBA s/amparo", del 9 de agosto de 2006 donde, luego de aceptar que el amparo puede ser la vía idónea para cuestionar las graves omisiones presupuestarias que impidan atender las urgentes necesidades de los vecinos relacionadas con derechos humanos básicos, aclara que ello no importa sustituir por los jueces la función de gobierno propia de los poderes políticos. Agregando que es menester la más acabada prudencia al ponderar la función gasto-ingreso público, tomando en cuenta el fuerte impacto presupuestario de los "derechos de prestación" y, en particular, el de habitar una vivienda digna, por lo cual toda decisión que se adopte debe encontrarse respaldada por fundamentos evidentes. Concluye que no basta limitarse a señalar la falta de política legislativa, sino

¹⁹ Resulta interesante la afirmación de estos autores en torno a lo circulares de algunas objeciones dirigidas contra la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales cuando lo único que señalan es que los instrumentos procesales tradicionales resultan limitados para exigir estos derechos, ya que esta falta de mecanismos no dice nada acerca de esta imposibilidad conceptual de hacerlos exigibles sino que más bien exige imaginar instrumentos procesales aptos para llevar a cabo estos reclamos.





que incumbe al amparista, y más aún a los magistrados, señalar el palmario vicio constitucional en el caso concreto y la forma de corregirlo en la causa.

Y también llevó al juez Lozano a expresar la preocupación por encontrar un parámetro que le dé al juez una herramienta apta para revisar el criterio de distribución de los recursos asignados, como en el caso a vivienda, sin desnaturalizar la función judicial para convertirla en política, para evitar alejarse del mandato del art. 33 de la CN, no ya por la vía de afectar los recursos sino por la de decidir cómo afectarlos (Expte. N° 5536/06: "P., R.I. y otros c/ GCBA s/amparo", del 21 de mayo de 2008).

Dentro de un marco de muy poca aplicación de estándares internacionales en relación al tema de la vivienda adecuada por parte de otros tribunales locales, resulta sin duda destacable el rol activo del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, que sí se ha ocupado de brindar pautas y marcar líneas jurisprudenciales importantes en la materia.

El juez Maier expresa esta idea al aclarar que la intervención jurisdiccional en estos casos, lejos de querer sustituir al órgano legislativo en el diseño de estrategias para lograr, de modo razonablemente progresivo, la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales, se erige en una obligación del Poder Judicial en todas sus instancias (Expte. N° 5033/06: "Moravito, Pilar Rosa c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", 11 de diciembre de 2007).

Al hablar de la Ciudad de Buenos Aires, la primera pauta a tener en cuenta es la incorporación de este tema en su Constitución, en el Capítulo Quinto y bajo el título "Habitat":

ARTÍCULO 31.- La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello:

1. Resuelve 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.
2. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva.
3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.

Y, dentro del bloque de constitucionalidad a partir de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos sin duda la principal fuente es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que fue firmado el 19 de febrero de 1968 y aprobado por el Congreso a través de la Ley 23.313, del 17 de abril de 1986 aunque también la Convención sobre Derechos del Niño ha sido fundamento en numerosos fallos.

2.4.1. Planes habitacionales de emergencia

El primer aspecto tiene que ver con los planes habitacionales de emergencia implementados por el Gobierno y los conflictos originados cuando aquéllos no brindan completa solución a los habitantes de la Ciudad.

En el Expte. N° 5033/06: "Moravito, Pilar Rosa c/ GCBA s/ amparo", resuelta el 11 de diciembre de 2007, la amparista había resultado beneficiaria del subsidio implementado



a través del decreto 895/02 y dedujo la acción por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de que se los reincorporara a los programas de emergencia habitacional. El planteo fue admitido en primera instancia, y se ordenó al demandado que brinde una adecuada cobertura de la emergencia habitacional a la actora y su grupo familiar hasta tanto se hallen en condiciones de superar el estado de "situación de calle". Ante la confirmación del pronunciamiento por la Cámara, el gobierno de la ciudad planteó el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior.

La jueza Ruiz señaló -reiterando argumentos ya expresados en el Expte. N°4568: "Toloza, Estela Carmen c/ GCBA s/ amparo", del 9 de agosto de 2006- que el derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados "derechos sociales" que sólo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que sean promesas o programas que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos y que por el contrario se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla.

Afirma que cuando el artículo 2.1 del PIDESC establece que los Estados Partes deben adoptar medidas especialmente económicas y técnicas para lograr el desarrollo progresivo de los derechos sociales, se refiere a las medidas legislativas como una de las formas privilegiadas para lograr ese objetivo, pero ello no descarta ni la existencia de otras ni la exigibilidad inmediata de los derechos sociales aun sin medidas legislativas en vigor.

Y, en respuesta a los argumentos del Estado apoyados en la no justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y en la neutralidad con la que los jueces deberían interpretar la ley en función del gasto público, afirma que el escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente, invocando el art. 2.1 del PIDESC y la obligación del Estado de justificar que ha utilizado el máximo de sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión del juez.

También son fundamentos de estas decisiones el art. 11 del PIDESC, en tanto establece la obligación de los Estados Partes de reconocer el derecho de toda persona a "vestido y vivienda adecuados" y los arts. 3.1, 3.2, 4, 6.2, 19.2, 26.1, 27.1, 27.2 y 27.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto se trata de supuestos de grupos familiares con hijos menores.

Al afirmar que "El Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar -lo que no ha ocurrido en estos autos- por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna", se introduce una de las notas típicas de los derechos humanos en general y que adquiere especial relevancia en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, como es el principio de progresividad y prohibición de regresividad.²⁰

²⁰ Abramovich y Courtis consideran que esta noción de progresividad abarca dos sentidos complementarios: por un lado, la gradualidad, que va unida a dificultad para la plena realización de estos derechos en un período corto de tiempo, y por otro, el progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos.



Y ello se relaciona con la referencia -en el voto conjunto de los jueces Casás y Conde- a las dos obligaciones autoimpuestas al Estado: otorgar un subsidio monetario para afrontar el pago de alojamiento y orientar a las familias en la búsqueda de estrategias de solución a su problema habitacional. Y la mención a que no basta con la asistencia a través del subsidio, sino que la Administración está obligada a hacer "algo más", señalando también que corresponde a los poderes políticos estructurar las políticas y planes para dar satisfacción a lo dispuesto en los regímenes tutelares previstos en la materia.

También se relaciona con el Expte. n° 5536/06: "P., R. I. y otros c/ GCBA s/ amparo", resuelta el 21 de mayo de 2008 en que el recurso del Gobierno local se interponía contra una sentencia que había dejado en pie la decisión de primera instancia que había ordenado al demandado que "mantenga al grupo familiar de los accionantes, en tanto perdure su situación de pobreza crítica, en algún programa de emergencia habitacional que contemple su condición de grupo familiar". El juez Maier -que considera intachable la sentencia apelada por utilizar fluidamente sus mecanismos epistemológicos para averiguar aquello que considera derecho a la vivienda digna en la Constitución local y en los pactos internacionales- sostiene que el núcleo fuerte de la desavenencia respecto de la cláusula del art. 31 de la constitución local está constituido por la concepción del principio de progresividad, fijado por obligaciones internacionales, y su derivado, en tanto prohíbe la regresividad. Y que mientras la sentencia recurrida interprete que los derechos sociales son oponibles al Estado como deber de tornarlos reales o de garantizar su goce -más allá de cumplimientos parciales- y se mantenga la situación de necesidad, una vez atendidos esos derechos no puede existir marcha atrás sin alguna razón absolutamente justificada.

Esta característica de progresividad surge del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece el objetivo de que "todos los pueblos y naciones (...) aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos". Y, más específicamente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 2.1.:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2.4.2. Juicios de desalojo

Un segundo aspecto se relaciona con juicios de desalojo iniciados por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en virtud del art. 463 de la Ley N° 189 - Código Contencioso Administrativo y Tributario (CCAyT)- para lograr la desocupación de bienes del dominio privado del Estado. En la primera parte la norma establece, cumplido el plazo, la intimación a los ocupantes, quienes tienen la obligación de restituir el bien dentro de los diez días corridos. La segunda parte -que es la que mereció el reproche- establecía:



La autoridad administrativa debe requerir judicialmente el desalojo del/la o de los/las ocupantes. En tal caso, el tribunal, previa acreditación del cumplimiento de los recaudos establecidos en el párrafo anterior, sin más trámite, ordena el lanzamiento con el auxilio de la fuerza pública, sin perjuicio de las acciones de orden pecuniario que pudieran corresponder. La medida no puede suspenderse sin la conformidad de la autoridad administrativa.

La causa donde se desarrolló el tema es Expte. N° 1556/02 "Comisión Municipal de la Vivienda c/ Saavedra, Felisa Alicia y otros s/ desalojo", y fue resuelta el 7 de octubre de 2002. Llegó a resolución del Tribunal a través de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad contra la sentencia de cámara que confirmó el pronunciamiento de primera instancia que había declarado la inconstitucionalidad de la norma cuestionada.

Sostuvo la jueza Ruiz -a cuyo voto se adhirió en este aspecto el juez Maier- que el procedimiento diseñado por el art. 463 del CCAyT no prevé ninguna oportunidad para que quienes puedan resultar alcanzados por una orden de lanzamiento tengan conocimiento de la tramitación de la causa, ocasión de ser escuchados, producir prueba y hacer valer los medios de defensa de que dispongan en tiempo oportuno y con las debidas garantías. Eso hace que la norma colisione con el derecho de defensa y el debido proceso, que hallan fundamento en los arts. 18 de la Constitución Nacional y 13 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires en cuanto al orden local y, en cuanto a los tratados extranjeros, en los arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Consideran por otro lado que -en cuanto al derecho a la vivienda en sí- cobran crucial importancia las dos Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -órgano de contralor del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- que reconoce en su artículo 11 párrafo 1 el derecho a una vivienda adecuada. El Comité entendió que uno de los componentes del derecho a una vivienda adecuada es la "seguridad jurídica de la tenencia", abarcadora del derecho a garantías procedimentales suficientes para revisar en sede judicial la amenaza de desalojo, la Observación General n° 4 establece que "todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas" (punto 8 a). Aún más específica es la Observación General n° 7 (1997), en la que reconoce "el derecho a no ser desalojado forzosamente sin una protección adecuada" (punto 8) y agrega "[a]unque algunos desalojos puedan ser justificables, por ejemplo en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada, las autoridades competentes deberán garantizar que los desalojos se lleven a cabo de manera permitida por una legislación compatible con el Pacto y que las personas afectadas dispongan de todos los recursos jurídicos apropiados" (punto 11). En este último sentido se precisa "que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran (...) g) ofrecer recursos jurídicos" (punto 15).

Citan también la Observación General 17 (1989) del Comité de Derechos Humanos, "Los derechos del niño (artículo 24)", deja en claro que "[t]odo niño, debido a su condición de





menor, tiene derecho a medidas especiales de protección" (punto 4), proposición que resulta acorde con la pauta hermenéutica del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La jueza Conde señala que el diseño de la norma viola la garantía de acceso a la justicia, establecida en el artículo 12 de la Constitución de la Ciudad y en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; pues no basta que el sujeto contra el que se dirige la acción haya sido citado en sede administrativa o que pueda impugnar el acto en sede judicial, el trámite del proceso debe asegurarle la oportunidad de acceder a ser oído por el magistrado y a plantear ante él todas las defensas, admisibles y pertinentes, de las que pudiere valerse frente a la pretensión de la administración.

Los jueces Muñoz y Casás también coinciden en la inconstitucionalidad de la norma atacada, pero con argumentos basados en el derecho interno.

La norma cuestionada fue posteriormente modificada por la ley local 2555 (promulgada el 6 de diciembre de 2007), y la segunda parte quedó redactada del siguiente modo:

La autoridad administrativa, puede requerir judicialmente el desalojo del/la o de los/las ocupante/s. En tal caso, el Tribunal, previa acreditación del cumplimiento de los recaudos establecidos en el párrafo anterior, corre traslado por diez (10) días perentorios a la parte demandada. Vencido este término, el Tribunal, cumplidas las medidas para mejor proveer que pueda haber dispuesto, llama autos para sentencia, la que debe dictarse dentro de los cuarenta (40) días.

2.5. Doble instancia

Una de las incorporaciones y modificaciones al derecho penal a partir de la constitucionalización de las convenciones internacionales de derechos humanos sin duda es la relativa a la garantía de la doble instancia. Hasta ese momento existía una pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que afirmaba -tanto en materia civil como penal- que la doble instancia no era requisito constitucional de la defensa en juicio.²¹

A partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a recurrir a una instancia superior adquirió jerarquía constitucional en virtud de lo establecido en el art. 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y también en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incorporados al bloque de constitucionalidad federal a través del art. 75, inc. 22. El nuevo criterio quedó consolidado a nivel federal con el leading case "Giroldi, Horacio David y otro", del 7 de abril de 1995, Fallos: 318:514, que estableció que la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8°, inc. 2°, ap. h), era declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el artículo 459, inc. 2, del Código Procesal Penal de la Nación, en tanto vedaba la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena.²²

²¹ Fallos: 211:1534; 218:208; 216:41; 224:810; 238:418; 256:147 y 304:1632, entre otros.

²² En verdad, el primer fallo en mencionar las nuevas normas internacionales incorporadas a la Constitución Nacional fue "Jáuregui, Luciano Adolfo", del 15 de marzo de 1988, Fallos: 311:274,



En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el tema que se planteó en varias ocasiones se refiere al procedimiento recursivo en el caso de las contravenciones. Se trata generalmente de supuestos en que en primera instancia el imputado es absuelto y -ante el recurso del Fiscal- la Cámara del fuero revoca esta sentencia absolutoria dando por resultado una condena. La defensa sostiene habitualmente en estos casos que el imputado se encuentra imposibilitado de recurrir a un nuevo debate, ya que considera que el recurso de inconstitucionalidad local -que es su única posibilidad recursiva- no puede ser equiparado a un recurso de casación.

En estos casos, el condenado cuenta -con base en el art. 53 de la Ley de Procedimiento Contravencional- con la vía del recurso de inconstitucionalidad pero, ¿garantiza este recurso su derecho a una verdadera revisión de la sentencia? ¿Satisface este único recurso posible su derecho a intentar un nuevo examen de su condena, que podría arrojar como resultado su revocación y reemplazo por la absolución, su confirmación, en cuyo caso se ejecutará la pena impuesta, o su reforma por una condena con consecuencia más benigna? ¿Existe una violación de la garantía de la doble instancia?

Las respuestas no fueron unánimes por parte de los miembros del Tribunal y además, hubo cambios de criterios con los cambios en su composición. Una primera cuestión que ya dividió las opiniones se relaciona con las expresiones "persona inculpada de delito" y "persona declarada culpable de un delito", que utilizan el art. 8.2.h. de la Convención Americana y el artículo 24.5 del PIDCP ya citados.

En los primeros fallos sobre el tema, la mayoría quedó conformada con los jueces Conde, Casás y Muñoz, que entendieron que la garantía estaba justamente asegurada para el caso de los delitos pero no cuando se trataba de contravenciones. Consideraron que en el orden jurídico de la Ciudad no existe identidad entre las materias penal y contravencional y que en el ámbito de ésta última, la cuestión de la vigencia de la garantía en examen se desenvuelve en un plano infraconstitucional. Fundaron también su criterio en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Recurso de hecho deducido por Sociedad Anónima Organización Coordinadora Argentina en la causa Sociedad Anónima Organización Coordinadora Argentina s/ infracción a la Ley 22.802", del 27 de junio de 2000, Fallos 323:1797, que consideró ajenas al ámbito de dicha garantía a las sentencias que condenan o absuelven con motivo de la imputación de faltas, contravenciones (art. 27, inc. 3°, Código Procesal Penal de la Nación) o infracciones administrativas.²³

pero allí se había considerado que el nuevo requisito de la doble instancia se encontraba satisfecho por la existencia del recurso extraordinario ante la Corte Suprema. En Giroldi el Tribunal considera que la reforma introducida por la ley 23.774, que le otorgó la facultad de rechazar, por la sola aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación recursos extraordinarios por falta de agravio federal suficiente, y la creación de la Cámara Nacional de Casación Penal (leyes 23.984 y 24.050) cambiaron las circunstancias y determinaron que el recurso extraordinario ya no constituyera un remedio eficaz para salvaguardar la garantía tal cual era incorporada a través de los tratados internacionales.

²³ Corresponde agregar que con posterioridad al fallo citado por el Tribunal de la Ciudad, la Corte sólo parece haber reiterado este criterio en la sentencia "Butyl S.A. s/infracción ley 16.463", del 16 de octubre de 2002, "Fallos" 325: 2711 y, además, que salvo el caso del juez Fayt, que firmó





Sin embargo no sólo los tratados incorporados a la Constitución contemplan esta garantía, sino que ella está prevista a nivel interno en el art. 13 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que garantiza la libertad a sus habitantes como parte de la inviolable dignidad de las personas y al enumerar las reglas a las que deberán atenerse los funcionarios menciona en el punto 3 a la garantía de la doble instancia junto los principios de legalidad, determinación, inviolabilidad de la defensa en juicio, juez designado por la ley antes del hecho de la causa, proporcionalidad, sistema acusatorio, inmediatez, publicidad e imparcialidad. Para esta interpretación más restringida del alcance del doble conforme, la previsión de la constitución local fue establecida teniendo en mira la transferencia de la justicia criminal ordinaria al poder judicial de la Ciudad (cláusula transitoria 13ª de la CCBA), que resultaría coherente con la distinta entidad de los bienes jurídicos tutelados y comprometidos en uno y otro régimen.

Consideran que la pauta que debe aplicarse es la de razonabilidad y que el ordenamiento procesal contravencional de la Ciudad satisface la exigencia de la doble revisión (Expte. n° 1509: Ministerio Público -Defensoría Oficial en lo Contravencional n° 3-s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abalos, Oscar Adrián s/ art. 71 CC, del 23 de octubre de 2002).

En sentido contrario, los jueces Maier y Ruiz conceden carácter represivo al derecho contravencional, lo que tornaría aplicable al mismo todas las garantías propias del sistema penal considerando exigible por ende la revisión de la condena en esos supuestos. Consideran que el derecho internacional de los derechos humanos se refiere a la pena estatal, esto es, a una institución característica del derecho penal que concede al Estado la facultad de injerencia en derechos básicos de la persona humana (vida, libertad locomotiva, patrimonio, libertad de acción, laboral, etc.), y que esto resulta totalmente independiente del modo en que el orden interno clasifique las distintas infracciones que son presupuesto de la pena, por ejemplo en delitos y contravenciones.

Sostienen que el derecho contravencional se edifica a imagen y semejanza del Derecho Penal y fundamentan ello en diversos artículos del Código Contravencional entonces vigente (Ley N°10), lo que creen lo distingue de un modelo relativo al ejercicio del poder de policía reconocido a la Administración por razones de convivencia social y sometido a ciertas condiciones para convertirlo en un derecho penal, con limitaciones pero finalmente represivo. (Expte. N° 1509 "Ministerio Público -Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 3" ya citado.)

Los cambios en el Tribunal, con la incorporación de Luis Lozano ocupando el lugar del fallecido Guillermo Muñoz, modifica las mayorías y en algunos casos los matices en

en el primero de los fallos mencionados, ninguno del resto de los jueces permanece hoy en el Alto Tribunal. Y en relación a quien es hoy uno de sus integrantes, el juez Zaffaroni, resulta conveniente recordar la cita "no existe otra diferencia entre delito y contravención que la puramente cuantitativa, los códigos contravencionales o de faltas de la Ciudad de Buenos Aires y provinciales no pueden desconocer ninguno de los principios a que debe atenerse el ejercicio del poder punitivo conforme a la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" Eugenio R Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia, "Derecho Penal, parte general", ed Ediar noviembre 2000, pág 171. (Zaffaroni, cit. por Foster).



fallos vinculados a esta temática. En el fallo Expte. N° 3910: Alberganti, Christian Adrián, del 5 de agosto de 2005, el juez Lozano lleva adelante un detallado razonamiento del tema. Parece coincidir en un principio con la interpretación que justifica el distinto tratamiento entre delitos y contravenciones a los efectos de la doble instancia. Por aplicación del artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y su pauta de interpretación de buena fe de un tratado conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin, está de acuerdo con otorgar al término "delito" un alcance acorde con ese generalizado empleo. Hace un repaso de los sistemas normativos en otros países americanos confirmando que la distinción entre delito y contravención o falta trasciende nuestra frontera y que, conocida por los redactores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, éstos optaron por el término más restringido y específico de "delito" al redactar el art. 8.2. h ya mencionado. Agrega, finalmente, razones prácticas que explicarían que una garantía que impone dar mayor extensión y complejidad al proceso previsto por el art. 8 de la misma Convención para una categoría mucho más amplia de supuestos quede reservada para aquellos casos que más lo justifican por la gravedad de su repercusión sobre el enjuiciado. Concluye así que descarta una interpretación de la Convención que torne aplicable la garantía de la doble instancia a las faltas y contravenciones y que la misma conclusión resulta aplicable al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pero Lozano cree que esta primera conclusión no implica que la garantía no exista con apoyo en el derecho interno y continúa su razonamiento. Menciona su incorporación a la constitución local en el art. 13.3, que sin embargo, no establece en verdad en qué consiste la garantía y la cláusula transitoria duodécima, punto 5 in fine que dispone que la Legislatura de la Ciudad sancionará un Código Contravencional con estricta observancia de los principios consagrados en la Constitución Nacional y en los instrumentos mencionados en el inc. 22 del art. 75 de la misma, lo que fue adoptado por el legislador en el art. 3 de la Ley N° 10.²⁴ Concluye que esta incorporación torna inequívoca la aplicación de la doble instancia al proceso contravencional. Señala que la Ley N° 12 instituye un proceso que asegura la posibilidad de recurrir la sentencia pero no que la apelación sea lo suficientemente amplia para satisfacer la garantía tal cual la interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", sentencia del 2 de julio de 2004 (como un "examen integral").

Se establece entonces, por mayoría a partir de este fallo, para estos supuestos donde existe una primera condena en segunda instancia, que dicha decisión sea susceptible de un recurso amplio de acuerdo a las pautas de los tratados de derechos humanos y que el mismo debe ser resuelto en la misma Cámara, por otros jueces que no hayan intervenido anteriormente en el proceso. Esta solución satisface la garantía del doble conforme respetando la ley positiva que no establece al Tribunal Superior como un tribunal de mérito, sino que establece para su competencia un recurso excepcional, reducido a un agravio constitucional.

Si bien este criterio fue mantenido en fallos posteriores -Expte. n° 5186/07 Gelabert, Sergio Claudio, Spangenberg, Hugo Hernán y otros s/ inf. arts. 116, 117 y 118 CC (Suipacha

²⁴ Hoy, art. 3 de la ley local 1472 que derogó la ley N° 10.





845), del 18 de julio de 2007 entre otros-, corresponde también aclarar que el juez Maier precisó que como el carácter privativo o limitativo de la libertad locomotiva de las penas en algunos casos era lo que había llevado a esta conclusión, cuando lo apelado era una multa de acuerdo al mínimo de la escala no se justificaba la doctrina que venimos reseñando, que parte justamente del carácter represivo de la materia contravencional (Expte. n° 5480/07: Ministerio Público -Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Pérez, José Luis y Taboada, Daniel Marcelo s/ infr. art. 60 Ley 1472, resuelta el 12 de marzo de 2008).

2.5.1. Limitaciones recursivas al fiscal

Otro tema donde se puede ver claramente la recepción de las normas de los tratados internacionales es el relativo a la imposibilidad para el fiscal de contar con el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior.

Se trata de supuestos en donde el Ministerio Público cuestiona la limitación que le impone el art. 53 de la Ley de Procedimiento Contravencional, que establece posibilidades recursivas sólo para el contraventor. La norma está redactada de la siguiente manera:

Recursos ante el tribunal superior - Dentro de los cinco (5) días de la sentencia definitiva, el contraventor/a podrá interponer fundadamente ante el Tribunal Superior de Justicia los recursos previstos en los incisos 4to. y 5to. del artículo 26 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.²⁵

En el Expte. N° 110/99: Rodríguez, Paulo Federico y Ball, Gustavo Matías s/art. 78 -carreras en la vía pública- s/ recurso de queja, del 22 de octubre de 1999, el Tribunal - luego de señalar que el recurso no reunía los requisitos mínimos formales para ser tratado- afirmó que la norma cuestionada no concede al Fiscal posibilidad alguna de recurrir ante el Tribunal Superior, ya que de su letra surge claramente que el único habilitado es el contraventor. Expresó los fundamentos de la norma, tendientes a concretar la garantía de doble instancia para los individuos y no para los órganos del Estado, reconocida por la Constitución Nacional a partir de la incorporación de los tratados de derechos humanos.

El fundamento fue reiterado en el Expte. n° 1560: Ministerio Público -Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Prodan, Eduardo Emilio s/ art. 38 CC, del 16 de julio de 2002, pero en esta oportunidad el Tribunal debió además contestar otro agravio, ya que el Ministerio Público argumentaba que la sanción de la Ley local 402 -de procedimiento ante el Tribunal Superior- imponía modificar el criterio señalado. El agravio fue rechazado señalando que la Ley 402 era una norma procesal general destinada a regular las

²⁵ "Artículo 26º - COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. El Tribunal Superior de Justicia conoce: (...) 4. Por vía de recurso de inconstitucionalidad, en todos los casos que versen sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en la de la Ciudad."



pautas a las que deben señalarse los distintos procedimientos ante el Tribunal y que regló allí donde no había pauta adjetiva o donde la preexistente debía, a criterio del legislador, ser modificada. La Ley general 402 no derogaba a la ley especial anterior, salvo abrogación expresa o manifiesta incompatibilidad, supuestos que no surgían del examen sistémico de las normas. Agrega que si el legislador hubiera querido habilitar al Ministerio Público la posibilidad de plantear recursos de inconstitucionalidad en materia contravencional, habría dispuesto la derogación de la norma contenida en el artículo 53 de la Ley 12.

Efectivamente, el mencionado art. 53 encuentra su sustento en las normas constitucionales enunciadas en los artículos 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que garantizan -a la persona "inculpada de delito" o "declarada culpable de un delito"- el derecho a recurrir a un tribunal superior.

Sin embargo, si bien en este caso la norma local resulta bastante categórica al mencionar sólo al contraventor como beneficiado con la posibilidad recursiva, la doctrina no había sido pacífica en cuanto al verdadero alcance de estas normas convencionales internacionales y algunos creían ver también para el Estado la posibilidad de este recurso ante el tribunal superior.

El punto había sido resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación", resuelta el 14 de octubre de 1997 (Fallos: 320:2145), que fue invocada como fundamento en los fallos del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires que comentamos.

Ante el planteo del fiscal que tachaba de inconstitucional el art. 458 del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto no le concede al Ministerio Público el derecho de recurrir por vía de casación, la Corte consideró que las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los estados contratantes. Recurrió a la jurisprudencia de la Corte Interamericana como guía de interpretación -como ya lo había hecho en fallos anteriores- que dispuso: "los Estados (...) asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" (Opinión Consultiva 2/82, 24 de septiembre de 1982, párrafo 29).

Al indagar el alcance del art. 8º, párrafo 2º, inc. h, consagrado en la CADH, el Tribunal recurre al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por haber sido utilizado como instrumento preparatorio para aquélla y porque deben entenderse como un bloque único, y llega a la conclusión de que, en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por la norma con rango constitucional, sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho.²⁶

Maier -citado ahora como doctrinario y no en su rol de juez- destaca la importancia de esta verdadera transformación que introducen las dos convenciones de derechos

²⁶ Cabe agregar que este criterio fue reiterado en fallos posteriores de la Corte Suprema ("Gorriarán Merlo, Enrique Haroldo y Sívori, Ana María", del 19 de octubre de 1999, Fallos: 322:2488, "Nicolai, Jorge Alberto y Díaz, Juan Eduardo", del 24 de abril de 2001, Fallos: 324:1365, "Da Conceicao Teixeira, Casimiro", del 4 de abril de 2002, Fallos: 325:503 y voto del juez Maqueda en "Garrafa, Carlos Francisco", del 31 de octubre de 2006, Fallos: 329:4688).





humanos mencionadas a partir de su incorporación a nuestro derecho y que están llamadas a transformar "la base político-criminal del concepto de recurso".

Este importante cambio hace que el recurso se elabore como una garantía procesal del condenado que tiene derecho a que su sentencia sea revisada por un tribunal superior y que pierda su carácter de medio de control estatal de los órganos judiciales superiores del Estado sobre la tarea cumplida por los tribunales inferiores. Afirma que el recurso contra la sentencia no puede ser ya concebido como una facultad de todos los intervinientes en el procedimiento que corresponde también a los acusadores para remover cualquier motivo de injusticia de la sentencia, para transformarse en un derecho exclusivo del condenado penalmente. Pierde así su carácter bilateral y ampara a toda persona contra la cual el Estado decide aplicar una consecuencia jurídico-penal (Maier, 1997:410).

Un supuesto particular se planteó en relación a este tema en el Expte. N° 339/00: Pariasca, Lucio León Eloy s/ art. 47 s/ recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad, del 5 de septiembre de 2000, donde por mayoría que quedó conformada por los jueces Maier, Muñoz y Ruiz, se admitió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el fiscal, en una aparente contradicción con el criterio desarrollado anteriormente pero que en realidad no es tal.

La particularidad estaba dada porque el fiscal había requerido la absolución y, ante la confirmación por la Cámara de la condena de primera instancia, el Fiscal de cámara cuestionó dicha condena a través del recurso de inconstitucionalidad, requiriendo que se deje sin efecto la sentencia de condena.

Si bien el que recurría era el fiscal, lo cierto es que recurría una condena a un contraventor y, por ende, a favor del imputado, para lograr la revocación o eliminación de esa condena, por lo cual no se trataba de un recurso para la persecución penal, es decir, para la parte estatal.

Considera entonces el Tribunal Superior que si bien la ley procesal contravencional a través de su art. 53 canceló la facultad del ministerio público fiscal de recurrir las sentencias contravencionales de segunda instancia, en perjuicio del acusado, en consonancia con el derecho al recurso del condenado previsto en las convenciones internacionales ya mencionadas (art. 8.2.h CADH y 14.5 PIDCP), no canceló el recurso del condenado en su favor, aun interpuesto por el ministerio público fiscal.

Es que en este supuesto particular la actuación fiscal no estaba dirigida a realizar la persecución penal pública, sino que justamente tendía a hacer efectivas las garantías que la Constitución Nacional, los tratados internacionales y la Constitución de la Ciudad consagran en favor de aquel que fuera condenado.

Los jueces Conde y Casás, en disidencia, consideran aplicable el criterio del fallo "Rodríguez, Paulo Federico" citado más arriba, es decir, que la limitación recursiva rige aún cuando el Ministerio Público Fiscal pretende actuar a favor del imputado, que es quien debe instar la vía intentada.

2.6. Licencias profesionales para conducir. Resocialización de la pena

Las restricciones al otorgamiento de licencias profesionales de conducir por registrar antecedentes penales dieron origen a pronunciamientos del Tribunal Superior que



invocaron normas de derecho internacional sobre derechos humanos y que en algunos casos motivaron el dictado de medidas legislativas modificando las ya existentes.

El tema se planteaba básicamente en supuestos donde -ante una legislación un tanto confusa- se denegaba al solicitante la habilitación de conductor profesional por registrar antecedentes penales, aplicando la prescripción específica prevista para la subclase "transporte de escolares o niños" a otros supuestos o subclases.

El Tribunal consideró que en el ámbito de la Ciudad no se había juzgado adecuado hasta ese momento restringir el otorgamiento de las licencias en los otros supuestos y que ello debía ser establecido por las autoridades de la ciudad, por lo que dicha fundamentación -que restringía los derechos de los recurrentes-, implicaba una aplicación claramente inconstitucional de las normas y revelaba una actitud jurídica peligrosista que la Constitución local prohíbe, citando el art. 13, inc. 9 de la misma.

Pero la fundamentación no quedó en el plano normativo interno, sino que al recordar que las restricciones que la autoridad jurisdiccional pueda establecer deben ser claras, generales y razonables, considera que tales extremos no se verificaban en este caso, en el que la Administración había elaborado, indebidamente, una norma individual por la que también se había afectado el principio de resocialización de la pena -que funda, además de en el art. 18 de la Constitución Nacional, en el art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos- afectando derechos constitucionales y con una solución disvaliosa para los intereses de la comunidad (Expte. N° 1253/01: "Gagnotti, Santiago Juan c/ Gobierno de la Ciudad -Dirección de Educación Vial y Licencias- s/ amparo", del 14 de febrero de 2002 y Expte. N° 1427/02: "Vera, Miguel Ángel c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires -Dirección General de Tránsito- s/ amparo", del 6 de mayo, donde se suma a la mayoría el juez Maier, que no había firmado el nombrado en primer término).

Como adelantamos más arriba, estos fallos originaron una modificación legislativa e impulsaron el dictado del decreto N° 331/04, que expresamente los menciona, y también con posterioridad la Legislatura local sancionó la Ley 2148. Pero, si bien hubo varios fallos del Tribunal con posterioridad a los comentados sobre el mismo tema de fondo, en ellos la fundamentación se limitó al derecho interno, sin invocación de normas internacionales.²⁷

2.7. Plazo para interponer la acción de amparo. Plazo razonable

El tema del plazo razonable fue abordado por el Tribunal Superior a raíz del planteo de inconstitucionalidad del art. 4 de la Ley 2145 (texto según Ley 2243) de la Ciudad de Buenos Aires a través de una acción declarativa de las previstas en el art. 113,

²⁷ Expte N° 4888/06: Pérez, Ariel c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido, del 21 de marzo de 2007; Expte. n° 4978/06: Ludueña, Pedro Albino s/ queja por recurso de inconstitucionalidad/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA, del 3 de julio de 2007; y Expte. n° 5859/08: Ambrosi, Leonardo c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA), del 23 de marzo de 2009, entre otros.





inc. 2° de la Constitución local. El agravio del actor -que identifica al amparo como un derecho humano fundamental- se centraba en que la norma que lo regula establecía un plazo de 45 días hábiles para interponer la acción de amparo, contados a partir de que el afectado tuvo conocimiento cierto de la lesión, restricción, alteración o amenaza. Consideraba que estaba en contradicción con el art. 14 de la Constitución de la Ciudad en tanto, luego de señalar que toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo señala entre otros aspectos que el procedimiento está desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad. También fundaba su planteo en normas de derecho internacional como el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Expte. N° 5296: "Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 27 de diciembre de 2007).

Si bien por mayoría conformada por los votos de los jueces Lozano, Ruiz y Casás, el Tribunal hizo lugar a la acción y declaró la inconstitucionalidad de la norma, llama la atención que -salvo una referencia del juez Casás- el desarrollo argumental basado en las citas de derecho internacional se encuentra en el voto de la jueza Conde que, en minoría, convalida la norma cuestionada.

El voto disidente parte de la afirmación de que los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional a partir del año 1994 han recepcionado la pauta temporal como elemento esencial en la defensa de los intereses fundamentales de toda persona y concluye que no le asiste razón al actor cuando señala que la existencia de un plazo de caducidad de la acción de amparo conspira contra su eficacia y operatividad.

Partiendo de la base de que la celeridad de los procesos está íntimamente vinculada a la seguridad jurídica, considera que ello constituye para el peticionante la garantía de que su reclamo sea resuelto en un plazo razonable y sin dilaciones injustificadas. Sin embargo este principio no se opone, sino que se complementa con la necesaria actividad que debe desarrollar el afectado para la consecución de este fin de celeridad.

En este sentido, menciona la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, al tratar el derecho a la integridad personal relacionado con los menores de edad, establece que ellos deberán ser "llevados ante los tribunales especializados con la mayor celeridad posible para su tratamiento (art. 5°); que toda persona retenida o detenida tiene derecho a recurrir ante un juez para que éste decida "sin demora sobre la legalidad de su arresto o detención" (art. 7°, incs. 4, 5 y 6) y también el denominado artículo de protección judicial de dicha Convención que dispone que "1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales" (art. 25° CADH). También hace referencia al plazo de seis meses de interposición de la acción del art. 46.1.b y recuerda que el Reglamento de la Comisión ordena que deberá abstenerse de conocer en aquellas peticiones que se presenten "después del plazo de seis meses" (art. 38). Finalmente, señala que al tratar el caso de desacuerdo con el alcance de un fallo emitido por la Corte Interamericana, se dispone que éste podrá ser interpretado a solicitud de cualquiera de las partes, "siempre que la solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de notificación del fallo" (art. 67, CADH).

Queda como interrogante frente a esta posición si, ante la existencia de un texto en la constitución local que habla de un procedimiento desprovisto de formalidades procesales es válido recurrir al derecho internacional de los derechos humanos para justificar una



restricción -que es lo que implica un plazo- teniendo en cuenta que, como vimos en la parte general, no se puede limitar un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico interno utilizando como argumento la vigencia de un tratado.²⁸

2.8. Derecho de ocurrir ante los tribunales

En el Expte. N° 154 / 99: Causa N° 141 -CC- 99 Cáceres, Osvaldo Ernesto c/ G.C.B.A s/ queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad, resuelta el 22 de diciembre de 1999, el recurso de la Procuración de la Ciudad tachaba a la sentencia de arbitraria en tanto consideraba que no había merituado la reunión de los requisitos que tornan admisible la acción de amparo. El Tribunal en forma unánime considera lo contrario y expone que más allá de las diferentes apreciaciones que puedan tenerse sobre los caracteres y alcances de la acción de amparo en el ámbito de la Ciudad, el tribunal a quo sí había evaluado la existencia de aquellos requisitos a partir de una interpretación razonable del art. 14 de la Constitución local, concluyendo a favor de la admisibilidad de la acción.

El voto de la juez Conde enriquece la solución -a la que adhiere-, destacando que diversos tratados internacionales, incorporados a nuestro orden constitucional, imponen el deber legal de proporcionar a los habitantes del territorio nacional la posibilidad de ocurrir ante los tribunales para hacer valer sus derechos por vía de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen alguno de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. XVIII, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 8°, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 2°, apartado 3 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 25, ap. 1°. Cree que el recurso sencillo y rápido a que aluden las convenciones internacionales depende en gran medida de la posibilidad de establecer, a través del derecho procesal vigente, la protección perseguida.

2.9. Docencia. Restricciones por edad

En dos importantes fallos el Tribunal Superior consideró el tema de la discriminación por edad en la Ciudad de Buenos Aires, más específicamente en la docencia.

La primera de las causas fue Expte. n° 482/00: "Sandez, Carlos Armando c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", del 29 de noviembre de 2000, donde se impugnaba la norma del Estatuto Docente Municipal que limitaba la posibilidad de concursar para un cargo docente en la enseñanza primaria a quienes tuvieran más de 40 años. El Tribunal recordó el art. 11 de la Constitución local, que establece:

²⁸ Cabe agregar que la Legislatura de la Ciudad aceptó expresamente lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia en este fallo, ya que al tratarse de una acción declarativa prevista en el art. 113, inc. 2° de la Constitución de la Ciudad correspondía el reenvío previsto para esos supuestos, por lo que el plazo que preveía el art. 4° quedó derogado.



ARTICULO 11.- Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo.

La 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.

Aplicando un criterio de razonabilidad para analizar la norma cuestionada, el Tribunal consideró que no se había aportado ninguna razón sustancial de carácter pedagógico vinculada a la idoneidad, o referida a la política de incorporación de recursos humanos que justificara fijar una edad máxima para el ejercicio docente y que la cláusula bajo análisis contribuía a excluir a un grupo de personas que, dadas las condiciones económicas, quedaban colocadas en una situación social vulnerable. Resuelve por ello hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad y al amparo, sin hacer mención alguna a los tratados internacionales, pese a que el actor había invocado -además de la normativa interna- el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Casi un año después, el Tribunal se pronunció en un planteo similar, en el que la actora impugnaba la normativa local que fijaba en 35 años la edad máxima para ingresar como maestro en el área de educación inicial (Expte. N° 826/01: "Salgado, Graciela Beatriz c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", del 21 de noviembre de 2001).

Por supuesto, el Tribunal nuevamente se funda en el art. 11 de la Constitución local, pero en esta oportunidad -probablemente por tratarse de una acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2° de dicho estatuto la que habilitaba su competencia- fue más allá y, al declarar la invalidez de la norma, recurrió también a la doctrina norteamericana de las "categorías sospechosas" y, en el caso del voto del juez Muñoz también se mencionó la doctrina de las "cláusulas específicas" de la jurisprudencia española. Recordemos que esta doctrina, y en relación al control de constitucionalidad de las normas, tiene como consecuencia que -a diferencia del control de razonabilidad antes mencionado- invierte la carga de la prueba poniendo en cabeza del Estado la fundamentación de que el empleo de dicha categoría es estrictamente necesaria para el cumplimiento de un fin legítimo.²⁹

²⁹ En una causa relacionada también con la docencia, pero originada en restricciones basadas en la nacionalidad ("Repetto, Inés María c/ Buenos Aires, Provincia de", del 8 de noviembre de 1988, Fallos: 311: 2272), un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad de las normas de la Provincia de Buenos Aires que imponían tal limitación considerando que en cuanto al ejercicio de derechos civiles y especialmente al desempeño de sus profesiones, los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos en virtud del art. 20 de la Constitución Nacional y el voto de los jueces Petracchi y Bacqué introduce la doctrina de las "categorías sospechosas" al señalar que ante los términos categóricos de dicha norma toda distinción entre nacionales y extranjeros se hallaría afectada por una presunción de inconstitucionalidad y quien sostenga su legitimidad debería acreditar la existencia de un



La importancia de estos fallos –y su estrecha relación con el derecho internacional de los derechos humanos– radica en destacar la enumeración que realiza el art. 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, detallada y exhaustiva y compararla con la fórmula del art. 16 de la Constitución Nacional de 1853, que sostiene que "Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad", para comprobar que –como afirma la jueza Ruiz en su voto– ya no se trata del constitucionalismo liberal clásico, que formula el derecho a la igualdad sin hacer referencia a factores concretos prohibidos por importar discriminación, sino que estamos ante un listado que es típico del constitucionalismo contemporáneo, influenciado por el proceso de codificación internacional en materia de derechos humanos. Así, la enumeración que realiza el constituyente local guarda gran similitud con el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social prácticamente de una redacción idéntica al art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Vemos que la norma local, aunque con una enumeración muy similar a las normas convencionales internacionales mencionadas, agrega el factor "edad", que no fue incluido en ellas (lo mismo ocurre con "orientación sexual", "caracteres físicos" y "condición psicofísica").

Este dato muestra, por un lado, que el acentuado garantismo de una constitución moderna como es la de la Ciudad de Buenos Aires brinda en este aspecto un alcance mayor en su protección que la Constitución Nacional, aspecto que no presenta conflicto, ya que sabemos que las garantías establecidas por esta última deben verse como un piso y no como un techo, y también muestra que en este caso fundamental de la edad como categoría, el orden interno brinda una protección mayor que los tratados de derechos humanos internacionales y en esto tampoco se puede ver conflicto alguno. Sabemos que nada obsta a que en el ámbito interno se puedan consagrar derechos con un alcance mayor que el establecido en los tratados internacionales y que éstos en general establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor (art. 5 PIDCP, art. 29 CADH, art. 5 PIDESC, Art. 1.1 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o degradantes, art. 41 CDN).

Parece interesante también –siguiendo con los distintos planos normativos en juego– traer el cuestionamiento que hace Gullco que, a partir de la confirmación de la edad como categoría sospechosa en virtud de su inclusión por los constituyentes en el art. 11

interés estatal urgente para justificarla. El mismo criterio fue sostenido en la causa "Hooft" (Fallos: 327: 5118).





mencionado, se pregunta si sería posible sostener esta misma categoría a la luz de otras constituciones, como la argentina, que no la mencionan como tal. Contesta en forma negativa el interrogante, ya que cree que lo que da fuerza a la categoría sospechosa es justamente su respaldo en el texto expreso de la Constitución, que enuncia la decisión del pueblo soberano y que, así como el texto constitucional es utilizado para fundar una mayor protección contra la discriminación (caso "Salgado"), no parece leal tratar de llegar a esa misma conclusión respecto de un texto que no la otorga (Gullco, 2007:264).

2.10. Extranjeros. Función pública. Principio pro homine

Una abogada de nacionalidad alemana impugnó la resolución del Consejo de la Magistratura de la Ciudad que no había dado curso a su inscripción a un concurso para el cargo de secretario de primera instancia por no cumplir el recaudo de nacionalidad argentina (Expte. N° 361/00: "Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", del 20 de junio de 2000).

El planteo fue desestimado por mayoría de tres votos -jueces Casás, Muñoz y Conde-, que no consideraron irrazonable un requisito que determine que sean sólo ciudadanos argentinos quienes se incorporen a determinados cargos del Poder Judicial. El voto de la jueza Conde mencionó el artículo 21 de la "Declaración Universal de los Derechos Humanos", que establece que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos y de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. Considera que dicha norma garantiza entonces el acceso a los cargos públicos a los ciudadanos de cada país y no la hace extensiva a los extranjeros que en ellos habiten y también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 26 también limita la garantía de acceso a los cargos públicos a los ciudadanos de cada país.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto esta decisión -que fue apelada a través de un recurso extraordinario- declarando la inconstitucionalidad de la norma impugnada fundándose en el art. 16 de la Constitución Nacional y en el estándar de las categorías sospechosas pero, en relación a la materia que comentamos, criticó la referencia a los tratados internacionales afirmando que los mismos pueden sólo mejorar la tutela de los derechos pero no empeorarla. Es decir, que aquellos no pueden entenderse como restrictivos de los derechos constitucionales existentes, en el ordenamiento interno, al momento de su sanción. Citó el art. 29, inc. b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que ninguna disposición de esa Convención puede ser interpretada en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes" y el art. 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Este comentario nos remite a un tema específico del derecho internacional de los derechos humanos, que es el del principio pro homine. Se trata de un criterio hermenéutico por el cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria (Pinto, 1997:163).



Este principio adquiere fundamental importancia cuando ante la multiplicidad de normas –tanto internas como internacionales– se originan conflictos en torno a cuál es la que resulta aplicable en determinada situación.

Su vigencia –con invocación del art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– fue recordada en el voto de la jueza Conde en Expte. N°3543/04 "Sosa, Hugo Alberto c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", del 13 de abril de 2005, reforzando una interpretación a favor del justiciable y el requisito de la tutela judicial efectiva.

2.11. Homologación de acuerdo. Menor discapacitada

Las normas del derecho internacional de derechos humanos no sólo fueron invocadas por el Tribunal Superior para la resolución de casos contenciosos y para cotejar el choque o no de determinadas acciones o normas con aquéllas. En el Expte. N° 2173/03: "R., D. R. y otros c/ O.S.B.A. s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", resuelto el 16 de julio de 2003, en el marco de un reclamo contra una obra social de la Ciudad de Buenos Aires a fin de que otorgue y mantenga una prestación terapéutica educativa se fijó una audiencia conciliatoria y las partes presentaron al Tribunal un acuerdo cuya homologación solicitaron. Como en el acuerdo la actora desistía del recurso de inconstitucionalidad planteado contra la sentencia de cámara, fue el Superior Tribunal quien debió decidir acerca de esta homologación solicitada, ya que la misma resultaba presupuesto para la subsistencia o no del planteo recursivo que motivaba su intervención.

Teniendo en cuenta que del acuerdo surgía que la obra social demandada aceptaba la pretensión de la accionante en pleno y se comprometía al pago y reconocimiento de la cobertura total de las prestaciones solicitadas respecto de la menor durante todo el tiempo que lo requiriera, juzgó el Tribunal que lo acordado satisfacía el superior interés de la menor –arts. 3.1, 23.2, 24.1 y 26, entre otros, de la Convención sobre los Derechos del Niño– y los requisitos constitucionales emanados de otras normas, como el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los artículos 1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y –ya en el plano normativo interno– los arts. 11, 20, 23, 39 y 42 de la Constitución de la Ciudad, en tanto imponen adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar la protección integral de la salud y la integración de las personas con necesidades especiales, sin discriminación, y arts. 16 y 33 de la Constitución Nacional, en tanto tutelan la igualdad y los derechos implícitos.

2.12. Derecho a la salud

Otro derecho que fue reconocido a partir de la jerarquización de los tratados internacionales de derechos humanos es el derecho a la salud. En efecto, si bien la doctrina y la jurisprudencia reconocían a este derecho como un derecho constitucional no enumerado con fundamento en el art. 33 de la Constitución Nacional, desde el punto de vista normativo fue reconocido en dichos instrumentos internacionales con carácter extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva.





Así lo afirmaron los jueces Casás y Lozano con cita del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986", del 1 de junio de 2000, Fallos: 323:1339. En una causa en que se planteaba la inconstitucionalidad de normas que atribuían a los psicólogos, trabajadores sociales y enfermeros universitarios con formación en salud mental incumbencias profesionales distintas a las establecidas por las leyes nacionales que regulan esas profesiones, sostuvieron que lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional reafirma el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y destaca la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas (Expte. N° 3245/04: "Asociación Gremial de Psiquiatras de la Capital Federal y otros c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", del 20 de octubre de 2004).

Idéntico reconocimiento al carácter constitucional del derecho a la salud encontramos en el voto del juez Casás en Expte. N° 3260/04: GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: "Verseckas, Emilia María c/ GCBA s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)", del 16 de marzo de 2005, donde el agravio se refería al tema de la prescripción en una demanda que perseguía una indemnización por daños y perjuicios ante una supuesta responsabilidad médica.

Afirmó -siguiendo a la Corte federal- que es correcto afirmar que esos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de las personas (art. 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre) y que el ordenamiento jurídico reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los Estados de procurar su satisfacción.

Unos años antes, un trascendente fallo que hizo lugar al amparo tendiente a lograr la interrupción de un embarazo de un feto anencéfalo recordó que tanto el derecho a la vida como el derecho a la preservación y atención de la salud gozan no sólo de la protección constitucional, sino también de la emergente de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con jerarquía constitucional (Expte. n° 715/00 "T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo -art. 14, CCBA-", 26 de diciembre de 2000).

Los votos de las juezas Ruiz y Conde mencionaron su reconocimiento en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (arts. I y XI), la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 3, 8 y 25), la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 4 y 5 sobre el derecho a la vida y a la integridad personal respectivamente) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10.2. de especial protección a las madres antes y después del parto y art. 12 referido al más alto nivel posible de salud física y mental). También mencionan la Convención sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que obliga a adoptar medidas que garanticen el acceso a servicios de atención médica, inclusive los referidos a la planificación familiar y también en relación con el embarazo y el parto (art. 12). Destacaron también que este amparo se extendía en su protección del derecho a la salud de la amparista al de su familia y que comprendía también la salud psíquica.



III. CONCLUSIÓN

El recorrido por los distintos temas refleja la trascendencia que le ha dado el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires a las pautas del derecho internacional de los derechos humanos jerarquizadas constitucionalmente en 1994 y su permanente invocación, convirtiendo en realidad la complementariedad que debe existir entre el derecho internacional y el derecho interno para que realmente puedan tornarse efectivas.

Sobre la base de una Constitución moderna y garantista como la de la Ciudad, que se refiere en su preámbulo a una "democracia fundada en la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia y los derechos humanos" y de innumerables incorporaciones legislativas de los nuevos estándares internacionales, resulta fundamental la responsabilidad de la cabeza de su poder judicial en la efectivización de estos derechos.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS (1997), "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (1997), "El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional", La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- BELOFF, Mary (2007), "Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina", La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- DULITZKY, Ariel (1997), "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado", La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- FOSTER, Alejandro Alberto, Doble conforme en el proceso contravencional, Revista electrónica Derecho Penal Online, disponible en <http://www.derechopenalonline.com>
- GULLCO, Hernán Víctor (2007), "El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino", El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario, Editorial Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires.
- GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T. (1995), "El derecho internacional en la Constitución Nacional", Estudios sobre la reforma constitucional de 1994, Editorial Depalma, Buenos Aires.
- HARO, Ricardo (2003), "Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia argentinos", Revista lus et Praxis, Año 9, N° 1, Talca, Chile.
- MAIER, Julio B. (1997), "El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?", La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Editores del Puerto, Buenos Aires.



- MANILI, Pablo Luis (2005), "El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino", Editorial La Ley, Buenos Aires.
- MONCAYO, Guillermo R. (1997), "Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino", La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- PINTO, Mónica (1997), "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- PINTO, Mónica (2008), "Los derechos humanos económicos, sociales y culturales", Homenaje a Carlos S. Nino, Editorial La Ley, Buenos Aires.





PREMIO FORMACIÓN 2010





Lila Emilse García
Titularidades de exclusión. Acciones
pluriindividuales por derechos sociales
en la justicia de la Ciudad de Buenos
Aires

cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

2do. premio







Titularidades de exclusión. Acciones pluriindividuales por Derechos Sociales en la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires*

LILA EMILSE GARCÍA**

En este mundo parece natural que los buenos deseos y las protestas nobles no logren casi nunca interponerse entre el golpe y el dolor. Para la mayoría de los que sufren no hay apelación posible. Los pueblos vietnamitas son incendiados y sus pobladores quedamos vivos aunque el noventa y cinco por ciento de la población mundial condene ese crimen. Quienes se pudren en la cárcel cumpliendo unas condenas inhumanas no dejarán de pudrirse por más que los juristas del mundo declaren que es una injusticia. La mayoría de las peores injusticias tienden a perpetuarse hasta que no quedan víctimas para sufrirlas. Nada puede interponerse entre el golpe, una vez que se ha lanzado, y el dolor de aquel que lo recibe. Hay una rigurosa frontera entre los ejemplos morales y el uso de la fuerza. Una vez que te empujan al otro lado de ella, la supervivencia sólo depende del azar.

John Berger, *Un hombre afortunado*

I. INTRODUCCIÓN

El año en que vivimos es un año de ciencia ficción. Si ya 1984 representaba lo que nos depararía el futuro, cuánto más representativos son los años posteriores a la frontera del siglo XXI, un futuro de science fiction: tecnologías impensables, robots, naves, máquinas inteligentes de todo tipo, el hombre biónico, colonias "terricolas" en otros planetas, la era Cyborg y un sinnúmero de etcéteras. El futuro, recipiente de las más grandes esperanzas y adelantos y el triunfo de la humanidad. Un orden multipolar, más justo y sin conflictos luego de la caída de la Unión Soviética.

Durante los primeros días aquellos de nosotros que tenían práctica en matar pollos, y sobre todo cabras, jugaban con ventaja. Pero después todos nos acostumbramos a la nueva actividad y aprendimos cómo recuperar el retraso que llevábamos. El trabajo nos guiaba los brazos.

* Trabajo ganador del 2º premio Formación Judicial 2009, en el eje "Aplicación de los tratados internacionales de Derechos Humanos en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

** El seudónimo utilizado fue "Vattel".



¿Campesinos de la India en un día cualquiera? No: la explicación de un protagonista sobre Ruanda, sobre "la temporada de matanzas" con machetes y otros instrumentos de labranza. 1994, en los albores del gran siglo tecnológico.

Timor Oriental, Sierra Leona, Afganistán, Corea del Norte, Angola, Sudán, Liberia, Chechenia, el Congo, Argelia, Kosovo, Iraq y siguen las firmas. El Tíbet, Irán junio 2009, China julio del corriente. Los años noventa vieron una explosión de conflictos armados y disturbios importantes por todos sus frentes -el estallido con que acabaron los años ochenta (Wallerstein, 1991)- y luego del 9/11, "guerra preventiva" e "intervenciones humanitarias" mediante, el panorama parece derrumbarse, sobre todo para el papel del derecho internacional y, especialmente, de los derechos humanos.

El derecho internacional, la comunidad internacional y muy particularmente los derechos humanos tienen un asiento permanente en el banquillo de los acusados. Como claramente lo expone Pinto (2004), "el conflicto armado en Iraq ha cuestionado el derecho internacional con mayor crudeza que cualquier otro suceso... se acabó el sistema internacional, se instaló el vale todo".

En este ascenso de la ilegalidad internacional (Tello, 2007), los derechos humanos (como sistema de protección jurídico pero también como sistema de valores) resultaron objeto privilegiado de abusos por parte de quienes a ellos apelan para justificar fragrantísimas violaciones a normas de todo orden, denostados incluso por las personas a quienes deberían proteger y criticados ferozmente por fuertes pensadores que ven en ellos una herramienta del Imperio (Hardt y Negri), un mecanismo de control (Foucault), abstracto puro y discurso para los intelectuales que carecen de ideas (Deleuze), una conquista que "en su lucha con los poderes centrales, preparan en cada ocasión, simultáneamente, una tácita pero creciente inscripción de la vida en el orden estatal, ofreciendo así un nuevo y más temible asiento al poder soberano del que querían librarse" (Agamben).

Justamente, la protección de los propios nacionales frente a sus Estados fue una cuestión que, hasta la aparición de los derechos humanos, quedaba bajo la discrecionalidad del Estado de que se tratara: el derecho internacional sólo se ocupaba del trato dado a los extranjeros, como extensión de los Estados mismos. Como lo expresa Pinto (2004), "los Estados convenían en respetarse mutuamente en la persona de sus nacionales". Amén de cuestiones políticas tales como la no injerencia en los asuntos de jurisdicción doméstica, había también una justificación moral: si la población era un elemento constituyente de los Estados, ¿cómo podría éste atentar contra ella? Un Estado, en la teoría organicista, no amputaría uno de sus miembros. Sin embargo, en las postrimerías de la Primera y especialmente de la Segunda Guerra Mundial, grandes cantidades de personas desplazadas y apátridas se ven privadas, al perder la nacionalidad, del nexo tradicional entre el individuo y el derecho de gentes: de allí la reflexión arendtiana sobre la pérdida del *status civitas* como expulsión de la humanidad.

Estos antecedentes dieron una forma particular a los derechos humanos: (i) ejercicio frente al Estado, a la vez que, como resultado de su posición única y todavía preponderante, es también él quien debe respetar y garantizar tales derechos, de allí que el sistema sea estatocéntrico; (ii) consolidación de la protección de los derechos civiles y políticos en desmedro de los económicos, sociales y culturales, una división derivada de la situación de las relaciones internacionales en aquel momento sin real





trasfondo en derecho -pues las pretendidas distinciones en base a las obligaciones del Estado no fueron más que una justificación jurídica de la división-, que resultaría cara a la protección de aquellos etiquetados como de "segunda generación" (económicos, sociales y culturales); (iii) impregnados de una concepción liberal, capitalista y formada bajo la égida de los Estados-nación, los derechos humanos experimentan con la desconfiguración del orden mundial y de tales unidades territoriales los interrogantes más profundos de su existencia.

En este panorama, aun dando cuenta de él, creemos que la todavía gran tarea de los derechos humanos en la era de la ciencia ficción es la inclusión.

En la agenda latinoamericana, podemos escribir que una de las grandes promesas incumplidas¹ es la inclusión de los parias o despojados. En un continente donde son pobres un 75% de los guatemaltecos, 73% de los hondureños, 68% de los nicaragüenses, 63% de los bolivianos (Kliksberg, 2005), los desarraigados a los que se refiere el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) A. Cançado Trindade (2003) no son sólo refugiados, desplazados, migrantes y apátridas: la situación dramática de las displaced persons de H. Arendt hoy también es posible sin perder la ciudadanía legalmente.

En la Argentina, diciembre de 2001 no sólo marcó un punto de inflexión crucial para nuestras instituciones democráticas, sino que despidió del sistema de reparto de bienes (económicos, sociales, culturales, etc., en suma, ciudadanía en el sentido actual que he referido) de las titulaciones posibles a un número hoy cada vez mayor de personas que se volvieron un porcentaje "x", un fenómeno social. En término de las metas de la Declaración del Milenio, el cumplimiento fue del menos 310% para el país con mayor crecimiento de la pobreza durante el período 1999-2002.

Ante esto, la Justicia en Argentina ha mostrado tener un papel estelar. De los mismos términos de los principales instrumentos protectores de derechos humanos se encomia adoptar otras medidas fuera de las legislativas. Pero además, cierta jurisprudencia registrada en nuestro país ha mostrado una veta a medio camino entre la tutela individual y la colectiva (mucho antes incluso del fallo "Halabi") que permite responder a las necesidades de grupos excluidos que comparten la misma situación.

En este sentido, hace tan sólo unos años, era imposible pensar que la Justicia argentina ordenaría limpiar el Riachuelo, intimar a la Ciudad para que organice un plan sanitario para los residentes en una villa o un remedio a la precaria situación de los detenidos en las comisarías de la provincia de Buenos Aires, ejemplos específicos de tutela que realizan aquella afirmación de la Justicia como el nuevo canal de los desfavorecidos, otrora políticos, para conseguir beneficios sociales (O'Donnell, 2002). Para el 2006, la mitad de los jueces del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad había admitido acciones y ordenado al Gobierno porteño medidas concretas² en orden a la protección de los pobladores más vulnerables.

¹ Según destacara José Miguel Vivanco (2005), Director Ejecutivo de Human Rights Watch, los tres grandes desafíos para el continente latinoamericano son: (a) la administración de justicia y la seguridad ciudadana; (b) la ciudadanía; y (c) el género (sic).

² "La Justicia se involucra cada vez más en políticas sociales". Clarín, Suplemento "Zona", 06/08/2006. Disponible online en www.clarin.com.



La tutela de estos grupos desaventajados o unprivileged es, por un lado, uno de los test que el Dr. Gargarella propone para medir el accionar de la Justicia. Esta "medición" también tiene repercusiones internacionales: frente al derecho internacional, el Estado es una unidad, con independencia de las divisiones jurisdiccionales, territoriales o funcionales. De allí que la actuación del Poder Judicial pueda ser cotejada con lo que se espera del Estado argentino en materia de obligaciones nacionales e internacionales en derechos humanos. En este marco, la CSJN y el Poder Judicial de la Ciudad han sido pioneros en estas acciones. Este trabajo trata sobre esta posibilidad de la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires de actuar frente a la exclusión con base en derechos humanos, a través de la revisión de ciertos casos jurisprudenciales sobre derechos económicos, sociales y culturales -DESC-. Ello trae no pocas dificultades: "no son directamente operativos", "no son exigibles por vía judicial", y, muy particularmente, seguiremos las posturas respecto a las esferas de competencias del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo para intentar clarificar la doctrina emergente.

PRIMERA PARTE

II. MARCO TEÓRICO Y CONVERGENCIAS PROBLEMÁTICAS

2.1. El estado de los Derechos Humanos

El derecho internacional contemporáneo, en materia de derechos humanos, se halla, académicamente, en un estado consolidado y en constante expansión: proliferan los derechos de lege ferenda, los marcos teóricos para responsabilizar distintos actores por violaciones de los derechos humanos (principalmente empresas transnacionales);³ a nivel normativo, los instrumentos protectores se multiplican, tanto en derechos como en sujetos; políticamente, gozan de una incuestionable legitimidad y han sido receptados como la quintaesencia de la democracia e incluso frente a ella:⁴ el respeto de los derechos humanos es la base sobre la cual ésta se construye y la delimita, a la vez que hace a aquellos posibles.⁵

³ Una de las discusiones modernas sobre los derechos humanos versa sobre la notable expansión (del uso) del término derechos humanos, tanto (i) para designar nuevos derechos (los llamados de tercera y cuarta generación); (ii) para reconocer nuevos sujetos (los pueblos); (iii) para reconocer derechos basados en la diferencia (homosexuales).

⁴ En especial referencia a los derechos humanos como instancia para rebelarse: Gargarella, 2005; Gil Domínguez, 2005.

⁵ Véase: Declaración Americana, Art. XXVIII; Convención Americana, arts. 23 y 29.b; Carta Democrática Interamericana, especialmente arts. 3 y 7; en la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano (en especial, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, El hábeas corpus bajo la suspensión de garantías, párrafos 20-26; Opinión Consultiva OC-9/89, Garantías judiciales en Estado de emergencia, párrafo 37) y en la doctrina (por ejemplo, Gros Espiell, 1997-1998).





Frente a este avasallante progreso de la universalidad y de la cultura de los derechos humanos,⁶ los niveles de protección efectiva parecen, independientemente, haber descendido. Más allá de lo dicho en su voto por el Juez de la Corte IDH, Dr. García Ramírez, en la sentencia del caso "Tibi c. Ecuador" sobre la preocupación de estar juzgando siempre las mismas cosas, parece que el mencionado ascenso de la ilegalidad frente a la mayor discrecionalidad y unilateralidad de los Estados está haciendo estragos no sólo en la efectividad de los derechos humanos, sino que llega incluso a ponerlos en duda como mecanismo real de protección, como derechos que "sirvan para algo".

Lo cierto es que, contra todo lo aprendido sobre la independencia entre la Moral y el Derecho (un producto, en definitiva, del proceso de racionalización concebido como extirpando la emoción, como explica Nussbaum), la relación entre ambos planos encuentra en los derechos humanos su más delicada intersección; precisamente en los derechos sociales, mediante los cuales se buscó devolver al concepto de derecho subjetivo su "contenido moral" (Cruz Parceró, 2000). Como lo reconoce Habermas, "el concepto de derecho humano (...) es una modalidad específica del concepto moderno de derechos subjetivos y por consiguiente un concepto jurídico (...) aquello que les confiere una pertenencia a los derechos morales no es su contenido, ni menos aún, su estructura, sino el sentido de su validez, que supera el orden jurídico de los Estados-Naciones".⁷

Tres características son fundamentales a los fines de este trabajo: (i) los derechos humanos son una categoría especial que tutela una dignidad realizable (en un mínimo) a través de ellos (Donelli, 1989; Gros Espiell, 2003); (ii) son progresivos y, además, irreversibles, lo cual significa que sobre el mínimo alcanzado no son posibles los retrocesos; (iii) los derechos humanos "no sólo expresan aspiraciones, propuestas, pedidos o ideas encomiables, sino exigencias de cambio social basadas en derechos" (Donelli, 1989:31).

En Argentina, el término "derechos humanos", como estandarte político, ha estado en boca de todos desde la vuelta de la democracia en 1983 y como pauta desde el orden constitucional, en 1994, con la incorporación del inciso 22 del art. 75. Esta jerarquía constitucional, según nuestra propia Carta Magna lo establece, ocurre "en las condiciones de su vigencia", cláusula que según pacífica doctrina indica el modo en que fueron aprobados y ratificados por la República Argentina (es decir, con las reservas y declaraciones interpretativas que hubiera hecho el Estado), lo que hace a su vigencia interna. Pero además, las condiciones de vigencia se refieren también a la interpretación que los organismos internacionales hagan de tales derechos ("Girolodi"),⁸ en particular de

⁶ Esta "cultura" (Guariglia) o "fenómeno" (Rabossi) de los derechos humanos (también, la "conciencia ética contemporánea" de la que hablan Piovesan o Despouy) erige un sistema de valores básicos que marcan los criterios "de lo que debe ser respetado en cualquier caso y en cualquier tiempo o lugar, de lo que a estas alturas del siglo XX, es indiscutible y no negociable" (Camps, [1993] 1999:50).

⁷ Citado por Melkevik, 1996:225.

⁸ "Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación" (causa nro. 32/93), recurso de hecho deducido por Osvaldo Iuspa (defensor oficial), en la causa Girolodi, nro. 32.193. El Derecho, Tomo 163, página 161.



la jurisprudencia de la Corte IDH,⁹ las directivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH- ("Simón"),¹⁰ los dictámenes del Comité de Derechos Humanos -CDH- ("Casal").¹¹ Todo ello, instrumentos e interpretación, constituyen pautas obligatorias que no necesitan ser "incorporadas" al orden interno para ser vinculantes para los Estados como un todo y con independencia de su organización interna.

2.2. Exigibilidad, programaticidad e interpretación de los derechos económicos, sociales y culturales

El problema de la programaticidad de los derechos, y la exigibilidad de los DESC en particular, forma parte de un mismo problema en lo que refiere a estos derechos: pese a que los derechos humanos no son programáticos (sino que, en todo caso, la falta de reglamentación para hacerlos operativos es un incumplimiento que puede ser demandado),¹² se pretende excluir a los DESC no sólo directamente "operativos", sino incluso como derechos en sí mismos: serían, por ejemplo, condicional opportunities. Como señala Wiles (2006:36), "the issue of legal enforceability has been the primary obstacle impeding the development of socio-economic rights".

Esto encierra dos negaciones en torno a estos derechos: la primera, que su cumplimiento vendría a ser una facultad supeditada a cuestiones de oportunidad y presupuesto,

⁹ En dicha oportunidad, nuestra Corte sostuvo que "la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre derechos humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente 'en las condiciones de su vigencia', esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De allí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la CA".

¹⁰ CSJN, "Simón, Julio Héctor y otros", sentencia del 17/06/2005. Fallos 328:2056.

¹¹ CSJN, "Casal, Matías y otro", sentencia del 20/09/2005. Fallos 328: 3399.

¹² Si por alguna razón, el derecho de que se trate necesitara implementación en el ámbito interno, el juego de los arts. 1 y 2 de la CADH (y las interpretaciones que del mismo han hecho los órganos del sistema) pone en cabeza del Estado (ya sea a través del Poder Legislativo, como Ejecutivo o Judicial), adoptar las medidas necesarias para hacerlos efectivos. De ello se sigue, claramente, que supeditar el efectivo goce de cualquiera de los derechos previstos en la Convención o en el derecho interno a su programaticidad, entraña posiblemente una violación de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino. Pero además, en virtud de las interpretaciones efectuadas por la Corte IDH, dicha programaticidad no se refiere solamente a la adopción de medidas legislativas. La obligación del Estado argentino de "darles eficacia en el orden interno" (art. 2 de la Convención Americana) no se refiere solamente a la adopción de medidas legislativas, que no agota por sí misma las obligaciones de los Estados Partes; al contrario, se debe dar a la frase "por todos los medios apropiados" su significado pleno y natural: cabe considerar apropiadas a las de carácter administrativo, financiero, educacional y social, aunque [incluso ellas mismas] no agotan las medidas que pueden resultar apropiadas (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, CDESC, 1990, párrafo 7).



por lo cual las acciones ante y desde el Poder Judicial exorbitarían las esferas de competencia previstas en la Constitución; la segunda, que su cumplimiento no podría ser demandado judicialmente. En nuestro derecho, se asimilan a las cuestiones políticas no justiciables.

Como puede verse, la compartimentación de posguerra resultó bastante cara a la historia del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y, especialmente, a su protección. Pese a que casi concomitantemente a plantearse la división comenzó a afirmarse la interdependencia (Conferencia de Teherán, 1968), no pudo sentarse el primer cimiento para rescatar la no compartimentación sino hasta después de la caída del Muro de Berlín (Conferencia de Viena, 1993), refrendada por constantes afirmaciones que, a nivel universal y regional, ratificaban dicha interdependencia.¹³ Para ese entonces, los DESC, anclados a la suerte del propio Estado de Bienestar, habían experimentado una debacle que incluso los ponía en duda como derechos para rebajarlos a un catálogo de ilusiones. Al mismo tiempo, el sistema democrático, triunfador luego del cisma de 1989 y asociado a la concepción liberal de los derechos humanos, no ve la necesidad de plantearse una cuestión social: la democracia de la libertad garantizaría la igualdad.

Si bien en la actualidad y "en la óptica normativa internacional está definitivamente superada la concepción de que los derechos sociales, económicos y culturales no son derechos legales" (Piovesan 2004:27), la realidad nos muestra que tanto en la práctica internacional¹⁴ como en la nacional, según veremos en la segunda parte de este trabajo, todavía se esgrimen argumentos en contrario con distintos niveles de éxito. En este sentido, Wiles (2006) enumera las "conceptual barriers" en el camino del posicionamiento de los DESC como derechos: "adequacy of existing law, judicial policy-making, positive vs. negative rights, poverty and just democracy, human existence as social existence, conceptual clarity and legal certainty".

Entonces, aunque las tesis que distinguían distintas obligaciones por parte de los Estados según se tratase de derechos de primera o de segunda generación han sido extensamente refutadas¹⁵ y varias iniciativas en algunos ámbitos internos,¹⁶ los DESC no se han filtrado mayormente en éstos y, adicionalmente, existen dificultades para llevar sus supuestas violaciones a conocimiento de los órganos de algún sistema de internacional de protección, en particular por las cláusulas de competencia de los órganos respectivos. Con todo, hay

¹³ Los Principios de Limburg (1987) y posteriormente los Principios de Maastricht (1997), ambos sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), recalcan la indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos humanos (párrafo 4 del último documento señalado, por ejemplo).

¹⁴ Muchos Estados se defienden ante la CIDH argumentando, por ejemplo, que "la garantía en materia de seguridad social es programática y carece de significación regulativa" (CIDH, caso 11.670, Informe 3/01, Amílcar Menéndez, párrafo 38).

¹⁵ Entre muchos trabajos que podrían citarse, véase: Cancado Trindade, Abramovich y Curtis, 1997; 2001.

¹⁶ En Argentina, el puntapié inicial fue la protección del derecho a la salud, iniciado en un conocido caso decidido por la Corte Suprema de Justicia de ese país: "Campodónico de Beviaqua vs. Ministerio de Salud y Acción Social" (2000, Fallos 323:3229. Disponible online en <www.csjn.gov.ar>).





dos pautas de interpretación fundamentales para sostener la exigibilidad de los DESC: (i) la que está llevando a cabo la Corte IDH y que incorpora elementos sociales a los derechos que puede aplicar (esto es, aquellos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH); (ii) a raíz de esta y como contrapartida de la integralidad de los derechos, las obligaciones también deben ser interpretadas de la misma manera, no siendo posible sostener que estas son distintas según la categoría de derechos de que se trate.

Esta interpretación "evolutiva" puede darse por iniciada en el sistema interamericano con la OC-16/99,¹⁷ aunque hay antecedentes de trabajo en la CIDH.¹⁸ Si tenemos en cuenta que la Corte IDH ha limitado su competencia para declarar violaciones de derechos humanos sólo a los previstos en la CADH,¹⁹ ha dejado a salvo que puede interpretar tales derechos a la luz de lo que dispongan otros instrumentos y documentos internacionales, (a) aunque no se refieran específicamente a derechos humanos (pero conciernan a su protección); y (b) aunque no sean de aquellos instrumentos propiamente dichos.

Mediante la interpretación de los derechos de la CADH (predominantemente "civiles y políticos"), los DESC pueden filtrarse y actualizar derechos contenidos en dicha Convención con rango de exigibilidad.

La Corte IDH, por demás, ha aplicado diversos derechos "civiles y políticos" interpretados según ciertos DESC. En el caso "Baena, Ricardo", la Corte interpreta los derechos de reunión (art. 15) y de asociación (art. 16) de la CADH a la luz de los derechos sindicales. Poco tiempo después, falló el caso "Comunidad Sumo Awás Tingni", en el cual se utilizó esta interpretación evolutiva para reconocer una situación ancestral: la propiedad comunal de los miembros de una comunidad indígena. Al declarar la violación del art. 21 de la CADH, la Corte entendió que dicho artículo (interpretado a la luz del Convenio 169 de la OIT)²⁰ amparaba el derecho de este grupo en el marco de la propiedad comunal, agregando que "la estrecha relación que tienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica" (párrafo 149). En el caso "Cinco pensionistas", la Corte IDH reconocerá el derecho a una pensión comprendido en el derecho a la propiedad privada.

¹⁷ Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A, N° 16.

¹⁸ En el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador 1997, la CIDH ya había sostenido que "el derecho a que se respete la vida individual no se limita a la protección contra la muerte provocada de manera arbitraria. Los Estados partes deben tomar ciertas medidas positivas para salvaguardar la vida y la integridad física".

¹⁹ La diferenciación entre las facultades de aplicación e interpretación fue hecha por la Corte IDH en las excepciones preliminares del caso "Las Palmeras c/ Colombia" (Corte IDH, 2000).

²⁰ El Convenio (núm. 169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes dedica, en lo que al caso concierne, una parte especial a la regulación de los territorios y las propiedades indígenas (arts. 13 a 19).





2.3. Pobreza, exclusión y derechos humanos

Pese a todo lo dicho y articulado en derechos humanos, es necesario reconocer que la simple garantía de universalidad y la búsqueda de su consagración mediante la formulación del *principio de igualdad y no discriminación*,²¹ se ha mostrado bastante poco eficaz para garantizar los derechos de las personas en situación de pobreza o exclusión. El desafío, incluso teórico, de garantizar la universalidad dentro de un sistema principalmente a través de la posibilidad de acceder a las instancias judiciales para lograr la efectividad de un derecho carece de sentido cuando las personas susceptibles de ejercer tal derecho se hallan fuera del mismo. Como sencillamente lo transmite Pinto (2009), "no sé cómo se hace para ponerlos adentro".

Sin pretender explayarnos sobre la compleja temática que encabeza este apartado, cabe apuntar que las interpretaciones más recientes desplazan los ingresos como única medida de la pobreza y hacen hincapié en la noción de *bienestar*: la capacidad de una persona para vivir la vida que desea, es decir, una vida que le permita "ser y hacer" (Sen, en ECOSOC, 2005). No por ello los ingresos dejan de tener importancia, sino todo lo contrario: son *prerrequisitos*, tienen "carácter instrumental" para determinar la presencia de otros elementos tales como salud, educación, nutrición y demás necesarios para llevar una vida digna. El Comité de DESC, por su parte, entiende que la pobreza es una condición humana (no ya un fenómeno) que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales (énfasis agregado).

El tercer elemento de la definición de pobreza (uno: ingresos; dos: desarrollo humano) es la exclusión social (ECOSOC, 2005, párrafo 13). Lugar común en los documentos europeos, también se explica como "la ruptura de los vínculos sociales necesarios para el desarrollo armonioso y ordenado de la sociedad". La Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo definió, en 1995, la exclusión social como "el proceso mediante el cual individuos o grupos son total o parcialmente excluidos de la plena participación en la sociedad donde viven". El análisis se halla, entonces, centrado en lo relacional, y el experto A. Sen identifica esto como un nivel distinto a los otros dos componentes, centrados en la persona:

E[el] aspecto relacional de la exclusión social da un valor particular al discurso sobre la pobreza. La escasez de ingresos y la falta de desarrollo humano se centran en la persona, mientras que la exclusión social se centra en sus relaciones sociales. Cuando una persona padece privaciones debido a la escasez de sus ingresos o a la incapacidad para alcanzar distintos niveles de desarrollo humano, su situación puede analizarse en términos de escasez de ingresos o de falta de desarrollo humano. En

²¹ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A, N° 18.



cambio, cuando esa privación obedece a la pertenencia a un grupo social determinado, es preferible analizar el problema en términos de exclusión social. En ese caso, las cuestiones pertinentes se refieren a la naturaleza y a las causas de la ruptura de los vínculos sociales, de la incapacidad del grupo para participar en la sociedad, de la discriminación que sufren o de la denegación de sus derechos en el marco del sistema jurídico vigente (ECOSOC, 2005).

Esta distinción lo que hace es poner de relieve cuál es el factor fundamental que, aun como parte de la misma noción de bienestar, es preeminente o determinante de los otros: la escasez o falta de ingresos puede determinar la exclusión social de una persona (especialmente si se mantiene en el largo plazo), o bien dicha falta puede hallarse determinada por la pertenencia de dicha persona a un grupo excluido (migrantes, minorías étnicas, etc.). Ello determinará el enfoque que deberán adoptar las políticas sociales, aunque en la práctica la cuestión se acerque más al dilema del huevo y la gallina.

Lo que queremos destacar es que esta dimensión "relativa" de la pobreza es importante en los casos que vamos a tratar; significa, entre otras cosas, que la sociedad dentro de la cual la persona vive y desarrolla su plan de vida puede determinar que sea pobre, según los parámetros económicos, sociales, culturales, etc. locales. De esta manera, el PNUD sostuvo que la pobreza no sólo se traduce en una manifestación burda de hambre y privaciones físicas, sino que también puede resultar de las dificultades que experimentan algunos grupos para insertarse en la vida social y cultural de la comunidad.

Por otro lado, la pobreza es tanto consecuencia de una serie de violaciones de los derechos humanos a la vez que genera otras ("la exclusión social puede alcanzar un nivel que constituya una forma de trato degradante", Gialdino, 2005), y la relación entre los elementos del bienestar y su relación con los derechos humanos forman distintos subconjuntos con intersecciones, correspondiendo el primero a la exclusión social: dentro del conjunto pobreza, contracara del bienestar, aquélla siempre causa exclusión social (la miseria causa exclusión, Despouy, en ECOSOC, 1996), mientras que la inversa no es enteramente correspondiente, en tanto podemos identificar otras situaciones en las cuales, principalmente por detentar un cierto poder económico, los grupos excluidos arman sus propias redes de inclusión intragrupos. Este circuito se refuerza, además, por la visión que ve en la pobreza extrema una violación comprehensiva de los derechos humanos (Jones Bos, 2003).

De allí que haya dos posibles enfoques sobre el papel que juegan los derechos humanos: son elementos constitutivos de la definición de bienestar: junto a los ingresos, la inclusión social y el desarrollo humano, disfrutar de los derechos humanos viene a formar un componente. Desde esta concepción, la pobreza extrema es una violación de los derechos humanos en sí misma, a raíz de lo cual las políticas deben dirigirse a erradicarla. O bien, desde un segundo punto de vista, los derechos humanos tienen una función instrumental, desde el que se concibe que la pobreza extrema es como el resultado de la violación de derechos humanos. En consecuencia, habría que garantizar el goce efectivo de los derechos humanos para crear bienestar y promover la erradicación de la pobreza.

En esta tesis, el rol de los DESC es definitorio. Como afirma Donelly (1985:27-44), "socio-economic rights better reflect our experience of human existence than the individualistically-centered civil and political rights". En su umbral mínimo, cumplir



ciertos DESC garantiza el derecho a la vida de las personas que padecen exclusión; no por nada la Comisión de Derechos Humanos (hoy Consejo) entiende que el derecho a la vida se descompone en cuatro elementos: el derecho a la alimentación adecuada, el derecho a contar con agua potable, el derecho a la vivienda y el derecho a la salud (Comité de Derechos Humanos, 2002).

2.4. Exclusión y titularidades

En *¿Podrá cambiar la Justicia en la Argentina?*, Fucito nos interpela como abogados, como docentes, estudiantes, jueces, empleados judiciales, en una pregunta que encierra una afirmación de peso: la Justicia argentina tiene que cambiar. Se trata, como explica en el prólogo, de "ver con algún cuidado qué justicia se quiere, para qué y para repartir cuáles derechos" (2002:8, énfasis agregado). Como lo expresará el mismo autor en el apartado "La pobreza y los derechos", la "carencia básica nacional es que todos los derechos, en el país, carecen groseramente de una distribución equitativa" (2002:22); se trata de los grupos que no sólo carecen de la mayor parte de los insumos básicos, sino que además carecen de titularidades, de "derechos básicos reconocidos".

Esto es lo que Pinto (2009), entre muchos otros, señala como "una pérdida de ciudadanía en términos de titularidad". Ahora bien, ¿qué vendría, en estos contextos, a significar "titularidades"? Sen (2002) plantea la diferencia entre derechos y titulaciones, en referencia al "derecho a no tener hambre". Las titulaciones dependerían de la manera en que la persona ejerza sus derechos, entendiéndose entonces como "un conjunto cualquiera de paquetes de bienes que puede tener una persona mediante el ejercicio de sus derechos" (2002:18, énfasis en el original). Agrega, enfatizando esta relación, que "si un derecho es mejor concebido como la relación de un agente con otro, las titulaciones representan la relación entre un agente y las cosas" (2002:19). De este modo, "la mayoría de los casos de inanición y hambrunas" (y podemos agregar, de otras necesidades igualmente básicas e insatisfechas) "se producen no porque las personas sean privadas de las cosas a las que están tituladas, sino debido a que las personas no están tituladas, en el sistema legal prevaleciente de derechos institucionales, a medios adecuados de subsistencia".

La exclusión de la titularidad tiene, además, otra faceta: la del desconocimiento que se tiene derecho. La apuntada pérdida de ciudadanía en términos de titularidad, que también puede ser planteada como "discriminación en razón de su exclusión" (Pinto, 2009), representa un profundo desafío más allá del desconocimiento de los mecanismos de ejercicio del derecho (patrocinio letrado gratuito, defensores del pueblo, etc.): por no saber que tienen derecho para reclamar. Como Fucito (2002:152) pone de relieve, "la defensa de los derechos requiere su previo conocimiento por el afectado". ¿Cómo se les restituye algo que no sabían perdido? ¿Cómo se los incluye?

La pobreza y la exclusión que conlleva acarrear, entonces, una pérdida de titulaciones varias: pérdida de las relaciones, de los medios, del ejercicio y del conocimiento de la posibilidad de dicho ejercicio. Esto debe ser sopesado al momento de pensar la exigibilidad de los DESC y de las facultades de protección del Poder Judicial frente a las discrecionales de la Administración.



SEGUNDA PARTE

III. AMPARO DE DERECHOS HUMANOS EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

3.1. Derechos y metaderechos en la Ciudad de Buenos Aires

La reforma constitucional de 1994 consagró en el artículo 129 la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (CABA), lo cual significa, en particular, facultades propias de legislación y jurisdicción. Específicamente, el título Quinto de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA) instituye el PJ de la Ciudad (art. 106), conformado por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ), el Consejo de la Magistratura, el Ministerio Público y los demás tribunales que la ley establezca (art. 107), a la fecha formados por el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario -FCAyT- (dos salas de Cámara, quince juzgados de Primera Instancia, con sendas secretarías) y el Penal, Contravencional y de Faltas (tres Salas de Cámara y treinta y un juzgados de Primera Instancia).

El PJ de la Ciudad (PJCABA) tiene competencia para conocer y decidir todas las causas que versen sobre los siguientes puntos: (i) regidos por la CCBA; (ii) por los convenios que celebre la Ciudad; (iii) por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales. En este punto es entonces importante destacar que la CCBA tiene un más que interesante catálogo en derechos que, además, se encuentran protegidos por instrumentos internacionales de la más variada índole, como veremos seguidamente.

Es en particular en el FCAyT donde se inician, en instancia originaria y susceptible de apelación ante la Cámara del fuero, los amparos por acciones u omisiones imputables al GCBA, "cualquiera fuere el fundamento u origen" de la cuestión (art. 48 del Reglamento). Ante el TSJ sólo puede llegarse, claramente, en situaciones excepcionales, como: (i) por vía de recurso de inconstitucionalidad, en todos los casos que versen sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional (y por ende, en los tratados receptados en el inciso 22 del artículo 75 o en la de la Ciudad); o (ii) en los casos de privación, denegación o retardo injustificado de justicia y en los recursos de queja por denegación de recursos para ante el Tribunal Superior.

Hecha esta introducción, es necesario referirse a los derechos y "metaderechos" contenidos en la CCBA, ya que esta última parece ser la forma en que se estarían efectivizando las titulaciones.

La distinción es tomada de Sen (2002), quien explica que "un metaderecho a algo x puede ser definido como el derecho a tener políticas (x) que persigan genuinamente el objetivo de hacer realizable el derecho a x" (énfasis en el original). El ejemplo que da es muy frecuente al receptor DESC: "El Estado debe (...) dirigir sus políticas al aseguramiento (...) de que todos los ciudadanos, hombres y mujeres por igual, tengan derecho a unos medios adecuados de subsistencia" (2002:15). Se trata, entonces, de un metaderecho, porque "da a una persona el derecho a exigir que tal política sea dirigida a asegurar el objetivo de hacer del derecho a medios adecuados un derecho realizable". El derecho a esta política que permita realizar x -el derecho a p(x) - es entonces un metaderecho a x. Aunque Sen



hace otras distinciones (derecho de fondo o institucional, abstracto o concreto), este esquema básico nos servirá para evaluar el catálogo de la CCBA, juntamente con sus correspondencias en los instrumentos internacionales respectivos y hacer un primer acercamiento al tipo de efectivización que puede realizar el PJCABA.

Un ejemplo muy claro del juego de derechos y metaderechos puede ser encontrado en el art. 40 de la CCBA:

La Ciudad garantiza a la juventud la igualdad real de oportunidades y el goce de sus derechos a través de acciones positivas que faciliten su inserción política y social y aseguren, mediante procedimientos directos y eficaces, su participación en las decisiones que afecten al conjunto social o a su sector. Promueve su acceso al empleo, vivienda, crédito y sistema de cobertura social. Promueve la creación y facilita el funcionamiento del Consejo de la Juventud, de carácter consultivo, honorario, plural e independiente de los poderes públicos.

En el primer párrafo, si bien no dice "los jóvenes tienen derecho a", la garantía dada por la Ciudad es una de las obligaciones que la misma asume, la cual tiene como contrapartida un derecho. Expresando esta obligación y la necesidad de adopción de acciones positivas, está reconociendo que la juventud cae dentro de otras cuestiones "sociales" cuya no discriminación debe ser asegurada según diversos instrumentos internacionales (art. 1.1 CADH, 2.1 PIDCyP). El segundo y tercer párrafos referirían a metaderechos: no obligan a la Administración a dar empleo, vivienda y cobertura social ni otorgan un derecho a tales titulaciones, pero su formulación indica que el Gobierno lo promueve, dando lugar a un derecho a lograr tal promoción (o metaderecho a la vivienda, al empleo, a la cobertura social).

Amén de los derechos tratados como tales bajo el título "Derechos y garantías", (art. 12, por ejemplo), bajo el título "Políticas especiales" se reconocen un abanico muy amplio de derechos y metaderechos. Entre los primeros, se encuentran el "derecho a la salud integral" (art. 20), que se halla "directamente vinculada" con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente; la atención integral del embarazo, parto y puerperio y niñez hasta el primer año de vida (art. 21), la igualdad de oportunidades y posibilidades para el acceso, permanencia, reinserción y egreso del sistema educativo (art. 23), a gozar de un ambiente sano (art. 26), el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado (art. 31), la real igualdad de oportunidades entre varones y mujeres en el acceso y goce de todos los derechos (art. 36), para jóvenes (art. 40) y personas mayores (art. 41). Asimismo, incluimos como derechos las siguientes obligaciones reconocidas: la Ciudad "asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas" (art. 17), "asume la responsabilidad indelegable de asegurar y financiar la educación pública estatal, laica y gratuita en todos los niveles y modalidades, a partir de los cuarenta y cinco días hasta el nivel superior" (art. 24), "La seguridad es un deber propio e irrenunciable del Estado y es ofrecido en equidad a todos los habitantes" (art. 34).

Entre los que podríamos denominar metaderechos, se encontrarían:

- El desarrollo de políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión.
- La promoción de un desarrollo que compense las desigualdades zonales.



- El desarrollo de una política de medicamentos que garantice eficacia, seguridad y acceso a toda la población.
- El aseguramiento de "políticas sociales complementarias que posibiliten el efectivo ejercicio" de los derechos educativos (art. 23).
- La resolución progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica (art. 31).

Esta distinción es traída a colación por diversas finalidades. La primera, mostrar que la misma es de aplicación dentro del marco de derecho que aplica el PJCABA: los derechos han sido receptados con diversa intensidad, aunque bajo el título "Políticas especiales" pueda pensarse que simplemente se trata de políticas discrecionales de la Administración. Aunque el primer error está en concebir las políticas públicas en este sentido (como meramente discrecionales, como una gracia de la Administración), el sustento teórico en metaderechos constituye un soporte más para su exigibilidad y, sobre todo, para distinguir qué es exigible. La segunda finalidad es la que se sigue de saber qué es exigible (tanto por los y las amparistas como por los operadores judiciales) como qué no lo es porque, como veremos seguidamente, los argumentos del GCBA para resistir las pretensiones transitan, muchas veces, por carriles ya superados en el desarrollo de los derechos y especialmente de los derechos humanos. Servirá también para dar algo más de forma a la delgada línea que separa las facultades del Poder Judicial de las del Poder Ejecutivo, probablemente la cuestión más debatida en estos amparos por derechos económicos y sociales (y en menor medida culturales).

3.2. Derechos económicos, sociales y culturales en la Justicia de la Ciudad: aspectos formales

La primera aclaración metodológica es que los fallos abordados se refieren a demandas por cumplimiento de DESC y de forma directa, ya que su satisfacción es la necesidad más inmediata, urgente, en una situación de exclusión. La segunda aclaración es que los casos escogidos debían cumplir los siguientes requisitos: (i) ser amparos (de modo que hubiera tanto urgencia como ilegalidad o arbitrariedad manifiesta de la Administración, a fin de analizar mejor la cuestión de la delgada línea de competencias y la existencia o no de una acción u omisión lesivas); (ii) de carácter pluriindividual;²² (iii) referidos,

²² Por "caso pluriindividual" entendemos, de conformidad con el fallo "Halabi, Ernesto", derechos de incidencia colectiva pero referidos a intereses individuales homogéneos. "En tales casos, no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles" (consid. 12). Una acción pluriindividual requiere, de fondo: (i) la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad importante de derechos individuales; (ii) que la pretensión se concentre en los efectos comunes, no en el daño diferenciado que cada sujeto sufra y sobre el cual pueda peticionar al respecto; (iii) que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda individual, con lo cual podría perjudicarse el acceso a la justicia. "Sin perjuicio de ello, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en que cobren preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo, la salud, o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados" (consid. 13).





entonces, a la satisfacción directa de necesidades económicas, sociales y culturales (por lo cual se excluyen los casos de pedidos de informes sobre, por ejemplo, vacantes del nivel primario o la tuberculosis); de (iv) personas que formen parte de un grupo en situación de exclusión. Quedan fuera casos igualmente interesantes pero que responden a intereses netamente colectivos (como el del CEAMSE o el del Plan Urbano Ambiental), el del voto para los detenidos sin condena (caso "Rojo"), la elaboración del Plan Alimentario, o la demanda para erradicar el dengue ("Fundación Madres...", Expte. 33474).

El corte temporal se efectúa a fines de 2006. La razón principal tiene que ver con mostrar la jurisprudencia reciente en la materia, sobre todo aquella alejada de las gestiones de la crisis de 2001. Los casos de dicho período,²³ además, han sido bastante tratados por la doctrina. Por lo demás, se trata de sentencias firmes y definitivas, salvo el caso que se indicará. En los casos de sentencias del TSJ y dado el margen decisional acotado propio de esta instancia (en estos casos, inconstitucionalidad), se verterán también los aspectos que hayan quedado firmes de la instancia anterior (por no haber sido objetos de la apelación o por confirmación del Tribunal).

De esta forma, los casos seleccionados fueron: 1. los relativos a una vivienda digna, donde se abordan dos aspectos: 1.1) los casos referidos a la emergencia habitacional; y 1.2) el caso de Villa El Cartón; 2. Los amparos por diversos derechos educativos: 2.1) el conocido como de las "aulas container"; 2.2.) el de "vacantes en el nivel inicial"; 3. En derecho a la salud: 3.1) discriminación en las campañas de cestos de basura y concientización; y 3.2) provisión de agua potable en la Villa 31 bis.

Los casos de emergencia habitacional (demanda por incorporación o contra el cese de la prestación) se cuentan por cientos y se han escogido los últimos fallados por el TSJ, que suponen un cambio positivo respecto de sus precedentes ("Panza",²⁴ "Toloza", etc.). En todos, sin embargo, se pone bajo la lupa la cuestión de los límites entre el Poder Judicial y el Ejecutivo y sobre todo, la cuestión de la operatividad o no de los DESC. Ellos serán: el primero del cambio, "Barrera, Mirta y otros" (Expte. 4757/06, sentencia del 25/04/2007), "Moravito" (Expte. 5033/06, 11/12/2007), "González, Cornelia" (Expte. 5032/07, 05/03/2008).²⁵ Cuatro casos relevados 2009 ("Menduiñez", "G.A.P.", "Di Filippo" y "V.C.L.", citados en la bibliografía) muestran que la Cámara ha mantenido su línea pro cumplimiento de DESC.

El caso de Villa El Cartón ("Medina, Beatriz y otros c/ GCBA y otros s/amparo", causa 26034/0) es uno de las más recientes: la sentencia de la Sala I es del 23/12/08; con una docena de terceros (entre ellos, el Jefe del GCBA), la última actuación trascendente fue la audiencia de marzo de este año. Este caso fue escogido porque representa un paso más en

²³ "Defensora del Pueblo" (Expte. 5348/0), sobre cobertura de salud; "Asesoría Tutelar", sobre construcción de una escuela secundaria; "Montenegro" (Expte. 17378/0), sobre becas para niños, niñas y adolescentes que trabajen como "cartoneros", etc.

²⁴ "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Panza, Ángel R. c/ GCBA s/ amparo (art.14 CCABA)'. Expte. 4270/05. Sentencia del 6 de octubre de 2006. En adelante los fallos serán mencionados sólo por el apellido de la parte actora, ya que el demandado y tipo de proceso es el mismo en todos.

²⁵ El último de esta serie, "P.R, I" (Expte. 5536/06, 21/05/2008), reproduce en lo sustancial la doctrina de "González".



los casos de emergencia habitacional: en los anteriores se demanda y discute la incorporación a un plan; en este, tenían una respuesta concreta (luego de un incendio, los habitantes de Villa el Cartón fueron trasladados a "módulos habitacionales") pero que, como veremos, no satisfacía ciertos requerimientos sustanciales del derecho que se decía tutelado.

En cuanto a los derechos educativos, los fallos seleccionados responden a dos situaciones concretas de análisis: el de las "aulas container" ("Iglesias José A. y otra", Expte. 15909, Sala II, 20/09/2006) trata una cuestión sustancial respecto al derecho en juego: las aulas habían sido previstas, justamente, como una "acción positiva" para que los sectores más desfavorecidos accedieran a la educación. Sin embargo, como es de público conocimiento, el amparo promovido contra tales módulos fue acogido en ambas instancias. En el segundo caso, conocido como el de las "Vacantes en el Nivel Inicial" ("Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia -ACIJ- c/ GCBA", expte. 23.360/0, Sala I, 19/3/08)²⁶ no había acción alguna llevada a cabo por el Gobierno para cumplir con las vacantes y es muy rico, tanto en primera como en segunda instancia, en la cuestión de la existencia de una obligación exigible.

Finalmente, existen muchos casos sobre el derecho a la salud, por lo que la elección no fue fácil; la mayoría, sin embargo, no cumplía con el requisito de ser un caso pluriindividual. El caso de los vecinos de Lugano ("Comisión de Vecinos Lugano en Marcha", Expte. 16120/0 y 4626/06 en el TSJ) que demandaron por un Hospital en la zona será referido en la conclusión, ya que lo excluimos deliberadamente del análisis principal por no debatirse la programaticidad ni la exigencia de una obligación exigible. Así, escogimos dos casos que pueden ser catalogados, además, como de "discriminación en razón de su exclusión" (Pinto, 2009): el de los "cestos papeleros" (Expte. 5435/07, TSJ, 20/2/08; Sala II, 07/12/2006); y el del acceso al agua potable en ciertas secciones de la Villa 31 bis (Expte. 20898/0, Sala I, 18/07/2007). El primero es una acción por "la exclusión de los vecinos de la zona sur de la campaña Cestos Papeleros (...) que realizó el GCBA en el resto del territorio de la Ciudad",²⁷ con disidencias en el TSJ. En el segundo caso, la sentencia de Cámara ordenó al GCBA que garantice la provisión de agua potable en 4 manzanas de la Villa 31 bis "hasta tanto se encuentre en condiciones de proveer otra alternativa que asegure la normal prestación del servicio de agua".

Una suma de los aspectos procesales que se notan en los amparos pueden mencionarse como sigue: (i) el cuestionamiento de la legitimación de los actores; (ii) la idoneidad de la vía intentada; (iii) la falta de acuerdo sobre muchos aspectos aparentemente formales. Este punto es interesante, aunque sólo nos limitaremos a mencionarlo: en el caso "Panza", por ejemplo, el juez de primera instancia rechaza la acción, la Cámara revoca y acoge y no concede el recurso de inconstitucionalidad al GCBA, el Fiscal de Cámara también rechaza el recurso pero por insuficiencia en los argumentos, y finalmente el TSJ se encuentra dividido en cuanto a las razones del rechazo: un juez adhiere al dictamen del Fiscal, otro acoge el recurso pero revoca por "dogmatismo" de la Cámara. En

²⁶ Contra la sentencia de la Sala I se interpuso recurso de inconstitucionalidad, el cual fue parcialmente concedido el 8 de abril de 2009. Se remitieron los autos al TSJ el 21 de mayo de este año.

²⁷ Caso "Cestos Papeleros", consid. 1 de la sentencia del TSJ, 20/2/2008.





última instancia, esto exhibe un fuerte desacuerdo sobre las cuestiones de fondo que plantea este trabajo.

Los aspectos de fondo que trataremos en el apartado siguiente son: (i) la doctrina emergente sobre el fondo de los derechos. No obstante, como ya hemos adelantado, el desacuerdo fundamental está dado por la exigibilidad de tales derechos; (ii) la programaticidad y, en consecuencia, no exigibilidad de los DESC. Aunque de hecho se trate de dos cuestiones distintas con puntos en común, los argumentos se presentan como consecuencias: al no ser operativo, no hay obligación exigible, y tampoco es exigible judicialmente. De ambos se derivan otros argumentos: al no haber obligación exigible, (iii) no hay omisión ilegal o ilegítima; y al no ser exigible judicialmente pero intervenir, (iv) el Poder Judicial está violando la división de poderes. Este argumento se presenta de varias formas: violación de la forma republicana de gobierno,²⁸ supervisión de políticas sociales ("dado que el desarrollo de las políticas sociales pertenece a los poderes políticos"),²⁹ invasión de la zona de reserva,³⁰ no justiciabilidad del planteo, exceso de jurisdicción.³¹

Aunque no hubiera tal violación a la forma republicana de gobierno, hay un argumento independiente, (v) cuál es el alcance de la acción judicial frente a la Administración: ¿qué y cuánto puede ordenar? ¿Cómo juega la cuestión del presupuesto? Adelantamos que, aunque hay acuerdo acerca de que el Poder Judicial no diseña políticas públicas, hay divergencias en cuanto al grado de precisión que requiere la sentencia para ser "válida". Este punto en particular puede ser referido también como "el grado de determinación de la conducta de la Administración".³² Y finalmente, (vi) cuál es el alcance de las obligaciones de la Administración: ¿debe diseñar una solución a medida? ¿Cómo sabemos si se encuentra o no cumplida la actividad que la CCBA le impone en relación al derecho en cuestión?

3.3. Derechos económicos, sociales y culturales en la Justicia de la Ciudad: aspectos sustanciales

3.3.1. Sobre los derechos

Un aspecto fundamental es reconocer la importancia que tiene la tutela de estos derechos y su interrelación. Así, en "Agua potable", se ha dicho que:

Los derechos que se encuentran en conflicto en el marco del presente proceso son básicos en un estado social de derecho, sean estos derechos individuales (derecho a la vida, a la dignidad, a la autonomía) o derechos sociales (derecho a la salud, a la mejor calidad

²⁸ Por ejemplo: "Cestos Papeleros", Consid. 6.

²⁹ Por ejemplo: "Vacantes nivel Inicial", Cámara, consid. 2; "Villa el Cartón", consid. IV.

³⁰ Por ejemplo: "Vacantes nivel Inicial", sentencia de Cámara; consid. 2; "Villa el Cartón", consid. XI.

³¹ Por ejemplo: "Panza", consid. 4.

³² Voto del Dr. Lozano en las causas "Toloza" y "Panza".



de vida, al acceso y provisión de agua). En particular, es dable sostener la íntima relación que se establece entre ambas categorías de derechos (Consid. X).

De esta manera, se refuerza aquella memorable sentencia del Relator Especial para el Derecho a la Alimentación, Ziegler: "quien pasa hambre no puede comerse su papeleta de voto", lo cual da a entender que no sólo no es posible garantizar los derechos civiles y políticos sin DESC, sino que incluso la garantía de estos últimos debe ser primera; estos derechos, se afirma también en "Agua potable", "tienen como principal función asegurar la participación en los recursos sociales a los distintos miembros de la comunidad". De igual forma, se recoge aquella afirmación plasmada por la Corte IDH en la OC-17/03: "No podríamos decir que la dignidad humana se halla a salvo donde existe, quizás, esmero sobre los derechos civiles y políticos -o sólo algunos de ellos, entre los más visibles- y desatención acerca de los otros" ("Agua potable", consid. X).

En cuanto al derecho a la vivienda, el mismo "se encuadra dentro de los denominados derechos sociales, culturales y económicos, pero ello no significa que carezca de protección estatal" ("Villa El Cartón", IX.1). Además, deben ser entendidos:

...en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los "derechos sociales" sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla (Del voto de la Dra. Ruiz en "Moravito" y en "González").

Como contracara, los derechos sociales implican obligaciones, lo cual no tiene discusión en los casos ante el PJCABA:

Obligaciones de respetar y proteger, que requieren que el Estado no adopte medidas que impidan o dificulten su goce y, a su vez, garantice que terceros no priven a las personas del derecho a la vivienda; por el otro, obligaciones de realizar y promover, que implican el deber estatal de planificar y ejecutar actividades que fortalezcan el acceso de la población a la vivienda, de manera tal que quienes se encuentran en una situación de pobreza puedan superar la crisis y asegurarse una morada por sus propios medios (Villa El Cartón, Consid. IX.3, énfasis agregado)

El derecho a la vivienda implica, por su naturaleza, un deber de las autoridades públicas de garantizar un nivel mínimo de efectiva vigencia (Villa el Cartón, IX.4). En este punto, se relaciona con el principio de autonomía personal y los deberes-prestaciones que implican los DESC: en tanto la situación desventajosa a que se ven sometidos diversos grupos (por exclusión social, cultural, etc.) los priva de la realización plena de su propio plan de vida, el Estado tiene el deber inexcusable de realizar prestaciones positivas para cubrir un mínimo (de manera progresiva) y para remover los obstáculos que impiden tal realización. Así, en el mismo caso, se dijo que "cuando un individuo o grupo es incapaz de acceder a una vivienda digna, el Estado tiene en tal caso la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proveer, al menos en un estadio básico, la satisfacción de esa necesidad" ("Villa el cartón", IX.4).





Dentro del derecho a la salud, se entiende que el derecho al agua es indisoluble de aquél ("Agua potable", XX), parte también del derecho a un nivel de vida adecuado, calificado como "fundamental", que "no puede ser obviado por el Estado", "elemental", y que "irradia sus efectos respecto de otros derechos de suma trascendencia como el derecho a la salud, al bienestar, al trabajo" ("Agua potable", XX, in fine). Por ello, el agua ("suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico") debe estar disponible al alcance de todos "sin discriminación". Sobre todo, cuando se trata de personas en situación de pobreza y exclusión:

...cuando un individuo o grupo no puede acceder al disfrute de un derecho fundamental como es el acceso al agua potable, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas pertinentes para proveer, al menos en un estadio básico, la satisfacción de esa necesidad vital ("Agua potable", XXII).

En relación a la salud en general, además, la jurisprudencia de la Ciudad recuerda lo dicho por la Corte en Campodónico (ya citado): "que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional, existe una obligación impostergable de la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas" ("Villa el Cartón", IX.4)

En torno a la aplicación de las directivas internacionales, la jurisprudencia se ha preguntado "si los lineamientos impuestos por la Observación General n° 15 que señala que el derecho al agua es un derecho humano resulta una pauta trascendental para la resolución de esta causa" ("Agua potable", XVIII), a lo cual, recordando el significado de las "condiciones de vigencia" y la obligación del Poder Judicial en tanto órgano del Estado que es responsable internacionalmente, responde afirmativamente (Consid. XIX). Además, "el acceso al agua potable debe ser garantizado en las cantidades necesarias para el desarrollo integral del ser humano" ("Agua potable", XV).

En conclusión:

...los amparistas gozan del derecho constitucional a la provisión de agua potable en forma suficiente para satisfacer sus necesidades básicas y elementales para un desarrollo integral y pleno de su vida, en términos de dignidad y autonomía personal. ("Agua potable", XVI).

Finalmente, sobre el derecho a la salud y su relación con la higiene urbana, se ha dicho que "el Estado debe asimismo intensificar su acción al respecto para, progresivamente, superar las desigualdades que en la materia allí [se refiere a la "Zona V", que comprende amplios sectores con graves deficiencias en materia ambiental] se presentan" ("Cestos papeleros", Sala II).

En cuanto al derecho a la educación, se lo ha reconocido como derecho subjetivo, "y exige del Estado la adopción de medidas efectivas para su concreción" ("Vacantes", apartado A.3). En el caso de "Vacantes", se reconoce que se halla en juego el derecho a la educación ("un derecho humano esencial") en su dimensión colectiva, pues "no se trata de un niño en particular (...) sino de provocar en las autoridades la implementación de una



política pública, establecida por el constituyente" (Del fallo de 1ra. Instancia, Consid. I in fine). De la misma categoría es la cuestión ventilada en "Aulas container", donde además la relación con otros derechos es la que arroja la decisión de ambas instancias condenando al GCBA: el dictado de clases en aulas "modulares" (containers) no sólo aparece como impropio, sino que implica un concreto peligro para la vida y salud de los alumnos y personal docente y no docente ("Aulas container", 1ra. Instancia, consid. XX).

3.3.2. Programaticidad y no exigibilidad de los DESC

Los casos de derecho a la vivienda tratan en abundancia una cuestión identificada como "del desafío que para los jueces plantea el tema de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (...) una de las cuestiones más relevantes y delicadas de nuestro tiempo" (del voto del Dr. Casás en "Panza"). Sin embargo, es de notar que desde aquellos fallos "Panza" y "Tolosa", donde se hacía lugar a las quejas del GCBA, la jurisprudencia del supremo tribunal ha cambiado para bien, abocándose al fondo de la cuestión, situación que, según los inferiores que no siguieron los postulados de entonces, no había ocurrido.³³

En primer lugar, la jurisprudencia relevada tiene dicho que:

...corresponde recordar que un derecho es operativo cuando no requiere -para su aplicación- de ningún tipo de disposición que lo reglamente. En este entendimiento, se ha dicho que los derechos operativos "pueden ser ejercidos por el individuo con su sola invocación y sin dependencia del cumplimiento de requisito previo alguno" ("Agua potable", Consid. XI, citando "Urdiales", CSJN).

De allí que los derechos programáticos serían aquellos que "requieren la sanción de normas para que puedan ser efectivamente gozados por los individuos" (ibídem). Sin embargo, esto no significa, como afirman posteriormente, que los derechos programáticos "o ideológicos" formulen "una aspiración a lograr, un proyecto compartido, una ilusión común, por un lado, o enuncian desde una filosofía particular un programa a conducir",³⁴ o al menos, no únicamente.

³³ En la sentencia del caso "Mansilla, Ma. Mercedes" (Expte. 13.817/0), por ejemplo, dictada poco después de los mencionados precedentes, la Cámara entiende que "no hay una interpretación jurídica referida al derecho a la vivienda que hubiera que eventualmente que respetar" (Consid. IV). Como lo dirá el juez Maier en la causa "Barrera", no existía deber por parte de la Cámara de seguir "las soluciones que emergen de la sentencia dictada por el TSJ. Este deber no existe -salvo el caso específico de la declaración de inconstitucionalidad *erga omnes* por vía de la acción contemplada en el art. 113, inc. 2 de la CCBA y, aun en tal supuesto, después de transcurrido cierto tiempo-, ni emerge de interpretación alguna de la ley, menos aún de la ley constitucional. Por lo tanto, resulta impracticable sobre esta base fundar un recurso de inconstitucionalidad".

³⁴ Afirmación cf. Gozáini, Osvaldo Alfredo, "Alcance y vigencia de los derechos humanos en el derecho interno", LL 1990-E, 751.





Por lo demás, es de notar que "tal diferenciación no surge de la letra del texto constitucional y por ende es una interpretación posible pero no necesaria" ("Agua potable", Consid. XII). Es posible decir, entonces, que aun suponiendo que se trata de derechos programáticos, ello no habilita la consecuencia de ser inexigibles ni menos aún los convierte en meras facultades discrecionales libradas al arbitrio de la Administración o del Poder Legislativo. Primero, porque un contenido mínimo siempre es exigible ("Agua potable", Consid. XII; Comité de DESC, Comentario General Nro. 3); segundo, porque en todo caso, es exigible la obligación de dotarlos de la reglamentación necesaria para volverlos "operativos". Ello se condice con la interpretación de la Dra. Ruiz en "Barreda":

Cuando el artículo 2.1 del PIDESC establece que los Estados Partes deben adoptar medidas especialmente económicas y técnicas para lograr el desarrollo progresivo de los derechos sociales, se refiere a las medidas legislativas (...) pero ello no descarta, ni la existencia de otras ni la exigibilidad inmediata de los derechos sociales aún sin medidas legislativas en vigor. De otra forma no podría comprenderse que todas las personas tengan derecho a un recurso sencillo y rápido -como por ejemplo este amparo- o a cualquier otro medio efectivo para que jurisdiccionalmente se las proteja contra actos que violan sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, como lo son el derecho a la vivienda digna, la protección integral a la familia y el interés superior del niño (conf. art. 25, CADH), que se discuten en este expediente (Del voto de la Dra. Ruiz en "Moravito", énfasis agregado).

Hay algunos derechos que se reconocieron expresamente como operativos: "el derecho al agua es un derecho operativo en tanto debe ser cumplido por los obligados sin dilaciones y sin necesidad de fijar previamente reglamentaciones que determinen la forma en que debe ser gozado" ("Agua potable", XII). En una postura no rebatida por la Cámara, en la sentencia de primera instancia en "Vacantes", se reconoció que toda vez que se trata de la violación de un derecho humano de claros fundamentos normativos, "no pueden efectuarse cuestionamientos a su operatividad" (Consid. III).

En los casos sobre emergencia habitacional, la existencia de un subsidio máximo a percibir llevaba al GCBA a sostener que "de los arts. 31, CCBA y 14 bis, CN, no nace un derecho exigible a continuar siendo asistidos por el Estado cuando se agotan las prestaciones fijadas en la normativa vigente" y que "los arts. 31, CCBA y 14 bis, CN, no permiten afirmar que las personas tienen derecho sine die a disfrutar de subsidios otorgados con carácter excepcional". El planteo de fondo en este punto es, reconoce el TSJ, la interpretación de disposiciones domésticas y del PIDESC que garantizan el derecho a la vivienda digna ("Barreda", Voto Dres. Casás y Conde).

Entre sus conclusiones, la jurisprudencia se ha inclinado expresamente por reconocer el carácter exigible de los derechos sociales:

...a criterio de este Tribunal, existen derechos que -más allá de su inclusión doctrinaria en una u otra categoría (operativos o programáticos)-, deben ser reconocidos como derechos subjetivos -por su profunda vinculación con el derecho a la vida, a la dignidad y la autonomía individual- al tiempo que constituyen derechos sociales



que exigen del estado la adopción de medidas efectivas para su concreción ("Agua potable", Consid. XI).

3.3.3 El principio de progresividad y su mínimo, la no regresividad

El principio de progresividad (según el TSJ, el núcleo fuerte de la desavenencia respecto al derecho a la vivienda -Del voto del Dr. Maier en "Moravito"- se reconoce a los derechos sociales "en virtud de su faz social", y en virtud del mismo "los Estados se comprometen a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena eficacia de los derechos reconocidos en tales ordenamientos jurídicos" ("Agua potable", Consid. XIII). Entendemos que por "faz social" se estén refiriendo probablemente a la "dimensión colectiva" que refirió la Corte IDH en, por ejemplo, el caso "Cinco pensionistas", donde sostuvo que la progresividad de los DESC debía medirse en función de la creciente cobertura de los DESC en general, sobre el conjunto de la población.

La pregunta es, entonces, acerca de "esta suerte de regreso al estado de emergencia anterior al acceso al subsidio, es susceptible de ser interpretado como una acción u omisión local que requiere de la intervención jurisdiccional por razones de ilegitimidad" (Del voto del Dr. Maier en "González"). Esta pregunta es por demás muy pertinente por ser el punto de partida para diferenciar menoscabo a la regresividad o violación del derecho a la vivienda.

En una interpretación avalada por este mismo tribunal, la Cámara había sostenido que "la exigencia de progresividad establecida en el PIDESC impide la adopción de medidas generales deliberadamente regresivas" (CCAYT, Sala I, "Barreda"), llegando el máximo tribunal a sostener que "la regresividad (...) no es tolerada ni por el orden jurídico nacional ni por el local" (Del voto de la Dra. Ruiz en "González"). El TSJ es meridianamente claro al respecto:

El Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar -lo que no ha ocurrido en estos autos- por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna (Del voto de la Dra. Ruiz en "Moravito" y en "González Cornelia", énfasis agregado).

Estas causas excepcionales para justificar la regresividad son, por demás, compartidas en el Tribunal, al entender que no puede existir retroceso "sin alguna razón cancelatoria, absolutamente justificada (por ej.: conflagración armada, guerra civil, etc.)" (Del voto del Dr. Maier en "González"). Se agrega a lo dicho el concepto de la actividad estatal como "proyecto", como una contrapartida análoga a la concepción de "proyecto de vida" a que se refiere la Corte IDH en varios de sus pronunciamientos:

Las exigencias en materia de derechos humanos poseen una lógica que excede el acto concreto de realización, postulando que toda actividad estatal a favor del cumplimiento efectivo de esos derechos constituye un acto puntual a la vez que





sienta un proyecto. Esto se conoce como "progresividad" de los derechos humanos (Del voto del Dr. Maier en "Moravito").

En este sentido, la jurisprudencia de primera y segunda instancia han hecho hincapié en el principio de autonomía personal (art. 19 CN), en tanto el mismo implica "el derecho de cada individuo de elegir libremente y, en particular, materializar su propio plan de vida" ("Agua potable", Consid. XIII; "Villa El Cartón", IX.1), incluyendo como imprescindibles "el derecho a condiciones mínimas de asistencia e inclusión social" ("Vacantes"). Para que la libre elección resulte posible, el Estado tiene el deber de remover todos los obstáculos, particularmente desarrollando "políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos" ("Agua potable", XIII).

Este deber, por demás, es mayor cuando se trata de "personas cuya autonomía es menor por razones de exclusión social" ("Agua potable", XIII; "Villa El Cartón", IX.1) debiendo el Estado "respetar, por mandato constitucional, los derechos sociales de los grupos más vulnerables y de modo preferente" ("Vacantes"). De esto se trata, por otra parte, las medidas de acción positiva ("discriminación inversa") a que los Estados están obligados para remediar situaciones de hecho desiguales.

Por nuestra parte, creemos que un punto central es el grado alcanzado y desde el cual se predica la no regresividad. En los casos de derecho a la vivienda (bien llamados de "emergencia habitacional"), la cancelación del subsidio, más que una violación al principio de no regresividad, implica un llano menoscabo al derecho a la vivienda en sí mismo, en tanto la falta de asistencia deja a los reclamantes en situación de calle. Distinto sería el caso si, logrado un módulo habitacional (una solución no transitoria), se los reasignara al subsidio. Ello representaría una regresividad en la situación lograda pero de alguna manera respetuosa (en un mínimo) del derecho a la vivienda; por el contrario, la terminación del subsidio en los casos analizados no sólo no respeta ese mínimo, sino que los deja en un completo desamparo, configurándose de esta manera un menoscabo autónomo por parte del GCBA.

De alguna manera, esto es lo que se dijo en "Agua potable", al sostener que aunque la provisión de agua estaba actualmente garantizada, "en tanto el derecho a la salud dependa en la Villa 31 bis de la provisión de agua potable por parte del instituto de la Vivienda de la Ciudad (...) subsiste el deber de continuar garantizando la prestación, so pena de vulnerar nuevamente la vida, la salud y la integridad de quienes habitan ese predio".

3.3.4. La existencia de una obligación exigible y la reglamentación

El argumento principal del GCBA es que, no siendo directamente exigibles los DESC, ya que dependerían de su reglamentación, no existen obligaciones exigibles, siendo los programas (de asistencia, de colocación de cestos papeleros, etc.) facultades de la Administración cuyas modalidades sólo pueden ser decididas por el Poder Ejecutivo. En este sentido, una de las cosas que deberíamos apuntar y que no han sido abordadas en los fallos es que los mismos decretos de asistencia por emergencia habitacional, programas para lograr vacantes, alimentos, etc. constituyen la reglamentación, mínima claro está, de





aquellos derechos que se reputan programáticos: se reconoce la necesidad, se asignan recursos económicos, materiales, humanos, organismos ejecutores, requisitos, etc. Pero además, este programa constituye la base de las obligaciones "autoimpuestas" por el Gobierno (TSJ, Del voto de los Dres. Casas y Conde en "González"), que pueden ser expresas en la legislación o simplemente haber sido llevadas adelante, como en el caso de las campañas sobre cestos papeleros llevadas a cabo en cinco de las seis zonas de la Ciudad. En un caso así, "resulta difícil de comprender cómo justificar la inexistencia de deber" (Del voto del Dr. Lozano).

Sin embargo, la interpretación precedente no ha sido compartida por la disidencia del TSJ, la cual entiende que "la campaña educativa y de concientización no puede conectarse genéricamente -en rigor, de ninguna manera- con un deber establecido normativamente" (Del voto del Dr. Maier).³⁵

La reglamentación que se haga, entonces, constituye un piso mínimo sobre el cual se erige el principio de progresividad y además, las "medidas" de cumplimiento de derechos a que se refiere, por ejemplo, el art. 2 del PIDESC. Estas medidas, entonces, tanto pueden ser revisadas por las instancias judiciales nacionales como por las internacionales, en tanto constituyen el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado argentino en derechos sociales y forman parte de lo que el Estado ha entendido como derecho para sí, recordando que las disposiciones de los instrumentos internacionales son un mínimo que no pueden menoscabar la mayor extensión con que un derecho se halle protegido en el ámbito interno. Es el caso de las obligaciones contraídas por la Ciudad en la CCBA en torno a asegurar y financiar el acceso a la educación inicial de niños y niñas entre 45 días y 5 años: la inobservancia este límite más amplio configura una transgresión a la manda constitucional. Este es el sentido de la ilegalidad manifiesta: cuando se está ante una

³⁵ Según lo expresara el Dr. Casás en el mismo fallo, la situación sería asimilable a la decisión de poner policías en tales o cuales avenidas: "si el Estado decidiera que a lo largo de las avenidas Rivadavia, Belgrano, Entre Ríos, de Mayo y Callao debe haber apostado un policía cada tres cuadras para prevenir la comisión de ilícitos, los vecinos que viven sobre Cabildo... no estarían siendo discriminados de manera arbitraria y manifiestamente ilegal porque ella no se efectiviza en el caso, pues tal decisión del Estado, por sí sola, no violenta la garantía de igualdad". Sin embargo, para ser análogo al caso de autos (donde cestos y campañas se realizaron en toda la Capital excepto en el Sur), la disposición de los policías debería haberse efectuado en todas las avenidas de la Ciudad pero no en el distrito Sur, supuesto que si acerca la cuestión a una discriminación en razón de la exclusión. Por lo demás, la situación de los habitantes de la zona Sur de la Capital o "V" a los efectos de la higiene ambiental (Liniers, Mataderos, Villa Riachuelo, Villa Lugano y parte de Villa Soldati) puede ser sin lugar a dudas identificada como de exclusión sistemática; respecto de dichos habitantes, la exclusión de la campaña es sólo un exponente más de esta exclusión sistemática. Un argumento adicional estaría dado por el juego de dos derechos: el medioambiente, la educación y el derecho a estar informado. El derecho a la educación, en tanto multiplicador (Tomasevski, 2004) debe ser entendido tanto de manera formal como informal, y en materia ambiental tiene especial relevancia para la transmisión a las futuras generaciones. Según la *Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos las Libertades Fundamentales* -Res. AG 53/144, 14, DOC N.U. A/Res/53/114 (20 de enero de 1999)- los Estados deben adoptar medidas para promover "la comprensión de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales"





omisión de la autoridad pública frente a la norma que impone el deber jurídico y se constata el incumplimiento total o parcial de la norma ("Vacantes", Consid. IV). Es que "frente a toda exigencia constitucional o legal, la administración no está facultada, sino obligada a actuar en consecuencia" ("Villa el Cartón", Consid. IX.3).

No hay obstáculo alguno a que las obligaciones nazcan directamente de instrumentos internacionales en derechos humanos. Luego de las extensas citas legales en el caso "Vacantes", la Sala I entendió que dicho conjunto de normas "demuestra la existencia de un deber inexcusable de la Ciudad de asegurar y financiar el acceso a la educación inicial de los niños y niñas" (Consid. IV, punto 1.7).

Por eso los programas de asistencia son obligaciones exigibles en varios sentidos: (i) respecto a la obligación de adoptar medidas (como un programa) para paliar las necesidades básicas de la población en situación de pobreza; (ii) respecto al cumplimiento de los derechos que deben verse protegidos: el fin es el cumplimiento efectivo, no el programa en sí mismo; (iii) la violación de derechos que produce la situación de pobreza y exclusión obliga a una prioridad presupuestaria. En este sentido, "el programa, en el sentido de velar por una vivienda suficiente y digna para los habitantes, no es optativo para el gobierno y establece temas de interés superlativo frente a otros programas o necesidades" (Del voto del Dr. Maier, en "Moravito"), en especial, cuando se trata de situaciones de pobreza o exclusión, donde "es razonable que las autoridades recurran a diversos sistemas de atención" (Del voto de la Dra. Ruiz en "González" y "Moravito").

La adopción de un programa o cualquier curso de acción es una obligación, pero también un reconocimiento acerca de la necesidad de tomar medidas, lo cual es importante a los efectos de la doctrina de los actos propios (Stoppel). El TSJ lo ha aplicado en varias oportunidades aun sin mencionarlo expresamente. Así, por ejemplo, en los casos de emergencia habitacional, los mismos fundamentos para otorgar el subsidio son los que abonan la obligación de mantenerlos: "el crecimiento sostenido de la pobreza torna necesaria la adopción de medidas idóneas para paliar las consecuencias que la misma produce" y en auxilio de la situación de calle de numerosas familias "debe acudir el gobierno en forma imperativa (...) A partir de allí y de la actuación del propio recurrente queda demostrado que la situación de emergencia habitacional no pudo ser superada cuando las prestaciones del decreto 895/02 se agotaron" (Del voto de la Dra. Ruiz en "González").

En el caso "Cestos papeleros", la obligación de llevar a cabo la campaña de concientización en la zona sur derivaba, también, del hecho de que había colocado los cestos (durante el transcurso del proceso). Respecto de esto último, la obligación de realizar la campaña era "accesoria, complementaria y hasta natural (...) si proveyó los cestos papeleros, sólo le queda que indique a la población los beneficios de utilizarlos" (Del voto de la Dra. Conde). Una obligación accesoria se derivaba de la principal también en "Vacantes": "la provisión de vacantes implica, además del espacio físico donde desarrollarse, la adopción de sendas medidas para poner en funcionamiento el sistema educativo en un área determinada" (apartado A.5.).

En "Agua potable", por ejemplo, el Dr. Centenaro resolvió el recurso apelando a esta doctrina, la cual "impide admitir como válida una conducta que contradice otra que la precede en tiempo". De esta forma, si el GCBA decidió proveer agua potable a la población que reside en las manzanas 11 a 14 de la Villa 31 bis, "se encuentra obligada, en virtud de la doctrina de los actos propios, a continuar prestando el señalado servicio".



Los casos vistos notan una diferencia entre la obligación de cumplir estándares mínimos de derechos y la obligación de garantizar "progresivamente" ("Agua potable", Consid. XXII). De esta forma, los subsidios por emergencia habitacional y la provisión directa de agua se inscriben en los mínimos (una deber exigible contrapartida de un derecho "operativo"). La progresividad no se refiere más que a las acciones siguientes sobre tales mínimos y no a estos umbrales necesarios para la subsistencia que son acreedores de una obligación de garantizar no sujeta a los recursos disponibles. La progresividad representa una obligación, es constante y además irreversible respecto de los niveles alcanzados y depende de las posibilidades presupuestarias: no así los derechos de mínima para la subsistencia. Como lo ha dicho el PJCABA, "es necesario adoptar medidas positivas, cuando el grado de satisfacción del derecho se encuentre en niveles que no alcancen los mínimos exigibles" ("Villa el Cartón", IX.4).

3.3.5. La acción judicial frente al Poder Ejecutivo y menoscabo a la división del ejercicio del poder

Lo difícil de definir los límites de la actuación del Poder Judicial está dado por lo que el Dr. Lozano reconoce como falta de reglas constitucionales:

Una segunda característica de la incorporación de esta especie de derechos en una constitución es que no es habitual -aunque tampoco imposible- formularlos de modo que, junto con el deber de brindarles tutela, los jueces recibamos reglas o estándares para controlar que su efectiva consagración, que necesariamente involucra alguna distribución de recursos escasos, no sea fruto de una decisión política que aleje la función desarrollada de la que tradicionalmente concebimos como judicial (Del voto del Dr. Lozano en "Barreda").

Sin embargo, es posible establecer ciertas líneas sobre lo que el PJCABA entiende como sus facultades para hacer cumplir ciertos derechos catalogados como humanos, sin perjuicio de las directrices que emanan de la jurisprudencia internacional. En primer lugar, "por expreso imperativo constitucional y de acuerdo con el principio de división de poderes, los jueces no deben asumir la tarea de diseñar políticas públicas" ("Villa el Cartón", IX.4).

Segundo, se aclara que cuando la CCBA se refiere a la "Ciudad" (por ejemplo, "la Ciudad garantiza"), tal expresión "comprende a todos los órganos del Gobierno de la Ciudad, esto es, también a las autoridades judiciales" (Cestos papeleros, Sala II, 7/12/06). Estas tienen, por ejemplo, la misión de "confrontar el diseño de tales políticas con los estándares jurídicos aplicables" ("Villa el Cartón", IX.4), de los cuales dependen los derechos humanos en juego. En estos casos, "y ante la falta de adopción de medidas o cuando éstas se revelan como insuficientes o inadecuadas, corresponde al Poder Judicial reprochar esa omisión" ("Villa el Cartón", citando a V. Abramovich). Así, se ha dicho que "corresponde a los poderes políticos estructurar las políticas y planes para dar satisfacción a la [obligación de orientar a las familias en la búsqueda de estrategias de solución a su problema habitacional]" ("Barreda"), y que





...la determinación de las políticas de gobierno que cumplan con la obligación constitucional de asegurar los derechos objeto de tutela en este proceso. A su vez, la decisión en torno a los cursos de acción que resultan idóneos para hacer efectivo este derecho es materia privativa de la ley y la administración y, a tal efecto, los poderes estatales -Legislativo y Ejecutivo- disponen de un amplio margen de actuación ("Villa el Cartón", IX.4).

Nótese que en todos los casos se ha dejado librado a criterio de la demandada (GCBA) la forma en que asegurará las vacantes, proveerá al derecho al agua potable o una solución definitiva para los problemas habitacionales. En este sentido, es obvio que el Estado puede optar entre diversas alternativas para ejecutar la política habitacional. Sin embargo, no puede prescindir de planificar y poner en práctica una política de desarrollo habitacional en los términos que prevé la Constitución local ("Villa el Cartón", IX.4)

No corresponde al Poder Judicial, entonces, "expedirse sobre la idoneidad de la política que implementan los planes sociales destinados a superar el déficit habitacional" (Del voto del Dr. Lozano en "Barreda"). Esto implica, no obstante, que "cabe que el juez determine si la política o el programa a tal efecto creados son razonables, es decir, si éstos se ajustan a los estándares constitucionales y, asimismo, si resultan adecuados para satisfacer los derechos" ("Villa el Cartón", IX.4), y finalmente, que los magistrados comprueben "si, una vez delineadas las políticas y creados los programas respectivos, éstos efectivamente se cumplen" (ibidem).

Sobre el primer tópico (razonabilidad y adecuación para cumplir los derechos), debemos traer a colación lo dicho en la primera instancia de las "Aulas container". Las mismas, recordamos, eran una situación transitoria para garantizar el derecho a la educación de la población de las "villas miseria", según lo expresara el GCBA. Y aunque no hubiera ánimo discriminatorio, sino quizás todo lo contrario, "la discriminación existe". El rol del Poder Judicial en este sentido es que las políticas diseñadas y llevadas a la práctica para posibilitar el dictado de clases en tales lugares, no están libradas a la absoluta discrecionalidad de la Administración. Esto porque "la doctrina de la no justiciabilidad es anacrónica" (Del voto de la Dra. Ruiz en "Moravito"), y añade: "los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no sólo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política". Esto es sobre todo pertinente cuando se hallan en juego derechos humanos, ya que el "recurso sencillo y rápido" no sólo debe garantizarse respecto a derechos convencionales, sino incluso internos y, en última instancia, las medidas judiciales son de aquellas medidas "no sólo legislativas" que se permiten y obligan para satisfacer estos derechos. Dado que se trata de derechos surgidos de una obligaciones internacionales y constitucionales, se reconoce que "constituye un principio cardinal del Estado social y democrático de derecho que frente a toda exigencia constitucional o legal, el Ejecutivo no esté simplemente facultado, sino obligado a actuar de modo consecuente" ("Agua potable", Consid. XXII).

Para reforzar esta interpretación, también ha dicho el TSJ que el Poder Judicial "sólo le ha recordado al gobierno la necesidad de cumplir, en el caso, con un deber constitucional frente a una persona que juzga necesitada de obtener ese derecho" (Del voto del Dr. Maier, en "Toloza", "Moravito". "González", etc.). Justamente, si las previsiones o



programas hubieran sido ejecutados por el Estado, no se hubiera llegado a la instancia judicial ordenando el cumplimiento de una obligación ("Aulas Container", Sala II, Consid. 8).

Por consiguiente, se trata de una obligación del Poder Judicial:

...la "intervención jurisdiccional" en el caso, muy lejos de la pretensión de sustituir al órgano legislativo en el diseño de estrategias para lograr, de modo razonablemente progresivo, la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales, se erige en una obligación del Poder Judicial, en todas sus instancias. (Del voto del Dr. Maier, "Moravito", "González", énfasis en el original).

Que, en lugar de violentar la división de poderes, la refuerza:

El control judicial de los actos u omisiones del Poder Ejecutivo, razonablemente ejercido en el marco de la Constitución y las leyes, no sólo no viola sino que refuerza el principio republicano de división de poderes, en su faz relativa al sistema de frenos y contrapesos ("Cestos papeleros", Sala II).

En cuanto a las políticas públicas, de los fallos surge que: (i) las políticas públicas y las iniciativas legislativas se inscriben dentro de las obligaciones del Estado ("Agua potable", Consid. XV); (ii) mientras las políticas son definidas y las obras implementadas, ciertos derechos básicos no pueden ser relegados u obviados ("Agua potable", Consid. XXI); (iii) el Estado puede optar por diversas alternativas para cumplir con los derechos, pero mientras tanto debe garantizar "sin excepción, sin dilación y sin interrupción el suministro, según las necesidades básicas de la población afectada" (Agua potable Consid. XXV); (iv) la ausencia de políticas para hacer efectivo un derecho es lo que hace que la cuestión pueda ser tratada judicialmente ("Vacantes", Consid. III.4. del fallo de primera instancia).

3.3.6. El alcance de las obligaciones del Poder Ejecutivo

Aun suponiendo que haya o no una obligación exigible, los jueces de la Ciudad indagan sobre la extensión que debe acordársele a la misma, no desconociendo que en ella se juega una importante cuestión presupuestaria. El interrogante es formulado por el TSJ como sigue: "¿la obligación de garantizar una prestación habitacional (...) asistencial, se agota en el cumplimiento de aquello dispuesto por las normas locales vigentes (...) o, en cambio, persiste hasta la superación de la situación de vulnerabilidad que atraviesa la accionante?" (Del voto del Dr. Maier en "Moravito"). En el caso del agua potable, por ejemplo, el GCBA no cuestionaba la existencia de una obligación de garantizar el suministro, sino el alcance de la condena.

Primeramente, se ha dicho que "no puede imponerse al Gobierno que implemente, en cada caso, la solución "a medida" que requiere cada grupo familiar" ("Barreda", "Panza"), aunque tal aseveración sea discutible: recordemos que los imperativos del principio de igualdad y no discriminación requieren que se alcancen también a los efectos de las políticas públicas (García, 2009). En segundo lugar, es posible identificar un mandato claro: la obligación de asistencia (aunque sea calificada de "excepcional") debe subsistir





hasta tanto la persona no supere la situación de vulnerabilidad: "en la medida en que el Estado no pueda proporcionar soluciones permanentes, el subsidio debe ser regla. Y ello porque la pobreza crítica es la situación de excepción que el constituyente ha optado por resolver progresivamente" (Del voto de la Dra. Ruiz en "Moravito")... "[El artículo 31 de la CCBA permite afirmar] la subsistencia de la obligación estatal en tanto subsista el escenario de vulnerabilidad familiar y social que el Estado debe atender" (Del voto del Dr. Maier, "Moravito", énfasis en el original).

Esto no significa la imposición de una obligación sine die (voto del Dr. Lozano en "Moravito" y "González"), pero "el beneficio no se agota en el límite temporal anunciado por los programas sociales" (ibídem) y "el Estado no se libera de la obligación de asistencia hasta que cumpla con la orientación y búsqueda de estrategias [para salir de la situación]" (Del voto de los Dres. Casas y Conde en "Moravito", énfasis en el original): para realizar, en definitiva, el propio plan de vida. Dentro de los alcances de la obligación de las autoridades, debe apuntarse que el PJCABA ha recogido aquella interpretación internacional que entiende las obligaciones de derechos humanos como erga omnes: "[los derechos sociales] deben ser respetados por todos los sectores del ordenamiento jurídico, tanto público como privado, de manera que pasivamente resultan también exigibles a terceros, en ciertas condiciones" ("Agua potable", Consid. 10).

Por último, las obligaciones del Estado son tanto más sensibles cuando se trata de las condiciones adversas que existen en contextos signados por la desigualdad. En estos casos, "la educación infantil impulsada por el Estado sume la función de prevenir las desigualdades de origen social" ("Vacantes", citando el Documento para el Debate de la Ley de Educación Inicial). Eso se entiende reconocido por el GCBA, al reconocer en el caso que la población beneficiaria de los jardines maternos son "niños y niñas pertenecientes a familias en situación de pobreza o vulnerabilidad social", ya que entre las actividades se brinda desayuno, almuerzo, merienda, atención médica, etc. En el mismo caso y en primera instancia, se reconoce que "la igualdad de oportunidades en el acceso a los derechos (...) obliga a una particular cautela cuando por acción u omisión se puede llegar a la exclusión por causas socioeconómicas" (Consid. VI).

3.3.7. La cuestión del presupuesto

Según los argumentos del GCBA, las decisiones desconocen "que el Poder Legislativo determina en la Ley de Presupuesto los recursos que la Administración puede disponer, y los jueces impactan indirectamente en el nivel de tributación" ("Barreda", por ejemplo). Como reconoce el juez Lozano, "los compromisos de brindar prestaciones dirigidas a aliviar carencias suponen inexorablemente afectación de recursos" ("Barreda"). Sin embargo, la sana interpretación tanto de las Cámaras como del TSJ entiende que tal circunstancia no implica, por sí, una prohibición de actuación para el Poder Judicial:

Admitir que cualquier decisión judicial que importe una erogación de recursos públicos consista en una violación del principio de legalidad presupuestaria implicaría impedir lisa y llanamente el control judicial de vastas áreas del quehacer administrativo, lo que resulta a todas luces inconstitucional y legalmente inaceptable ("Cestos papeleros", Sala II)



Como lo dirá el TSJ en otro caso:

El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCBA). El uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. (conf. art. 2.1. PIDES) (Del fallo de la Dra. Ruiz en "Moravito").

En cuanto al fondo, el presupuesto tampoco es una excusa para incumplir los derechos. Primero, porque la misma Constitución de la Ciudad "fija ya un orden lexicográfico de prioridades para los gobernantes" (Del voto del Dr. Maier en "González"). Segundo, porque un derecho social bajo "reserva de cofres llenos" equivale, en la práctica, a ninguna vinculación jurídica ("Agua potable", Consid. XXII, citando a la Corte Constitucional italiana). En todo caso, el Estado que aduzca su incapacidad para cumplir con estas obligaciones por razones que están fuera de su control, tiene "la obligación de probar que ello es cierto y que no ha logrado recabar apoyo internacional" a tal fin ("Agua potable, Consid. XXII, con cita de CDESC, Comentario General 3 y 12). Tanto es así que "el Estado debe justificar -lo que no ha sucedido en el caso de la actora- que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez" (Del voto de la Dra. Ruiz en "Moravito").

En incontables oportunidades, se reconoce, no se trata de una cuestión presupuestaria, "sino de una cuestionable gestión administrativa" ("Vacantes", A.5). En el caso, no se estaban utilizando los "máximos recursos disponibles", sino que había una notoria subejecución presupuestaria.

IV. CONCLUSIONES

La vida de cada hombre involucra las vidas de todos los hombres; cada relato es sólo parte de un relato: el de la historia de la Humanidad

Primero a todo, es imposible soslayar la importancia que la judicialización de derechos sociales tiene para vastos sectores en la sociedad argentina. Más allá de los problemas de ejecución de las sentencias, demuestran una sana preocupación del Poder Judicial por dar una respuesta en la medida de sus posibilidades y de ajustar sus sentencias a las más modernas disposiciones en derechos humanos. Además, constituyen una herramienta persuasiva para el Poder Ejecutivo porque las sentencias, todas las vistas e incluso casi las no vistas también, tienen un fuerte sesgo protectorio, guiados por el principio pro homine.

Fuera de las disposiciones que surgen directamente del DIDH, sobre la jurisprudencia en derechos sociales del Poder Judicial, podemos sostener las siguientes conclusiones:





- Los DESC "tienen como principal función asegurar la participación en los recursos sociales a los distintos miembros de la comunidad" ("Agua potable").
- Los derechos sociales no son promesas o programas ("Moravito").
- Existe un derecho a la vivienda digna y además, un derecho al desarrollo de políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión. Igualmente, existe el derecho a la educación y además, el metaderecho, el derecho a "políticas sociales complementarias que posibiliten el efectivo ejercicio" de los derechos educativos (art. 23).
- Las obligaciones son su contrapartida: "respetar y proteger" (de manera erga omnes) y "realizar y promover", lo que implica el deber estatal de planificar y ejecutar actividades para fortalecer el acceso a los derechos sociales de manera tal que quienes se encuentran en una situación de pobreza puedan superar la crisis. En virtud de ello podríamos decir que todo derecho incluye un metaderecho, pero no todos estos implican, de por sí, derechos a prestaciones concretas. Sin embargo, el lenguaje de la CCBA se inclina, tal como lo explicaríamos en el apartado 6, por recoger derechos (con las políticas consiguientes). Esto ayuda a despejar cualquier duda respecto a la exigibilidad de ciertas políticas y los alcances de la actuación del Poder Judicial.
- Los derechos sociales se relacionan directamente con el principio de autonomía personal y los deberes prestacionales que implican los DESC: en tanto la situación desventajosa a que se ven sometidos diversos grupos (por exclusión social, cultural, etc.) los priva de la realización plena de su propio plan de vida, el Estado tiene el deber inexcusable de realizar prestaciones positivas para cubrir un mínimo (de manera progresiva) y para remover los obstáculos que impiden tal realización. Este deber, por demás, es mayor cuando se trata de "personas cuya autonomía es menor por razones de exclusión social" ("Agua potable", XIII; "Villa El Cartón", IX.1) debiendo el Estado "respetar, por mandato constitucional, los derechos sociales de los grupos más vulnerables y de modo preferente" ("Vacantes").
- Los derechos sociales no dejan de ser exigibles debido a su falta de "programación". Antes bien, la ausencia de esta puede ser demanda judicialmente por contravenir las disposiciones internacionales que obligan a la adopción de medidas internas para hacer efectivos los derechos. Por lo demás, un contenido mínimo de derechos sociales siempre es exigible con independencia de la programación y hasta que la misma ocurra.
- Los mismos programas de asistencia constituyen la reglamentación, mínima claro está, de aquellos derechos que se reputan programáticos: se reconoce la necesidad, se asignan recursos económicos, materiales, humanos, organismos ejecutores, requisitos, etc. La reglamentación que se haga, entonces, constituye un piso mínimo sobre el cual se erige el principio de progresividad y además, las "medidas" de cumplimiento de derechos a que se refiere, por ejemplo, el art. 2 del PIDESC.
- Los programas de asistencia son obligaciones exigibles en varios sentidos: (i) respecto a la obligación de adoptar medidas (como un programa) para paliar las necesidades básicas de la población en situación de pobreza; (ii) respecto al



cumplimiento de los derechos que deben verse protegidos: el fin es el cumplimiento efectivo, no el programa en sí mismo; (iii) la violación de derechos que produce la situación de pobreza y exclusión obliga a una prioridad presupuestaria. En este sentido, "el programa, en el sentido de velar por una vivienda suficiente y digna para los habitantes, no es optativo para el gobierno y establece temas de interés superlativo frente a otros programas o necesidades. (Del voto del Dr. Maier, en "Moravito"), en especial, cuando se trata de situaciones de pobreza o exclusión, donde "es razonable que las autoridades recurran a diversos sistemas de atención" (Del voto de la Dra. Ruiz en "González" y "Moravito").

- La adopción de un programa o cualquier curso de acción es una obligación pero también un reconocimiento acerca de la necesidad de tomar medidas, lo cual es importante a los efectos de la doctrina de los actos propios (stoppel).
- Un punto central en la obligación de progresividad es el grado alcanzado y desde el cual se predica la no regresividad. En los casos de derecho a la vivienda (bien llamados de "emergencia habitacional"), la cancelación del subsidio, más que una violación al principio de no regresividad, implica un llano menoscabo al derecho a la vivienda en sí mismo, en tanto la falta de asistencia deja a los reclamantes en situación de calle. Distinto sería el caso si, logrado un módulo habitacional (una solución no transitoria), se los reasignara al subsidio. Ello representaría una regresividad en la situación lograda pero de alguna manera respetuosa (en un mínimo) del derecho a la vivienda; por el contrario, la terminación del subsidio en los casos analizados no sólo no respeta ese mínimo, sino que los deja en un completo desamparo, configurándose de esta manera un menoscabo autónomo por parte del GCBA.
- Los casos vistos notan una diferencia entre la obligación de cumplir estándares mínimos de derechos y la obligación de garantizar "progresivamente" ("Agua potable", Consid. XXII). De esta forma, los subsidios por emergencia habitacional y la provisión directa de agua se inscriben en los mínimos (una deber exigible contrapartida de un derecho "operativo"). La progresividad no se refiere más que a las acciones siguientes sobre tales mínimos y no a estos umbrales necesarios para la subsistencia que son acreedores de una obligación de garantizar no sujeta a los recursos disponibles. La progresividad representa una obligación, es constante y además irreversible respecto de los niveles alcanzados y depende de las posibilidades presupuestarias: no así los derechos de mínima para la subsistencia.
- "El Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar -lo que no ha ocurrido en estos autos- por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna" (Del voto de la Dra. Ruiz en "Moravito" y en "González Cornelia", énfasis agregado).
- No hay obstáculo alguno a que las obligaciones nazcan directamente de instrumentos internacionales en derechos humanos.





- En cuanto a las políticas públicas, de los fallos surge que: (i) las políticas públicas y las iniciativas legislativas se inscriben dentro de las obligaciones del Estado ("Agua potable", Consid. XV); (ii) mientras las políticas son definidas y las obras implementadas, ciertos derechos básicos no pueden ser relegados u obviados ("Agua potable", Consid. XXI); (iii) el Estado puede optar por diversas alternativas para cumplir con los derechos pero mientras tanto debe garantizar "sin excepción, sin dilación y sin interrupción el suministro, según las necesidades básicas de la población afectada" (Agua potable Consid. XXV); (iv) la ausencia de políticas para hacer efectivo un derecho es lo que hace que la cuestión pueda ser tratada judicialmente ("Vacantes", Consid. III.4. del fallo de primera instancia).
- Las obligaciones del Estado son tanto más sensibles cuando se trata de las condiciones adversas que existen en contextos signados por la desigualdad.

A modo de cierre, quisiéramos traer a colación el imperativo de ponerse en el lugar del otro, desde una visión lejos de la sensiblería:

Cuanto mayor es el desamparo, cuantas menos políticas universales se asientan como derechos ciudadanos, más necesitan los indigentes y los pobres de los favores de los candidatos. La mayoría de quienes leemos los diarios no conocemos ni imaginamos lo que implica vivir en esas condiciones de exclusión social, viendo cómo pasan por al lado derechos sociales, nuevas tecnologías y consumos a veces impúdicos de los vecinos. (Grimson, 2009)



BIBLIOGRAFÍA



- ABRAMOVICH, Víctor (2005), "Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados", en *Revista de Derechos Humanos Sur*, Año 2 número 2, San Pablo, pp. 195-232. También disponible en <www.surjournal.org>.
- AGAMBEN, Giorgio ([1995] 2003), *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pre-Textos, Valencia.
- CAMPS, Victoria ([1993] 1999), *Paradojas del individualismo*, Crítica, Barcelona.
- CANCADO TRINDADE, Augusto (1997), "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional", *Lecciones y Ensayos* nro. 98/1997, pp.53-103 (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires).
- CANCADO TRINDADE, Augusto (2003), "El desarraigo como problema humanitario y de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal", en *Revista Lecciones y Ensayos* nro. 78, pp.71-116 (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires).
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio (2000), "Los derechos sociales desde una nueva perspectiva", serie Cuadernos del Centro Nacional de Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México.
- DESPOUY, Leandro (2005), "El derecho internacional en la práctica jurídica" (Entrevista por Julieta L. Bandirali), en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, número 86, Septiembre-Octubre, pp. 16-18, Buenos Aires.





- DONNELLY, Jack (1985), *The concept of Human Rights*, St. Martin's, Nueva York.
- DONNELLY, Jack (1998), *Derechos humanos universales: en teoría y en la práctica*, Gernika, México.
- FOUCAULT, Michel ([1975] 2002), *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión. Siglo XXI*, Buenos Aires.
- FOUCAULT, Michel (1992), *Microfísica del poder*, Buenos Aires: La Piqueta, Madrid.
- FUCITO, Felipe (2002), *Podrá cambiar la justicia argentina*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- GARCÍA, Lila (2006), "Reconstruyendo el núcleo de derechos de la persona humana. Aportes para la justiciabilidad de, también, los derechos económicos, sociales y culturales", *American University Law Review*, Volumen 22, N° 1, Washington DC, pp. 65-100.
- GARCÍA, Lila (2009), "De los derechos a las políticas. El enfoque de los Derechos Humanos en la Definición de las políticas frente a la pobreza", *Debates latinoamericanos*, año 7 número 13, octubre.
- GARGARELLA, Roberto (2005), *El derecho a la protesta. El primer derecho, Ad-Hoc*, Buenos Aires.
- GIALDINO, Rolando (2005), "La pobreza extrema como violación del derecho", en *Gaceta de Derechos humanos*, año 12 número 72, marzo-abril, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, pp. 45-65.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2005), "Los derechos humanos como límites a la democracia", en *Los derechos humanos del siglo XXI. La revolución inconclusa*, Buenos Aires, Ediar, pp. 97-103.
- GRIMSON, Alejandro (2009), "El país que imaginamos", *Clarín*, 14 de junio.
- GROS ESPIELL, Héctor (1998), "La democracia en el sistema interamericano", en *Revista Lecciones y Ensayos, 1997-1998*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, pp. 595-623.
- GROS ESPIELL, Héctor (2003), "La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos", en *Dignidad humana, Cátedra UNESCO de Derechos Humanos*, Montevideo, pp. 9-33.
- GUARIGLIA, Osvaldo (2001), *Una ética para el siglo XXI. Ética y Derechos Humanos en un tiempo posmetafísico*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- HARDT, Michael y Antonio NEGRI (2000), *Imperio*, Paidós, Buenos Aires.
- JONES-BOS, René, "Poverty is a comprehensive violation of human rights", en *Development Issues*, vol. 5, n° 3, Diciembre, Instituto de Estudios Sociales, La Haya.
- KLIKSBERG, Bernardo (2005), "Hacia una nueva visión de la política social en América latina. Desmontando mitos", en *Gaceta de Derechos humanos*, año 12 número 72, marzo-abril, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, pp. 89-107.
- MELKEVIK, Bjarne (2001), "El derecho cosmopolita: la actualización habermasiana", en *Revista Derechos Humanos*, 1 (1), Centro de Estudios e Investigación en Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario, Rosario pp. 221-238.
- NUSSBAUM, Martha ([1995] 1997), *Justicia poética*, Andrés Bello, Barcelona.
- O'DONNELL, Guillermo (2002), "Las poliarquías y la (in)efectividad de la ley en América Latina", Méndez, Juan y O'Donnell, Guillermo (comp.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, pp. 305-336.
- PIOVESAN, Flavia (2004), "Derechos Sociales, económicos y culturales y Derechos civiles y políticos", en *Revista Internacional de Derechos Humanos "Sur"*, Año 1, n°1, St. Paul.



- PINTO, Mónica (2004), *El derecho internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- PINTO, Mónica (2009), "Protección internacional de los derechos humanos", disertación, Jornada "Nuevos paradigmas de la igualdad", Centro de formación Judicial, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 25 de junio.
- SEN, Amartya (2002), "El derecho a no tener hambre", *Estudios de filosofía y derecho* nro. 3, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.
- TELLO, Ángel (2007), "Repensando la estrategia: defensa y seguridad en el Cono Sur", en *Transitando los inicios del siglo XXI. Las relaciones internacionales de Argentina, Chile y México*, Nuevo Hacer, Buenos Aires, pp. 23-34.
- TOMASEVSKI, Katarina (2004), *El asalto a la educación*, Intermón Oxfam, Barcelona.
- VIVANCO, J.M. (2005), Conferencia impartida en el marco del Seminario Internacional "Armonización legislativa y derechos humanos", "Experiencias positivas para armonizar la legislación de Derechos Humanos en América Latina", llevada a cabo en Guadalajara, México, 14 y 15 de abril.
- WALLERSTEIN, Immanuel ([1991] 2007), *Geopolítica y geocultura*, Kairós, Barcelona.
- WEISSMAN, Fabrice (2004), *A la sombra de las guerras justas. El orden internacional y la acción humanitaria*, Icaria, Barcelona.
- WILES, Ellen (2006), "Aspirational principles or enforceable Rights? The future for socio-economic rights in National Law", *American University Law Review*, Vol. 22 N° 1, pp. 35-64.

Informes y jurisprudencia internacional

- CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), caso 11.670, Informe 3/01, Amílcar Menéndez, párrafo 38
- CDESC, Observación General nro. 3 (1990), *Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Observación General nro. 3, La índole de las obligaciones de los Estados parte. Doc. ONU E/1991/23 (1990). Disponible en: <<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sepcomm3.htm>>.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Subcomisión de Promoción y protección de los Derechos Humanos. Programa de Trabajo del Grupo Ad-hoc para la realización de un estudio tendiente a contribuir a las bases de una declaración internacional sobre los derechos humanos y la pobreza extrema, E/CN.4/Sub.2/2002/15, 25 de junio de 2002.
- Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67.
- Corte IDH, caso "Cinco pensionistas c. Perú", 2003, Corte IDH (Serie C) No. 98, 28 de febrero de 2003.
- Corte IDH., Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.
- Corte IDH., Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18
- Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.



- Corte IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.
- ECOSOC, (2005), Informe presentado por el Experto independiente encargado de la cuestión de los derechos humanos y la pobreza extrema (Arjun Sengupta), "Los derechos humanos y la pobreza extrema", E/CN.4/2005/49, 11 de febrero de 2005.
- ECOSOC (1996), Informe presentado por el Experto independiente encargado de la cuestión de los derechos humanos y la pobreza extrema (Leandro Despouy). E/CN.4/Sub.2/1996/13
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA
C.S.J.N., 24/02/2009, "Halabi, Ernesto c. P.E.N.. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986", LA. LEY, 2009-B, 157
- CSJN, "Simon, Julio Héctor y otros", sentencia del 17/06/2005. Fallos 328:2056.
- CSJN, "Casal, Matías y otro", sentencia del 20/09/2005. Fallos 328: 3399.
- CSJN, Campodónico de Beviaqua vs. Ministerio de Salud y Acción Social", 2000, Fallos 323:3229.
- CSJN, "Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación" (causa nro. 32/93), recurso de hecho deducido por Osvaldo Iuspa (defensor oficial), en la causa Giroldi, nro. 32.193. El Derecho, Tomo 163, página 161.

Tribunal Supremo de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires

- "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" (caso Cestos papeleros), Expte. n° 5435/07, 20/2/08.
- "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'B., M. y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)'. Expte. n° 4757/06. 25 de abril de 2007
- "Moravito, Pilar Rosa c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido". Expte. n° 5033/06: 11 de diciembre de 2007
- "G., C. c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido". Expte. n° 5032/07, 5 de marzo 2008
- GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: "Panza, Ángel R. c/ GCBA s/ amparo (art.14 CCABA)". Expte. 4270/05
- "Tolosa, Estela Carmen c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", Expte. n° 4568/06, 30 de octubre de 2006

Cámara Contencioso Administrativa

- "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia -ACIJ- c/ GCBA" (caso Vacantes Nivel Inicial), expte. 23.360/0, Sala I, 19/3/08.
- Menduñez, Antonio y otros c/GCBA", Causa 29502-1. Sentencia del 18/02/09;
- "G.A.P c/GCBA", causa 28573-1, sentencia del 16-3-09;
- "Di Filippo, Facundo Martín c/GCBA", causa 36767-1, del 30/4/09 y
- "V.C.L. c/ GCBA", causa 25996/0, del 03/06/09.





- "F., E. R. c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido". Expte. nº 5125/06. 14 de septiembre de 2007
- "ASOCIACION CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)" (Agua potable). EXPTE: EXP 20898 / 0 Buenos Aires, de de 2007.
- "Iglesias José A. y otra" (Aulas Container), Sala II, Expte. 15909, 20/09/2006.
- "Medina, Beatriz y otros c/GCBA y otros s/amparo" (caso "Villa El Cartón"), causa 26034/0.





PREMIO FORMACIÓN 2010





Analía Haydee Mas
El deber de los jueces de armonizar
el Derecho Interno con los Tratados
de Derechos Humanos (¿Conflicto
'aparente' de normas?)

cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

3er. premio





El deber de los jueces de armonizar el derecho interno con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (¿Conflicto “aparente” de normas?)*

ANALÍA HAYDEE MAS**

No me interesa la ley porque es un concepto vacío, ni las leyes, que son nociones cómplices, me interesa la jurisprudencia. Ella es la verdadera creadora de derecho: habría que impedir que los jueces la monopolicen.

Gilles Deleuze

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Antecedentes históricos

Para enmarcar debidamente la temática a abordar en el presente trabajo, resulta conveniente hacer una breve referencia al contexto histórico que precedió a la aparición de la moderna teoría de los Derechos Humanos, con la salvedad que no se hará una historia secuencial desde un origen primigenio (*arké*) hasta arribar a un final absoluto (*telos*), en una sucesión de “causas” y “efectos”. Michel Foucault (1997:19) dice que: “Uno quiere creer que en su comienzo las cosas eran perfectas; que salieron resplandecientes de las manos del creador... El origen siempre está antes que la caída, antes que el mundo y el tiempo”. La quimera del “origen” está ligada a una concepción de la verdad, que la conceptúa como anterior a todo conocimiento positivo y que su permanencia histórica habría vuelto inalterable. En lugar de ello, en lugar de la búsqueda de un *arké* originario, Foucault propone, siguiendo a Nietzsche, el recurso de la genealogía, es decir, la descripción, respecto de ciertos conceptos, de “la proliferación de acontecimientos a través de los cuales (gracias a los cuales, contra los cuales) se han formado” (Foucault, 1997:27). En los puntos siguientes se recordará, en apretada síntesis, algunos sucesos que permitirán comprender mejor al concepto de “Derechos Humanos”. Una “historia” de los Derechos Humanos debería,

* Trabajo ganador del 3er Premio Formación Judicial 2009, en el eje “Aplicación de los tratados internacionales de Derechos Humanos en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

** El seudónimo utilizado fue “Artemisa”.



quizás, comenzar con una prehistoria,¹ y antes aun remontarse casi hasta el origen de la especie humana, cuando un primer hombre reconoció por primera vez un derecho a otro. En este trabajo se prefiere aludir a los eventos que, en forma directa, construyen una red que forma el sentido actual de la noción de Derechos Humanos. Vale decir, que dar sentido, ayudar a su comprensión, no equivale a darles la categoría de "causas", en una pretendida analogía metodológica con las ciencias "duras" de la modernidad.

1.1.1. La Belle Époque

Dentro de esos "acontecimientos" es importante resaltar al período comprendido entre la Guerra Franco Prusiana (1870-1871) y el comienzo de la Primera Guerra Mundial (1914), conocido como la Belle Époque. La expansión del imperialismo y del capitalismo, acompañada por una ineludible fe en la ciencia positiva y su progreso permanente describe, a esa época de desarrollo tecnológico que parecía destinado a mejorar la calidad de vida de la población. El equilibrio de poder entre las naciones europeas tras el reparto de África, había evitado –durante cuatro décadas– que sus diferencias fueran solucionadas mediante una guerra. Aproximadamente en ese período aparecieron los sindicatos y los partidos políticos, y entre ellos los socialistas, los conservadores y los liberales.

La población, en general, era optimista y ambiciosa frente al porvenir, motivada por las innovaciones tecnológicas y artísticas; aparecieron las corrientes pictóricas que marcarían el siglo XX: el impresionismo, el fauvismo, el cubismo y el modernismo, todas basadas en la ruptura con los cánones previos y en la admiración hacia la tecnología, como el cubismo y el futurismo. La música reflejó un momento de esplendor con las óperas (Wagner, Verdi). Nuevas costumbres ocuparon el interés del hombre común, como los deportes: fútbol, golf, tenis y ciclismo.

El positivismo y el cientificismo proclamaban la soberanía del conocimiento científico, de supuesta neutralidad valorativa, frente a otro tipo de saber. Pero los cambios tecnológicos y económicos acentuaron las divisiones entre ciudades y campos, así como entre los más pobres y los más ricos. El crecimiento desmesurado de las grandes urbes a costa de las poblaciones campesinas, para cubrir la creciente demanda de mano de obra, generó otra problemática: el hacinamiento, el trabajo de menores y mujeres en jornadas extensas y en lugares insalubres, las epidemias, el alcoholismo, las enfermedades venéreas, la tuberculosis, etc. No para todos fue una belle époque.

El ferrocarril, el buque a vapor, el telégrafo, el teléfono, la fotografía y su consiguiente impacto en diarios y revistas aumentó el caudal de información disponible, pero su distribución no siempre fue equitativa, pese al innegable aumento de la alfabetización y del nivel de escolarización. El eurocentrismo cultural también continuó expandiéndose a las naciones no europeas, más débiles o colonizadas, reforzándoles su papel de proveedores de materia prima y mercado para sus manufacturas.

¹ "La historia comienza propiamente en el siglo XVIII, que pasa de la consideración del derecho natural a los derechos humanos, y con las declaraciones solemnes: desde la independencia de los Estados Unidos en 1776, hasta las declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano francesas, singularmente la de 1789" (Gomis, 1998:7).





1.1.2. La Primera Guerra Mundial

Ese mismo desarrollo tecnológico tuvo su momento trágico en la Primera Guerra Mundial que puso fin a esa época,² mediante la construcción de una inédita maquinaria para matar, incluyendo por primera vez tanques, aviones militarizados, armas automáticas, artillería de gran alcance y el venenoso gas mostaza.

Lo que había comenzado casi como una fiesta patriótica, a los pocos meses mostró al mundo el terrible precio de la guerra. Y cuando ésta terminó, la matanza, la atroz pérdida de vidas y bienes, dejó al mundo tambaleándose bajo el peso de una enorme deuda de guerra que arrojó más de 10 millones de muertos, sin contar los inválidos dentro de los más de 60 millones de soldados europeos movilizados desde 1914 hasta 1918. Fue en su momento el primer conflicto en cubrir más de la mitad del planeta, y el más sangriento de la historia.

1.1.3. La Sociedad de las Naciones

Con el propósito de impedir que volviese a estallar un conflicto similar se buscó crear un organismo a través del cual las naciones pudiesen resolver sus disputas por medios pacíficos en lugar de militares. En la Conferencia de Paz de París se incluyó en la Parte I del Tratado de Versalles,³ la creación de la Sociedad de las Naciones, que, sin embargo, nunca logró contar con más de cincuenta miembros.

La "Sociedad" tuvo una serie de problemas desde sus comienzos. El primero, fue la negativa del Senado de los Estados Unidos a aprobar el Tratado, que hizo que se autoexcluyera. El segundo, fue la exclusión de Alemania y Turquía, debido a su condición de países derrotados, y de la Unión Soviética, por el carácter revolucionario de su régimen. La Sociedad de sus Naciones nunca tuvo la autoridad suficiente para imponer a sus miembros las resoluciones en forma obligatoria, lo que quedó de manifiesto con la invasión de Francia a Renania (1923), la de Japón en Manchuria (1931), la Guerra del Chaco entre Paraguay y Bolivia (1932/1935), la invasión de Abisinia por Italia (1935) y la de Finlandia por parte de la URSS (1939), todo lo cual demostró que la "Sociedad" era un organismo puramente simbólico, y que determinó su desaparición con el comienzo de la Segunda Guerra Mundial.⁴

1.1.4. Los genocidios anteriores a la Segunda Guerra Mundial

Entre 1915 y 1917 y entre 1932 y 1933 se produjeron los genocidios de la población Armenia (a manos de los "Jóvenes Turcos") y ucraniana (dispuesta por Stalin), eliminándose

² Para algunos el final de la Belle Époque se anticipa hasta el naufragio del Titanic, en 1912, percibido como el comienzo de la desconfianza hacia la tecnología que le había dado origen.

³ Firmado el 28 de junio de 1919 entre los aliados y Alemania. Causó gran amargura entre los alemanes y fue una de las causas de la Segunda Guerra Mundial.

⁴ Wikipedia.



millones de personas en ambos casos, ante la pasividad del mundo "civilizado". El Derecho no estaba preparado ni en condiciones de resolver o castigar esos conflictos. En ese momento se dudaba hasta de la existencia de un Derecho Internacional⁵ frente a la tesis de la "soberanía absoluta", reduciéndoselo a un equivalente del "ius gentium" romano, una remisión al sentido común sin la existencia de normas positivas generales y explícitas. Para una concepción positivista, como la que se verá seguidamente, se erigen dos obstáculos: a) La obediencia debida, dado que esos genocidios cometidos desde el poder se fundaban en un derecho positivo soberano, sobre el que no podían inmiscuirse la restantes naciones sin colocarse al borde de la guerra; y b) la imputabilidad, dado que aquellos que se hubieran excedido de las normas legales son habitualmente considerados como "dementes". "Si el genocidio fue ejecutado por dementes –dice Feierstein– o es producto de la irracionalidad de los seres humanos, no existe lo que Keslen denomina 'nexo de imputación'" (Feierstein, 1997:15).

1.1.5. La gran depresión

En octubre de 1929, se produjo la caída de la bolsa de Nueva York, ocasionando la ruina de miles de inversores. Los bancos no fueron capaces de hacer frente a la gran cantidad de reintegros solicitados por los ahorristas a la vez que acumulaban deudas incobrables, lo que produjo la quiebra de cerca de 600 de esas instituciones. La escasez de circulante hizo descender el consumo, aumentando los stocks acumulados, paralizando las inversiones y cerrando muchas empresas. Todo ello provocó una desocupación generalizada (se calcula que hacia 1932, existían en los Estados Unidos cerca de 13.000.000 de desocupados). La depresión afectó gravemente al campo, pues muchos agricultores se arruinaron como consecuencia de la caída de los precios y de los mercados agrícolas. Como solución desesperada para poder pagar sus deudas, gran cantidad de trabajadores agrícolas vendieron sus tierras a precios irrisorios y se fueron a trabajar al oeste. La pobreza se extendió también a empleados, profesionales y capitalistas arruinados.

La caída de los precios en Estados Unidos afectó a las industrias de otras partes del mundo que tenían precios superiores a los estadounidenses por lo que tuvieron que reducir sus exportaciones, al tiempo que la disminución de las importaciones desequilibró la balanza comercial de esos países. La repatriación de capitales que Estados Unidos había invertido en diferentes países perjudicó a éstos aún más, especialmente a Alemania, que tenía enormes créditos tomados en Norteamérica para hacer frente a las reparaciones de guerra, debían ser pagadas en efectivo, determinadas en el Tratado de Versalles. La Gran depresión alcanzó también a Austria, Gran Bretaña, Francia, América Latina, el Sudeste Asiático, Australia, y a otros países, fomentando la aparición de fuertes grupos nacionalistas xenófobos.

⁵ "El derecho internacional exhibe en tanto orden coactivo el mismo carácter que el derecho estatal, distinguiéndose de éste con todo en cuanto muestra cierta semejanza con el derecho de las sociedades primitivas al no establecer, por lo menos como derecho general que obliga a todos los Estados, ningún órgano que funcione con división de trabajo" (Kelsen, 2005:325).





1.1.6. El Holocausto

A la entrada de Auschwitz había un letrero: "El trabajo os hará libres", pero debía de haber estado la frase del criminal Mengele: "Aquí se entra por la puerta y se sale por la chimenea". Lo mismo en Treblinka, Sobibor, Maidanek, Belzec o Rawa-Ruska, donde se hallaron claros indicios de que millones de seres humanos habían sido asesinados y reducidos a cenizas o sepultados en interminables fosas comunes. Recién a comienzos de 1945 el mundo occidental tuvo una cabal idea de la inmensa magnitud del Holocausto. Mientras duró la creencia en el progreso indefinido, el Holocausto fue considerado a menudo como una interrupción nefasta del curso de la Historia, un brote accidental de irracionalidad dentro de un marco político occidental bastante democrático. La tragedia movía a compasión como un mal recuerdo que debía superarse.

Hay otros autores (como Zygmunt Bauman) que, desde la sociología, prefieren por su pensar –y argumentar– que el Holocausto fue un producto previsible de la sociedad moderna, algo sólo comprensible en medio del proceso de civilización occidental, en el contexto de las conquistas técnicas y de la mentalidad científicista.

Desde la invasión a Polonia (1939), se obligó a los judíos a encerrarse en guetos, mientras las SS empezaron a entregarse libremente a masacres colectivas, a una violencia indiscriminada de difícil cuantificación. En 1941 los judíos fueron obligados a identificarse externamente con la estrella amarilla, se prohibió abandonar el Reich, al tiempo que comenzaba la deportación masiva a los campos de concentración alemanes y polacos y se les retiraba la nacionalidad.

No hay dudas en cuanto a la aplicación de las técnicas industriales al genocidio. En los comienzos, en Treblinka, lograban matar a más de 200 por cámara. Posteriormente en Auschwitz, llegaban 2000.⁶ Una estimación aproximada eleva a 18 millones las víctimas del terror nazi. En esta cifra se incluirían los civiles muertos en los bombardeos, en los ataques contra los ciudadanos, en las represalias contra las acciones guerrilleras, en las persecuciones étnicas en el agotamiento hasta la muerte de poblaciones deportadas y prisioneros de guerra.⁷

Todo este horror da razones para dudar, al menos, sobre aquel optimismo con que fue recibida la industrialización como un logro de las virtudes de la especie humana.

1.1.7. Síntesis

En las décadas finales del siglo XIX y primeras del XX se produjo lo que podría llamarse una "aceleración de la historia", merced, fundamentalmente, a la violenta expansión del

⁶ Este sistema industrial de asesinar alcanzó el macabro número de 22.000 personas al día. Las cifras son aproximadas porque los alemanes destruyeron la documentación, pero se acepta generalmente que sólo en Auschwitz perecieron cerca de dos millones de personas, más de la mitad de origen judío.

⁷ Las víctimas más numerosas fueron los judíos; la cifra es llevada hasta los 6.500.000. Les siguen los gitanos, con una estimación que se sitúa entre las 300.000 y las 500.000. Por campos de exterminio, el más terrible fue el de Auschwitz-Birkenau, con cerca de dos millones de víctimas; seguido de Treblinka, con 700.000; Belzec, con 600.000; Maidanek, con 400.000; Chelmo con 350.000; Sobibor con 250.000, todos ellos en Polonia.



capitalismo industrial y a la renovación tecnológica sin precedentes, profundizando los cambios que habían comenzado con la invención de la máquina de vapor y la Revolución Industrial a fines del siglo XVIII.

Esa "aceleración de la historia" implicó no sólo la mayor frecuencia en la aparición de novedades de gran impacto social, sino también un cambio de escala en la cantidad de población afectada por esos cambios (proceso que continuaría después de la Segunda Guerra Mundial hasta llegar a la actual "globalización"). El bienestar generado por los productos tecnológicos alcanzó a una gran parte de la población europea y de Estados Unidos, pero al mismo tiempo, los pesares, los abusos, el hambre y la muerte, consecuencia también de esa misma tecnología, afectó a un número nunca anteriormente alcanzado en la historia.

Ese cambio de escala demostró que el Derecho –en la forma clásica de su concepción individualista– resultaría insuficiente y demandó la aparición de un nuevo Derecho.

1.2. Antecedentes teóricos y doctrinarios

Para comenzar conviene detenerse sólo un instante para recordar el origen del término "positivismo", debido a la pluma de Augusto Comte. En su obra este autor rechaza, en primer lugar otras expresiones que considera pueden ser sinónimas a "positivismo", como "filosofía natural", o "filosofía de las ciencias", por entender que no son totalmente equivalentes a la que él elige y que considera más extensa y más restringida que aquellas denominaciones.

Dice Comte (1990:33) que "la palabra positiva anuncia esta manera especial de filosofar que consiste en ver las teorías, cualquiera sea su orden de ideas, como dirigidas a la coordinación de los hechos observados". Subráyese –por ahora– esta última parte de "coordinación de los hechos observados".

Comte diferenció tres estados en el desarrollo del conocimiento humano: el estado teológico o ficticio, el estado metafísico o abstracto y, por último el estado científico o positivo. Esta división separa claramente a la ciencia –entendiendo por ciencia lo que se consideraba como tal en la época de Comte– de la metafísica, consistente en concebir, en lugar de entidades particulares diversas, una entidad muy general única, la naturaleza, considerada como fuente única de todos los fenómenos, con lo cual la filosofía sería puramente deductiva de lo general, a priori, a lo particular.

Hans Kelsen (2005:15), en la primeras páginas de la *Teoría Pura* expresa que ésta: "constituye una teoría sobre el derecho positivo (...) sobre el derecho en general y no de una teoría sobre un orden jurídico específico, es una doctrina general del derecho y no la interpretación de normas jurídicas particulares". El Derecho, para este autor, aparece como algo con vida propia, preexistente a la teoría, cumpliendo ésta sólo el papel de una descripción de ese objeto.

Dice también que cuando la Teoría Pura del derecho emprende la tarea de la delimitación del conocimiento del derecho frente a otras disciplinas: "no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto".



Se conserva un diálogo falsamente atribuido a Platón (1872:171) –escrito probablemente por un platónico–, llamado "Minos", donde se dice que "La ley siempre es el descubrimiento de la realidad. Si los hombres no se gobiernan siempre por las mismas leyes, como parece suceder, consiste en que no son siempre capaces de descubrir el objeto de la ley, la realidad". La ley, para un platónico, es algo distinto de lo que hoy se entiende por "ley". Para esta línea de pensamiento, la ley es la realidad que surge del orden del "cosmos", de la "realidad".

En la misma línea, Santo Tomás (1996:11) dice en el "Tratado de la ley": "sucede que con frecuencia se producen leyes (humanas) diversas y aun contrarias (...) sobre todo acerca de cosas contingentes y particulares, de donde se deducen juicios diversos acerca de los actos humanos". Esta es la justificación de la necesidad de una ley natural, de origen divino, que resulte universal, permanente e inmutable. Para esa tesis, que se remonta al platonismo y termina en Kelsen, pasando por Santo Tomás, lo particular, lo diverso, lo divergente, lo diferente es el caos; se necesita una unidad de objeto para poder hablar de un "mismo objeto", un objeto general anterior a su estudio y conocimiento.

Calsamiglia (1993:7-23), prologuista contemporáneo de una recopilación de trabajos de Kelsen, publicados en castellano bajo el título *¿Qué es la Justicia?*, dice allí que la tesis monista de Kelsen sobre el Derecho y la Justicia está superada en la actualidad: "Probablemente –señala– una actitud que admita el pluralismo metodológico es más favorable al desarrollo de la Ciencia que los rígidos mecanismos metodológicos del siglo XIX".

Se puede decir que en la modernidad todo empieza con la estructura cartesiana del conocimiento: sujeto, objeto, sujeto cognoscente, objeto cognoscible, presupuestos también de Kant. Pero la idea de "sujeto", todavía dominante en el Código Civil, ha sido blanco de muchas críticas desde Nietzsche para adelante, incluyendo a Heidegger y a los existencialistas. En principio, el sujeto es un individuo y el individuo somos nosotros. Cuando aparece el otro, si se lo ve como una objetividad absoluta, entonces es potencialmente un enemigo. La otra posibilidad es verlo como a un otro yo, y entonces, es un modelo: algo que "me ayuda" a construir la idea de "mí mismo".

Mientras en la metodología cartesiana, el otro sería, por definición, un objeto, con la moderna Teoría de los Derechos Humanos, en cambio, esta postura ha quedado superada, puesto que abandona la relación sujeto-objeto en términos absolutos. Ocurre algo parecido con la relación teoría-objeto. Como es sabido, la palabra "teoría" tiene raíz griega y hace referencia a los espectadores de los espectáculos deportivos, de las procesiones religiosas, etcétera. Eran observadores que no intervenían en la formación del objeto. Todavía el positivismo ortodoxo sigue pensando la "teoría" en ese sentido, como contemplación neutral de un cierto objeto preexistente. Pero, hoy por hoy, no es posible que la teoría pueda ser considerada neutral a la hora de describir a un objeto. Si al objeto se lo trata como algo preexistente, llámeselo como se lo llame: "hombre", "mundo", "metales", "derecho", es decir, si el objeto "aparece" antes del nombre que se le dé al mismo, como anterior a la teoría que hable de ese objeto, ese discurso tiene, por lo menos y en un sentido amplio, claras connotaciones metafísicas. Por otro lado, si en cambio se parte de la idea de que en realidad el objeto no es nada fuera de la propia teoría, de que todo lo racional es real, etc., se estaría en una posición idealista que no se aleja de la metafísica.

Debe indagarse si se considera al "Derecho" como a un objeto preexistente a la teoría (posición metafísica), o si la teoría "crea" al "Derecho" a partir de su definición



estipulativa (posición idealista) o si, por último, hay una interacción permanente entre lo que habitualmente se considera "Derecho" y la propia reflexión sobre eso mismo que habitualmente es considerado "Derecho".

Al escribir sobre los Derechos Humanos es preciso efectuar esta aclaración, para separar al objeto del discurso de sus antecedentes en la teoría metafísica de los derechos naturales o en su pariente moderno, la teoría "positivista" de los derechos subjetivos, de base idealista.

II. LOS DERECHOS HUMANOS EN ARGENTINA

2.1. Los orígenes

Como es sabido, la Constitución Nacional data de mediados del siglo XIX. Responde, por lo tanto, a los principios liberales del constitucionalismo de aquella época. En el siglo XX, se realizó –en 1949– una reforma integral del texto de la Carta Magna, respondiendo a los lineamientos esbozados en la segunda posguerra. Así, el nuevo texto recogió ampliamente los denominados "derechos sociales". Esta reforma fue abrogada en 1955 mediante un decreto-ley del gobierno de facto de ese entonces. En 1957, se introdujo una reforma parcial, que en un apretado artículo numerado como 14 bis, incluyó derechos sociales, entre los que pueden destacarse los del trabajador, de la seguridad social, gremiales y de la familia.

2.2. La reforma constitucional de 1994

Hubo que esperar hasta 1994, para subsanar la insuficiencia de dicha reforma, todo ello luego de diversos intentos fallidos y suspensiones de su vigencia por las ya tristemente conocidas interrupciones del orden constitucional. De conformidad con el texto vigente en ese momento, el Congreso de la Nación dictó la Ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma, limitó la gestión de la Convención convocada a tal efecto a una serie de artículos referidos a la parte orgánica sin incluir al capítulo relativo a los derechos y garantías de la parte dogmática.

2.2.1 Parte dogmática

Así las cosas, sin violentar la letra de las limitaciones establecidas por la ley, la Convención Constituyente, agregó –a continuación del Capítulo sobre Derechos y Garantías– un segundo Capítulo denominado "Nuevos Derechos y Garantías", compuesto por ocho artículos, el primero de los cuales, el número 36, incluye la defensa del sistema democrático contra actos de fuerza, mediante la declaración de nulidad de dichos actos, las sanciones para los autores y colaboradores que los lleven a cabo y el derecho de resistencia de los ciudadanos contra los mismos, equiparando a aquéllos los graves delitos dolosos económicos contra el Estado.



El artículo 37, por su parte, garantizó el pleno ejercicio de los derechos políticos y el sufragio universal, igual, secreto y obligatorio –que si bien estaban vigentes desde 1916, no tenían reconocimiento constitucional– y la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios.⁸

El artículo 38, como complemento del 36, incorpora el sistema de los partidos políticos con organización y funcionamiento democráticos con representación de las minorías, estableciendo la obligación del Estado de contribuir al sostenimiento económico de sus actividades y a la capacitación de sus dirigentes.

El artículo 39 incluye el derecho de iniciativa popular para la presentación de proyectos de ley a la Cámara de Diputados, con tratamiento obligatorio por parte del Congreso, excluyendo los referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

El artículo 40 introduce la institución de la consulta popular, de modo obligatorio y vinculante para proyectos de ley y no obligatorio ni vinculante para otros temas.

El artículo 41 establece el derecho a la protección del medioambiente y las consecuencias jurídicas del daño ambiental, tendiente a la preservación del patrimonio natural y cultural y de diversidad biológica. Por último, prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos peligrosos y de los radiactivos.

El artículo 42 reconoce los derechos de los consumidores en relación con la protección de la salud, seguridad e intereses económicos, con necesaria participación en la prevención y solución de conflictos con las asociaciones de consumidores y usuarios de servicios públicos.

El artículo 43, en último término, otorga rango constitucional a la acción de amparo y al recurso de habeas corpus (ambos institutos, como es sabido ya contaban con reconocimiento legislativo), e innova –por un lado–, ampliando el amparo al incluir en él la posibilidad de la declaración genérica de inconstitucionalidad de una norma y, por el otro, con el instituto de habeas data para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de los derechos referidos a las personas que obren en registros públicos o privados destinados a proveer informes.

2.2.2. Parte orgánica. Los nuevos derechos en la reforma de la Constitución Nacional Argentina de 1994

Esta parte del texto constitucional también introdujo instituciones democráticas. Así, el artículo 86 crea la institución del defensor del pueblo como órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, gozando de plena autonomía funcional a efectos de defender y proteger los derechos humanos y demás derechos, garantías e

⁸ Se ha considerado, que la temática abordada en el presente trabajo, el enfoque elegido y la limitación del texto, aconsejan dejar de lado en esta oportunidad, el interesante debate que suscita respecto de la discriminación, el establecimiento de sistemas de cupos con relación a la distribución de cargos –sean estos electivos o de designación– en tanto implican ocupar importantes posiciones en las cuotas de poder de decisión, es decir, entendiendo “poder” como “poder hacer”.



intereses tutelados por la Constitución ante hechos, actos u omisiones de la Administración y se le atribuye el control del ejercicio de las funciones públicas.

El artículo 114 introdujo una forma nueva de designación de los magistrados, mediante la institución del Consejo de la Magistratura, como órgano de selección de los postulantes a las magistraturas de primera y segunda instancia, mediante concursos públicos, facultándolo para la emisión de propuestas de ternas vinculantes para el nombramiento en los tribunales mencionados y el ejercicio de facultades disciplinarias sobre los magistrados, mediante la apertura del procedimiento de remoción. Se estableció que sería integrado por representantes del parlamento, de jueces de todas las instancias y abogados de la matrícula federal.

El artículo 118 establece el jurado de enjuiciamiento, modificando el mecanismo de remoción de los magistrados.

El artículo 120 incorpora como nuevo poder al Ministerio Público –definido como órgano independiente–, con la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

2.3. La constitucionalización de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos

La reforma de 1994 tuvo un Núcleo de Coincidencias Básicas (producto del denominado "Pacto de Olivos" y de la Ley 24.309 declaratoria de la reforma), que incluyó dentro del temario abierto a discusión el punto referido a la "Integración de los Tratados Internacionales".⁹

El nuevo artículo 75 en su inc. 22 establece que es una atribución del Congreso aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Además, que estos están en un escalón superior a las leyes en la escala jerárquica de las normas que componen el ordenamiento interno argentino.

El párrafo siguiente explicita los instrumentos internacionales que son incorporados a la Constitución Nacional:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Declaración universal de 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 formas de Discriminación Racial.

⁹ Como resultado de la reforma, puede observarse que son varios los artículos que se ocupan de este tema: como el 27 y 31, que no fueron modificados. El ex art. 67, inc. 19, modificado por el 75, inc. 22. El ex art. 86, inc. 14 (hoy art. 99, inc. 11); 116, anteriormente 100; los artículos 124, 125 y 126 (ex arts. 107 y 108). En virtud del límite espacial y de la temática del presente trabajo, se ha optado dejar de lado el análisis de los artículos reseñados, a excepción del artículo 75, inc. 22.





- La Convención sobre la Tortura y otros Tratados o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.
- La Convención sobre los Derechos del Niño.

Estos tratados –en las condiciones de su vigencia– tienen jerarquía constitucional. Se aclara, a su vez, que no derogan ningún artículo de la parte dogmática de la Constitución Nacional y por lo tanto se entenderán complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Se establece que la denominación de este tipo de tratados "jerarquizados" sólo podrá realizarse por el Poder Ejecutivo Nacional, con la aprobación previa del Congreso por mayoría de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

De este modo se puede observar que a este artículo y al 99 inc. 11, se les introduce la voz "organizaciones internacionales".

El Estado puede celebrar tratados con estas organizaciones, por lo que se les reconoce como sujetos de Derecho Internacional. Consecuentemente, se observa una actualización del texto constitucional adaptándose a la realidad internacional y a lo estipulado en la Convención de las Naciones Unidas de enero de 1986.

Hoy, la idea del estado moderno, protagonista indiscutido del ejercicio del poder hasta hace unas décadas, ha sido sustituida por la de una variedad de actores en la escena política internacional. De esta manera, los mega-estados, las entidades mega-regionales y al mismo tiempo, la participación de micro-estados –pequeños grupos regionales que rescatan, después de fin de la Guerra Fría, los viejos sentimientos nacionalistas–, las organizaciones no gubernamentales, etc., han ido reemplazando el otrora exclusivo poder de los Estados en el plano de las relaciones internacionales.

Esta evolución también se puede observar respecto de la determinación de los valores a proteger en los ordenamientos jurídicos internos que hoy, y sobre todo en relación a los derechos fundamentales parecen necesitar un consenso internacional para ser instituidos y no dañar la convivencia universal. En este contexto, las actuales constituciones estatales tienen un carácter más relativo.

A estas cuestiones corresponde agregar los problemas de la ingobernabilidad de algunos sistemas, la privatización de lo público y viceversa, los llamados "poderes indivisibles" (Bobbio: 1993:22-24) y la crisis de la representatividad.

El primer problema se podría definir como la desproporción entre una cantidad creciente de demandas de la sociedad civil frente a la capacidad que tiene el sistema político para responder a las mismas. El segundo problema trata el fenómeno de la absorción de las regulaciones propias de lo estatal en manos de entidades o conglomerados de poder privado, y a la inversa, las actitudes de los gobiernos influenciados por los lobbies. La indivisibilidad del poder será la ausencia del requisito que supone la información o transparencia de los actos de gobierno, principio imprescindible para la vigencia del sistema democrático.

Todos los elementos han influido notablemente en el último de los puntos mencionados, la crisis de representatividad, es decir, la incapacidad de estado para representar los intereses de la sociedad civil a la cual representa.

La inclusión expresa de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos en los textos constitucionales garantiza una operatividad instantánea, vale decir, en forma independiente de la existencia o no de una ley reglamentaria. Los fenómenos internacionales



tocan de lleno la esfera de lo político interno y demandan un esfuerzo de adaptación constante tanto para los Estados cuanto para las organizaciones supranacionales. De esta manera, no se requiere que el texto constitucional se adapte a cada nuevo fenómeno mundial sino que se construyan nuevas formas de interpretación, nuevas posturas doctrinarias y judiciales, nuevas vías de tutela, etc., que vayan creando las alternativas necesarias para la efectiva garantía de los Derechos Humanos dentro de una sociedad determinada.

Se produce, en este caso, lo que la doctrina clásica denominaba "conflicto aparente de normas" y que se solucionarían con las conocidas reglas hermenéuticas: "ley posterior deroga ley anterior"; "ley superior deroga ley inferior" y "ley especial deroga ley general", inaplicables en la especie, donde no resulta acertado de fechas de sanción (ya que el derecho interno decepciona luego normas internacionales, redactadas con anterioridad), ni de jerarquía diferente (porque el art. 75, inc. 22, CN coloca a los tratados internacionales allí receptados en el mismo rango que la Constitución) ni, por último, de mayor o menor especialidad cuando se habla de derechos.

Se trata, en suma, de dos sistemas de distinto origen y composición, coordinados en una relación que no es jerárquica, ya que de serlo, o bien eliminaría el menor atisbo de soberanía en los estados, o bien –en el caso inverso– otorgaría una precaria validez a las normas internacionales sometidas al arbitrio de los contingentes poderes nacionales.

Como se ha dicho, el sistema nacional constituye un subsistema de los Derechos Humanos, siendo éste su entorno y existiendo un flujo recíproco de elementos normativos entre ambos. Es aquí donde aparece el deber de los jueces de armonizarlos, deber que da título a este trabajo.

III. RECEPCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

3.1. Los nuevos derechos en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

A grandes rasgos, la CCABA introduce institutos novedosos: el derecho a ser diferente, el derecho al desarrollo de la persona y a su efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad (art. 11), el derecho a la identidad, el derecho a comunicarse, requerir, difundir y recibir información (art. 12), el derecho de los detenidos a la alimentación, a la higiene, al aire, la salud, el abrigo y la integridad psíquica, física y moral, la indemnización para las víctimas de errores judiciales (art. 13), etc., los que se agregan a los derechos incorporados en la CN con anterioridad y posterioridad a la reforma de 1994, (cfr. arts. 10, 12, 13, 14, 15, 16 y Cap. III y V del Título Quinto y Cap. V del Título Séptimo, etc.).



3.2. Los derechos sociales en la nueva Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

A ellos deben agregarse los que aparecen como obligaciones del gobierno de la Ciudad referidos a la salud (Cap. 2°), educación (Cap. 3°), ambiente (Cap. 4°), vivienda (Cap. 5°), cultura (Cap. 6°), deportes (Cap. 7°), seguridad (Cap. 8°), trabajo y seguridad social (Cap. 14°), etc. y los relativos a la igualdad entre varones y mujeres (Cap. 9°) y la tutela de los grupos desprotegidos tales como niños y adolescentes (Cap. 10°), jóvenes (Cap. 11°), personas mayores (Cap. 12°) y discapacitados (Cap.13°), consumidores y usuarios (Cap. 15°). Asimismo, se han previsto mecanismos de democracia directa y de poder vecinal mediante la descentralización del gobierno de la Ciudad.

Recogiendo el criterio de las reformas constitucionales producidas en la década del 90, introduce reformas al sistema representativo procurando superar las dificultades que produjeron las crisis de dicho sistema, ampliando el grado de participación de los distintos actores sociales, tanto en la formación del cuerpo legislativo, como en los mecanismos que establecen y garantizan tal participación.

3.2.1 Cuadro de situación

Esquemáticamente podría reducirse a tres puntos de los cuales los dos últimos pueden interpretarse como la realización de una de las consecuencias posibles del primer punto:

- a) Tardo-modernidad: fin de la idea de progreso; fin del sujeto autocentrado y racionalmente todopoderoso; fin de la idea fuerte de nación y de universalismo y resurgimiento de los localismos y de los particularismos.
- b) Caída o retroceso del Estado de Bienestar.
- c) Avance neoliberal o neoconservador: entronización definitiva del criterio técnico-económico y de un capitalismo financiero en lugar de productivo.

3.2.2. Los Derechos Sociales

Recordando que tanto la reforma de la Constitución Nacional como el dictado de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se produjeron en la década del 90 y considerando asimismo la ideología imperante en aquel momento, cabe interrogarse acerca de por qué este "boom constitucional" de derechos sociales justo en pleno avance neoconservador. Existen, al menos, dos posibles respuestas básicas:

- a) encubrimiento, hipocresía de los operadores políticos partidarios del neoconservadurismo;
- b) posible confusión por parte de quienes no dicen "Estado de Bienestar", sino tan sólo "Estado democrático".

Un breve análisis en torno a los artículos 34 y 38 de la nueva CCABA ayudará a comprender mejor estos puntos. ¿Por qué en el artículo 32 se habla de "democracia cultural" y, por ejemplo en el artículo 37 no se habla de "democracia sexual o reproductiva"



(en lugar de "derechos reproductivos o sexuales")? Tal vez sea que "Lo Político" comienza a ser reconocido en otro ámbito distinto al institucional habitual. Es decir, en el ámbito que podría denominarse "cultural", cuya creatividad ejercida democráticamente puede dar lugar a nuevas formas de ver y de habitar el mundo. Para avalar esta idea, deben tenerse presente los intentos de "democracia directa" que aparecen en los artículos 64 y 65 (la iniciativa ciudadana para la presentación de proyectos de ley y referéndum) o el segundo artículo que se analiza a continuación.

Cuando en el artículo 38 se establece el propósito de que la Ciudad estimule la "modificación de los patrones socioculturales estereotipados" con el objeto de eliminar las prácticas basadas en el perjuicio de superioridad de cualquiera de los géneros, se reconoce que la simple declaración no produce el hecho. Se admite que hay que "ponerle el cuerpo a lo social" y se da preeminencia a lo social, en cuyo seno se desarrollaría una lucha por la creación de sentido, de reglas de juego¹⁰ más allá de las instituciones políticas y jurídicas habituales, que podrían autoerosionarse constitucionalmente a través de este tipo de artículos.

Así, a partir del punto a) del cuadro de situación se podría rastrear la posibilidad y la emergencia de una "creatividad localizada" que se va oponiendo a los puntos b) y c) de dicho cuadro, al menos, en la dimensión de lo simbólico discursivo. Esta última tendría más posibilidades de plasmarse local y culturalmente (en el ámbito de lo político-social), ya que el Estado y las instituciones políticas nacionales y habituales no están en condiciones de materializar ese "clima simbólico" que sí pueden canalizar ciertas constituciones locales.

IV. APLICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JUSTICIA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES (RESEÑA JURISPRUDENCIAL)

4.1. Derecho a la salud

4.1.1 Asistencia de personas afectadas por consumo de drogas

El Asesor Tutelar del fuero local solicitó oportunamente la asistencia de: "aquellas personas menores de edad con adicción a las drogas, especialmente con relación al consumo de pasta base de cocaína ('paco') que requieren internación voluntaria o coactiva". En el caso se resolvió ordenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que a través del área administrativa competente, presente y ejecute –en los plazos que el juez de primera instancia del fuero estableciera–, un programa específico de atención a la salud para las personas menores de edad con adicción a las drogas, "que implique poner a disposición de sus representados/as lugares de internación destinados a su tratamiento;

¹⁰ Para el concepto actual de "reglas de juego", ver Wittgenstein, 1999.



debiendo para ello establecer asimismo un circuito rápido de evaluación y admisión a tales lugares de internación".¹¹

4.1.2. Suministro de un medicamento de alto costo a un paciente terminal carente de recursos

En otra ocasión, a una persona con diagnóstico de cáncer de pulmón, por el que fue intervenida quirúrgicamente; desempleada y con una hija a cargo, se le recetó un medicamento de uso diario de elevado costo que el paciente no podía afrontar. Cautelarmente se ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires la provisión al peticionante del medicamento requerido –dentro de las 48 hs. de notificado– en cantidad suficiente para el tratamiento diario ordenado por prescripción médica hasta tanto se dictare sentencia de mérito.¹²

4.1.3. Obligación de continuar con las prestaciones a una institución de medicina prepaga

En un recurso directo ante la Cámara –presentado por una institución de medicina "prepaga" en virtud de la resolución dictada en sede administrativa–, con relación a la baja de una asociada basándose en que ésta última había omitido consignar ciertos antecedentes en la declaración jurada presentada al momento de la inscripción, el Tribunal sostuvo que la baja extemporánea se había producido unilateralmente al momento de diagnosticársele a la asociada la necesidad de un tratamiento psiquiátrico. Se recordó que el derecho debía responder a un concepto de justicia y equidad, lo cual impone la necesidad de afirmar "valores tales como la salud y la vida por sobre todo criterio económico". Se sostuvo también que el objeto del contrato de medicina prepaga al relacionarse con la salud de los adherentes y, por lo tanto, con su vida e integridad física, admite por razones de justicia y equidad la adopción de medidas específicas que tomen en consideración el resguardo de esos bienes jurídicos. Se dijo que tal temperamento es concordante –asimismo– con la pacífica doctrina del Alto Tribunal que ha señalado que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual todos los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (CSJN, Fallos, 316:749, entre otros). Por lo que se resolvió mantener el decisorio de la Administración por el cual se dejó sin efecto la baja de la asociada y se ordenó efectuar el tratamiento médico requerido.¹³

¹¹ Cam. Apel. CAyT CABA, Sala I, "Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativo y Tributario c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo (art. 14 CCABA)", Expte. 23262/0, sentencia del 17/02/2009 (del voto de los Dres. Daniele y Russo).

¹² Cám. Apel. CAyT CABA, Sala II, "Frias Esteban c/Hospital General de agudos Dr. J.A. Fernández y otros s/Otros procesos incidentales", expte. EXP31665/1, sentencia del 6/2/2009.

¹³ Cám. Apel. CAyT CABA, Sala II, "CEMIC Centro de educación médica e investigaciones clínicas c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, sobre otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", expte. RDC 2271, sentencia del 22/10/2008.



4.1.4. Obligación a una Obra Social a cubrir económicamente el tratamiento de fertilización "in vitro"

Los actores –esposos– presentaron un amparo contra la obra social de la Ciudad de Buenos Aires, tendiente a obtener la cobertura económica del tratamiento de fertilización "in vitro" por técnica ICSI (inyección espermática intracitoplasmática), no mencionado en el Plan Médico Obligatorio ni en las leyes de obras sociales y de medicina prepaga. Sin embargo, el Tribunal entendió que: "No obstante, la ausencia de reglamentación en la materia no puede constituir un óbice para la admisión de la acción planteada". Al fundar su decisión, la Alzada afirmó que como es *sabido*, los derechos humanos trascienden el orden positivo vigente, pues no remiten en la pregunta por su origen a la letra de los textos legales, sino a necesidades y posibilidades inherentes al individuo, al punto de caracterizar debidamente su condición de ser humano. Al respecto, reflexionó que persona no es una suma de atributos contenida en un determinado texto legal, más bien, es la medida del ejercicio efectivo del contenido de los derechos humanos. Por eso puede afirmarse que quien ve afectado sus derechos humanos ve, de manera inmediata, afectada su condición de persona. El fundamento legal del decisorio se apoyó en los artículos 20 y 21 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, que garantizan el derecho a la salud integral y promueven la maternidad y paternidad responsables, poniendo para este último fin a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos. Se sostuvo en el fallo que: "afirmar que esta garantía sólo posee sustento en relación a las personas que efectivamente logran alcanzar la gestación de un hijo carece de sentido y desafía aquella 'salud integral' que dice amparar el citado artículo 20". Es decir: promueve una contradicción dentro del propio texto constitucional.¹⁴

4.1.5. Seguridad y condiciones mínimas de habitabilidad en un hospital público

La actora, invocando el carácter de diputada, ciudadana y vecina, promovió acción de amparo contra la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de que se ordene la inmediata ejecución de los actos necesarios tendientes a generar condiciones de seguridad y habitabilidad mínimas para las pacientes internadas en el Hospital Neuropsiquiátrico Dr. Braulio Moyano y, paralelamente, establezca un programa de reparación total de las condiciones edilicias, de infraestructura, de limpieza de las instalaciones y cuidado personal de las internas para dignificar su estadía en el nosocomio; solicitó el restablecimiento inmediato de las condiciones de bioseguridad mínima referidas a medidas de protección contra incendios y siniestros, y otras medidas encaminadas a brindar seguridad mínima para la protección de la integridad física de las pacientes y su dignidad como ser humano.

¹⁴ Cám. Apel. CAyT CABA, Sala II, "Ayuso, Marcelo Roberto y otros c/Obra social de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo (art. 14 CCABA), expte. EXP20324/0, sentencia del 26/5/2008 (del voto de los Dres. Daniele y Russo).





El tribunal destacó que el derecho de las personas que padecen alguna discapacidad mental a condiciones de trato digno ha sido claramente reconocido por los tribunales judiciales, en especial en aquellos casos en que, producto de la enfermedad que padece, el paciente se encuentra forzosamente recluso en una institución para enfermos mentales. Agregó que los tribunales, a través de sus sentencias, han establecido dos mandatos claros con relación a las características que deben tener estas instituciones: asegurar que el establecimiento reúna condiciones mínimas de seguridad, salubridad, trato digno y tratamiento médico eficaz; y procurar que el confinamiento forzado de los pacientes sea reemplazado, cuando resulte posible, por otros medios menos restrictivos para sus derechos constitucionales. En consecuencia, resolvió condenar al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a diseñar un plan tendiente a dotar al Hospital de condiciones de habitabilidad y de seguridad de forma tal que respete la dignidad de las pacientes y garantice su atención adecuada, presentando en un plazo máximo de dos meses un cronograma de las distintas etapas y tareas de su ejecución, debiendo informar, asimismo, el Director del citado Hospital en el plazo de 30 días, la cantidad de personal necesario para la correcta atención de las pacientes, y en igual plazo al GCBA a presentar el plan de acción para la cobertura de los cargos necesarios según dicho informe. Igualmente conminó a la provisión a las pacientes de ropa de cama adecuada y suficiente y del mobiliario necesario y a los profesionales de la salud los medios materiales que se requieren para el cumplimiento eficiente de su labor.¹⁵

4.2. Derecho de las personas con necesidades especiales. Incorporación al empleo público hasta un cinco por ciento del total de los empleados a personas con necesidades especiales

El actor inició en su carácter de habitante de la Ciudad una acción de amparo a fin de obtener un pronunciamiento judicial que ordene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a cumplir con el cupo del cinco por ciento para las personas con necesidades especiales, en virtud de lo dispuesto por el art. 43 de la Constitución de la Ciudad. En primera instancia, la acción se rechazó por considerarse que no se había planteado un caso concreto, ello toda vez que el presentante no invocaba la violación directa de un derecho propio, sino que reclamaba por los anónimos beneficiarios de la norma que no habían podido acceder a ese empleo, y la resolución sobre cuestiones generales y abstractas violaba la división de los poderes. En segunda instancia, se invirtió ese criterio y se sostuvo respecto del actual Estado de derecho, que éste "parte de conceptualizar al 'derecho' como integrado al sistema de protección de los Derechos Humanos". Y, en consecuencia, las obligaciones de la organización estadual, han crecido –en proporción– al reconocimiento de nuevas situaciones jurídicas, que "implican reconocer en la persona humana una dimensión integral, sin prescindir de su dinámica colectiva y el reconocimiento, en tal contexto, de derechos de tal categoría". Por otro lado, la legitimación procesal del actor se

¹⁵ Cám Apel. CAyT, Sala I, "Acuña, María Soledad c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14 CCABA)", Expte. EXP 15558/0, sentencia del 23/12/2008.





sustentó en lo prescripto por el art. 14 de la Constitución de la Ciudad en cuanto reconoce que toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos tanto por la Constitución Nacional, como por los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la Constitución local, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte. Y que la norma agrega que están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación. Finalmente, se resolvió ordenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para que –en el plazo de 60 días– adoptara las medidas concretas y efectivas para cubrir el cupo exigido por el art. 43 de la CCABA y la Ley 1502 y luego procediera a informarlas, como así también detalle las medidas que en lo sucesivo considere oportuno adoptar con idéntico fin, respetando el requisito constitucional de idoneidad, otorgando prioridad a las personas con necesidades especiales para las sucesivas designaciones.¹⁶

4.3. Derecho a la libertad de expresión

La acción de amparo promovida por los actores procuró el cese de una exposición artística de León Ferrari, por considerar que la misma interfería con el ejercicio de su libertad religiosa. En el fallo que confirmó la resolución de primera instancia y rechazó la cautela solicitada se dijo que: se afirmó que la libertad de expresión y, en particular, la posibilidad de acceder a la información, es ciertamente una garantía con respecto al derecho de todos los individuos de pensar de determinada manera y de creer, conservar o modificar sus propias ideas y convicciones acerca de un tema. Para el Tribunal se trata de un instrumento necesario para que cada individuo pueda ejercer su libertad de formarse una opinión y, en su caso, de cambiarla, de lo contrario, la persona no tendría acceso a todas las corrientes de opinión y, en consecuencia, no podría valerse de ellas con el propósito de mantener o cambiar sus creencias. Se afirmó que desde otra perspectiva, podía sostenerse que la legitimidad del poder estatal está fundada en la posibilidad de que los individuos accedan a la información para formarse su propio juicio a través de la más amplia libertad de expresión. En tal sentido, la elección y materialización de planes de vida requiere la mayor amplitud informativa posible. Puntualmente se sostuvo que "la libertad de expresión comprende la manifestación de las ideas a través del arte. En consecuencia, el deber de no interferir con el ejercicio del derecho de expresión comprende la exhibición de obras artísticas". Respecto de los límites a la consagrada libertad de expresión, se aclaró que su ejercicio no puede estar sujeto a censura previa, tal como establecen las normas

¹⁶ Cám. Apel. CAyT CABA, Sala II, "Barila, Santiago c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo (art. 14 CCABA)", expte. 22076/0, sentencia del 17/2/2009 (del voto de los Dres. Daniele y Russo). En igual sentido y del mismo tribunal ver también "Kuzis, Fernando /GCBA s/amparo", expte. EXP12987/0, sentencia 23/12/2004, confirmado por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.



vigentes citadas en el fallo (arts. 14 y 32 CN, art. 12, inc. 2 y 32, Constitución local; art. 19 del Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 19 y la referencia similar que contiene el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Así, el derecho a la libre expresión cuenta en nuestro ordenamiento jurídico con una protección especial; de allí que esté prohibida la censura previa con respecto a la expresión de las ideas o pensamientos, sin perjuicio de la responsabilidad ulterior. Se trata de una restricción mínima a la libertad de expresión junto con la protección de los menores. Consideró entonces que la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo y, eventualmente, su abuso sólo puede ser fundamento de responsabilidad ulterior en los casos de excepción que prevé el ordenamiento jurídico. Agregó que cuando el Poder Judicial prohíbe con carácter preventivo la exhibición de una obra porque daña la honra de determinadas personas, incurre en un acto claro de censura. Y que, aun en caso de conflicto, la libertad de expresión goza de una protección especial, máxime al considerar que en el caso se cuestionó el contenido de una muestra artística. Se destacó que en ningún caso es admisible la censura y ello podría ocurrir si la difusión de las ideas –en el caso, la exposición de la obra del artista León Ferrari– fuese prohibida antes del vencimiento del plazo original de su exposición, o si –en su caso– se retirasen parte de sus obras. El Tribunal consideró necesario resaltar que el Estado debe garantizar la pluralidad de ideas y pensamientos y, en tal sentido, entendió razonable la autorización de expresiones artísticas religiosas y no religiosas, e inclusive críticas a las diferentes religiones, siempre –claro está– en un marco de respeto y tolerancia entre los actores sociales.¹⁷

También se dijo que "la libertad de expresión es uno de los derechos más importantes en los modernos Estados democráticos, puesto que "constituye el fundamento o condición necesaria de cualquier otra libertad" y que "La censura a la prensa, a los libros, a las producciones artísticas en general y el veto a los escritores, son manifestaciones propias de sociedades totalitarias". Se agregó que al consagrar la libertad de pensamiento y de expresión, la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo hizo de manera sumamente amplia, señalando que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente o por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento. Y que el ejercicio de este derecho no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores las que deben ser previamente fijadas por la ley para garantizar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y a la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública (art. 13). Se señaló también, que la Corte Europea afirmó que la protección de dicha libertad se extiende no únicamente a la información y a las ideas favorables, sino también a aquellas que "ofenden, resultan chocantes o perturban". Por cuanto para el citado tribunal tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y apertura mental, sin las cuales no existe libertad democrática (TEDH, Caso "Castells", sentencia del 23/04/92; Corte Europea de Derechos Humanos; caso "Lingens", sentencia del 8/7/86). Por lo expuesto, afirmar que la garantía de la libertad de expresión sólo alcanza

¹⁷ Cám. Apel. CAyT, Sala de FERIA, "Sánchez Sorondo, José Antonio y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14 CCABA), expte. 14213/0, resolución del 14/1/2005 (del voto del Dr. Carlos F. Balbín).





al discurso inocuo equivale a vaciarla de todo contenido. Finalmente, se afirmó que no existe forma más intolerable de opresión que la del gobierno que silencia a sus críticos, o a las ideas con las que no está de acuerdo, valiéndose del monopolio de la fuerza que la misma ciudadanía le ha conferido. Por lo tanto –para garantizar el respeto de las opiniones de esa ciudadanía, en especial las provenientes de los grupos minoritarios– es esencial que sean los jueces quienes adopten posturas garantizadoras. Así se concluyó que “confiar al criterio de grupos sociales –mayoritarios o no– la custodia de los derechos de quienes piensan de una manera distinta, importaría en innumerables casos negar el ejercicio de sus libertades”.¹⁸

4.4. Derecho a la vivienda: personas en situación de calle

Los actores –una familia carenciada compuesta por una pareja con un hijo menor, beneficiarios de un magro subsidio habitacional, luego suspendido por vencimiento de un plazo legal establecido para el mismo– iniciaron una acción de amparo tendiente a la extensión del subsidio para subsistir en condiciones dignas. Basaron su derecho en lo dispuesto por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (arts. 17 y 31) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11). En primera instancia, se hizo lugar a la acción de amparo y, ante la petición de los actores en relación al monto del subsidio que durante la sustanciación del proceso el gobierno ya les estaba abonando en virtud de una medida cautelar, el Tribunal enmarcó la solicitud dentro del principio de no regresividad de los Derechos Humanos fundamentales, consideró que existía verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, condenando a la demandada a abonar a los demandantes y su grupo familiar la suma necesaria para solventar el precio de un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad. Esa suma, en función del aumento del costo de vida, resultaba superior al tope legal fijado anteriormente por la normativa aplicable a casos similares.¹⁹

En un caso similar, sobre idénticos fundamentos y con igual solución, ante el argumento de la accionada basado en la escasez presupuestaria relativa a la finalidad perseguida, la Sala II de la Cámara del fuero sostuvo que es función del tribunal atender, de acuerdo a la normativa vigente, la causa planteada ante sus estrados. Agregó que corresponde a la Administración –más allá de los términos involucrados– el diseño y ejecución de las políticas públicas que permitan afrontar una generalidad de supuestos. Ello sin que pueda “esgrimirse como argumento válido contra la procedencia de una acción que, como

¹⁸ Cám. Apel. CAyT, Sala de FERIA, “Sánchez Sorondo, José Antonio y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14 CCABA), expte EXP 14213/0, sentencia del 14/1/2005 (del voto del Dr. Russo). En el mismo sentido, referido al caso en que se trató de impedir sin éxito una exhibición artística en el cementerio de La Recoleta ver “Cresto, Juan José c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14 CCABA), expte. EXP 17766/0, Cám. Apel. CAyT, Sala II (del voto de los Dres. Daniele y Russo).

¹⁹ Cám. Apel. CAyT, Sala II, “Diestra Gutierrez, Betti Elena y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14 CCABA), expte. EXP26486, abril del 2009 (del voto de los Dres. Daniele y Russo).





la presente, encuentra adecuado sustento normativo tanto en el orden constitucional local como nacional".²⁰

En igual sentido, la Sala I de la Cámara del fuero resolvió en forma favorable la petición de los actores por derecho propio y en representación de sus hijos menores, confirmó parcialmente la sentencia de Primera Instancia y ordenó al GCBA que incluya a los amparistas en el programa creado por el Decreto N° 690/06, les otorgue el subsidio allí previsto. También dispuso que la Administración continúe con esa prestación mensual hasta tanto se cumplan con los objetivos generales y específicos del programa, o bien hasta tanto se demuestre que han desaparecido las circunstancias de emergencia habitacional de los amparistas. En esa oportunidad, adujo que se encuentra consagrado el principio de la autonomía individual –artículo 19 de la Constitución Nacional–, que implica la posibilidad de cada individuo de elegir y materializar su propio plan de vida, sobre la base del cual puede determinarse el contenido de los derechos individuales básicos, pues de él se desprende cuáles son los bienes que esos derechos protegen. Se trata de bienes que son las condiciones necesarias "para la elección y materialización de ideales personales y los planes de vida basados en ellos: la vida psicobiológica, la integridad corporal y psíquica (...), la libertad de acceso a recursos materiales" (NINO, Carlos Santiago, "Fundamentos de Derecho Constitucional", Ed. Astrea, pág. 167). Para el Tribunal, es deber inexcusable del Estado realizar prestaciones positivas, de manera que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio. Añadió que ello resulta concordante, a su vez, con lo dispuesto en el artículo 17 de la CCABA, al establecer el deber de la Ciudad de desarrollar políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Resaltó que la Constitución Nacional dispone, en su artículo 14 bis, tercer párrafo, que "En especial, la ley establecerá: (...) el acceso a una vivienda digna". Y, asimismo, señaló que algunos de los tratados internacionales que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 75, inc. 22 CN tienen jerarquía constitucional, consagraron expresamente el derecho a la vivienda. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 25.1; el artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en igual sentido, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establecen similares previsiones. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño estipula que los Estados Partes, "adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda" (art. 27.2). El artículo 20 de la Constitución local prescribe que "se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente". En igual sentido, el artículo 31 dispone que "La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado". De tal modo, para en las sentencia se sostuvo que la

²⁰ Cám. Apel. CAyT, Sala II, "Britos, Héctor Alcides c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Otros procesos incidentales", expte. EXP29210/1, febrero de 2009 (del voto de los Dres. Daniele y Russo).





obligación del Gobierno de la Ciudad, para la satisfacción del derecho a la vivienda, supone una cierta progresividad, en el sentido de que su plena realización requiere un cierto lapso temporal. También destacó la Alzada que en el entramado conceptual de la Constitución de la Ciudad "el derecho a la vivienda se vincula estrechamente a un genuino derecho a la inclusión social, suscitado por la conciencia del trágico proceso de exclusión social". Por otro lado –en apoyo de su decisión–, destacó que el artículo 17 de la Constitución de la Ciudad, en cuanto es la Ciudad la que debe desarrollar políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos, y asistir a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades.²¹

4.5. No regresividad de los Derechos Humanos

En el caso se sostuvo que en materia de derechos humanos el Estado no puede adoptar –por acción u omisión– conductas regresivas, y, en caso de hacerlo, debe justificar el motivo por el cual sus recursos no le permiten continuar atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico como lo es la vivienda digna. Afirmó que en ese caso la regresividad no es tolerada ni por el orden jurídico nacional y local. Ello así por cuanto se trata de un derecho que integra el plexo de los llamados "derechos sociales" que sólo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad. Así las cosas, entendió que está muy lejos de significar que los "derechos sociales" sean promesas o programas que no puedan ser exigidos al estado por individuos o grupos, sino que, muy por el contrario, se trata de un mandato del Poder Constituyente al poder Constituido para que haga y cumpla.²²

4.6. Derecho a la información

En un expediente en el cual la actora promovió acción de amparo contra OSCBA, un ente público no estatal pero en el que el Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires tiene incidencia directa en sus decisiones, con el objeto que se la condene a proporcionar la siguiente información: si se encontraban abiertas convocatorias laborales, en su caso, si eran abiertas y cómo se publicitaban; cuál era la planta de personal permanente en relación de dependencia –en ese momento–; cuál era el mecanismo de ascenso del personal y si existían alicientes de ascenso basado en el mérito. El tribunal hizo lugar a lo solicitado (confirmando el fallo de primera instancia), basándose en que el derecho de acceso a la información pública fue considerado por la Corte Interamericana de Justicia como un derecho humano fundamental sentando la regla de la máxima información de los asuntos

²¹ Cám. Apel. CAyT, Sala I, "Mansilla María Mercedes c/ GCBA S/ Amparo (ART. 14 CCABA)", Expte. EXP 13817, sentencia del 13/10/2006.

²² TSJ CABA, "F.E.R. c/GCBA s/amparo (art.14, CCABA) s/Recurso de Inconstitucionalidad concedido", Expte. 5125/06, sentencia del 14/09/2007(del voto de la Dra. Alicia Ruiz).



públicos, invirtiendo la carga de la prueba respecto de las excepciones basadas en la preservación de otros derechos, como la privacidad, el secreto bancario, fiscal o comercial, seguridad pública, etc. Ello al tiempo que se rechazó lo alegado por la demandada en cuanto a la inexistencia de la información requerida dado que –para el Tribunal–, el desconocimiento de los cuatro puntos arriba mencionados implicaban que la conducta de la accionada sería negligente a tal extremo que no podría razonablemente presumirse.²³

4.7. Derechos del niño

4.7.1. Derecho a la información sobre salud reproductiva

La Liga de Amas de Casa, consumidores y usuarios de República Argentina y la Asociación Pro Familia promovieron demanda contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los términos del art. 113, inc. 2º CCBA, y solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 5º y 7º de la Ley nº 418 de la Ciudad de Buenos Aires, modificada por la Ley nº 439 (fs. 62/77). Entendieron que las normas impugnadas violaban el art. 31 de la Constitución Nacional, toda vez que –sostuvieron– contradecían normas de la Ley Magna, tratados internacionales y de la legislación nacional dictada por el Congreso de la Nación en ejercicio de sus facultades constitucionales; lesionando el *derecho a la vida* (protegido en el art. 75, inc. 23 CN y diversos tratados internacionales de jerarquía constitucional) al permitir el empleo de anticonceptivos abortivos o de carácter incierto, y la *protección integral de la familia* (tutelada por el art. 14 bis CN, los arts. 37 y 39 CCBA, y diversos tratados internacionales de jerarquía constitucional), que incluye con carácter fundamental el de educar a los hijos. Adujeron, además, que la autorización de la norma para que la autoridad de aplicación informe, asesore, prescriba y provea métodos anticonceptivos –cualquiera sea su índole– a menores de edad (quienes encuadrarían dentro de los destinatarios de la ley: “*población en general, especialmente personas en edad fértil*”), sin necesidad del consentimiento expreso de sus padres o representantes legales, o en su defecto del Ministerio Pupilar, atentaba contra el ejercicio de la patria potestad, resguardado en el art. 264 y ss. del Código Civil, que confiere a los padres la responsabilidad primaria e indelegable a través del mencionado régimen, siendo una ley nacional que no puede ser modificada, afectada ni reducida por una ley local.

El Tribunal Superior de Justicia rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la norma citada por considerar que la Carta Magna local estableció en forma expresa el reconocimiento de “derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos”, y la garantía de la “Igualdad de derechos y responsabilidades de mujeres y varones como progenitores” (art. 37). Agregó

²³ Cám. Apel. CAyT CABA, Sala II, “Cosentino, María Victoria c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo por mora administrativa, expte. EXP 25481/0, febrero de 2009 (del voto de los Dres. Daniele y Russo).





que, por su parte, los artículos 20 y 21 de la CCABA establecen el derecho a la salud y el inc. 4, del último incluye –entre los lineamientos que debe seguir la Legislatura ante la obligación de sancionar una ley básica de salud– promover “la maternidad y paternidad responsables”, debiendo para tal fin poner “a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos”. También afirmó que el artículo 10 de la Constitución local establece que en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires, “rigen todos los derechos declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen”. Señaló que, además, el art. 19 de la Constitución Nacional consagra la libertad de intimidad, siendo ésta libertad también establecida por los artículos 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 17 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos; de tal manera, los destinatarios de la ley tienen la decisión de acceder o no a las prestaciones que la legislación local pone a su disposición sin que el Estado o los particulares puedan interferir en ello. Concluyó en la inexistencia de conflicto entre la legislación impugnada y el texto constitucional. En tal sentido, sostuvo que el art. 13, inc. 1 de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante la CDN) consagró la libertad de expresión y estableció que ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo. Asimismo, que el inc. 2 determina como restricciones a ese derecho únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) para el respeto de los derechos o reputación de los demás; o b) para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas. Asimismo, destacó que conforme al art. 1° determina que a los efectos de la Convención se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años (en nuestro país desde la concepción). De ello dedujo que la sujeción legal que la referida Convención establece al acceso de información de los niños no aparece sometida a la exclusiva voluntad de los padres, por lo que se hace necesario visualizar un parámetro con el objeto de precisar el alcance que debe entenderse como válido para la fijación de ese límite. Al respecto, afirmó que la CDN ha venido a consolidar la consideración del niño como sujeto de derecho, desplazando viejas concepciones que lo categorizaban como un objeto de derecho. De tal manera, entendió que el ejercicio de la patria potestad tiene sus limitaciones en cualquier práctica por parte de los padres que vulnere los derechos que establece la CDN, ello toda vez que tiene en mira que la educación del niño “deberá estar encaminada a preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre” (art. 29, inc. d). Consideró que el juego de normas se enlazaba “con una política sanitaria acorde a los postulados de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en el contexto del VIH/sida” que definió “unos principios para reducir la vulnerabilidad de los niños a la infección y para protegerlos de la discriminación por causa de su condición de seropositividad real o presunta”. Por otra parte, afirmó que no podía desconocerse el bloque de constitucionalidad integrado por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos a los que el artículo 75, inc. 22 ha otorgado jerarquía constitucional. En ese sentido agregó que la Corte Suprema de la Nación se ha expedido sobre la vigencia de los tratados internacionales, reconociendo la operatividad de los derechos tutelados a través de instrumentos internacionales suscriptos por el Estado argentino, al entender que los derechos reconocidos por los mismos podrían ser inmediatamente reclamados por los individuos sujetos a la jurisdicción local (“Eckmedjian c/ Sofovich”). Y que, con posterioridad –en “Giroldi H. s/recurso de casación”–



reconoció como pauta interpretativa el reconocimiento del carácter de guía que debe darse a las decisiones de los organismos internacionales. También sostuvo que la normativa impugnada no impedía la participación de los padres, sino que la promovía, y, en caso de oposición de éstos a que el niño o adolescente (en tanto personas en edad fértil) recibieran el asesoramiento o asistencia que la ley prevé, ha optado por priorizar la voluntad del niño o adolescente, en consonancia con la Convención de los Derechos del Niño, cuya jerarquía constitucional se encuentra establecida en nuestra Carta Magna (art. 75, inc. 22).²⁴

Respecto de lo establecido por el Código Civil con relación a la patria potestad, se sostuvo que experimentó cambios, "especialmente a partir del paradigma consagrado por la Convención sobre los Derechos del Niño". Se aclaró que en particular del art. 5 de ese instrumento se seguía que la patria potestad debía ser entendida siempre en el marco y con los límites que aseguren el ejercicio autónomo de los derechos de los niños y adolescentes en consonancia con la evolución de sus facultades. Asimismo, se señaló que –de conformidad con el preámbulo de la Convención– "el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y de acuerdo al art. 28 la educación del niño deberá estar encaminada a prepararlo para 'una vida responsable en una sociedad libre'". Derivando de allí que las reglas que rigen las relaciones paterno-filiales no debían interpretarse de forma que priven al niño o al adolescente del ejercicio de sus derechos fundamentales. Finalmente, aseveró que en la actualidad el ejercicio de los derechos por parte de los niños y adolescentes está directamente asociado al concepto de "capacidad progresiva" que introduce la CDN (arts. 5 y 14, entre otros). Es decir, la capacidad entendida como un proceso a través del cual se transita de la niñez a la adultez.²⁵

4.7.2. Derecho penal: aplicación a menores

En segunda instancia se confirmó la sentencia de grado que declaró procedente la remisión del menor LOG al "Módulo de Acompañamiento a Jóvenes" del Departamento de Fortalecimiento, Promoción y Protección Integral de Jóvenes en Conflicto con la Ley del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la CABA (art. 75, Ley 2451). En el fallo se rechazaron los agravios del Ministerio Público Fiscal que había fundado su pretensión en la imposibilidad de la aplicación del instituto en virtud del condicionamiento que la norma aplicable establece para su procedencia consistente en un acuerdo previo entre la víctima y el imputado, lo que no podría darse en el caso concreto, pues se imputa un delito de peligro abstracto, carente de víctima.

En la Alzada se decidió que, en la actualidad, el sistema jurídico penal juvenil se encuentra configurado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre

²⁴ TSJ CABA, "Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", Expte. n° 480/00, sentencia del 14/10/2003 (del voto del Dr. Eduardo A. Russo).

²⁵ TSJ CABA, "Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", Expte. n° 480/00, sentencia del 10/2003 (del voto de la Dra. Alicia Ruiz).



los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las leyes números 114 y 2451, normas que resultan de ineludible consideración al momento de resolver cualquier contienda donde se encuentre involucrado un menor de edad. Y, asimismo, consideró que el art. 19 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para Jóvenes Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para las Administración de Justicia Juvenil (Directrices RIAD), implicaron una nueva visión sobre los derechos del niño y constituyen un punto de inflexión respecto del tratamiento que hasta ese momento se le daba al menor.

Para el Tribunal, de la normativa aludida, se deriva que la aplicación de una sanción debe considerarse como la última solución a la problemática instalada.²⁶

4.8. Derecho de defensa

4.8.1 Derecho a conocer la acusación

En un recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Superior local afirmó que existe un verdadero caso constitucional en el segundo motivo de impugnación de la recurrente, relativo a garantizar una correcta defensa del imputado mediante –también– una correcta intimación de la imputación que a él se le dirige, previa al debate. La defensora reclamó, para habilitar una defensa eficaz, que se le expresara no tan sólo un concepto abstracto abierto, sino, antes bien, la conducta concreta que se reputa imprudente y es capaz para producir un daño. Aun cuando uno puede imaginarse aquello que seguramente imaginó el acusador al requerir el juicio, la regla constitucional que prevé la necesidad de una defensa eficaz no tolera que ella dependa de la imaginación del defensor.²⁷

En otro caso, también se sostuvo que la caracterización de un juicio como “político” no supone que el órgano encargado de llevar adelante cada una de sus etapas pueda obrar al margen de la Constitución, de los tratados y convenciones internacionales, y de las reglas que ese mismo órgano escogiera como marco procesal. En fin, un juicio político no es un mecanismo arbitrario ni se agota simplemente en la expresión del estado de opinión de un cuerpo parlamentario en un lugar y momento determinados. Al contrario, como todo acto estatal, está sometido a la ley material y procedimental, y la violación de cualquiera de estas dimensiones normativas acarrea la nulidad del acto.²⁸

²⁶ “Cám. Apel. CyF, CABA, Sala III, G, C. I. o G, L. O. s/inf. art. 189 bis. Tenencia de arma de fuego de uso civil – Código Penal”, Causa Nro. 5815/0, septiembre de 2008 (del voto de la Dra. Silvina Manes).

²⁷ TSJ CABA, “Ministerio Público –Defensoría Oficial en lo Contravencional n° 1– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Feng Chen Chih s/ art. 40 CC – Apelación”, Expte. n° 2212, res. del 11/06/03 (del voto de los Dres. Maier y Ruiz).

²⁸ TSJ CABA, “Ibarra, Anibal s/ SAO – otros en ‘Ibarra, Anibal s/ juicio político”, Expte. n° 4882/06, sentencia del 26/02/2007 (del voto de Alicia E. C. Pinto Ruiz).





Y, al referirse a la vaguedad semántica que la Sala Acusadora de la Legislatura asignó a la causal de mal desempeño –agregó la ministra del Tribunal– que no debería ser asimilada en un Estado de derecho, a un tipo penal en blanco, categoría que sería inconstitucional, incluso en un juicio político. Aun si se considerara que la expresión "mal desempeño" podría abarcar sentidos diversos, el carácter de juicio del que constitucionalmente (CN y CCBA) goza el juicio político está, en el caso, sometido a las restricciones que el CCPN determina y es deber de la Sala Acusadora proveer de un contenido unívoco (sean uno o varios hechos los imputados) a la calificación legal mencionada y asegurar que la definición reúne la mayoría de votos exigida por el art. 94 de la CCBA.

Al respecto, destacó que en cierta medida la complejidad señalada fue advertida aunque no satisfecha por la Sala Acusadora. Hay una estrecha relación, a entender de la jueza del Tribunal Superior, entre la manera en que se evaluó la naturaleza del juicio político, la defectuosa construcción de la acusación y la convicción de la Sala de Juzgamiento de que su decisión no es susceptible de revisión por este Tribunal.

4.8.2. Debido proceso

Al confirmar la declaración de inconstitucionalidad declarada en las instancias anteriores respecto del art. 463 del CCAyT, el Tribunal sostuvo que dicha norma impedía a los jueces el ejercicio de la jurisdicción toda vez que sólo les reconocía facultades para dar curso sin más a la solicitud de desalojo que en tal sentido formulara el gobierno local, y en consecuencia quiebra el equilibrio entre los poderes del Estado (arts. 1 y 116 CN y 1 y 106 y 108 CCABA).²⁹ Más adelante señaló respecto de la aludida norma que resultaba claro que el procedimiento elegido por la administración implicaba el avasallamiento del derecho de defensa de la demandada, ello así, toda vez que si bien la administración no puede dejar de aplicar la a ley vigente la propia existencia del caso de autos ha demostrado que esa ley es susceptible de reparo constitucional judicial desde un doble ángulo: por un lado, se adoptó un método de desalojo que prescinde del respeto a la elemental garantía del debido proceso legal, previo a autorizar la injerencia estatal coactiva, y por el otro, la norma asigna a la judicatura la función de un mero asentimiento mecánico despojado de toda crítica a la procedencia del desahucio.³⁰

4.8.3. Revisión integral de la sentencia

Al revocar la sentencia de primera instancia, haciendo lugar al recurso de apelación interpuesto por la defensa, el Tribunal de Alzada absolvió de culpa y cargo al imputado del delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal. Al

²⁹ TSJ CABA, "Comisión Municipal De La Vivienda c/ Saavedra Felisa Alicia y Otros s/ desalojo s/ Recurso de inconstitucionalidad concedido", Expte N° 1556/2002, sentencia 7/10/2002 (del voto de la Dra. Alicia E. C. Ruiz).

³⁰ TSJ CABA, "Comisión Municipal De La Vivienda c/ Saavedra Felisa Alicia y Otros s/ desalojo s/ Recurso de inconstitucionalidad concedido", Expte N° 1556/2002, sentencia 7/10/2002 (del voto del Dr. Julio B. J. Maier).



establecer el marco de análisis que correspondía efectuar sobre el fallo impugnado, el Tribunal sostuvo que los arts. 8, 2, h, de la CADH y del PIDCP exigían la revisión de todo aquello que el Tribunal esté en condiciones de revisar. De tal modo, señaló que correspondía aplicar la llamada "teoría de la potencialidad" o "capacidad de rendimiento" (*Leistungsfähigkeit*), por lo que entendió al artículo 61 de la Ley 1287 como instrumento de impugnación por medio del cual resulta factible revisar integralmente todos los aspectos de la sentencia cuestionados por el recurrente. Hizo referencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto sostuvo que independientemente de la denominación que se dé al recurso existente para recurrir un fallo, el recurso debe garantizar un examen integral de la decisión recurrida, señaló que la Corte en el fallo citado dio igual alcance al art. 14, párrafo 5to. del PIDCP, y que la limitación de la revisión de un fallo a los aspectos formales o legales de la sentencia, es decir la denegatoria al autor del derecho a la revisión de un fallo condenatorio y su pena, implicaba la violación de la norma citada (Causa Herrera Ulloa v. Costa Rica, Serie C, N° 107, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2/07/2004).

Agregó –citando al Dr. Julio Maier en su voto en la causa "Alberganti, Christian Adrián s/ art. 68 C, apelación s/recurso de inconstitucionalidad concedido"– que la CCABA en su art. 13, inc. 3 reputaba la doble instancia como principio judicial general, que implicaba que el condenado tuviera la posibilidad regulada por el ordenamiento jurídico de intentar un nuevo examen de su condena en los límites del recuso planteado ante un tribunal con poder para revocar la sentencia.³¹

4.8.4. Garantía de la doble instancia para el imputado

En la misma causa, y siguiendo al Dr. Maier (2004:708-709), se afirmó que el recurso contra la sentencia de los tribunales de juicio se debe elaborar como una garantía procesal del condenado, quien tiene derecho a que su sentencia sea revisada por un tribunal superior, pero ya no puede considerarse como una facultad de todos los intervinientes en el proceso que corresponda también a los acusadores, especialmente al acusador público (fiscal). En ese sentido, debe perder su carácter bilateral, para transformarse en un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad de la condena.³²

4.9. Libertad ambulatoria: Limitaciones a la prisión preventiva

En Cámara se rechazó el Recurso de Apelación interpuesto contra la decisión de primera instancia que dispuso convertir en prisión preventiva la detención que venía cumpliendo el imputado en orden al delito de portación de armas de fuego sin la debida

³¹ Cám. Apel. CyF CABA, Sala III, "Alcaraz, Héctor Juan y Ríos, Ramón Alberto s/inf. art. 189 bis CP", Sala III, Causa 469-00/CC/2006, sentencia del 06/07/2006 (del voto de la Dra. Marta Paz). En sentido similar, en cuanto a la admisibilidad del recurso y del mismo Tribunal ver también "Sestares, José Carlos s/inf. art. 189 bis CP". Causa 087-00/CC/2006, sentencia del 19/07/2006 (considerando 5to. del voto de la Dra. Silvina Manes, 19/07/2006).

³² Cám. Apel. CyF CABA, Sala III, "Alcaraz, Héctor Juan o Ríos, Ramón Alberto s/inf. art. 189 bis CP", Causa 469-00/CC/2006, resol. del 06/07/2006 (del voto de la Dra. Marta Paz).





autorización (art. 57, inc. 3, LPC y 189 bis inc. 2, párr. 3 CP). En esa oportunidad, el Tribunal citó el voto de la Dra. Alicia Ruiz en un fallo del TSJ, sosteniendo que la prisión preventiva constituye una medida coercitiva que tiende a garantizar la realización del proceso junto con otras que la ley pone a disposición del juez, pero aquel se trata del un instituto que de manera más extrema afecta la libertad del procesado. Así, concluyo que entonces debe ser analizado a la luz de las Constituciones Nacional y Local y de todos los Tratados de Derechos Internacionales de Derechos Humanos a fin de determinar cuáles son los límites a la restricción de la libertad durante el trámite del proceso que deben ser respetados.³³

4.10. No discriminación

El TSJ hizo lugar al Recurso de Queja por apelación denegada interpuesto por la amparista, pero rechazó el Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto contra la sentencia de Cámara que confirmó el rechazo de la acción de amparo por parte del juez de primera instancia por considerarla extemporánea. Sin embargo, en esa oportunidad sostuvo que resulta excesivamente gravoso imponer al postulante una interpretación restrictiva al Reglamento de Concursos cuando ni la Constitución ni la ley imponen como requisito para acceder a cargos judiciales la nacionalidad argentina. La interpretación que pretenda hacer de la nacionalidad una barrera ineludible para el acceso al concurso debe descartarse completamente, de acuerdo al principio de no discriminación que postula el art. 11 de la Constitución local.³⁴

En otra oportunidad, el TSJ hizo lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad deducidos por la amparista declarando la inconstitucionalidad del inc. d del art. 14 de la Ordenanza 40593 en cuanto impedía al recurrente presentarse a los concursos para ingresar a la carrera docente en el ámbito de la ciudad. Al respecto, sostuvo el Tribunal que ante la ausencia de razón sustancial de carácter pedagógico vinculada a la idoneidad o referida a la política de incorporación de recursos humanos que justifique fijar una edad máxima de cuarenta años como límite al ingreso a la carrera docente la normativa que así lo impone debe declararse inconstitucional por oponerse a las pautas constitucionales locales (fundamentalmente art. 11 CCABA y arts. 36, 39, 40, 80, inc. 7, CCABA).³⁵

4.11. Derecho a la protección judicial

Con la sola intervención de la Sala de Juzgamiento, no puede tenerse por satisfecha la exigencia del art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de rango constitucional (arts. 75, inc. 22, CN y 10, CCABA), en cuanto prescribe que en aquellos casos

³³ Cám. Apel. CyF CABA, Sala III, "Incidente de apelación en autos López, Marcos Damián s/ inf. art. 189 bis CP", resol. del 26/09/2006 (del voto de la Dra. Silvina Manes).

³⁴ TSJ CABA, "Gottschau, Evelyn Patricia c/Consejo de la Magistratura de la CABA s/amparo s/ Queja", Expte. 361/00, sentencia del 20/06/2000 (del voto del Dr. Julio B.J.Maier).

³⁵ TSJ CABA, "Sánchez, Carlos Armando c/GCBA s/amparo s/ Rec. de Queja por denegación de Rec. de Inconstitucionalidad", Expte. 482/00, resol. del 29/11/00.



en que se invoque la violación de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o dicho Pacto, debe haber una real posibilidad de acceder a un órgano judicial en sentido estricto. En este punto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –con consideraciones que deben valorarse especialmente, a la luz de la doctrina establecida por la CSJN en el precedente “Horacio David Giroldi y Otros” (Fallos: 318:514), sentencia del 7 de abril de 1995– ha caracterizado al derecho reconocido por el artículo de mención como el “derecho a la protección judicial” o el “derecho a un remedio judicial” (Informe N° 30/97, caso: 10.087, “Gustavo Carranza”, Argentina, del 30 de septiembre de 1997).³⁶

Igualmente recordó que a partir del precedente “Carlos Graffigna Latino y Otros” –Fallos: 308:961–, sentencia del 19 de junio de 1986, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido invariablemente que las decisiones en materia de los llamados “juicios políticos” en los ámbitos locales, dictadas por órganos ajenos a sus poderes judiciales, configuran cuestión justiciable cuando se invoca por la parte interesada la violación del debido proceso. Y, consideró que –en consecuencia– ha dejado sentado que esas decisiones no escapan a la revisión judicial, magüer en el limitado ámbito en que se advierta palmaria-mente comprometido el derecho constitucional de defensa, siendo ineficaz, para sus-terrar su inmunidad al escrutinio judicial, la calificación del procedimiento como una cuestión de naturaleza política no justiciable.

Sostuvo que dicho criterio hallaba sustento también en los Tratados y Pactos de Derechos Humanos que integran la CN (art. 75, inc. 22), en particular la CADH y el PIDCyP y en la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que impone garantizar el control judicial –si bien excepcional y limitado conforme lo admiten los procesos de responsabilidad política– para asegurar el derecho del enjuiciado en relación con las formalidades que debe guardar el debido proceso (conf. doctrina de la causa “Aguirre Roca”).

También destacó que resultaba determinante que el art. 94 de la CCABA –que se refiere concretamente al trámite de juicio político– garantizaba al imputado el derecho de defensa y, dentro del marco doctrinario y jurisprudencial reseñado, no es posible soste-ner que ella no comprende el derecho a acceder a la instancia judicial de revisión.

En su voto, la Dra. Ruiz, señaló que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha manifestado a favor del control judicial de los juicios políticos a fin de velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso. Así en el caso “Aguirre Roca y otros c/ Perú” (considerandos 68, 71, 77 y 94), la Corte Interamericana sostuvo que el respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Así, es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Al respecto, se señaló que resulta aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino que implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la

³⁶ TSJ CABA, “Ibarra, Anibal s/ SAO - otros en Ibarra, Anibal s/ juicio político”, Expte. n° 4882/06, sentencia del 26/02/2007 (del voto de los doctores Conde y Casás).



Convención. La Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana. En cuanto al ejercicio de las atribuciones del Congreso para llevar a cabo un juicio político, del que derivará la responsabilidad de un funcionario público, la Corte estima necesario recordar que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete. Los actos del proceso de destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional seguido ante el Congreso, que se hallan sometidos a normas legales que deben ser puntualmente observadas, pueden, por eso mismo, ser objeto de una acción o recurso judiciales en lo que concierne al debido proceso legal. Este control no implica valoración alguna sobre actos de carácter estrictamente político atribuidos por la Constitución al Poder Legislativo. Y concluye la juez: "En efecto, sin una instancia efectiva de apelación judicial a la que recurrir ante cualquier presunta violación de las garantías del debido proceso, dichas garantías serían ilusorias".³⁷

V. CONCLUSIONES

Luego de reseñar alguna jurisprudencia producida por los tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, unas referidas directamente al tema que nos ocupa y otras que simplemente rozan alguna problemática relacionada con la problemática de los Derechos Humanos, pueden esbozarse algunas conclusiones, con la necesaria provisoriedad y precariedad que provoca la relativamente reciente constitución de los fueros locales, como así mismo del "estatus jurídico" de la ciudad que los alberga y de su Constitución con los derechos que incorpora según la mención efectuada en el capítulo III.

Si bien la nueva Teoría de los Derechos Humanos se desarrolla en la segunda mitad del siglo XX, debe reconocerse que su incorporación al derecho argentino no fue ni inmediata ni simultánea, al igual que en la mayoría de las naciones, situación agravada en el caso de Argentina por las interrupciones del orden constitucional, producidas en los años 1955/1958; 1962/1963; 1966/1973 y 1976/1983, con lo cual la recepción de pleno derecho recién se operó luego de transcurrido medio siglo, con casi dos décadas de gobiernos de facto, sin perjuicio de la existencia de antecedentes aislados, aunque cada vez más frecuentes, vinculados a los nuevos derechos. También debe tenerse presente que la enseñanza oficial de la asignatura Derechos Humanos y Garantías recién fue incorporada en el plan de estudios de la carrera de Abogacía de la Universidad de Buenos Aires en el año 1985, por lo que en la actualidad sólo los jueces más jóvenes tuvieron oportunidad de acceder en forma regular a la temática, sin perjuicio –claro está– de la capacitación permanente a la acceden normalmente los magistrados.

³⁷ TSJ CABA, "Ibarra, Anibal s/ SAO - otros en Ibarra, Anibal s/ juicio político", Expte. n° 4882/06, sentencia del 26/02/2007 (del voto de la Dra. Alicia E. C. Ruiz).



La primera conclusión a la que puede arribarse frente a tal panorama es que todavía el tema de la compatibilización entre ambos órdenes normativos constituye una cuestión con aristas pendientes de resolución, a lo que debe agregarse que a nivel popular se continúa pensando que la defensa de los Derechos Humanos es una cuestión ideológica de "izquierda", o bien que son "asimétricos", o bien que los "delincuentes" deberían ser privados de tales derechos,³⁸ mientras quienes plantean lo contrario a ésta última hipótesis son de no solidarizarse con los derechos de las víctimas. Pocos tienen en claro que las violaciones de los Derechos Humanos requieren que sean "sistemáticas y masivas", y que los delitos de "lesa humanidad" cometidos en tales circunstancias son imprescriptibles, y su alcance, extraterritorial. En el mismo sentido, ciertos gobiernos utilizan la falacia de la "superación" del pasado y provocan indultos, amnistías e impunidad o, respecto del presente, consideran la intervención de organismos internacionales –gubernamentales o no gubernamentales– como una injerencia foránea que puede llegar a menoscabar la propia soberanía, posición que suele ir acompañada por ciertos comunicadores sociales.³⁹

La segunda conclusión, que parte del hecho afirmado en el capítulo I, punto 1.7, en el sentido de que el derecho local y el internacional humanitario constituyen dos sistemas –en cuanto tienen distintas fuentes y diferentes contenidos– coordinados en una forma no jerárquica, es que los jueces, frente al caso concreto, pueden enfrentar alguna de las siguientes posibilidades, para las que se propone la siguiente actividad hermenéutica:⁴⁰

- a) Igual o similar contenido normativo en los textos pertenecientes a esos órdenes. En tal caso la solución no presenta, obviamente, mayor problema;
- b) Existencia de una norma en uno de los sistemas pero ausente en el otro. Tampoco debería presentarse ningún problema, puesto que se aplica la norma expresa en tanto sea compatible con el resto del sistema;
- c) Existencia de normas de diferente contenido en ambos sistemas. La solución debe buscarse dentro de una interpretación sistemática, no tomando los textos de manera aislada ni todo el sistema, sino las instituciones donde se encuentran los textos, consideradas éstas en forma global, como es práctica en el Derecho Laboral cuando es necesario compatibilizar un estatuto profesional con la Ley de Contrato de Trabajo, donde no se aplican las reglas vistas en el capítulo II, punto 3, en relación con el llamado "conflicto aparente de normas" (recuérdese por ejemplo, los debates en torno del denominado "derecho de réplica" y la libertad de expresión, o del límite para la prisión preventiva sin sentencia). Que el derecho positivo sea un subsistema de los Derechos

³⁸ Esta posición tiene su reflejo doctrinario en teorías como la de Günter Jakobs sobre el "Derecho Penal del enemigo" –acuñada a mediados de los años 80–, o la denominada "excepción americana" por la cual se justifica la "excepcional" violación a los derechos humanos de personas calificadas de sospechosas de poner en peligro o vulnerar la seguridad nacional de Estados Unidos, sancionándose –en ambos casos– a un presunto autor considerado como "no persona" y no sobre la base de la imputación de un hecho penalmente tipificado.

³⁹ Lo dicho es sin perjuicio de señalar que en el fuero local no se juzgan delitos de lesa humanidad.

⁴⁰ Para un estudio en profundidad de la actividad hermenéutica respecto de las indeterminaciones constitucionales, véase Nino, 1992.





Humanos no implica que deba preferirse, necesariamente, la norma proveniente de este último orden: el elemento del entorno no siempre logra penetrar en el subsistema. Debe tenerse presente, la regla de la operatividad de los derechos (CSJN in re "Eckmedjian c/Sofovich");

- d) También constituye una pauta interpretativa el carácter de guía que debe darse a las decisiones de los organismos internacionales (CSJN in re "Giroldi H. s/ Recurso de Casación");
- e) Inexistencia de norma expresa en ambos sistemas. En este caso, la solución está contenida en el art. 33 de la Constitución Nacional y 10 de la Constitución local y en el orden internacional en el art. 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 29 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, etc.

En definitiva, la coordinación entre ambos sistemas no es una tarea de tipo formal, ni automática, ni mecánica, sino una actividad que debe ser objeto de una elaboración racional. En términos de Couture, el derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando.

BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, Norberto (1993), "El Poder Invisible", en *El futuro de la Democracia*, Fondo de Cultura Económica, México.
- CALSAMIGLIA, Albert (1993), "Estudio preliminar", en Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Planeta-Agostini, Barcelona,
- COMTE, Augusto (1990), *La filosofía positiva*, Porrúa, México.
- FEIERSTEIN, Daniel (1997), "El genocidio como práctica social", *Cinco estudios sobre genocidio*, Acervo, Buenos Aires.
- FOUCAULT, Michel (1997), *Nietzsche, la genealogía, la historia*, Pre-Textos, Valencia.
- GOMIS, Joan (1998), "Historia de los Derechos Humanos", *Los fundamentos de los Derechos Humanos desde la Filosofía y el Derecho*, Amnistía Internacional, Madrid.
- KELSEN, Hans (2005), "Derecho y Naturaleza", en *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México.
- KELSEN, Hans (2005), "Estado y derecho internacional", en *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México.
- MAIER, Julio B. (2004), *Derecho Procesal Penal, T. I*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- NINO, Carlos S. (1992), *Fundamentos de Derecho Constitucional (Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional)*, Astrea, Buenos Aires.
- PLATÓN (1872), "Minos", en *Obras completas, T. XI*, Medina y Navarro, Madrid.
- TOMÁS DE AQUINO, Santo (1996), *Tratado de la ley*, Porrúa, México.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, (1999), *Investigaciones filosóficas*, Altaya, Madrid.



PREMIO FORMACIÓN 2010





Eje Temático

“Luces y sombras del proceso acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”

1er. Premio

Desierto

2do. Premio

“Hablar no es leer. Oralidad y escritura en el proceso penal”
Ezequiel Martín Quaine

3er. Premio

“Principio de oportunidad y sistema acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Propuestas para el contenido político criminal de la acusación penal pública”
María Cecilia González





Ezequiel Martín Quaine
Hablar no es leer. Oralidad y escritura
en el proceso penal

cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

2do. premio





Hablar no es leer Oralidad y escritura en el proceso penal*

EZEQUIEL MARTÍN QUAINÉ**

Tengo, en el ejercicio de ésta mi OTRA profesión (ya se verá por qué) muy poco trabajo, fuera del engorroso de las notas mensuales. No he hecho aún un expediente, pues las contadas demandas se han arreglado enseguida. Realmente, si gobernador, juez y fiscal no hubieran dado en considerarme como un bicho raro, aunque precioso, no me hallaría cómodo. El fiscal es hombre cuasi de letras –Macedonio Fernández– que me inquietó, al conocerlo con un juicio sobre Rodó: "Es todo él una página de Emerson". Yo sé, amigo Lugones, que aún en la justicia se hallan cosas raras.

Horacio Quiroga, *Carta a Leopoldo Lugones*, 1912

I. INTRODUCCIÓN

Nótese la asociación de ideas que aparece en el epígrafe: Quiroga –nombrado en 1911 juez de paz de San Ignacio, provincia de Misiones– le cuenta a Lugones –quien había sido juez de paz en su provincia– que no tenía prácticamente trabajo, que no había hecho ningún expediente, pese a que había solucionado algunas demandas. A pesar de haber solucionado algunos conflictos, sentía que no había cumplido con un rol propiamente jurisdiccional porque no había formado ningún expediente.

Casi cien años después de esa carta –en la cual aparecen tres escritores argentinos que trabajaron algún tiempo de su vida en la justicia–, los jueces siguen pensando de igual manera: no se trabaja, no se decide, no se resuelve, si no es en el marco –¿en el interior?– de un expediente.

Al comienzo de su libro *Oralidad y Escritura*, Walter Ong nos advierte que estamos tan habituados a leer que nos resulta muy difícil concebir un universo oral de comunicación o pensamiento, salvo como una variante de otro que se plasma por escrito.

Vale la siguiente repetición: los operadores del sistema judicial de la ciudad están tan habituados a leer para comprender, tan acostumbrados a mediatizar en un texto

* Trabajo ganador del 2do Premio Formación Judicial 2009, en el eje "Luces y sombras del proceso acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

** El seudónimo utilizado fue "Leone B. Alberti".



cualquier acto para trabajar, que resulta difícil entender qué significa, qué abandonos impone y que exigencias requiere *la oralidad* como manera de realizar la tarea judicial en el marco de un proceso penal de tipo acusatorio.

Así queda presentado el tema; una reflexión sobre la oralidad en el proceso, pero también, quizá de manera más específica, un examen de las fuerzas, ideas y prácticas que conjuran su implementación. La tarea, presentar un recorrido por las distintas formas que adopta aquello que podemos nombrar como *lo inquisitivo*, que trasciende a leyes de expresión republicana, a las ideas que pueda tener un operador judicial comprometido con la reforma, a los fundamentos de una instrucción de Fiscalía General o una acordada de jueces de Cámara, o incluso, a un código de procedimiento de tipo acusatorio.¹

Tal recorrido se presenta en forma de un examen a un cuerpo en el que se manifiestan las fuerzas aludidas. Es que, junto al cuerpo del imputado, se construye otro cuerpo, alimentado de peticiones escritas, contestaciones, informes, citaciones, cuerpo que crece a medida que avanza el proceso: el expediente judicial.

¹ Una aclaración: cuando decimos "lo inquisitivo" hacemos referencia a un conjunto de ideas, prácticas, normas, arquitectura, que deben ser pensadas como una fuerza que opera sobre las personas que integran el sistema judicial (magistrados, funcionarios, empleados, abogados, imputados, alumnos universitarios). Esta concepción de "lo inquisitivo" como fuerza, que permite pensar de maneras distintas los problemas originados en los procesos de reforma y que entiendo más acertada que la locución "tradición inquisitiva", debe pensarse en correspondencia con la clasificación que hace Langer de los usos descriptivos y normativos que se le dan a la dicotomía acusatorio inquisitivo: 1) lo acusatorio y lo inquisitivo como categorías históricas: según esta aproximación histórica, lo acusatorio y lo inquisitivo sirven para determinar un conjunto de sistemas procesales concretos pasados o presentes. Así se han denominados acusatorios al grupo de procesos penales de los países de tradición anglosajona, e inquisitivos a los países de tradición continental-europea; 2) lo acusatorio y lo inquisitivo como tipos ideales: son tipos ideales integrados por determinados elementos estructurales que además pueden tener cierta clase de relaciones entre sí. Ningún sistema procesal penal corresponde a estos tipos ideales. Cada uno de estos tipos ideales tiene su propia lógica o dinámica interna. Por este motivo, el acercamiento de un sistema procesal concreto a uno de estos tipos ideales nos puede ayudar a entender parte de la lógica o dinámica de ese sistema; 3) lo acusatorio y lo inquisitivo como mecanismos o subsistemas que cumplen cierta función en el sistema procesal: en este sentido, es inquisitivo todo subsistema o mecanismo procesal cuya función sea la obtención coercitiva de reconocimiento de culpabilidad por parte de los imputados. Esto es, no importa si los reconocimientos de culpabilidad coercitivos son obtenidos por un juez inquisidor torturando al imputado, por un fiscal en un plano de igualdad formal con éste, por un policía haciéndole preguntas al imputado antes de informarle de sus derechos, por un gran jurado durante sus procedimientos secretos o, incluso, por un juez-psiquiatra utilizando hipnosis. Lo definitorio en este caso es que el subsistema o mecanismo procesal cumple la función de obtener reconocimientos de culpabilidad coercitivamente y por eso es llamado "inquisitivo". Por oposición, la expresión "acusatorio" serviría para referirse a todo mecanismo o subsistema que no cumpliera la función de obtener confesiones coactivamente; 4) lo acusatorio y lo inquisitivo como intereses o finalidades contrapuestas: según esta aproximación teórica, lo acusatorio y lo inquisitivo representarían intereses o finalidades contrapuestos, si bien los autores no coinciden en cuál sería el contenido en ésta, es decir no coinciden en cuáles serían estos intereses o finalidades contrapuestos. Por ejemplo, para algunos lo inquisitivo representaría la exigencia de represión del delito, y lo acusatorio el respeto a los derechos del imputado.





La hipótesis principal del trabajo es la siguiente: la oralidad es una idea que instaura un nuevo paradigma en cuanto a la forma de presentar y hacer circular la información en un proceso, que debe ser adoptada por los operadores del sistema judicial para el funcionamiento pleno de un procedimiento de tipo acusatorio/adversarial en un estado republicano. Tal afirmación implicaría sostener que la implementación plena de la oralidad exigiría la desaparición del expediente judicial; la transformación de las estructuras judiciales y la aparición de un nuevo perfil de magistrado.²

PRIMERA PARTE

II. ORALIDAD Y PROCESO PENAL

2.1. La oralidad y reforma judicial

La producción teórica, los informes y estudios, los proyectos de ley referidos a la reforma del procedimiento penal presentan a la oralidad como una característica distintiva y necesaria del proceso acusatorio:

La oralidad, que se ha convertido en una especie de bandera de la reforma del procedimiento judicial, debe ser entendida como un modelo de realización de la tarea judicial dentro del procedimiento y no como un principio procesal en sí mismo (Vega, 2005:175).

Adoptar el modelo adversarial en un sentido cabal implica el establecimiento de un modelo de oralidad en todas las instancias del procedimiento penal (Palmieri, 2005:88).

La puesta en práctica de la oralidad en todas las etapas del proceso penal debe ser entendida como un proceso de trabajo, como la metodología central (desde su consideración interna, como herramienta más importante) hacia la superación de prácticas burocráticas de los sistemas inquisitoriales o escritos (Martínez, 2004:106).

En los fundamentos del proyecto para la reforma del Código Procesal Penal de la Nación se lee claramente: "Se extiende la oralidad a todas las instancias del proceso –etapa preparatoria y juicio– a los fines de simplificar y flexibilizar el trámite" (Binder-Arduino, 2004:18).

Esta línea fue seguida por los distintos proyectos de código procesal penal presentados para la Ciudad: "En cuanto al modo de procedimiento propiamente dicho, la intención es eliminar el actual concepto de sumario y lograr que las instancias de decisión se desenvuelvan oralmente, respetando los principios de inmediación y celeridad" (fundamentos del proyecto de ley nro. 0725/D06); "Privilegia la oralidad para la intervención jurisdiccional en actos como la adopción de medidas cautelares, su cese, la preparación del juicio, la suspensión del juicio a prueba y otros" (fundamentos del proyecto de ley nro. 0880/D06).

² El término "magistrado" empleado a lo largo del trabajo comprenderá tanto a jueces como fiscales y defensores oficiales.



En el debate parlamentario que aprobó el actual Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CPPCABA), el legislador Di Giovanni dijo:

Esta ciudad, sin lugar a dudas es campo propicio para que experimentemos un código moderno ágil y eficaz –que termine con el expediente, que es una ficción–, por el cual podamos ir a los sistemas de filmación, por el cual, en definitiva, tengamos el código que merece la Ciudad de Buenos Aires (Di Giovanni, 2006:155).³

La oralidad es así presentada como una característica importante del cambio de paradigma que impone el nuevo diseño en la forma de enjuiciamiento. Sirve también –tal como surge de los proyectos y de las palabras del legislador citados– para identificar a su principal enemigo: el expediente judicial.

2.2. ¿Que entendemos por "oralidad"?

Walter Ong (2006:20) analiza dos tipos de oralidad: la oralidad primaria, que pertenece a una cultura que carece de todo conocimiento de la escritura o la impresión; y la oralidad secundaria, de la actual cultura de alta tecnología, en la cual se mantiene una nueva oralidad mediante el teléfono, la radio, la televisión y otros aparatos electrónicos que para su existencia y funcionamiento dependen de la escritura y la impresión.

La división es tajante. Una vez aprehendida la lectura y la escritura, el mundo, la cosmovisión y los procesos de pensamiento de la oralidad primaria desaparecen porque la escritura da una nueva estructura al pensamiento que permitió –según lo sostiene el autor– el surgimiento del pensamiento analítico.⁴

La distinción de Ong nos permite precisar el concepto de oralidad que maneja la retórica de la reforma y que aparece plasmada en el CPPCABA. Está claro que no se podría tratar de la oralidad primaria, por resultar ésta inaccesible para nosotros, por lo cual, la oralidad secundaria, que paradójicamente surge de la escritura,⁵ nuestra oralidad actual, es la referida en el código de procedimiento.

La oralidad, tal cual es planteada por la reforma, aparece en primer lugar como un concepto que sirve para iluminar, para poder ver y pensar de modo crítico aquellas características de *lo inquisitivo* que persisten en el entramado del proceso penal: la forma escrita –curialesca– y secreta que volvió el saber jurídico un saber de formas; el olvido de

³ Debate parlamentario de la Legislatura de la CABA. Sesión Ordinaria de fecha 14 de diciembre de 2006, p. 155.

⁴ Ong sostiene que, a diferencia del mundo de la oralidad primaria, donde el conocimiento, una vez adquirido, tenía que repetirse constantemente o se perdía, con la escritura, el conocimiento no se almacenaba a través de reglas mnemotécnicas sino en el texto escrito. Ello liberó a la mente para el pensamiento más abstracto y original. "Más que cualquier otra invención particular, la escritura transformó la conciencia humana" (Ong, 2004:81).

⁵ Conviene recordar que el arte de la retórica, aunque relacionado con el discurso oral, era un producto de la escritura.





la sala de audiencia como lugar natural del juez, por el despacho judicial como factoría de producción de expedientes; la desaparición del cuerpo del juez, de su centralidad pública, y su transmutación en una simple firma como expresión de una burocracia técnica y especializada que permitió y facilitó la delegación de funciones jurisdiccionales en una nómina anónima de empleados subalternos.⁶

En este sentido, se podría trazar un paralelismo entre la importancia simbólica que tuvo el rescate del "juicio oral y público" en la reforma del CPPN,⁷ con el concepto de oralidad del CPPCABA, en el marco de un Estado –la Ciudad– que desde su Constitución había adoptado el sistema acusatorio para la reglamentación del proceso penal. Con un procedimiento acusatorio de tipo adversarial, la oralidad señalada no buscaba rescatar una oralidad antigua o perdida –como la que caracteriza Ong como primaria–, sino funcionar como guía para modificar los métodos de enjuiciamiento, desburocratizar la estructura judicial, desformalizar el proceso, acabar con el expediente.

En 1913, Tomás Jofré escribió:

La petulante ignorancia de algunos profesionales ha llegado a confundir el luminoso juicio oral con esa inepticia de invención criolla que se llama procedimiento verbal y actuado. El juicio oral no tiene nada que hacer con este último, en el cual se escriben las declaraciones consignándolas en un acta que se va redactando a medida que las partes exponen. El procedimiento verbal y escrito no es pues el procedimiento oral. Estampamos estas vulgaridades porque hasta magistrados confunden cosas tan distintas (Jofré, 1913:14).

La trampa semántica del concepto "oralidad" se esconde en esa distinción, que permitió por mucho tiempo decir que se había adoptado la oralidad cuando estábamos frente a un procedimiento "verbal y escrito". Error conceptual o gatopardismo semántico en relación al significado del concepto, la distinción no sólo encierra una decisión acerca de los modos y estructuras de enjuiciamiento, sino también una decisión política sobre los roles, perfiles y funciones de los magistrados. La trampa, puesta al descubierto en una simple línea por Jofré, sigue operando.

Esta aparente oralidad puede ser fácilmente constatada al analizar la fuerza que ejerce la escritura en el entramado "expediente", en el tipo de proceso diseñado por el CPPN y en la estructura/ organización judicial, que volvieron al juicio oral y público un momento de escenificación de las constancias obrantes en el expediente, pronunciadas en forma oral.

Esta reproducción oral de las constancias –informes, actas de policía, declaraciones de testigos que eran leídas durante la audiencia de juicio– terminó transformando a la etapa de investigación en una instancia probatoria donde las pruebas recolectadas y

⁶ En esta línea ver: Binder; Alberto, *La fuerza de la inquisición y la debilidad de la república*.

⁷ En este sentido, Binder (2004:141) sostiene que "La aparición en el centro de la escena del juicio oral y público, a diferencia de la carpeta que recolectaba actas escritas, ha llevado a la reflexión sobre los efectos que ha tenido sobre la región el no haber utilizado antes una institución tan elemental y básica de la vida republicana, y demostrado la profunda contradicción que existe entre los sistemas judiciales y las previsiones constitucionales".



registradas en el expediente adquirirían una autoridad que las volvían determinantes para la sentencia.⁸

El vicio fue advertido y generó propuestas de cambio. En el proyecto de reforma del CPPN⁹ se buscó otorgarle a la primera etapa del proceso una finalidad distinta a la señalada, esto es, la de evaluación del mérito de una acusación para la elevación a juicio, dejando en claro que se trata de una fase meramente preparatoria cuyo fin es informativo y no probatorio.

Misma línea siguió el actual CPPCABA, que reglamentó las funciones y facultades del fiscal durante la primera etapa del proceso denominada "Investigación preparatoria", etapa desformalizada, que tiene por finalidad desechar o promover la investigación de un hecho denunciado para la realización del juicio.

Entonces, si la oralidad no es la reproducción verbal de textos ordenados (expediente) por la sencilla razón de que éste, no tendría que existir en el modelo, ¿qué es?

2.3. La oralidad, una nueva fuente de información

La oralidad es una idea –más que un modelo o un principio procesal– una idea que crea una nueva fuente de información: las partes.

Así como se confunde el concepto de oralidad (confusión entre procedimiento verbal y escrito y procedimiento oral) también se confunden sus fines.

Se dice que los fines que persigue la implementación de la oralidad son mayor agilidad, celeridad, flexibilidad, publicidad e intermediación en la tramitación del proceso. Estos, si bien asequibles por la tramitación oral, no son privativos de ella. Un proceso totalmente informatizado y en red, con operadores trabajando interconectados entre sí y en tiempo real, cuyas peticiones y planteos son presentadas, resueltas y notificadas a través de mails, cumplen con tales objetivos, pero reintroducen los mismos problemas existentes en la lógica escritural: la mediatización de la palabra a través de la escritura, la falta de simultaneidad entre las partes –que sólo se logra en la audiencia–, una limitación al concepto de publicidad del proceso, y la imposibilidad de controlar la delegación de funciones en personas que no revisten las calidades exigidas por la ley.

El fin buscado es otro, es poner en acción la idea apuntada, es instaurar una nueva forma de presentar la información al juez, que exige métodos y modalidades diferentes para su elaboración, con reglas distintas a las existentes en el proceso escrito.¹⁰

⁸ Como consecuencia de la fuerza que ejerce el expediente en el proceso, el debate suele ser una mera repetición de lo ya asentado por escrito. Con relación a éste, Siedlecki (2005: 136) señala que cuando un testigo es escuchado durante el juicio, por segunda o tercera vez desde que se inició la causa, con sus declaraciones anteriores asentadas en el expediente, y existen contradicciones entre estas y su versión actual –lógicas por el paso del tiempo–, se introducen en el debate las constancias escritas, valorándose éstas con preferencia a lo que dice el mismo testigo frente al tribunal, declaración que escapa del control de la contraparte.

⁹ Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, Expte. 2589-D-04, presentado por Alberto M. Binder e Ileana Arduino, Ad-hoc, Buenos Aires, 2004.

¹⁰ Nos referimos a la capacitación de operadores judiciales y abogados para la adquisición de técnicas de litigación oral.





En lugar de reunir la información en el expediente, la información vital del proceso está interiorizada en las partes y en las pruebas por ellos presentadas, información que sólo puede ser expuesta en el marco de una audiencia.

Mientras que en el procedimiento escrito la fuente de información es el expediente (se llena un cuerpo de información –muchas veces inútil– para que el juez, como un médico que practica una autopsia, como un hermeneuta que interpreta un gran texto, pueda, después de revisar la prueba que reposa silenciosa, dictar sentencia); en el procedimiento oral son las partes, las que producen la información, las que hacen hablar a la prueba.

De la información contenida en el cuerpo del expediente, pasamos a la información contenida en el cuerpo de las partes. Si la información que el juez necesita para conocer y resolver en un caso está en las partes y en las pruebas por ellos presentadas, y no en el expediente, la única manera de conocer y resolver será escuchándolas.

La oralidad exige la eliminación del expediente porque es la única manera de que los actores asuman tan importante transformación: ser ellos (fiscal y defensa), y no el expediente, quienes suministran la información al juez para que éste pueda decidir.

El juez que cuenta con un expediente puede construir su versión de los hechos de la lectura de la denuncia o de las actas de actuación policial, de las declaraciones tomadas durante la investigación, del relato del hecho –los antecedentes de la causa– plasmados en cualquier petición, del requerimiento de elevación a juicio. Es un juez que, en el recogimiento y la soledad de la lectura, elabora su versión del hecho.

El juez que no cuenta con un expediente sólo puede conocer y resolver respecto de un hecho, de una cuestión, a través de los relatos que producen las partes y de la credibilidad de las pruebas por ellos presentadas y valoradas en el marco de una audiencia. Es un juez que construye su versión del hecho en la sala de audiencias, de la confrontación de dos relatos escuchados, circunstancia que genera un mayor espacio para el debate y una mayor exigencia en la calidad de la información presentada (una mayor responsabilidad del fiscal y la defensa en la preparación de los casos) y en la fundamentación de las decisiones por él adoptadas.¹¹

De esta manera, la audiencia recobra su centralidad porque vuelve a ser importante escuchar a las partes. Así, se elimina *la representación de la audiencia* –de la audiencia formal y ritual, donde no hay nada en juego y las partes representan decisiones ya tomadas– por *una actuación de las partes en la audiencia*.

2.4. El sistema acusatorio y la oralidad

El sistema acusatorio y la oralidad son ideas hermanadas que se nutren y se potencian mutuamente, pero que no se presuponen la una a la otra.

¹¹ "La oralidad tiene ventajas pragmáticas muy positivas, porque, para esclarecer los hechos, pone a las partes frente a frente para que le hablen directamente al juez sin intermediarios. Este a su vez, en un juicio público, inmediateza la práctica de la prueba, observa y escucha con análisis crítico las intervenciones opuestas de las partes para obtener conocimiento directo" (Cano Jaramillo, 2007:93).



El sistema acusatorio, al separar las funciones de acusar y juzgar, no sólo redistribuyó las fuerzas en pugna en el proceso, sino que también legitimó a tres manifestantes como productores de información: el fiscal produce la información que da forma a la acusación; el imputado/defensor la que da forma a la estrategia de defensa; el juez, que de la información recibida y contrastada por las partes, da forma a la ley del caso.

Si el sistema acusatorio determina el rol y las funciones que cada manifestante tiene en el proceso, la oralidad determina la forma en que la información producida por los manifestantes tiene que circular.

Al pensar la oralidad como el circuito de información propio del sistema acusatorio podemos concluir lo siguiente:

1. que la información estará dispersa. No estará centralizada porque no hay más expediente (más allá de la existencia de los legajos o carpetas del fiscal para llevar adelante la investigación).
2. que el lugar donde se reunirá y actualizará la información dispersa entre las partes y las pruebas es la sala de audiencia. Por ende, es en la sala de audiencia y no en el despacho donde el juez decide, donde ocurre el acto jurisdiccional. Tal circunstancia debe ser tenida en cuenta al momento de determinar la arquitectura propia del sistema.
3. que los manifestantes (juez, fiscal y defensa) deberán contar con capacidades especiales para buscar, ordenar, sintetizar y presentar la información relevante al caso. Circunstancia que exigirá la transformación de los perfiles de cada magistrado.
4. que el registro los actos se deberá plasmar en un soporte distinto del expediente (registros informáticos en formato texto, audio u audiovisual).
5. que implicará la desburocratización de la tramitación del proceso, y por lo tanto, la reducción del personal del juzgado en comparación con uno inserto en un proceso escrito que requiere de un número de escribas.

SEGUNDA PARTE

III. EL EXPEDIENTE JUDICIAL

3.1. Preliminares

Aunque se había anunciado, puede parecer extraño que la segunda parte del trabajo trate como objeto de estudio al expediente.¹² ¿Acaso no habíamos dicho –paradójicamente–

¹² Aquí seguimos la definición de expediente que da Eduardo Díaz (2004: 28-29): “El expediente es una cosa distinta del escrito, de la sentencia, o de cualquier otra pieza individualmente contemplada. Mientras éstas representan un acto particular, aquél representa en conjunto de actos que es el proceso. Es entonces el expediente un documento diferente de aquellos papeles que contiene; es el que los organiza para cobijar un ente único, el proceso. (...) Nuestra conclusión se basa en que se trata de un objeto organizado legalmente, organización ésta que les compete,





que escribiríamos acerca de la oralidad? ¿Acaso no fue aprobado por los legisladores de la ciudad un código de procedimiento que adoptó como principio la desformalización, que propuso la oralidad en todas sus instancias y que presentó como enemigo del sistema al expediente? Sí, y a pesar de ello, es necesario examinar qué es el expediente judicial, cuáles fuerzas concentra, cuáles operan sobre él, para poder así evaluar si las conclusiones a las que arribamos al final de la primera parte pueden ser validadas por la práctica.

Para ello, se tomará el concepto de dispositivo desarrollado principalmente por Foucault y Deleuze: pensar el expediente judicial como un dispositivo donde se encuentra el entramado de discursos, instituciones, arquitecturas y relaciones de poder que actualizan de manera constante lo inquisitivo en la cultura jurídica de la Ciudad.

3.2. El expediente judicial como dispositivo

La palabra "dispositivo" es un término técnico empleado por Foucault (*Las palabras y las cosas, Arqueología del saber, Dichos y escritos*), que fue pulido –Deleuze, Agamben, Lyotard– y utilizado por investigadores de distintas disciplinas. Aunque Foucault nunca dio, propiamente, una definición completa o final, se lo podría definir de la siguiente manera:

Lo que trato de indicar con este nombre es, en primer lugar, un conjunto resueltamente heterogéneo que incluye discursos, instituciones, instalaciones arquitectónicas, decisiones reglamentarias, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos, proposiciones filosóficas, morales, filantrópicas, brevemente, lo dicho y también lo no-dicho, éstos son los elementos del dispositivo. El dispositivo mismo es la red que se establece entre estos elementos (Foucault, 1977:299).

Por dispositivo, entiendo una especie –digamos– de formación que tuvo por función mayor responder a una emergencia en un determinado momento. El dispositivo tiene pues una función estratégica dominante (...) El dispositivo está siempre inscripto en un juego de poder (Foucault, 1977:299).

Lo que llamo dispositivo es un caso mucho más general que la episteme. O, más bien, la episteme es un dispositivo especialmente discursivo, a diferencia del dispositivo que es discursivo y no discursivo (Foucault, 1977:299).¹³

Siguiendo el resumen que hace Agamben de los principales caracteres del concepto, el dispositivo es: 1) un conjunto heterogéneo, que incluye virtualmente cualquier cosa, lo lingüístico y lo no-lingüístico, al mismo título: discursos, instituciones, edificios, leyes, medidas de policía, proposiciones filosóficas, etc.; el dispositivo en sí mismo es la red que

de derecho, a los funcionarios públicos, quienes la llevarán a cabo siguiendo normas positivas y consuetudinarias". También se puede consultar el libro de Néstor Amílcar Ciprian (1976), *La humanidad del expediente judicial y otros ensayos*; Depalma, Buenos Aires.

¹³ Foucault, Michel, *Dits et écrits*, citado por Agamben, Giorgio, en *¿Qué es un dispositivo?*.



se establece entre estos elementos; 2) el dispositivo siempre tiene una función estratégica concreta y siempre se inscribe en una relación de poder; y 3) es algo general, una "red", porque incluye en sí a la episteme, que es, para Foucault, aquello que en determinada sociedad permite distinguir lo que es aceptado como un enunciado científico de lo que no es científico (Agamben, 2007).

Deleuze, en una conferencia dictada en homenaje al filósofo nombrado, explicaba el término de la siguiente manera:

Pero ¿qué es un dispositivo? En primer lugar, es una especie de ovillo o madeja, un conjunto multilineal. Está compuesto de líneas de diferente naturaleza y esas líneas del dispositivo no abarcan ni rodean sistemas cada uno de los cuales sería homogéneo por su cuenta (el objeto, el sujeto, el lenguaje), sino que siguen direcciones diferentes, forman procesos siempre en desequilibrio y esas líneas tanto se acercan unas a otras como se alejan unas de otras. Cada línea está quebrada y sometida a variaciones de dirección (bifurcada, ahorquillada), sometida a derivaciones. Los objetos visibles, las enunciaciones formulables, las fuerzas en ejercicio, los sujetos en posición son como vectores o tensores. De manera que las tres grandes instancias que Foucault distingue sucesivamente (Saber, Poder y Subjetividad) no poseen en modo alguno contornos definitivos, sino que son cadenas de variables relacionadas entre sí (Deleuze, 1990: 74).

En el texto, el autor citado dice que las dos primeras dimensiones que Foucault distingue de un dispositivo son las curvas de visibilidad y las curvas de enunciación. Los dispositivos son presentados como máquinas para hacer ver y para hacer hablar. Cuando habla de visibilidad se refiere a las líneas de luz que forman las figuras variables e inseparables de este o aquel dispositivo; cada dispositivo distribuye lo visible y lo invisible según su régimen. Este régimen de visibilidad es también arquitectura. Recordemos el ejemplo empleado por Foucault al estudiar el pensamiento de Bentham y el panoptismo, el "dispositivo prisión" es una máquina óptica para ver sin ser visto y así ejercer el control.

Pero no es sólo lo que se muestra o deja ver y lo que se oculta – regímenes de luz–, sino también regímenes de enunciación, es decir, cuáles son los enunciados que hacen hablar a los sujetos del dispositivo–expediente.

El enunciado es una función de los signos lingüísticos que ordena los distintos discursos que operan y se yuxtaponen en el marco de un dispositivo.¹⁴

Foucault dice:

En lugar de ser una cosa dicha de una vez para siempre –y perdida en el pasado como la decisión de una batalla, una catástrofe geológica o la muerte de un rey–, el enunciado, a la vez que surge en su materialidad, aparece con un estatuto, entra en unas tramas, se sitúa en campos de utilización, se ofrece a trasposos y modificaciones posibles, se integra en operaciones y estrategias donde su identidad se mantiene o se pierde. Así, el enunciado circula, sirve, se sustrae, permite o impide realizar un

¹⁴ Para una definición de enunciado ver: *Arqueología del saber*, p. 140.





deseo, es dócil o rebelde a unos intereses, entra en el orden de las contiendas y de las luchas, se convierte en tema de apropiación o de rivalidad (Foucault, 2008: 140).

Para Foucault un enunciado no es equivalente a una proposición, aunque adquiere su forma. En este sentido, se considera "enunciado" a las aseveraciones que están garantizadas por las prácticas sociales encargadas de validar los conocimientos. Un enunciado se genera desde las esferas culturales o institucionales legitimantes que cambian según pasan los años.

Los enunciados, aunque utilizan signos lingüísticos, se distinguen de las palabras, las frases o las proposiciones, porque comprenden en sí mismos, como derivados de ellos, las funciones de sujeto, de objeto y de concepto (Díaz, 2004).

Tenemos que preguntarnos, en torno a los regímenes expuestos, qué es lo que hace visible el dispositivo-expediente y que mantiene en la invisibilidad; y también, cuáles son los enunciados que rigen su funcionamiento.

Desde ya adelantamos que es más lo que oculta que lo que muestra. Rápidamente podríamos decir que hace visible la importancia que tienen las formas en la tramitación del proceso, y la arquitectura funcional en la que se encuentra acogido: el juzgado, pensado, construido y organizado como una oficina más del Estado, que maneja documentos escritos.

De la simple lectura del expediente se constata cómo el proceso devino en la instauración de un rito sacramental consistente en la construcción de un expediente, a través de la acumulación de papeles escritos, que reclama ser custodiado, cosido, foliado, como si fuera un objeto de culto y las fallas en su mantenimiento –la falta de firmas, su pérdida, errores de foliatura se consideran faltas graves del funcionamiento de la justicia (Binder: 2004)–. En definitiva, hace visible cuerpos de escritura que registran hechos y peticiones.

El juzgado aparece como una oficina compuesta de una mesa de entradas: lugar de examinación e intervención en el expediente de las partes; y un despacho, lugar de examinación e intervención en el expediente por parte del juez.

Por otro lado, opera como un objeto que mantiene en la invisibilidad: 1) el ejercicio directo de la violencia; 2) el vértice de una estructura burocrática, vertical y jerarquizada que evoca y recuerda la figura del rey; 3) el cuerpo del juez; 4) la delegación de funciones jurisdiccionales en funcionarios y empleados; 5) una forma de instrucción que reproduce el sistema; 6) la falta de capacitación de algunos operadores; y 7) la vida.

1) El ejercicio directo de la violencia. Al analizar el tipo de interacción entre prácticas que se objetivizan en el expediente, Binder sostiene que el ejercicio directo de la violencia queda apenas registrado o fundamentado. Así, por debajo de la papelería rutinaria de actas agregadas al sumario se oculta la autonomía de la actividad policial y la falta de control de fiscales y jueces sobre ella.¹⁵

2) El vértice de una estructura burocrática, vertical y jerarquizada. Lo que se mantiene invisible no es la estructura en sí, vertical y jerarquizada, ya que las leyes que reglamentan la organización del poder judicial son públicas, y por lo tanto conocidas. Lo que se haya oculto es la fuerza simbólica del vértice que continúa operando: el rey. Sea la

¹⁵ Ver Binder, Alberto; La fuerza de la inquisición y la debilidad de la república.



figura del rey de la estructura monárquica de la judicatura legada por la colonia, o de emperador dejada por Bonaparte.¹⁶ Oculta la posibilidad de que, lo que se halle en el vértice de poder, se comporte a la manera en la que describe Binder la organización de un sistema judicial inquisitorio: con la capacidad de establecer excepciones, de saltar etapas y pasos, de imperium sin fundamentación, de remover o sancionar a sus funcionarios (Binder, 2004:210).¹⁷

3) El cuerpo del juez. El expediente mantiene en la oscuridad a la figura del juez, que aparece reducida a una simple firma. Un juez de despacho, de oficina, que cuenta con la escritura como tecnología para mediatizar su relación con el imputado y las partes no necesita hacerse presente en una sala de audiencias. Quizás la sombra del juez sea otro legado del sistema antes señalado, en donde la figura importante –la autoridad– era el rey y no el juez, simple funcionario subordinado.

La invisibilidad del cuerpo del juez encubre otra práctica: la delegación de funciones.

4) La delegación de funciones. Si el juez es sólo una firma, no importa quién –funcionario, empleado– o cómo –creación o modelo ya empleado– escriba el cuerpo de escritura que adoptará la forma decreto, resolución o sentencia; mientras cuente con una firma imputable al juez, el escrito poseerá fuerza de ley.

La delegación fue definida por Binder como un mecanismo por el cual un funcionario o subalterno "asume la ejecución de las tareas correspondientes a su superior –quien sí es competente según la ley que rige la función– y las realiza en lugar de éste y bajo su control (real o formal), o bajo el control de otro funcionario a quien le ha sido delegada esa supervisión" (Binder: 2004:89).¹⁸

¹⁶ En este sentido ver Cutter (2007) "El imperio no letrado; en torno al derecho vulgar en la época colonial" en Justicia, política y derechos en América Latina; Palacio, Juan Manuel y Magdalena Candiotti (comps); Prometeo libros, Buenos Aires. Cutter sostiene lo siguiente: "La pieza clave del aparato administrativo de la monarquía española era la judicatura (...) se destacaba por un cuerpo de oficiales investido de poderes judiciales. (...) Puesto que la magistratura era el componente clave del estado español, el sistema judicial figuraba como el aparato administrativo por excelencia del imperio (...) El aparato judicial servía también como mecanismo por el cual la corona imponía su voluntad e implementaba sus deseos y proyectos relativos a la política social y económica colonial. En suma, el sistema jurídico figuraba como el nexo entre la corona y el pueblo, el canal por donde circulaba y se distribuía el poder del mundo colonial" (Cutter, 2007:170).

¹⁷ También ver: Binder, Alberto, La fuerza de la inquisición y la debilidad de la república.

¹⁸ Binder clasifica los distintos mecanismos de delegación de la siguiente manera: a) el funcionario o empleado realiza el acto delegado y luego, el funcionario o magistrado a quien le ha sido confiada legalmente la realización del acto o de la decisión firma el acta o la resolución, de modo tal que éstos aparecen, formalmente, realizados por él; b) el magistrado o funcionario toma una mera decisión sin expresar fundamento alguno o, en el mejor de los casos, expresándolo de manera harto somera, y delega en subalternos la construcción de los fundamentos y la redacción de la resolución o la sentencia; c) el magistrado o funcionario comisiona el estudio de los antecedentes (de un caso o decisión particular) y luego toma la decisión sobre la base del estudio y del informe realizado por sus subalternos; d) los funcionarios toman decisiones y el juez las ratifica al firmar la resolución; e) los funcionarios toman decisiones sobre el trámite y el juez firma las providencias sin ejercer control; f) los magistrados y funcionarios delegan en sus subalternos el control de la delegación





Como el dispositivo expediente obliga a transcribir en actas la mayor parte de la actividad judicial, se genera una carga de trabajo que acepta la delegación como una consecuencia propia de la lógica escritural.

5) Una forma de instrucción. En relación con la delegación de funciones, el expediente también encubre una forma de capacitación e instrucción del cuerpo de empleados. Éstos aprenden el proceso y forman su saber jurídico "llevando" expedientes. Así, el dispositivo, en su dimensión instructiva y pedagógica, funciona como reproductor del sistema y de sus prácticas, de ciertas formas de interpretación acerca de los contenidos de leyes o principios constitucionales.

6) Falta de capacitación de los operadores. El hecho de que existan magistrados que no cuenten con el conocimiento técnico exigido por el cargo constituye un indicador acerca de los problemas que existen en los sistemas de selección. Ahora bien, lo que interesa resaltar es que en un procedimiento escrito, con una estructura burocrática formada y técnica, que acepta e incentiva la delegación; la falta de capacitación del operador queda silenciada ya que su desempeño se evaluará en torno los escritos, dictámenes, resoluciones o sentencias que aparezcan con su firma.

7) La vida queda oculta. El proceso de transcripción implica un proceso de adaptación a las lógicas de la escritura y de la lectura. La palabra hablada, gesticulada, inserta en un cuerpo en movimiento y en interacción con otros cuerpos se convierte en una palabra escrita gracias a un proceso de transcripción, en el que se elimina la voz que remite a una gestualidad y a un lenguaje corporal.

La transcripción exige objetivar el ritmo, los términos y las voces de todos aquellos que participan durante la tramitación del proceso; exige conquistar y detener el tiempo de esa palabra fluida, en movimiento, para introducirla en la permanencia del texto escrito.

Pero ni siquiera las declaraciones de las personas registradas en el expediente son transcripciones literales, sino reformulaciones elaboradas por el funcionario que las toma, que suele seguir estructuras ya esquematizadas en donde insertar el relato del declarante. En esta operación, la diversidad de la vida, del conflicto particular tratado, queda desdibujada y objetivada en la similitud impuesta por los esquemas prefabricados de la rutina judicial.

Así, aparecen patrones o modelos en la multiplicidad de relatos que no son producidos por las semejanzas del azar o la regularidad de ciertas prácticas delictivas, sino por la uniformación semántica que produce el lenguaje propio y limitado de la institución: "toda burocracia tiende a producir un lenguaje propio (...) a la vez que tiende a encasillar cada caso en categorías estereotipadas" (Binder, 2004:24).

Tal circunstancia fue observada por Sarabayrouse Oliveira:

Desde nuestra perspectiva, el expediente es un objeto construido a través de la técnica de la escritura, pero en el proceso de producción del mismo confluyen prácticas escritas y no escritas, entrelazadas en el complejo juego del trámite. Quizá el ejemplo más claro es el de las actas donde aparecen volcadas las declaraciones del imputado y los testigos: son instrumentos escritos, pero han sido escritos por un "escribiente" que escucha la declaración verbal del declarante y la vuelca por escrito. Todas las cuestiones simbólicas que se trafican en esas escenas no quedan



plasmadas por escrito en el acta, aunque a veces dejan alguna huella (Sarrabayrouse Olivera, 1998:8).

Así, la mediatización de la vida a través de la escritura contribuye a desdibujar las interacciones personales en la escena del conflicto judicial.

El otro problema, surgido del proceso de transcripción y acumulación de información en el expediente, es que la audiencia de debate se vuelve un discurso elíptico. Tanto las partes como el juez se refieren a la información contenida en el expediente, pero de manera elíptica. Para el espectador de dicha audiencia, que no tuvo oportunidad de leer el expediente, los pormenores del caso y las discusiones desarrolladas en la audiencia de juicio resultan incomprensibles, ya que los protagonistas del juicio dan por supuesto circunstancias que aparecen en él, y que no son expuestas oralmente en la audiencia.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el expediente aparece como una máquina óptica que oculta la coerción sobre el imputado (el ejercicio de la violencia); el incumplimiento de la ley por parte de los operadores (delegación de funciones jurisdiccionales), y lo real de las interacciones personales del conflicto judicial, al aparecer todo mediatizado por un texto.

En cuanto a los regímenes de enunciación, creo que hay dos enunciados que atraviesan el dispositivo expediente: "lo que no está en el expediente no está en el mundo" (*quod non est in actis non est in mundo*); y "los jueces no hablan sino a través de sus sentencias".

Estos dos enunciados son más fuertes que cualquier principio procesal que busque instaurar la oralidad. Están presentes y funcionan en el inconsciente colectivo del mundo judicial.

Los dos enunciados dicen que el lazo que une al juez con la sociedad es la escritura, el texto escrito. Primero, tal como lo dijimos anteriormente, debe haber un proceso de traducción de la realidad a lo textual, volver el conflicto acta, expediente, para poder ser comprendido y estudiado por el juez. Es decir, una operación de reducción del conflicto, de la vida, del mundo, para poder construir una versión del conflicto (de la vida, del mundo) de carácter excluyente, en donde poder intervenir. Sólo así, el juez que no habla, que no reconoce interlocutores sino mediatizados por un texto, se manifiesta por escrito a través de un género literario específico: la sentencia.

Son estos enunciados los que inciden en la confección e interpretación de los reglamentos para la tramitación de causas, sobre los modos de circulación y registro de la información; son los que economizan el habla del juez y desde donde se asientan y se erigen estrategias y argumentaciones contra la oralidad.

La tercera dimensión del espacio interno del dispositivo que postula Deleuze (las dos primeras, cabe recordar, son los regímenes de visibilidad y enunciabilidad) es la "dimensión del poder", que se compone con el saber. ¿Cuáles son las relaciones de poder que implica el dispositivo expediente?

Al cartografiar esta dimensión en el expediente podemos ver relaciones de poder en torno a la creación-posesión del expediente (r1); al control de las partes en una causa concreta (r2), y al control del subordinado que se da dentro de estructura judicial a un nivel micro, es decir, dentro del juzgado (r3) como macro, entendiendo al poder judicial como estructura (r4).

El ejercicio del poder en el marco de un proceso se traduce en la posesión del expediente, ya que implica ejercer el control de la información que se produce y se incorpora, y que determinará el saber jurídico (teoría del caso) a aplicar (r1).





Si el mundo es el expediente, la disputa por el control del expediente se traduce en una disputa por el control de este micro mundo, mundo de la representación a la medida de los conocimientos, facultades y competencias con las que cuenta el juez.

Esta situación fue estudiada por Martínez¹⁹ al examinar la aplicación de la reforma procesal en la provincia de Buenos Aires. Específicamente, estudió el conflicto en torno a quién era el encargado de producir y custodiar el expediente en el nuevo código de procedimientos, es decir, si era el fiscal o el juez.

El conflicto, conocido como "La guerra de las fotocopias" se originó cuando los fiscales a cargo de la investigación de los casos plantearon que el expediente tenía que estar siempre en la fiscalía, y en caso de que hubiera alguna cuestión que resolver, debían extraerse fotocopias y enviarlas en forma de incidente al juez de garantías para que se resolviera la cuestión planteada. Los jueces se opusieron terminantemente a adoptar esa modalidad de trabajo y reclamaron para sí el derecho de recibir el expediente completo y poder trabajar sobre él.

Martínez sostenía que:

El conflicto se suscitaba pues alrededor de la propiedad del expediente y si de derechos de propiedad se trata, todo el mundo pretendía poseer la versión original y nadie parecía conformarse con trabajar sobre una mera copia (Martínez, 2007:211).

Es decir, los jueces no querían renunciar al poder de disponer, no sólo de la fuente de información original del proceso, sino también de poder decidir qué se incluye en el expediente y cómo se incluye.

Las restantes relaciones de poder inscriptas en el dispositivo-expediente lo vuelven a éste una tecnología de control empleada por el juez respecto de las partes de una causa concreta (r2), de sus subordinados (r3), y de los jueces inferiores respecto de los superiores (r4).

El expediente se vuelve un objeto técnico que permite controlar la actuación del subordinado, objeto funcional al tipo de estructura vertical y jerarquizada que consiente la práctica de la delegación funcional. Por un lado, se da una relación de control-saber: es en el marco del expediente, tal como lo señalamos, donde tiene lugar la transmisión de conocimientos –prácticas– dentro de una oficina judicial. Los funcionarios enseñan a los empleados las formas y el saber jurídico, al interior del expediente. Existe toda una pedagogía sectaria y cerrada en torno al expediente que ha confundido por mucho tiempo el conocimiento del saber procesal con el conocimiento de cómo llevar adelante un proceso, entendiendo más bien, cómo llevar adelante un expediente.

También la función control opera como la otra cara de ese delegismo. Si el juez no redacta sus resoluciones, por lo menos las controla, y así controla el desempeño de sus empleados, a través de la lectura.

Por último, a través de él se puede examinar –controlar– de manera minuciosa la actividad de los jueces de primera instancia (r4) por parte del superior.

¹⁹ Ver Martínez, María Josefina; (2007) "La guerra de la fotocopias. Escritura y Poder en las prácticas judiciales", en Justicia, política y derechos en América Latina; Palacio, Juan Manuel y Magdalena Candiotti (comps); Prometeo libros, Buenos Aires,



Recapitulando, habíamos dicho que los dispositivos tienen líneas de visibilidad, de enunciación, líneas de fuerza que se entrecruzan y se mezclan.

Siguiendo el esquema conceptual, todo dispositivo también cuenta con subjetividades propias, formadas como producto de las relaciones de fuerza establecidas como saberes constituidos. Los sujetos del dispositivo expediente no son otros que los previstos por los códigos de procedimientos y las leyes reglamentarias de la función y organización judicial, pero con las características delineadas por las relaciones de fuerza señaladas.

1) El juez. ¿Cuál es el juez del dispositivo-expediente?: en primer lugar, un juez-lector/escritor, cuyo lugar de trabajo es el despacho-biblioteca. Un juez del recogimiento, que lee e interpreta textos escritos por las partes, por sus empleados, por juristas, por otros jueces.

El juez-lector/escritor, con el tiempo, deviene, por hastío o sobrecarga de trabajo, un juez-gerente, que delega y decide. De allí el éxito de algunas importaciones conceptuales como organizar al juzgado con un modelo empresarial, que abandona la metáfora fordista del juzgado como fábrica de expedientes por la de juzgado como empresa, dedicada a la gestión de expedientes.

2) Los funcionarios (secretarios y prosecretarios) y los empleados. Constituyen un cuerpo burocrático entrenado en la confección de escritos que pasarán a conformar el expediente, y en la administración y cuidado de éste.

3) Fiscales, defensores (y abogados particulares). Ellos también circunscriben sus funciones en relación al expediente. Es por ello que, a pesar de contar con perfiles distintos entre sí, y con respecto al juez, en el marco de un sistema acusatorio, comparten la función lector/escritor y sus dependencias (oficinas) tienden a copiar estructuras de organización similares a las del juzgado. Lo mismo ocurre con los abogados particulares, que fueron formados en ésta lógica (en este sentido, la universidad también reproduce el sistema) y se ven obligados a litigar dentro de estructuras regidas por la relación lectura/escritura.

Foucault se preguntaba si era posible que aparezcan formas de subjetivación distintas a las producidas por las relaciones de fuerza establecidas en el dispositivo. Es decir, si existen líneas de subjetivación que buscan escapar o pasar de un dispositivo a otro.

Trasladado a nuestro tema, la pregunta podría ser la siguiente: ¿es posible que aparezca un nuevo tipo de juez o de operador judicial que se sustrae de las fuerzas inquisitivas del dispositivo-expediente y que pueda adoptar oralidad en un sentido pleno?

Sobre este punto Deleuze precisa que:

Una línea de subjetivación debe hacerse en la medida en que el dispositivo lo deje o la haga posible. (...) Se preguntará uno si las líneas de subjetivación no son el borde extremo de un dispositivo y ellas no esbozan el paso de un dispositivo a otro; de esta manera prepararía las líneas de fractura (Deleuze, 1990:76).

Paso a citar lo que considero es una línea de subjetivación dentro del dispositivo expediente. El ejemplo fue tomado del artículo titulado "Expedientes", de María Josefina Martínez:

El primer ejemplo nos presenta a un joven fiscal de un distrito judicial del Gran Buenos Aires. La escena se produce a mediados del año 1999 –esto es, unos meses después de concretada la implementación de la reforma procesal penal en la provincia de Buenos





Aires-, y este funcionario se define a sí mismo como completamente comprometido con el espíritu de la reforma y el logro de sus objetivos. Hablando de la cotidianeidad de su trabajo, en una oportunidad este funcionario nos relata algunos hechos que le parecen paradójicos. Por un lado, los principios de la reforma le indican que el expediente debe ir perdiendo la centralidad ocupada hasta ese momento, producto del peso de la tradición inquisitiva, para dejar lugar a una concepción de investigación judicial cada vez más ágil y resolutive, y cada vez menos apegada a las formalidades rígidas. Pero sucede que en el día a día de su trabajo judicial percibe cada vez con mayor nitidez que los jueces de los tribunales orales, quienes son los encargados de juzgar los casos por él investigados, prefieren expresamente las investigaciones más "formalizadas", esto es, aquellas que vienen presentadas bajo la forma de un expediente "bien armado", y critican a aquellos fiscales que no lo hacen así. El propio fiscal siente la tensión en carne propia: un juez de tribunal oral acaba de felicitarlo por lo "bien llevados" que llegan a esa instancia los expedientes investigados por ese fiscal. El funcionario, en tanto sujeto reflexivo de su propia práctica, se pregunta entonces legítimamente qué hacer: si cumple con los preceptos de la reforma, tiene que desformalizar su investigación, pero si quiere ser visto como un buen fiscal, tiene que formalizarla cada vez más (Martinez, 2004).

TERCERA PARTE

IV. LA JUSTICIA DE LA CIUDAD, ENTRE LA ESCRITURA Y LA ORALIDAD

En la primera parte de este trabajo se elaboró un concepto de oralidad apropiado para el sistema de enjuiciamiento que había adoptado la ciudad. En la segunda parte, se analizó al expediente judicial como dispositivo en el cual las fuerzas de lo inquisitivo se reagrupan y reinstauran sus prácticas e interpretaciones, bloqueando la adopción plana de la oralidad. En la parte final, a partir del análisis de dos resoluciones de Fiscalía General y una Acordada de la Cámara de Apelaciones, se tratará, a la luz de lo expuesto en los anteriores apartados, dictaminar acerca de las tensiones existentes entre la oralidad y la escritura en la justicia de la ciudad, a partir del modelo de enjuiciamiento adoptado por el nuevo CPPCABA.

El CPPCABA entró en vigencia el segundo cuatrimestre del 2007. El nuevo código imponía el dictado de instrucciones para guiar la actuación y el desempeño de los operadores judiciales.

La Resolución nro. 96/07 de la Fiscalía General de la Ciudad, de fecha 4 de octubre de 2007, tuvo por fin adoptar las medidas necesarias para "afrontar los desafíos derivados de la nueva ley procesal".

Ya, en el primero de sus considerandos se leía:

Que esta norma (CPPCABA) genera un cambio sustancial en el modo de entender el proceso, por cuanto se privilegia la oralidad y la adversarialidad suprimiendo



ritualismos innecesarios existentes en el régimen procesal anterior, sin desmedro del debido respeto a las garantías procesales.

La resolución, que actualizó muchas de las medidas adoptadas por la Fiscalía General a lo largo de 2007, relacionadas con la entrada en vigencia del nuevo código (cursos de capacitación en el nuevo modelo, creación de oficinas auxiliares a las fiscalías),²⁰ se centró en la elaboración de herramientas de trabajo adecuadas para el nuevo modelo.

En el punto V de la resolución citada, dedicada al "material de trabajo", se afirmaba que:

La implementación del Código no significa únicamente la aplicación de una nueva legislación, sino también un cambio de paradigma integral en el modelo de proceso. Este cambio debe ir acompañado de herramientas adecuadas para que esta modalidad de procedimiento con oralidad acentuada se afiance adecuadamente.

Estaba claro que para poder afianzar la oralidad y acatar el principio de desformalización adoptado por el Código, era necesario, en principio, erradicar la palabra "expediente" de la retórica procesalista. Pero, ¿cómo organizar el trabajo, la investigación llevada adelante por los fiscales en la instrucción de una causa?: a través de "una carpeta para el manejo del caso".

Estaba claro, no más un expediente sino una carpeta o legajo de investigación.²¹

Según la Res. 96/07:

A partir de la desformalización que se produce con la implementación del nuevo código ritual, resulta necesaria la utilización de una carpeta que tenga incorporados campos para consignar los datos esenciales que permitan identificar adecuadamente el caso y la hoja de ruta donde se asienten los aspectos relativos a la gestión procesal del mismo. Por otra parte, en la contratapa se ha de incluir un diagrama referenciado de todas las normas previstas en el código ritual que sirva de ilustración para el actor del sistema.

Si uno leía los criterios de trabajo delineados por la resolución citada y sumaba a ello el entusiasmo despertado por la novedad del nuevo código y la promesa del cambio de paradigma que implicaba su entrada en vigencia para la tramitación del proceso, habría aventurado un nuevo panorama. En primer lugar, no habría más un expediente judicial, habría una carpeta o legajo de investigación con la información necesaria reunida por el fiscal para archivar una causa o para poder presentarse en audiencia a pedir medidas

²⁰ Específicamente, las oficinas de Asistencia a la víctima y al testigo; la Oficina Central Receptora de Denuncias; La unidad de Orientación y Denuncias; La oficina de Control de suspensión del proceso a prueba, la oficina de Coordinación Operativa.

²¹ Cabe señalar que, a pesar del supuesto destierro del expediente del nuevo código de procedimientos, numerosos artículos se refieren a él. Así, se puede leer la palabra expediente en los arts. 43, 60, 58, 59, 64, 66 y 251 del CPPCABA.



cautelares, o para fundar una acusación y requerir a juicio. En un procedimiento que busca adoptar la oralidad en todas sus instancias, el fiscal debería reunir la prueba con la metodología diseñada y requerir oralmente cualquier petición. Por su parte, estaríamos frente a un juez que no poseería un conocimiento previo de la cuestión que le toca resolver, es decir, que no conocería los antecedentes del caso por no contar con un expediente como fuente de información; sino que contaría con las partes, quienes suministrarían esa información (el relato del fiscal y el relato de la defensa); un juez que escucha y decide.

Transcurridos más de un año y medio, desde la resolución mencionada, la Fiscalía General dictó el 9 de junio de 2009 la Resolución nro. 149/2009 que tuvo por fin "realizar ciertos ajustes" a la metodología de trabajo diseñada por la Res. FG 96/07.

Según se lee, una de las cuestiones que más problemas había suscitado –de neto corte práctico– se vinculaba con el legajo de actuación o de investigación y su manejo. En el tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia del nuevo código, se habían generado discusiones acerca de las facultades que el juez tenía sobre el legajo de actuación relativas a: 1) si ese podía solicitárselo al fiscal al tomar intervención en el caso para decidir respecto de alguna cuestión; 2) si podía decidir, cuando le era presentado, acerca de la forma en que estaba compilada la información contenida en el mismo y desarrollase la que creyese conveniente; y 3) si al devolverlo podía imponer al fiscal del caso continuar con la organización del legajo que él, como juez, había establecido.

En ese contexto existieron casos en que los fiscales se habían resistido al requerimiento judicial de aportar el legajo de investigación, justificándose en la oralidad del procedimiento, o de remitir elementos del mismo fuera de las audiencias en las que se debían sustanciarse y resolverse los planteos; como también otros en que, habiendo sido entregado el legajo, el mismo se devolvía "reordenado" por el magistrado interviniente, y el fiscal procedía a volver a modificar la forma en que estaba organizado, conforme a su preferencia, lo que generaba que, ante una nueva presentación judicial, se rearmaba de vuelta el legajo.

De la simple lectura de los casos presentados se observan las similitudes existentes entre el conflicto suscitado en la justicia de la Provincia de Buenos Aires en torno a la "propiedad del expediente" y que fue conocida como la "guerra de las fotocopias".

Estas circunstancias nos llevan a preguntarnos si no estaríamos ante un eufemismo: ¿el legajo de investigación acaso no sigue siendo un expediente en los términos expuestos en la segunda parte del trabajo? Parecería ser que los jueces tratan y convierten a ese "legajo de investigación" desformalizado, en un expediente formalizado.

Acaso las disputas de poder traducidas en: 1) reclamar la actuación escrita previa a la audiencia y tratarlas como fuente de información primaria; y 2) el decidir acerca de la organización de la información del legajo, ¿no constituyen ejemplos de una contrarreforma de lo inquisitivo?

Los casos de reorganización del legajo de investigación por parte del juez, contra el orden elegido por el fiscal, implican aplicar un orden cronológico, el orden propio de la lectura. El que está ordenando el legajo-expediente es el juez-lector, acostumbrado a ver al expediente como el soporte material del relato, de la narración. Mientras que el juez esperaba al expediente-libro, presto a ser leído y examinado, fuente de búsqueda de la información para poder resolver el planteo o el caso, el fiscal armaba una caja de herramientas, donde ir acumulando la prueba necesaria para su teoría del caso y así poder elaborar su presentación oral.



Cabría preguntarse si estos jueces, que pedían las actuaciones escritas y que reorganizaban el legajo no buscaban conjurar un miedo y un prejuicio: "cómo voy a decidir correctamente si no conozco los antecedentes del caso" y "los fiscales no saben investigar ni presentar oralmente la información".

En este sentido, resulta interesante ver cómo los jueces que buscaban reconvertir el legajo en expediente justificaban su intervención, amparándose en normas infralegales: el Reglamento General de Organización y Funcionamiento del Poder Judicial (Res. 152/99), o el Reglamento para la Jurisdicción Contravencional y de Faltas de la Ciudad, que reglamentan las cuestiones relativas al "orden" de los procesos; sobre la confección, tratamiento y cuidado del expediente y de la forma escrita de las resoluciones y dictámenes judiciales.

La situación descrita, desembocó en la Acordada 2/2009 de la Cámara de Apelaciones del Fuero, en donde se recomendó lo siguiente:

Se dispondrá que los fiscales, al presentarse judicialmente, acompañen los elementos que componen el legajo de investigación, desglosándolos y dejando en su reemplazo copias certificadas u otro registro fidedigno de los mismos a fin de continuar la investigación. En caso que a criterio del fiscal resulte necesario mantener en el legajo elementos originales para proseguir la investigación mientras tramita el pedido judicial (por ejemplo para realizar un peritaje que no admita demora, o exhibir, a testigos determinada documentación) se remitirán copias de los mismos. Si el juez, decidiese no aceptar las piezas que en original o en copia le haya remitido el fiscal por considerar que eventualmente ellas debieran ser llevadas directamente a la audiencia por aquel de así decidirlo, así se hará. (...) Debe comprenderse claramente que se ha aludido a la presentación de las piezas que componen el legajo de investigación y no al legajo mismo, que como se dijera –salvo decisión judicial firme en contrario– debe seguir en poder del fiscal.

La recomendación de la Acordada desvía el tema central y trata de dar solución a un conflicto originado en el seno de una concepción escritural del procedimiento: si se remiten o no los originales de las actuaciones que componen el legajo o sus copias, es decir, si se remite el legajo original (expediente) o una copia del mismo; pero el tema central a fin de afianzar el modelo de oralidad, esto es, si el juez debe contar previamente a la audiencia con las actuaciones escritas del caso y tomarlas como fuente primaria de información, no fue tenido en consideración.

Para entender el fracaso que se traduce en la Res. FG 149/09 y en la Acordada 2/2009, hay que entender el entramado de procesos en los que se encuentra inserto el juez de la Ciudad.

El juez de la Ciudad maneja tres procedimientos: el de faltas, el contravencional y el penal.

Si caracterizamos al juez según cada proceso, se podría decir que el juez en el proceso de faltas se comporta muchas veces –en todos los procesos donde no interviene el fiscal, los cuales constituyen la mayoría– como el juez de instrucción de la justicia penal nacional, ya que cuenta con facultades de investigación y puede interrogar al imputado y a los testigos. En este procedimiento, el expediente posee una importancia central.





En el procedimiento contravencional, se comporta como un juez de sistema acusatorio, como un juez de garantías, pero el expediente mantiene su fuerza y la oralidad se limita al debate en la audiencia de juicio. En este sentido, a partir de la sanción del CPPCABA, algunos fiscales trataron de aplicar de manera supletoria las normas del código referidas a la oralidad, por ejemplo, realizar una audiencia para la admisibilidad de la prueba, circunstancia que generó conflictos, ya que parte de los jueces sostenían que no correspondía su realización. Así, la Acordada citada dice:

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.

Según lo expuesto, el juez al interior del procedimiento contravencional sigue actualizando el paradigma del juez/lector que necesita y defiende la existencia del expediente.

Finalmente, el proceso penal exigiría un juez con características distintas, que prescinde de actuaciones escritas y que adopta una modalidad de trabajo centrada en la oralidad. Lo cierto es que, a pesar de ser un procedimiento diseñado de manera distinta a los anteriores, el juez se comporta tal cual lo hace, en los procedimientos de faltas y contravenciones.

Resulta un desafío para el juez de la Ciudad comprometerse a realizar un cambio tan brusco en su concepción, y tan difícil cuando debe manejar dos lógicas distintas, la escrita y la oral. Hay que tener en cuenta que la mayoría de los jueces de la Ciudad provinieron de la justicia penal nacional, es decir, se formaron trabajando con códigos de procedimientos (uno escrito, el otro mixto) en donde la escritura y el expediente cumplían un rol principal en la lógica de trabajo.

V. CONCLUSIÓN

Este trabajo busca conceptualizar el término "oralidad" en el marco de un proceso penal signado por un sistema acusatorio, como así también analizar y sopesar las fuerzas del principal obstáculo para su implementación. Se intentó pensar el expediente judicial desde un marco conceptual distinto al usualmente empleado, pero retomando las investigaciones y conclusiones arribadas desde disciplinas tanto más próximas al derecho procesal.

En algún punto, existió una limitación consistente en reunir, sintetizar y organizar problemas en torno a la oposición oralidad/escritura (no es sólo el expediente, la estructura organizacional del poder judicial también actúa como una variable de bloqueo de la oralidad, estructura que es funcional al dispositivo-expediente), para poder reformular una pregunta tantas veces planteada en ocasión de hablar sobre reforma judicial: cómo pasar del dispositivo-expediente al dispositivo-oralidad.

El expediente judicial emergió como un objeto técnico funcional a un procedimiento escrito y secreto, capaz de reunir información pasible de ser examinada por un cuerpo de



funcionarios organizados de modo piramidal. Fue un producto técnico de la inquisición; es un artefacto funcional a las estructuras y prácticas heredadas de aquella tradición.

Poco importa si la colección de actuaciones escritas se llama expediente o legajo de investigación; mientras que los operadores del sistema dependan de las actuaciones escritas como fuente de información primaria, seguirá operando el dispositivo-expediente.

Por ello, la oralidad debe ser entendida como una manera distinta de presentar y hacer circular la información en el marco de un proceso, como guía para la construcción de un nuevo paradigma (un dispositivo-oralidad), y no simplemente como la verbalización de un planteo o de una petición remitida por escrito previamente al juez. En este sentido, el sistema acusatorio no es suficiente para dismantelar prácticas que vienen operando dentro de la tradición de la justicia nacional, ahora trasladada en parte a la Ciudad. Gadamer elaboró una fórmula, que por su éxito uno recuerda como eslogan: nosotros no tenemos la tradición, sino que es la tradición la que nos tiene a nosotros. Sloterdijk (2006:46), retomando esta idea, agregaba: "pero en ocasiones, ella nos tiene de una forma parecida a como una ciudad destruida tiene a sus habitantes o como a un círculo vicioso encierra a unos jugadores que tratan de escapar de su rutina".

No será sino hasta que los operadores judiciales de la Ciudad sean conscientes de que se encuentran sujetos por una tradición desafortunada, que las fuerzas de un nuevo comenzar se organicen y desarrollen el nuevo paradigma.

BIBLIOGRAFÍA

- Agamben, Giorgio; (2007) «¿Qué es un dispositivo?», en www.libertaddepalabra.tripod.com/id11.html.
- Barreneche, Osvaldo; (2007) «¿Lega o letrada? Discusiones sobre la participación ciudadana en la justicia de la ciudad de Buenos Aires durante las primeras décadas de la independencia y experiencia republicana»; en Justicia, política y derechos en América Latina; Palacio, Juan Manuel y Magdalena Candiot (comps); Prometeo libros, Buenos Aires.
- Barquín Sanz, Jesús; (1999) «Conversaciones: Dr. Santiago Mir-Puig»; en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 01-c1.
- Barthes, Roland; (1974), Investigaciones retóricas I: la antigua retórica, Editorial Tiempo contemporáneo; Buenos Aires.
- Baytelman, Andrés y Vargas, Juan Enrique, (2006) «Habilidades y destrezas de los jueces en la resolución de los juicios orales»; en Realidad Judicial, Año VI N° 1, Buenos Aires.
- Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio J, (2005) Litigación penal juicio oral y prueba, Instituto de Ciencia Procesal Penal, Editorial Alternativa, Lima.
- Binder, Alberto M.; (2000), Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal; Ad-Hoc, Buenos Aires.
- Binder, Alberto M.; (2004), Justicia Penal y Estado de derecho, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- Binder, Alberto M. y Obando, Jorge; (2004), De las repúblicas aéreas al estado de derecho; Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.



- Binder, Alberto M.; «La fuerza de la inquisición y la debilidad de la república», en *www.inecip.org*.
- Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, Expte. 2589-D-04, presentado por Alberto M. Binder e Ileana Arduino, Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2004.
- Cano Jaramillo, Carlos A., (2007) *Oralidad debate y argumentación*, Editorial Ibañez, Bogotá.
- Cutter, Charles R.; (2007) «El imperio no letrado; en torno al derecho vulgar en la época colonial» en *Justicia, política y derechos en América Latina*; Palacio, Juan Manuel y Magdalena Candiot (comps); Prometeo libros, Buenos Aires.
- Cipriano, Néstor Amilcar; (1976) *La humanidad del expediente judicial y otros ensayos*; Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- Deleuze, Gilles, (1990) «¿Qué es un dispositivo?» en Michel Foucault, filósofo, Gedisa, Barcelona.
- Deleuze, Gilles y Guattari, Felix, (2002); *Kafka. Para una literatura menor*, Editora Nacional, Madrid.
- Deleuze, Gilles; (2003); Foucault, Paidós, Buenos Aires.
- Díaz, Eduardo A.; (2004), *El expediente judicial*, Hammurabi- José Luis Depalma Editor, Buenos Aires.
- Díaz, Esther; (2004), *La Filosofía de Michel Foucault*, Biblos, Buenos Aires.
- Duce, Mauricio J; «La oralización de las etapas previas al debate: la experiencia de la ciudad de Quetzaltenango en Guatemala», en *www.cejamericas.org*.
- Fletcher, George P; (2006), *Lo justo y lo razonable*, ed. Hammurabi, Buenos Aires.
- Foucault, Michel; (1999), *La verdad y las formas jurídicas*, ed. Gedisa, España.
- Foucault, Michel; (2006), «Vigilar y castigar»; Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.
- Foucault, Michel; (2008), «La arqueología del saber, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.
- Ginzburg, Carlo; (2008), *El queso y los gusanos. El cosmos según un molinero del siglo XVI*, Ed. Península/ Océano, Barcelona.
- González Preciado, Mireya; (2005) «Oralidad y Gestión, el reto de hoy» en *Reformas Procesales penales en América Latina: discusiones locales*; Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, Chile.
- Goody, Jack y Watt, Ian; (1968) «The Consequences of Literacy», en Goody, ed., *Literacy in Traditional Societies*, Cambridge University Press.
- Iud, Alan; (2008) «El impacto de la oralidad en la reducción del uso de la prisión preventiva», en *Revista de Derecho Procesal Penal: El proceso penal adversarial*, Tomo I; Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe.
- Jofré, Tomás; (1913) «Estudio preliminar» en *Causas Instruidas en Buenos Aires durante los siglos XVII y XVIII*; Estudios Editados por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
- Hernández Aguilar, Álvaro, (2004), «Proceso Civil y oralidad en Costa Rica», en *Sistemas Judiciales, CEJA, Año 4, N° 7*.
- Hazan, Luciano, (2004) «Entrevista a Roberto Berizonce», en *Sistemas Judiciales, CEJA, Año 4, N° 7*.
- Langer, Máximo; (2004) «La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado», en *Las garantías Penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*. Edmundo S. Hendler (comp). Editores del Puerto, Buenos Aires.



- Martínez, María Josefina, (2004); «Expedientes», en *Sistemas Judiciales*, CEJA, Año 4, N° 7.
- Martínez, María Josefina; (2007) «La guerra de la fotocopias. Escritura y Poder en las prácticas judiciales» en *Justicia, política y derechos en América Latina*; Palacio, Juan Manuel y Magdalena Candiot (comps); Prometeo libros, Buenos Aires.
- Maier, Julio B; (2004); «Derecho Procesal Penal I. Fundamentos», Editores del Puerto, Buenos Aires.
- Ong, Walter; (2006); *Oralidad y escritura. Tecnologías de la palabra*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- Palmieri, Gustavo Eduardo; (2005), «Consideraciones sobre la necesidad, viabilidad y exigencias en la implementación de la reforma procesal penal en la provincia de Neuquén, hacia un modelo adversarial y de «oralidad» en *Reformas Procesales penales en América Latina: discusiones locales*; Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, Chile.
- Sarrabayrouse Oliveira, María José; (1998) «Los juicios orales y la construcción del «objeto judicial», en <http://www.naya.org.ar/articulos/politica02.htm>.
- Siedlecki, Mirta Norma; (2005) «Transitando hacia la reforma procesal penal en la Provincia de Río Negro», en *Reformas Procesales penales en América Latina: discusiones locales*; Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, Chile.
- Soria, Patricia; (2008) «Hablando se entiende la gente», en *Revista de Derecho Procesal Penal: El proceso penal adversarial*, Tomo I; Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe.
- Vega, María del Milagro; (2005) «Propuesta para la implementación de la oralidad en la etapa preliminar a la audiencia de juicio en el nuevo Código Procesal penal de Catamarca» en *Reformas Procesales penales en América Latina: discusiones locales*; Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, Chile.
- Weber, Max; (1980); «Economía y Sociedad», Tomo I, Paidós, Méjico.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; «Estructuras judiciales», Ediar, Buenos Aires, 1994.
- Zalamea León, Diego; *Audiencias en la etapa de investigación*, en <http://www.cejamerica.org>.





PREMIO FORMACIÓN 2010





María Cecilia González
Principio de oportunidad y sistema
acusatorio en la Ciudad Autónoma
de Buenos Aires. Propuestas para
el contenido político-criminal de la
acusación penal pública

cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

3er. premio





Principio de oportunidad y sistema acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Propuestas para el contenido político-criminal de la acusación penal pública*

MARÍA CECILIA GONZÁLEZ**

I. INTRODUCCIÓN

Los mecanismos previstos en el Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires –en adelante, CPPCABA–, que privilegian una respuesta reparatoria por sobre la sancionatoria, recuperan la idea de conflicto penal como litigio entre individuos y la centralidad de la noción de daño, y en ese sentido, son herramientas útiles para la realización del sistema acusatorio.

Sin embargo, en el marco de un sistema que mantiene el monopolio de la acusación penal pública (art. 71 Código Penal), el Ministerio Público Fiscal se erige como actor central, y su actuación en el proceso es decisiva ante dos finalidades que resultan paradójicas por provenir de paradigmas jurídicos antagónicos: la averiguación de la verdad (art. 91, inc. 1 CPPCABA) y la búsqueda de la resolución del conflicto (art. 91, inc. 4 CPPCABA).

Esta tensión, no sencilla de resolver, ubica en agenda pública la pregunta que refiere a cuáles son los casos en los que debe concretarse la intervención del Ministerio Público Fiscal –en adelante, MPF– y cuál es la incidencia de la voluntad de la víctima sobre la acusación pública. En este sentido, sostendré que el contenido de la acción penal se ha redefinido.

La adopción de criterios de oportunidad para desistir de la persecución estatal implica otorgar consecuencias jurídicas –tales como la suspensión de la persecución, la extinción de la acción, etc.– a acuerdos o situaciones fácticas entre ofensor–ofendido, que comúnmente ocurren al margen del proceso.

Sujetos a mecanismos de control, permiten dar respuestas diversificadas y reorientar recursos a aquellos casos que requieren la realización del debate, fortaleciendo los juicios orales y públicos como medios y fines para la construcción de un sistema acusatorio.

Este trabajo está organizado en tres apartados. En la primera parte, me referiré a la organización judicial, específicamente en relación a cuál es el rol que el Ministerio Público Fiscal desarrolla en la política de persecución penal y cuál es la organización interna que permite la realización de sus objetivos.

* Trabajo ganador del 3er Premio Formación Judicial 2009, en el eje "Luces y sombras del proceso acusatorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

** El seudónimo utilizado fue "Turquesa Mar".





En un segundo apartado, abordaré un análisis descriptivo respecto a los criterios normativos introducidos por la Ley nº 2.303 en relación a las causas por las cuales es posible prescindir de la persecución penal pública.

Posteriormente, me referiré a los mecanismos de control sobre las decisiones de archivo, tratando de determinar cuál es el contenido de esa revisión, a quiénes les corresponde ejercerla a la luz de un sistema acusatorio, como también cuál es el rol asignado a la víctima.

1.1. Anotación necesaria. Sistema Acusatorio y principio de oportunidad

El derecho procesal penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adoptó constitucionalmente el sistema acusatorio (art. 13.3 CCABA) y fue regulado por la Ley nº 2.303, que instituyó la centralidad de la oralidad del juicio y de las incidencias previas para llegar a él,¹ otorgó un fuerte protagonismo al Ministerio Público Fiscal en la dirección de la investigación, y delimitó el rol del juez circunscripto al control de garantías constitucionales y a resolver la contienda que acusador y defensa acercan a su conocimiento.

El diseño de este sistema se inserta, sin embargo, en un medio donde el sistema de justicia y la enseñanza del derecho se caracterizan por una tradición identificada con el modelo mixto de enjuiciamiento,² que conserva muchos rasgos inquisitivos. La fuerza de esa tradición actualiza el dato objetivo que informa que las leyes son necesarias pero no suficientes para la generación de nuevas prácticas.³

Los contornos señalados deben tenerse en cuenta al momento de analizar las luces y sombras del sistema acusatorio actual en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹ No así para las etapas recursivas, que mantienen el procedimiento escrito.

² La competencia penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se origina con el Primer Convenio de Transferencia celebrado por autoridades nacionales y locales el 7 de diciembre de 2000 y ratificado por Ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Nº 597 y Ley Nacional Nº 25.752 (2/7/2003). Por otra parte, el Código Procesal Penal de la Ciudad fue sancionado por ley el 29/3/07. La creación del fuero brinda una oportunidad para la generación de nuevas prácticas en el sistema de justicia. Sin embargo, la construcción de un nuevo modelo no surge de una tabla rasa, y los esfuerzos para aprovechar las oportunidades se pueden frustrar sin una autocrítica consensuada acerca de las consecuencias de las prácticas inquisitivas para la realización de un sistema democrático de gobierno. Es necesario revisar la fuerza de la tradición judicial, si se tiene en cuenta que la conformación del sistema penal de la Ciudad Autónoma es llevada a cabo por operadores que provienen del modelo mixto, ya sea por su experiencia laboral en el fuero nacional penal o por la formación académica. En la Universidad de Buenos Aires, la enseñanza del derecho procesal penal se estructura en el estudio de las reglas del Código Procesal Penal de la Nación, dejando de lado sistemas penales (provinciales o de la CABA), donde el modelo es más acusatorio.

³ Un ejemplo de lo señalado es, que pese a la regulación del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece la oralidad para todas las incidencias previas al juicio, en la práctica, el recurso de apelación es sostenido por las partes mediante la presentación de memoriales escritos, y no en todos los casos se realizan las audiencias.





La identificación del principio de oportunidad con el sistema acusatorio y el principio de legalidad con el sistema inquisitivo coinciden en su elaboración histórica, sin embargo, autores rechazan el vínculo en su desarrollo teórico (Ferrajoli, 1995:567).

Aun cuando se niegue la relación, "la importancia que revisten estos principios en ambos modelos queda plasmada en la dificultad que representa cualquier intento de ingresar, modificar, alterar, limitar o quebrar su vigencia como principios estructurales" (Honisch, 1999:306).

Las dificultades se verifican, por ejemplo, en los recientes pronunciamientos de las Salas I y III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, en autos "González, Pedro s/inf. art. 183 CP" (Rta: 29/05/09) y "Batista, Ramón Andrés Pedro s/inf. art. 149bis CP" (Rta: 10/06/09), respectivamente. En ambos casos, los camaristas han declarado la inconstitucionalidad el art. 204 inc. 2 CPPCABA (mediación penal) sobre el entendimiento de que la Ciudad no puede introducir en su legislación adjetiva institutos que modifiquen normas sustantivas, como lo es el art. 71 del Código Penal (principio de legalidad).

Si bien es deseable una aplicación uniforme en todo el territorio del país de los criterios de ejercicio de la acción, puede contraargumentarse a lo sostenido en los fallos citados, que el sistema de oportunidad reglado⁴ no modifica la vigencia del principio de legalidad procesal, sino que sistematiza los modos de aplicación o realización del derecho de fondo que, como se ha dicho reiteradamente, resulta de imposible realización fáctica en la postulación teórica absoluta. Por lo tanto, la contradicción entre el art. 71 del Código Penal y la normativa adjetiva local es sólo aparente.⁵

Por otra parte, hay quienes sostienen que la naturaleza de la acción penal es procesal, y no es materia delegada de las provincias a la Nación, por lo que caben dos posibilidades: a) si el Congreso de la Nación se arroga las facultades de legislarla usurpa funciones que no le corresponden; b) el art. 71 del CP debe interpretarse como disposición procesal inserta en una ley nacional que, por su naturaleza, sólo resulta obligatoria para la jurisdicción nacional y federal (Martínez, 2002:516).

De todos modos, más allá de los debates vinculados a la naturaleza de la acción, los pronunciamientos de la Cámara de Apelaciones confirman las restricciones institucionales de la cultura jurídica, aun dentro del nuevo sistema acusatorio formal como lo es el de la Ciudad de Buenos Aires, para sincerar la relatividad del principio de legalidad procesal.

II. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL Y POLÍTICA CRIMINAL

La política criminal es la gestión estatal de la conflictividad criminal, campo en donde se define qué conductas se consideran delitos, qué respuestas se da a quienes los

⁴ Ver apartado III de este trabajo.

⁵ En este sentido se pronunció la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza en "Fiscal c/Sosa Moran, Juan Rafael y otros p/ daño agravado s/inconstitucionalidad" del registro n° 83.449 rta: 19/9/05. Voto mayoritario de Dres. Salvini y Llorente; disidencia de Dr. Böhn.



cometen y a las víctimas, cómo se investiga y juzga, y con qué recursos económicos. Se trata de un conjunto de saberes y prácticas orientadas al ejercicio del poder punitivo.

Asimismo, comprende una valoración de la estructura del sistema penal, y de la política a su respecto, o sea que reconoce un fuerte componente de política institucional (Zaffaroni, 2002:156).

La primera pregunta necesaria a los fines de este trabajo refiere a cuál es el rol constitucional específico que el Ministerio Público Fiscal desarrolla en la política de persecución penal de la Ciudad; cuáles son sus competencias para desarrollar un programa político criminal con objetivos a mediano y largo plazo, y cuál es la extensión de discrecionalidad otorgada para llevar a cabo tales fines.

A nivel normativo, los lineamientos jurídico-institucionales en el ámbito local están fijados por los arts. 13.3, 124 y sucesivos de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Ley n° 1.903.

El Ministerio Público integra el Poder Judicial de la Ciudad, conservando autonomía funcional y autarquía. Está conformado por tres ámbitos diferenciados por sus específicos intereses: Defensoría General, Asesoría Tutelar General y Fiscalía General.

En lo que respecta al MPF, está dirigido por el Fiscal General, cuyo cargo es predominantemente político, pues tiene a su cargo la política criminal que atañe a la dirección de la acusación penal.

Es designado por el Jefe de Gobierno con el acuerdo de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura. Dura en su función siete años, pudiendo ser reelegido con intervalo de un período completo.

Los principios rectores del MPF son legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y organización jerárquica. Estos dos últimos son instrumentales para la realización de los dos primeros (Fernández Aparicio, 2006:35).

El principio de unidad determina que los fiscales actúan siempre en representación de la institución, y que su actuación obedecerá a criterios que buscan ante todo una interpretación uniforme de la ley que garantice el principio de igualdad; por lo que supone una limitación en la actuación del fiscal que se desenvuelve procesalmente como portavoz de una institución. (Fernández Aparicio, 2006:35). Como consecuencia de este principio se presenta la facultad del fiscal superior de apartar al fiscal interviniente, pues es indiferente quién actúe.

La organización jerárquica es la facultad que tienen los órganos superiores de controlar el correcto desempeño de los funcionarios inferiores en el escalafón y permite la realización del principio de unidad de actuación.

El Fiscal General elabora criterios generales, que no pueden referirse a causas particulares ni ser contradictorios con la misión del Ministerio Público de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. Deben ser públicos y comunicados por escrito a cada uno de los titulares de los otros ámbitos del Ministerio y simultáneamente a la Legislatura.

Esta función operativa es una herramienta útil para definir una política coherente, coordinada y programada hacia ciertas prioridades. A su vez, los criterios generales responden a una ingeniería institucional donde los actos de gobierno son públicos, fundados y no arbitrarios, notas que permiten el control y evaluación de resultados.

En relación al principio de imparcialidad, es posible distinguir el aspecto objetivo del subjetivo. Objetivamente, la imparcialidad impone al fiscal prescindir de cualquier otro





criterio, influjo o interés; implica la identificación del Ministerio Público Fiscal con la verdad fáctica y con la legalidad jurídica en todas las instancias, incluso cuando su actuación sea a favor del imputado. Por otro lado, "subjetivamente, la imparcialidad se manifiesta como deber del fiscal, que le impone el separar lo que opina personalmente, de lo que le exige la ley, ésta última expresión de la voluntad popular" (Fernández Aparicio, 2006:54).

La misión de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad constituye la principal misión del Ministerio Público Fiscal, sin embargo, es posible afirmar que todos los órganos del Estado están sujetos al cumplimiento de este principio, aunque lo están de distinta manera (Fernández Aparicio, 2006:52). Por lo tanto, cabe preguntarse cuál es el modo específico en que la legalidad debe ser defendida por el MPF.

La legalidad que se propulsa es la de los "intereses generales de la sociedad" (art. 124 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires); por lo que también es oportuno cuestionarse acerca del contenido de esa representatividad otorgada por mandato constitucional.

Para ello es necesario recordar que la persecución penal de oficio es una característica coyuntural e histórica, forjada a través del desarrollo del Estado-nación, proceso que se inicia a los fines de la Edad Media y que se consolida de manera genérica en la Edad Moderna. La nueva organización política fue causa principal del cambio estructural producido en el mundo jurídico: del derecho germano y el proceso acusatorio privado hacia el sistema inquisitivo a través de la recepción del derecho romano-canónico; y posteriormente, la introducción de principios protectorios de la dignidad humana con el advenimiento del Iluminismo, que dieron origen al proceso penal mixto o sistema inquisitivo reformado (Maier, 2002:259).

A nivel discursivo, el monopolio y la estatidad de la persecución penal ha sido legitimada mediante el concepto de bien jurídico protegido (Zaffaroni, 2002:128). Esta ficción del derecho ha otorgado al Estado la potestad de investigar y condenar el incumplimiento a la norma, invisibilizado mediante tal mecanismo, el conflicto interpersonal que hace de sostén al delito, y junto a ello, el daño ocasionado en los derechos de las víctimas.

En este orden, la expropiación del conflicto (Christie, 1992; Maier, 1992) es reforzada por la concepción de un Ministerio Público Fiscal representando a la ficción "Estado-víctima", y por lo tanto, portavoz de un interés propio, "autonomizado" respecto del perteneciente a la sociedad (Cafferata Nores, 1999:57).

Por lo que abordar el concepto de sistema acusatorio focalizando únicamente en la separación entre acusación y juzgamiento, pero conservando ambos roles dentro del propio Estado, implica otorgar un sentido formal al modelo de enjuiciamiento, en contraposición al sentido material que tenía el sistema en la antigüedad, cuando la acusación dependía de un acto voluntario de la parte privada (proceso de partes).

Sin embargo, si consideramos que los individuos no han renunciado a favor del Estado sus derechos, mas solo éste se ha apropiado de la tutela de aquéllos, es posible afirmar que el MPF representa el interés general de la sociedad, "principalmente o también porque es el de cada uno de sus integrantes" y "nunca podrá dejar de lado un perfil funcional de agente público al servicio del ciudadano que vea afectado su derecho o interés concreto por la comisión de un delito" (Cafferata Nores, 1999:57).



En esta línea de pensamiento, es posible revisar el concepto de persecución pública, y controlar que sus fines no se independicen de los del conjunto de los ciudadanos, o se desatiendan totalmente de la víctima (Cafferata Nores, 1999:58), especialmente al momento de valorar una opinión de ésta contraria a la del MPF respecto al conflicto que la involucra.

El CPPCABA recepcionó el debate actual de la política criminal en torno a la necesidad de dotar a la víctima de mayor protagonismo en el enjuiciamiento penal y recuperarla de aquel ostracismo en el que la sumió la persecución penal pública producida por el sistema inquisitivo (Maier, 2002:459); razón por la cual se legitima la introducción al procedimiento de criterios democráticos que otorgan al MPF de determinadas facultades y responsabilidades respecto a las personas ofendidas por el delito.

En lo que aquí interesa, ha previsto el principio de oportunidad y el principio de resolución del conflicto, lo que apareja, al menos, dos preguntas en relación a la política criminal que compete desarrollar al MPF: en qué supuestos podrá desistir de la persecución; y por otro lado, en qué contextos priorizará la reparación por sobre la respuesta punitiva.

En cuanto al primer punto, cabe recordar que los procedimientos regidos por el principio de legalidad, mientras sostienen discursivamente la irrenunciabilidad de la persecución, realizan en la práctica una selección caótica, informal e irracional (Guariglia, 1993), acerca de la cual se ha dicho:

Los juristas sostienen, especulativamente, el principio de legalidad como criterio de justicia rector de la persecución penal, y la práctica concreta selecciona de diversas maneras los casos a tratar y el tratamiento que recibe ya dentro del sistema, aplicando criterios de oportunidad. La razón de esta discordancia –prescindiendo del ingrediente ideológico y haciendo hincapié sólo en la necesidad– es siempre el aparato estatal, por los recursos humanos y materiales de que dispone, para procesar todos los casos penales que se producen en su seno. Por lo demás, la selección resulta una colisión de intereses, unos prevaleciendo sobre otros, según factores de poder y desigualdades reales, ponderación que no siempre se adecua a los valores jurídico sociales declamados por el discurso jurídico y político, o al rango que ellos ocupan relativamente (...). La selección se oculta o se disfraza, por el peso de la regla de legalidad; carece por lo tanto, de transparencia y encubre, algunas veces, actos deshonestos y, otras, un trato desigual del sistema a quienes lo sufren, contrario al Estado de Derecho; todo el procedimiento, por lo demás impide fijar responsabilidad de los órganos que operan la selección (Maier, 2002:834).

Por lo tanto, el principio de oportunidad dota al procedimiento de ciertas capacidades de contralor sobre la selectividad del sistema; desplaza hacia el foro público la selectividad producida en la zona oculta, la constituye en una problemática de Derecho y asigna responsabilidad institucional por las decisiones tomadas. Se propician, de este modo, las bases para un debate más amplio acerca de los alcances de la disponibilidad de la acción pública.

En referencia a la segunda pregunta, estimo que un MPF comprometido con la tutela de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho debería ser permeable a la autonomía





de la víctima, particularmente en aquellos delitos que lesionan derechos o intereses disponibles por su titular y que no comprometa un "plus" de interés que trascienda el daño sufrido por la víctima.

Razón por la cual el interés público de la persecución encuentra fundamento en la afectación de bienes colectivos, la imputación a funcionarios públicos o la existencia de conflictos de abuso de poder, delitos graves por su incidencia en la industria del delito, o lesiones a derechos que por mandato constitucional merecen una protección especial.

Sin embargo, en el contexto de una cultura jurídica con excesiva confianza en la pena estatal como sistema de solución de conflictos sociales (Maier: 2002), la elección de las víctimas por vías alternativas al enjuiciamiento penal está estrechamente vinculada con las prioridades de una política pública orientada a la información y promoción de medios de resolución de conflictos no represivos. Y en este camino, el MPF adquiere un rol preponderante en atención a las obligaciones asignadas en el art. 91, inc. 4° del CPPCABA.

III. CRITERIOS DE OPORTUNIDAD PARA DISPONER DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA

Se ha definido el principio de oportunidad como:

La posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales (Maier, 2002:836)

Los dos objetivos principales que persigue la aplicación del principio de oportunidad son la discriminación de hechos punibles, donde otras formas de intervención pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria la aplicación del derecho penal; y la eficiencia del sistema, en tanto procura el descongestionamiento de una justicia sobrecargada de casos, reservando de este modo los recursos para los hechos en los que resulta indispensable su intervención (Maier, 2002:837).

En el camino hacia la realización de un derecho penal subsidiario, hay juristas que entienden el concepto de oportunidad de un modo amplio, en donde quedan comprendidos todos aquellos instrumentos penales y procesales penales para descriminalizar la pequeña criminalidad (Armenta Deu, 1991:209).⁶

Se encuentran en el grupo de institutos penales la aplicación de la condena de ejecución condicional (art. 26 y subs. CPN), la previsión de delitos de acción privada o

⁶ Teresa Armenta Deu cita a Bacigalupo, quien sostiene que por principio de oportunidad no debe entenderse tan sólo la renuncia a la acción penal del fiscal si se presentan determinadas condiciones, sino, más bien, a todo tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo.



dependientes de instancia privada (art. 71, inc. 1 y 2), la extinción de la acción por el avenimiento entre imputado y ofendida en los delitos contra la integridad sexual (art. 132 CPN), la extinción de la acción por la oblación voluntaria de la multa, todos ellos instrumentos procesales que refieren a criterios de política criminal. El grupo de institutos procesales penales comprende la suspensión del juicio a prueba (art. 205 CPPCABA), el juicio abreviado (art. 266 CPPCABA), la clausura provisional de la investigación preparatoria (art. 208 CPPCABA), la mediación (art. 204, inc. 2 CPPCABA), y la remisión prevista en el Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 75 de la Ley 2451).

También responde a criterios de disponibilidad de la acción la utilización del derecho administrativo como modo de despenalizar conductas, permitiendo la adopción de medidas más suaves fuera del ámbito estrictamente penal (Armenta Deu, 1991:26). La utilización de esta vía resulta de particular incidencia en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, donde coexisten las competencias penales y contravencionales en el mismo fuero, lo cual facilita el cambio de calificación.

En este trabajo me referiré específicamente al art. 199 del Código Procesal Penal de la Ciudad. La novedad de este articulado radica en la adopción de un modelo de oportunidad reglada,⁷ que significa que, sobre la base de la vigencia del principio de legalidad, se admiten excepciones previstas taxativamente en la legislación, que autorizan abstractamente a tratar criterios para prescindir de la acción penal pública.

Por resultar útil para la exposición, agruparé los criterios de oportunidad regulados en el art. 199 del CPPCABA en atención a rasgos comunes, de la siguiente manera:

- Obstáculos de hecho y derecho para la persecución penal. Comprende previsiones que se hallan también en códigos procesales en los que rige el principio de legalidad, aunque otorgando potestad al juez o al acusador público según las características del procedimiento (acusatorio, inquisitivo, mixto); la particularidad es que en el código procesal local fueron resueltos mediante el archivo como facultad fiscal.
- Introducción de criterios que emanan del principio de proporcionalidad del *ius punendi*. A través de estos supuestos se intenta corregir las desigualdades en la aplicación de la ley, otorgando respuestas diferenciadas que respondan a un principio de humanidad.
- Eficiencia del servicio de justicia. Los criterios aquí ordenados tienen como finalidad la fijación de prioridades y la adecuación de recursos para el tratamiento preferencial de los casos que requieren indiscutiblemente cobertura penal.

⁷ Esta modalidad es la que predomina en el sistema continental europeo, y se contrapone con el sistema de oportunidad libre que se aprecia en el derecho anglosajón, especialmente en Estados Unidos. Allí, se parte de una premisa: el fiscal sólo lleva a juicio aquello que puede ganar logrando una condena ("causa probable"), sus facultades están exentas de control y son tan amplias que puede decidir si realiza la investigación, si inicia formalmente la persecución, si garantiza inmunidad o si negocia los cargos con el imputado. Sobre la distinción de los dos sistemas, ver Maier, 2002:836. Para una crítica sobre los rasgos inquisitivos que adopta el sistema acusatorio en Estados Unidos, ver Bovino, 2005a.





3.1. Criterios de oportunidad basados en obstáculos de hecho y derecho para la persecución penal

3.1.1 Acción penal prescrita y causal de inimputabilidad del autor

Cuando a criterio del Ministerio Público Fiscal la acción esté prescrita o extinguida por el transcurso del tiempo (art. 199, inc. b); o el autor sea inimputable o se encuentre amparado en alguna causa de justificación o exención de la pena (art. 199, inc. c), aquél podrá disponer el archivo de las actuaciones.

La decisión fundada en estos motivos requiere, por imperativo legal, el control del juez, quien deberá evaluar si se dan los supuestos del art. 34 (inimputabilidad) o del Título X, Libro Primero del Código Penal de la Nación (extinción de acciones y de penas). Emitiendo un auto de mérito sobre estos puntos, el juez rechazará el archivo o convalidará el criterio del fiscal.

3.1.2. Hecho atípico

Cuando a criterio del Ministerio Público Fiscal el hecho resulte atípico (art. 199, inc. a), podrá disponer el archivo de las actuaciones. La revisión de la decisión atañe al Fiscal General, y el juez no tiene competencia para incidir ante la discrepancia de criterio.

Esta previsión denota la profunda orientación acusatoria del código procesal local, que ha reservado al MPF el ejercicio de la acusación, o en su defecto, a la parte constituida como querellante (art. 10, último párrafo).

Podría argumentarse en contra que, en principio, la adecuación de una conducta a un tipo penal requiere una valoración técnica jurídica, por lo que correspondería prever el control judicial.

Sin embargo, la defensa tiene derecho a presentar ante el juez una excepción de previo y especial pronunciamiento, por manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad (art. 195, inc. c), lo que habilitará a la jurisdicción a valorar el contenido de la persecución antes de la realización del juicio oral.

Por otro lado, calificar hechos sociales como delitos no es un criterio que responde a una interpretación meramente literal de la ley, sino que implica una decisión sobre la conveniencia de la intervención penal.

Los desarrollos teóricos sobre política criminal fueron introducidos a la teoría del delito, y comprometen decisiones referidas al mayor (por ej., derecho penal del enemigo) o menor (por ej., derecho penal de mínima intervención) alcance que se decida otorgar al sistema penal en su conjunto.

Ejemplos de mérito criminológico vinculados con la tipicidad son las valoraciones sobre la existencia de determinados elementos objetivos del tipo (afectación insignificante al bien jurídico,⁸ insignificancia del aporte realizado por el autor), o las realizadas en

⁸ "Las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva" (Zaffaroni, 2002:471)



torno al tipo de lesión que la norma sanciona (por ej., en los delitos de peligro abstracto cuando se evalúa que se dé tal característica);⁹ como también la denominada teoría de la adecuación social;¹⁰ planteos que requieren, en definitiva, un cuestionamiento sobre cuál es el conflicto penal.

El control jerárquico sobre la decisión de archivo se produce por la voluntad del damnificado, víctima o denunciante. El CPPCABA ha asimilado los archivos por atipicidad y por falta de pruebas, al regular la revisión de ambos supuestos conjuntamente en el art. 202, lo cual se presta a ciertas confusiones.

Así pues, el art. 202 expresa que "el archivo dispuesto por esta causa no impedirá que se reabra la investigación si con posterioridad aparecen datos que permitan probar la materialidad del hecho". Sin embargo, el art. 203 estableció que en los archivos dispuestos por el inc. a del art. 199, "la resolución del fiscal o en su caso del Fiscal de Cámara será definitiva e impedirá al Ministerio Público Fiscal promover nuevamente la acción por ese hecho".

Si bien la atipicidad de una conducta puede estar vinculada a los resultados de determinadas pruebas, no son supuestos idénticos. Una interpretación armónica con el conjunto del ordenamiento procesal indicará aplicar los efectos de la prohibición de la doble persecución para los casos de archivo por atipicidad, excepto que la imposibilidad de encuadrar en el tipo dependa de la obtención de pruebas que al momento del archivo no puedan producirse.

El Fiscal General atribuyó facultades al Fiscal de Cámara para apartar al fiscal de primera instancia que archivó las actuaciones por atipicidad (causa n° 19.239/08), aplicando analógicamente lo previsto para el desarchivo por proceso injustificado.

3.1.3. Imposibilidad de proceder

Cuando 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 fiscal ordenará el archivo de la denuncia y las actuaciones de prevención (art. 199, inc. d).

El fiscal deberá notificar a la víctima, quien dentro del tercer día podrá oponerse al archivo, indicando las pruebas que permitan acreditar la materialidad del hecho o efectuar la individualización (art. 201).

Si el Fiscal de Cámara aceptara la impugnación planteada, ordenará la prosecución de la investigación con el cumplimiento de las medidas propuestas.

El archivo dispuesto por estas causas no impedirá que se reabra la investigación si con posterioridad aparecieran datos que permitan identificar al imputado.

⁹ En este sentido pueden leerse, por ejemplo, las RFG N° 178/08 y la RFC N° 11/09 citadas más adelante en este trabajo.

¹⁰ Esta noción "refiere a un comportamiento que no aparece como socialmente desviado, pero que, sin embargo, es subsumible en la descripción formal -abstracta- de un tipo penal" (Maier, 2002:838)



3.2. Criterios de oportunidad basados en el principio de proporcionalidad del *ius punendi*

3.2.1 Proceso injustificado

El archivo de las actuaciones también puede producirse cuando la naturaleza e importancia del hecho no justifican la persecución (art. 199, inc. e). Esta causal introduce un criterio de pura decisión política criminal, que tiene como objetivo la descriminalización de comportamientos, y permite la realización de un derecho penal subsidiario.

Pueden ser resueltas por esta vía, y de modo más efectivo, nociones que por vía de la atipicidad han sido mayormente resistidas en nuestra cultura jurídica. Como se dijo anteriormente, no se justifica la persecución penal en las formas insignificantes de los tipos penales, situaciones que pueden ser derivadas a otras formas de control social ajenas al penal, ya sea por la importancia ínfima del hecho (delitos de bagatela) o la culpabilidad mínima del autor (Maier, 2002:838). También puede ser resuelta por este inciso la adecuación social del hecho, concepto que ha sido debatido sin mayor fortuna en la dogmática penal (Maier, 2002:838).

Sin embargo, aquello que en un plano general de conflictividad puede resultar insignificante, para el particular puede representar mayor afectación, relación que tendría que tenerse en cuenta a efectos de no agudizar la victimización selectiva. "Una lesión usualmente insignificante puede ser significativa para el sujeto pasivo concreto cuando alguna circunstancia particular de éste o de su situación le haga cobrar significación para su exigencia" (Zaffaroni, 2002:495).

Por ello, a criterio de quien escribe, pese a que el CPPCABA no estableció como requisito para el archivo el ofrecimiento de reparación por parte del imputado, los casos bagatelarios requieren un mayor compromiso en la búsqueda de una respuesta reparativa cuando –y a condición de que– el ofendido por el delito se haga presente en el proceso.

No se podrá dejar de advertir el riesgo de ampliar desmedidamente la red de control social extendiendo los métodos de resolución de conflictos a casos en donde el sistema penal formal comúnmente decide no intervenir (Souza, 2000a:33). La pregunta conducente sería: ¿intervenir con métodos alternativos en situaciones fácticas que rozan con lo delictivo, pero que no presentan acabadamente los caracteres del tipo?

Señalaré en el punto siguiente la diferencia entre mediación alternativa al sistema penal y alternativa al proceso, siendo pertinente indicar ahora que la primera opción se presenta con mayor potencialidad para evitar el problema de la expansión arbitraria del control social.

Hubiera sido preferible que la norma precise qué hechos no justifican la persecución,¹¹ por ejemplo, haciendo referencia a la insignificancia de la afectación o del aporte

¹¹ Por ejemplo, el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (Ley 11.922, Art. 56 bis): "El Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones (...) cuando la afectación del bien jurídico o el aporte del imputado en el hecho fuera insignificante y siempre que la pena máxima del delito imputado no supere los seis años de prisión". El Código Procesal Penal de la Provincia de



del autor o a la falta de interés público en la persecución. Conceptos que si bien requieren un desarrollo hermenéutico no exento de debates, orientan de mejor modo el criterio de oportunidad.

También pudo fijar limitaciones formales para la procedencia del supuesto, conformando "índices de nimiedad o de falta de significación" (Armenta Deu, 1991:36), que podrían estar vinculados a: topes de penas máximas, el valor económico del perjuicio, modalidad del delito (por ej., que no sean ejercidos con violencia física en las personas), los sujetos comprendidos en el delito (excluyendo, por ejemplo, los casos en donde los imputados son funcionarios), etc.

Un método de interpretación acorde a los estándares constitucionales, para determinar cuándo no se justifica la persecución pública, requiere verificar la proporcionalidad y razonabilidad entre la lesión al bien jurídico protegido y la punición que se implementará como consecuencia de ella. La razonabilidad y proporcionalidad de la punición emerge del principio republicano (art. 1 de la Constitución Nacional) y del principio de lesividad (art. 19 de la Constitución Nacional). Por lo que, cuando la comparación entre lesión protegida y la pena es desproporcionada será ajustado a derecho prescindir de la intervención penal.

Sería conveniente a los fines de garantizar la igualdad ante la ley, que el Ministerio Público unifique criterios sobre la significación de "proceso injustificado" a través de resoluciones con alcance general conforme las facultades otorgadas por Ley 1.903.

En cuanto a la revisión del archivo, la víctima podrá plantearla dentro del tercer día de notificada. La ley prevé que en caso de que el Fiscal de Cámara considere que los elementos reunidos son suficientes para promover la investigación preparatoria, designará al fiscal que deberá proceder en consecuencia (art. 200).

La investigación se puede reabrir cuando aparecieran circunstancias que fundadamente permitan modificar el criterio por el que se estimó injustificada la persecución.

3.2.2. Acuerdo de mediación

El fiscal podrá renunciar a la persecución si se hubiere arribado y cumplido el acuerdo de mediación. También podrá archivar las actuaciones si no se cumplió el acuerdo por causas ajenas a la voluntad del imputado pero existió composición del conflicto. Para que proceda el archivo por esta causa en caso de pluralidad de víctimas, deberá existir acuerdo con la totalidad de ellas (art. 299, inc. h).

El proceso podrá reabrirse cuando el acuerdo de mediación se frustrara por actividad u omisión maliciosa del imputado, circunstancia que dependerá de la voluntad de la víctima poner en conocimiento.

Chubut (ley 5478, Art. 44, inc. a): "El fiscal podrá plantear al tribunal el cese del ejercicio de la acción (...) siempre que no mediare condena anterior, cuando se trate de un hecho que por su insignificancia, por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad, no afecte mayormente el interés público, salvo que haya sido cometido por un funcionario público con abuso de su cargo o que la pena privativa de libertad mínima prevista para la acción atribuida exceda los tres años".





Las vías compositivas de resolución del conflicto requieren una gestión predominante a cargo del fiscal, que debe propiciar la utilización de esos medios proponiendo a las partes, para luego derivar al ámbito del Consejo de la Magistratura –Oficina de Acceso a la Justicia y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos– en donde se encuentren los agentes que realizarán la mediación propiamente dicha.

El diseño institucional que establece cierta separación entre el proceso penal y el ámbito de negociación entre ofensor–ofendido, responde a la necesidad de garantizar que el acuerdo se produzca protegiendo las notas de horizontalidad, voluntariedad y confidencialidad inherentes al proceso de mediación. Estas características resultarían afectadas, así como también podrían verse comprometidas ciertas garantías constitucionales (Souza, 2000b:55), si el titular de la persecución pública se instituyera como mediador.

No requiere homologación judicial, contrariamente a lo previsto para las contravenciones (Ley 1472, art. 41), en donde existe un control limitado a las condiciones en las que la partes otorgan su voluntad para el acuerdo.

Cabe realizar una crítica a la reforma introducida por la Ley 2.452, en cuanto prohibió una nueva mediación cuando no haya transcurrido un mínimo de dos años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación (art. 204, inc. 2, tercer párrafo), limitando el instituto por razones que son ajenas al objetivo de la reparación.

Se asimilaron los efectos de la mediación a los de la suspensión del juicio a prueba (art. 76 ter, sexto párrafo del Código Penal), institutos que si bien tienen en común la reparación de la víctima como tercera vía del derecho penal, no coinciden en todos sus alcances ni objetivos (Maier, 2002:840). La suspensión del juicio valora la reincidencia porque se orienta como política de descongestionamiento del sistema para el tratamiento de delitos menores y delincuentes primarios.

Sin embargo, es posible determinar los efectos de la mediación sobre el proceso penal, según su alternatividad respecto al sistema penal o al proceso.

La mediación será alternativa al sistema penal cuando procese casos en los que aún no se ha ejercitado regularmente la acción, por ejemplo, cuando el fiscal no ha realizado el decreto de determinación del hecho punible (art. 92 del CPPCABA). Será alternativa al proceso cuando la derivación se produzca una vez que el proceso ya ha sido regularmente iniciado pero no se haya realizado el juicio de culpabilidad.¹²

En ambos supuestos, el acuerdo tendrá efectos paralizadores sobre la acusación, aunque la mediación como alternativa al proceso indica que al no haber sido determinado el hecho de imputación, no fue trabada la litis, por lo que no hay "caso". De lo que se puede concluir que las reglas del art. 204, inc. 2, tercer párrafo, no pueden aplicarse a una investigación formalmente inexistente.

Otra cuestión pertinente para la aplicación de la mediación como criterio de oportunidad será definir qué consecuencias o procedimientos se ofrecen ante la discrepancia

¹² Esta clasificación es desarrollada por Gabriela Rodríguez Fernández, quien también indica la alternatividad en relación a la pena y a la pena privativa de la libertad, y señala los peligros vinculados a la mayor o menor alternatividad del sistema de resolución alternativa de conflictos en relación al proceso penal (Rodríguez Fernández, 2000:5).



entre imputado y víctima referida al incumplimiento del acuerdo,¹³ o si ante la modificación de circunstancias existentes al momento del pacto es posible redefinir los extremos acordados.

Cualquier respuesta que se proponga requiere respetar la ajenidad del MPF al sistema de métodos alternativos a la resolución de conflictos, para conservar los rasgos de horizontalidad, voluntariedad y confidencialidad; sin perjuicio de que el fiscal sea el principal derivador.¹⁴

3.2.3. Retribución natural

En los delitos culposos, cuando el imputado hubiera sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena, el fiscal podrá archivar las actuaciones (art. 199, inc. i).

Son casos en los que el autor sufre como resultado de su propio comportamiento desviado, y que supera con creces la pena que puede esperar de su persecución penal. Generalmente, se verifica esta situación cuando víctima y victimario poseen vínculos personales íntimos y de relevancia; por ejemplo, el padre que por imprudencia en la conducción de un vehículo en la vía pública produce la muerte de su hijo; o la madre alcoholizada que para avivar el fuego de una salamandra provoca el incendio de la vivienda y la posterior muerte de todos los familiares que se encontraban en el interior.

Dentro de la dogmática penal, se ha abordado el concepto de pena natural desde dos variantes metodológicas. Una de ellas lo plantea en relación a la legalidad, proporcionalidad y racionalidad de la pena; entendiéndolo que aplicarla en casos como los aquí planteados implicaría afectar la garantía constitucional que prohíbe las penas crueles e inhumanas (Zaffaroni, 2002: 996; Viale, 1998:71).

Otro punto de vista propone analizar la problemática desde la teoría del delito y específicamente en el ámbito de la culpabilidad. Afirma que el principio de culpabilidad es el que determina los límites de la legitimidad de la pena aplicable al autor concreto, y en el caso que nos ocupa se da una compensación de culpabilidad. El Estado prescinde de la reprochabilidad, porque la culpabilidad del autor fue compensada por las graves consecuencias del hecho, que para él tiene los mismos efectos que una pena (Bacigalupo, 1998:131).

¹³ El Código Procesal Penal de Chubut (Ley 5478) resolvió la exigencia del cumplimiento del acuerdo y de la reparación del daño por vía del derecho privado (Arts. 47, 48 y 401). La homologación del juez del acuerdo o propuesta de reparación constituirá suficiente título para perseguir su cumplimiento conforme con las reglas sustantivas del derecho privado, otorgando competencia para la ejecución a los jueces civiles. En el procedimiento penal, los plazos quedan suspendidos hasta el cumplimiento del acuerdo conciliatorio o de reparación, procediendo el dictado del sobreseimiento una vez cumplidas las obligaciones asumidas.

¹⁴ El "Informe estadístico descriptivo sobre los procesos de mediación del año 2008" elaborado por la Oficina de Acceso a la Justicia y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, revela que la Unidad de Orientación de Denuncias del MPF solicitó mediación en 99 causas penales durante ese año, las fiscalías un total de 1098 y sólo una fue derivada por un juzgado.





Desde el punto de vista procesal, se ha dado viabilidad a estos preceptos mediante el sobreseimiento por mediar una excusa absolutoria,¹⁵ pero la incorporación como criterio de oportunidad pone en cabeza del MPF la decisión desde el inicio de las actuaciones.

No se ha legitimado a la víctima para instar la revisión, pero requiere la conformidad del Fiscal de Cámara. La resolución hará cosa juzgada por lo que no se podrá promover la acción nuevamente por el mismo hecho.

3.3. Criterios de oportunidad basados en la eficiencia del servicio judicial

3.3.1. Acuerdo de cooperación

El archivo de las actuaciones de prevención también procederá cuando fuera indispensable respecto de algún imputado para asegurar el esclarecimiento del hecho y/o el éxito de la pesquisa respecto de otros autores, coautores y/o partícipes necesarios que se consideren más relevantes y aquél hubiera dado datos o indicaciones conducentes al efecto (art. 199, inc. f).

Se pretende favorecer la ayuda para la investigación de los hechos delictivos; procurando arribar a la condena de uno de los partícipes, para lo cual resulta imprescindible que uno auxilie la averiguación (caso de cohecho y de la persecución imprescindible de los funcionarios públicos desleales) (Maier, 2002:383).

La colaboración del "arrepentido" en la investigación penal ya fue prevista en el derecho penal de fondo para determinados delitos en la ley de estupefacientes n° 23.737 (arts. 29 bis y 29 ter).

Cafferata Nores (1997), pese a impulsar figuras como la señalada, opina que su aplicación debe ser sumamente prudente y disuasoria de arrepentimientos falsos producidos por manipulaciones de cualquier tipo; indica incluso que deben escucharse las críticas al respecto.¹⁶

Se habilita por esta vía la negociación entre el fiscal y el imputado que delata la co-delincuencia, y en concordancia con la informalidad que rige el procedimiento, habrá que plantearse de qué modo se instrumenta el aporte de los datos sin que ello implique una autoincriminación, si el fiscal luego estima que aquél no representa valor para la investigación.

El control del Fiscal de Cámara procede de oficio, quien deberá convalidar el criterio del fiscal interviniente. En estos casos, el interés de perseguir el hecho o participación que el Ministerio Público Fiscal privilegia, prevalece ante la voluntad de la víctima, quien no podrá ejercer la acción penal contra el imputado respecto del cual se dispuso el archivo (art. 203, segundo párrafo).

¹⁵ En este sentido, causa 110.074 "Oyarzo, Silvia del Carmen" Juzgado de Instrucción Criminal y Correccional n° II, Bariloche, 3/9/05 (Iribarren, 2006).

¹⁶ Por ejemplo: "La impunidad de los llamados arrepentidos constituye una seria lesión a la eticidad del Estado, o sea, al principio que forma parte esencial del Estado de Derecho, el Estado no puede valerse de medios inmorales para evitar la impunidad" (Zaffaroni, 1995:279).



El imputado beneficiado quedará obligado a prestar declaración como testigo en caso de ser convocado y deberá ser informado fehacientemente de esta obligación antes de disponer el archivo.

3.3.2. Concurso real e innecesaria persecución para arribar a la condena

Otro criterio de archivo vinculado con la eficiencia del servicio judicial, es el que procede respecto de algunos de los hechos investigados, cuando contra una o varias personas se investiguen varios hechos y por el concurso real de delitos se hubiera arribado con sólo algunos de ellos a la máxima escala de pena posible y/o resulte innecesaria la persecución por todos para arribar al resultado condenatorio adecuado (art. 199, inc. g CPPCABA).

Mediante este criterio se permite suspender la persecución de uno de los hechos a fin de poder dedicar todo el esfuerzo a perseguir con éxito el hecho punible más grave, o el mejor probado, cuando aquello de lo que se prescinde no influenciará considerablemente en la pena que se espera. Requiere la conformidad del Fiscal de Cámara.

En este caso, se otorga la facultad de retomar la persecución penal archivada si aparecieran circunstancias que fundadamente permitieran modificar el criterio por el que se estimó injustificada la persecución (art. 203, último párrafo).

3.4. Algo más sobre el contenido de la acción pública. Definiciones específicas en relación a determinados delitos

Ante el desistimiento de la persecución estatal, el Código Procesal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha previsto la privatización del proceso, otorgando legitimación a quien se ha constituido como parte querellante para continuar con el ejercicio de la acción bajo las formalidades de los delitos de acción privada (art. 10, último párrafo).

Es posible pensar una situación inversa, cuando el fiscal manifiesta interés estatal para que el caso llegue a juicio y el denunciante pretendiera llegar a una composición del conflicto que descarte tal posibilidad.

Una propuesta *de lege ferenda* podría otorgar el derecho a la víctima a peticionar ante el Fiscal de Cámara para que revise los motivos político-criminales por los cuales, en el caso en particular, el fiscal de grado consideró inconveniente promover la composición del conflicto. En definitiva, implica que la víctima ponga en marcha un mecanismo de control sobre los medios utilizados por la instrucción preparatoria en relación a sus fines previstos legalmente. En tanto la disposición de la acción resulte más beneficiosa para el imputado, no habría reparos constitucionales para admitir esta vía de conocimiento jerárquico.

Sin embargo, hay situaciones concretas en las que es posible identificar criterios en materia de política criminal referentes a la indisponibilidad de la acusación pública en determinados delitos, definidos por el Ministerio Público Fiscal, el Poder Legislativo de la Ciudad y el Congreso de la Nación.

El criterio general de actuación N° 178/08 del MPF referente a las causas cuyo objeto procesal sean delitos de portación, tenencia y/o suministro de un arma de fuego de



uso civil sin la debida autorización legal (art. 189 bis, apartado 2, párrafos 1 y 3 y apartado 4 del Código Penal), manifestó claramente el interés por la persecución penal de esas conductas, y en consecuencia fijó controles y criterios restrictivos respecto a la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, el cambio de calificación a figuras contravencionales y el control del archivo de las actuaciones (ver apartado V.1.2. de este trabajo).

Sus disposiciones tienen como punto de partida un diagnóstico vinculado con las consecuencias negativas y el peligro latente que genera un número elevado de armas de fuego en manos de la población civil. Así, el Fiscal General inscribió sus fundamentos en los pronunciamientos que sobre esta problemática se han realizado en el ámbito internacional, tanto como a nivel local.¹⁷

Por otra parte, legislativamente se han fijado ciertos límites a la disponibilidad de la acción penal, por sobre la voluntad del fiscal y de la víctima.

La Ley n° 2.452 modificó el art. 204 CPPCABA, pautando que no procederá la mediación cuando se trate de causas dolosas relativas a los delitos contra la vida, contra la integridad sexual, y en los casos de las lesiones establecidas en el art. 91 del Código Penal, cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho.

Las dos últimas previsiones coinciden con la Ley nacional, sancionada posteriormente, n° 26.485 de Protección Integral de la Mujer, en cuanto expresamente prohíbe la mediación en los conflictos (penales o no) en donde exista violencia ejercida contra la mujer (art. 9, inc. e y art. 28).¹⁸

Las feministas que han desarrollado como estrategia la reivindicación jurídica en el ámbito del derecho penal¹⁹ han demandado la criminalización de la violencia sexual contra la mujer como una forma de materializar la existencia del problema y hacerlo visible; acudiendo al potencial simbólico del derecho penal de hacer reconocibles como problemáticas públicas ciertas situaciones que comúnmente se han visto como pertenecientes a la esfera privada de las personas, y por lo tanto carentes de protección. La prescindencia de la persecución penal en estos casos reforzaría el grado de impunidad de la violencia masculina, ya que socialmente aún no se visibiliza como

¹⁷ En el ámbito de las Naciones Unidas: "Programa de Acción para Prevenir, Combatir y Eliminar el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en Todos sus Aspectos", (Asamblea General), "Proyecto de Fortalecimiento de las Capacidades Institucionales para la Prevención de la Violencia Armada" (PNUD) y "Conferencia de la ONU sobre los Progresos Alcanzados en la Ejecución del Programa de Acción para Combatir y Eliminar el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras" y el "Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego". En el ámbito local: las campañas de desarme promulgadas por la Ley nacional n° 26.216 mediante el "Programa Nacional de Entrega Voluntaria de Armas de Fuego" y la Ley n° 25.886.

¹⁸ En contra: Ley N° 13.944 de Mediación Penal de la Provincia de Buenos Aires. "Se consideran casos especialmente susceptibles de sometimiento al presente régimen: causas vinculadas con hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad."

¹⁹ Las posiciones del movimiento feminista respecto a la eficacia del derecho para lograr el mejoramiento de la condición de la mujer es controversial, para una síntesis de distintas posturas: Facci, 2004:27; Baratta, 2000:39.





conducta reprochable.²⁰ Los fundamentos de este pensamiento radican en considerar que el núcleo de la opresión de las mujeres se encuentra en la violencia sexual ejercida sobre ellas; la relación de dominio determina que la mujer carece de autonomía necesaria por hallarse en una relación dispar con su ofensor, y por lo tanto, no es posible promover espacios de negociación.

El abolicionismo, desde otra perspectiva, y partiendo de una profunda crítica al sistema penal para satisfacer intereses concretos de las víctimas, plantea que el modelo represivo de persecución penal pública como única respuesta frente a las agresiones sexuales las deja completamente desprotegidas. La justicia penal garantiza impunidad, sus operadores maltratan a la víctima y no ofrecen respuestas que atiendan a sus necesidades, todo lo cual hace ineludible buscar mecanismos alternativos. Cuando el poder de negociación de la mujer sea reducido, el principal deber estatal consistirá en brindarle apoyo para nivelar la fuerza de las partes (Bovino, 2000:285). La mediación se propone, en este caso, como proceso de empoderamiento de la mujer, y una salida a la re-victimización.

Más allá de estas discusiones, que por su complejidad y especificidad comprenden aristas que exceden este trabajo, es posible señalar que el debate indica la necesidad de definir qué puede ser materia de negociación y qué requisitos deben darse para que la autonomía de la voluntad de la víctima incida sobre la determinación –o el desistimiento de– la acusación pública. Estos marcos de análisis son útiles para repensar el ingreso de la reparación al sistema penal.



IV. CONTROL SOBRE EL JUICIO DE OPORTUNIDAD DE LA ACUSACIÓN



El ordenamiento procesal penal de la Ciudad determinó la necesidad de convalidación judicial solamente en los supuestos de prescripción, inimputabilidad, causa de justificación o exención de la pena. La decisión jurisdiccional habilita la vía recursiva al fiscal o querellante si causare gravamen irreparable (art. 279 CPPCABA). El control sobre resto de las causales quedó dentro del ámbito del Ministerio Público Fiscal.

Las diferencias no responden únicamente al órgano a cargo de la revisión. Roxin distingue la naturaleza jurídica de las decisiones jurisdiccionales de las decisiones político-criminales tomadas por el fiscal. Sostiene que:

En las decisiones de oportunidad, no se trata de Derecho, esto es, de la cuestión acerca del sí y del cómo el imputado se ha hecho acreedor de una pena, sino de la cuestión, a distinguir perfectamente de la anterior, de sí, en el caso concreto, es útil una persecución o la imposición de una sanción. Éste no es un problema jurídico sino un problema político-jurídico (Roxin, 1993:46).

²⁰ El denominado "feminismo radical" ha tenido una profunda influencia en el desarrollo de políticas públicas que se orientan en el sentido señalado, ya sea en el ámbito internacional como en el local.





Por lo que, un sistema acusatorio que separa de manera ortodoxa los roles de los sujetos del proceso no puede asignar al juez competencias para la valoración de la conveniencia de la persecución. Previo al juicio oral y público, sus pronunciamientos se limitan a la legalidad del procedimiento.

Este diseño institucional parece responder con mayor fidelidad a un ideal de sistema acusatorio; aun así podría merecer cuestionamientos, y sugerirse un control externo cuando víctima y MPF tienen diferencias, o incluso pensar en la necesidad del control judicial limitado a la licitud²¹ del criterio político criminal adoptado.

Distinguido el control de legalidad del de conveniencia, la segunda pregunta es en qué consiste un juicio sobre la oportunidad político-criminal de la acusación. Para abordar el tema, resulta útil remitirse a lo analizado por la doctrina y jurisprudencia en relación a la oposición del fiscal a la procedencia de la suspensión del juicio a prueba,²² en tanto uno y otro instituto tienen en común que deben estar basados en un análisis de oportunidad sobre la prosecución de la acción.

Bovino (2005b:160) anota que el juicio de conveniencia y oportunidad político-criminal implica una doble exigencia: a) debe tratar de razones político-criminales referidas a la conveniencia de la persecución respecto al caso en particular; y b) esas razones deben ser razones que según el ordenamiento jurídico, puedan ser tomadas en cuenta para una decisión de ese carácter.

Por otra parte, la jurisprudencia local expresó que no bastará una mera referencia a la expresión de política criminal sin real sustento, pues:

La fórmula terminológica "razones de política criminal" no puede funcionar a modo de palabra mágica que se desenfunde y esgrima de un modo vacío o carente de contenido. Muy por el contrario, la norma exige que la oposición, para producir los efectos establecidos, se encuentre fundamentada.²³

Entonces, los motivos del fiscal "deberán ser debidamente explicitados para satisfacer la motivación de los actos procesales"²⁴ y en caso de hacer referencia a criterios generales de actuación, adecuarlos al caso en concreto.²⁵

²¹ En el sentido de no prohibido, por ejemplo, no podría sustentarse un criterio de oportunidad en razones de clase social o de nacionalidad del imputado por ser consideraciones impedidas por el principio de igualdad (Art. 16 CN).

²² La pertinencia de la comparación entre los criterios de archivo previstos en el Art. 199 CPPCABA y el instituto de la suspensión del juicio a prueba, radica en dos características comunes: 1) ambos tienen como efecto jurídico el desistimiento de la acción penal pública, 2) su procedencia está íntimamente vinculada a criterios de política criminal efectuados por el Ministerio Público Fiscal en el caso concreto.

²³ Cámara de Apelaciones Contravencional y de Faltas, Sala I: "Alegre de Alvarenga, Ramona s/ inf. Art. 189 bis CP". Rta: 25/07/08. Del voto de Dr. Marcelo P. Vázquez, Dra. Elizabeth Marum.

²⁴ Juzgado de Primera Instancia Contravencional y de Faltas N° 15. "Recalde Mareco, Bartolomé s/ Art. 189 bis del C.P". Rta: 22/09/08. Del fallo de Dr. Gustavo A. Letner.

²⁵ Ídem.





Por último, para evitar arbitrariedades y facilitar la revisión, la decisión debe ser fundada (Honisch, 1999:323), pues "solo de este modo es posible allanar el camino para un adecuado control funcional (...) sea éste interno, esto es, dentro del propio Ministerio Público Fiscal [por sus superiores jerárquicos], o externo, a través de los jueces" (Navarro, 2006:250).

El control del desistimiento de la acción pública comprende también la verificación de que en el sustrato fáctico concreto se den los supuestos normativos del art. 199 CPPCABA analizados en el apartado anterior.

4.1. Procedimientos de control

4.1.1. Mecanismo de revisión a instancia de la víctima

Los arts. 200, 201 y 202 del CPPCABA desarrollan la revisión del archivo por petición de la víctima. En el último supuesto, el legislador optó por una legitimación más amplia, extendiéndola al damnificado y al denunciante.

Sobre este punto, el Fiscal General manifestó:

Que resulta imperioso tener en consideración que al efectuar la distinción entre víctima y damnificado la ley evidentemente ha pretendido –al menos en este caso– diferenciar a uno de otro, dando al último una amplitud que excede a la del primero, que parecería comprender los conceptos de "particular damnificado" o "directamente afectado" del delito o, como establece el ordenamiento procesal a nivel nacional, el "particularmente ofendido".²⁶

El Fiscal General estableció como criterio general de actuación que los términos "víctima" y "damnificado" a los que hace referencia el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia de revisión de archivo deberán interpretarse de manera amplia, de forma tal que se incluya en esa calidad a los organismos oficiales, a las organizaciones no gubernamentales (ONG), a las organizaciones intermediadas y a los particulares en general, en los supuestos de los artículos 200, 201 y 202 del CPPCABA.

Fundamentó la decisión en la importancia de la inclusión y participación de la sociedad en los procesos judiciales –"que fuera ya promovida en la Constitución de 1853, con la decisión de instaurar el sistema de juicio por jurados (artículo 118 de la Constitución Nacional)"– y en la finalidad de garantizar el efectivo control de los actos de gobierno.

En la jurisprudencia relativa al tema, se dice habitualmente que los extremos de revisibilidad del archivo son: petición del interesado y ofrecimiento de nuevos datos, medidas de prueba o evidencia que permitan avanzar con la investigación. Por lo que, del contralor de las actuaciones obradas por el fiscal de grado y la presentación del peticionante, el Fiscal de Cámara evaluará si se han agotado las medidas de pruebas para producir.

²⁶ RFG n° 178/08.



Se hizo referencia al cumplimiento de la "obligación primigenia" del fiscal para propiciar la resolución del conflicto, por lo que se resolvió desarchivar la causa para que se le dé acabado cumplimiento a las previsiones de inciso 4º del artículo 91 del CPPCABA.²⁷

En esa oportunidad, se había denunciado el incumplimiento de obligaciones alimentarias (inf. Ley nº 13.944), y el fiscal sostuvo una postura desincriminante basada en la atipicidad, sin convocar ni escuchar a los intervinientes de los hechos para tener mayor claridad y exactitud respecto de la naturaleza y alcances del conflicto. El Fiscal de Cámara concluyó que la decisión del fiscal de grado fue prematura y distaba en forma ostensible a ofrecer una respuesta de calidad a la víctima.²⁸

También se verificó el incumplimiento del mandato previsto en el art. 91 cuando, luego de convocar a la víctima de amenazas de muerte y sin que se haya efectuado constancia alguna de las razones de su inasistencia, se dispuso el archivo al día siguiente.²⁹

En cuanto a la procedencia del archivo por proceso injustificado, el Fiscal de Cámara no convalidó la decisión por esa causal, en el caso donde una mujer denunció ante la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN a su pareja por el delito de amenazas.³⁰

Para así proceder, el fiscal sostuvo que la víctima manifestó su voluntad de oponerse a la persecución penal, por lo que entendió que una resolución contraria implicaría inevitablemente una vulneración a su voluntad y, por ende, a los pilares de nuestro sistema procesal penal en la Ciudad. Sin embargo, la denunciante solicitó el desarchivo aportando datos de testigos y constancia de prohibición de acercamiento ordenada en sede civil.

El Fiscal de Cámara señaló que el delito previsto y reprimido en el art. 149 bis del Código Penal no es de instancia privada, sino por el contrario de acción pública, por lo que el proceso debía ser promovido de oficio, por iniciativa propia del Ministerio Público Fiscal y sin necesidad de ningún impulso exterior.

Además hizo referencia a directrices adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.³¹

El Fiscal de Cámara tampoco avaló el archivo por la causal prevista en el art. 199, inc. e, en actuaciones donde se denunció el delito de amenazas producido en un contexto familiar conflictivo. El fiscal de grado sostuvo que desde la denuncia a la fecha no se habían suscitado nuevos inconvenientes, por lo que resolvió archivar el caso.³²

²⁷ Resolución de Archivo Nº 5, Fiscalía de Cámara Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1. Causa Nº 41528/08, "Daniel Darío Vera s/inf. ley 13.944", Rta: 28/01/2009. Fdo: Walter H. Fernández.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Resolución de Archivo Nº 3 – FCPCyF nº 1, causa nº /08 "Ercolano, Ana Laura y otro s/ Amenazas", Rta: 26/09/09. : H. Fernández.

³⁰ Resolución de Archivo nº 57, FCPCyF nº 1, Causa nº 11913/09, "Del Ponte, Alejandro Martín s/ infr. art. 149 bis CP", Rta: 5/05/09. Fdo: Walter H. Fernández.

³¹ En similar sentido se pronunció en Resolución de Archivo Nº 3, FCPCyF Nº 1, aunque allí las amenazas no habían sido denunciadas en el marco de un conflicto de violencia doméstica.

³² Resolución de Archivo Nº 37, FCPCyF Nº 1, Causa nº 42421/08 "Almeida, Yessica s/ inf. Art. 149 bis CP", Rta: 31/03/09. Fdo: Walter H. Fernández.





Ante la revisión solicitada por la denunciante que conjuntamente ofreció pruebas, el Fiscal de Cámara hizo lugar a la petición, teniendo en cuenta que de los dichos de la denunciante surgía que el conflicto mencionado aún subsistía, razón por la cual entendió que no se había acatado las previsiones del Artículo 91, inc. 4 CPPCABA.

También se revisó que la resolución de archivo de las actuaciones tuviera un debido fundamento. La Fiscal de Cámara rechazó el criterio del fiscal de grado que pese a considerar que la infracción del art. 1 de la Ley n° 13.944 era un delito de peligro abstracto, argumentó que la conducta denunciada era atípica porque no surgía que la conducta del imputado haya puesto en peligro la subsistencia de su hijo menor.

La Fiscal de Cámara consideró que lo resuelto por el fiscal a cargo de la instrucción presentaba una evidente contradicción con la política diseñada por el Fiscal General, haciendo referencia a la RFC N° 178/08 (considerando V) en cuanto dijo que:

[Los delitos de peligro abstracto] no requieren para su configuración la afectación directa de algún derecho individual o colectivo ni la puesta en riesgo concreta o inmediata de alguno de ellos, habida cuenta que se encuentran dirigidos a tutelar la seguridad pública, lo que no importa sino afirmar que es la seguridad personal de todos y cada uno de los integrantes de la sociedad lo que se intenta proteger al conminar con sanción penal conductas que, si bien no ponen en riesgo inmediato la integridad física de terceros, al menos remotamente tienen esa potencialidad.

Por lo que se concluyó que no era necesario verificar que no existiera peligro en la subsistencia del menor –más allá de que en el caso tampoco se había corroborado tal extremo.³³

En otras actuaciones, el Fiscal de Cámara consideró la contradicción de la resolución de archivo respecto de la cual en su parte dispositiva invocó la causal del inc. d del art. 199 del CPP (falta de prueba e individualización de los autores del hecho), pero en sus considerandos afirmó la presunta atipicidad de las conductas denunciadas. En esa ocasión, también analizó aspectos dogmáticos del delito tipificado por el art. 149bis para rechazar el criterio expresado por el fiscal a cargo de la investigación que sostuvo la inidoneidad para amedrentar de las amenazas proferidas por medio de una página de Internet.³⁴

De lo hasta aquí reseñado surge que el control de la Fiscalía de Cámara sobre las causales previstas en los incisos a, d y e otorgó un significado más o menos sistemático respecto de la conveniencia de prescindir de la acción; y está vinculado, fundamentalmente, a estándares que el Ministerio Público Fiscal considera respuesta de calidad a la víctima. Comprende básicamente cuatro ejes: la petición de la víctima,³⁵ el cumplimiento

³³ Resolución de Archivo N° 11, FCPCyF n° 1, Causa n° 28582/08, "Acuña, Roberto Miguel s/ infr. ley 13.944", Rta: 6/02/09. Fdo. Sandra Verónica Guagnino. En exacto sentido: Resolución de Archivo N° 5-2009.

³⁴ Resolución de Archivo N° 3 – FCPCyF n° 1, causa n° /08 "Ercolano, Ana Laura y otro s/ Amenazas", Rta: 26/09/09. : H. Fernández.

³⁵ De la totalidad de los archivos producidos, sólo se revisan una pequeña proporción, íntimamente vinculada a la existencia de petición de la víctima. Por ejemplo, en el período 1/01/09 al 15/06/





eficaz de la obligación de propiciar los medios alternativos de resolución de conflictos, la ausencia de pruebas pendientes, y que el archivo esté debidamente fundado.

4.1.2. Mecanismo de revisión de oficio

En las causas cuyo objeto procesal se circunscriben a la posible comisión de los delitos de portación, tenencia y/o suministro de un arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (art. 189 bis, apartado 2, párrafos 1 y 3 y apartado 4 del Código Penal), el control de oportunidad y conveniencia del archivo de las actuaciones está vinculada con una política criminal que ha priorizado la persecución de estos delitos, y en consecuencia fijó controles y criterios restrictivos respecto las decisiones que impliquen disponer de la acción estatal (RFG /08).

El Fiscal General estableció la "doble conforme" en los archivos de las actuaciones cuyo objeto procesal sea el mencionado precedentemente. Por lo que, cuando el fiscal a cargo de la investigación considere que se encuentran dados los presupuestos previstos en los artículos 200, 201 ó 202 del CPPCABA –en todos sus supuestos–, deberá dar intervención al Fiscal de Cámara para que convalide o no esa decisión.

Por otra parte, en el entendimiento de que el cambio de calificación implica no sólo una sanción más severa y la aplicación de distintas normas procesales, sino el desistimiento de la acción penal, el Fiscal General estableció que en aquellos casos en los cuales se descarte la posibilidad de realizar una imputación bajo el encuadre legal establecido en el artículo 189 bis apartado 2 –párrafos 1º y 3º– y apartado 4º del Código Penal, y la calificación legal escogida sea aquella prevista en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contravencional –Ley 1472–,³⁶ se deberá dar intervención al Fiscal de Cámara que corresponda a fin de convalidar o no el criterio adoptado por el fiscal de primera instancia.

El control de oficio además fue previsto en los incisos f, g, i del art. 199, supuestos donde es requisito la conformidad del Fiscal de Cámara para la procedencia del archivo.

La obligatoriedad del "doble conforme" en esos supuestos se vincula con la trascendencia de la decisión político criminal, especialmente importante cuando no se ha legitimado a la víctima para ejercerlo.

09, se realizaron 679 archivos por atipicidad, se registraron 24 solicitudes de revisión de los cuales 22 fueron revocados y solo en 2 casos se confirmó el archivo. Los archivos por falta de prueba sobre la materialidad del hecho ascendieron a 1290 casos, por la misma causal se presentaron 31 recursos jerárquicos, de los cuales en 29 casos se ordenó la prosecución de la investigación y en 2 se confirmó el archivo. Datos proporcionados por Secretaría General de Política Criminal y Planificación Estratégica del MPF de la CABA. Ver anexo I de este trabajo.

³⁶ La Ley nº 14.720 reprime a quien porta armas no convencionales en la vía pública sin causa que lo justifique (art. 85 del C.C.); a quien entregue un arma, explosivos o sustancias venenosas a una persona declarada insana, o con las facultades mentales notoriamente alteradas, o en estado de intoxicación alcohólica o bajo los efectos de estupefacientes (art. 86); y a quien ostente indebidamente un arma de fuego, aun hallándose autorizado legalmente a portarla o efectúe disparos fuera de los ámbitos autorizados por la ley (art. 87 del Código Contravencional).





V. CONSIDERACIONES FINALES

La previsión del principio de oportunidad en el nuevo Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires permite dirigir cierta selectividad criminizante y victimizante del sistema penal hacia el debate público, especialmente por tres razones: los criterios de archivo deben ser fundamentados, permitidos por el ordenamiento y sujetos a control (a instancia de la víctima, de organizaciones intermedias, o de oficio).

En este trabajo traté de presentar algunas cuestiones relativas a la tensión que genera la doble funcionalidad y responsabilidad otorgada al Ministerio Público Fiscal: la averiguación de la verdad y la resolución del conflicto. Pese a esta paradoja, es posible afirmar que el contenido de la persecución pública se ha redefinido, en tanto está dirigida a una respuesta de servicio a la víctima y privilegia una intervención que resuelva el conflicto.

El nuevo contenido instruido por el CPPCABA aconseja como conveniente no impulsar la persecución pública cuando: se ha reparado el daño o compuesto el conflicto; la víctima no manifiesta interés en la persecución y el delito no ha afectado bienes colectivos o de interés público.

Lo antedicho requiere, sin embargo, orientar esfuerzos para determinar algunos conceptos. Por un lado, el contenido de ese "plus" de injusto que genera la necesidad de proseguir con la acción con prescindencia de la voluntad de la víctima. Por otro, definir los contornos de un proceso injustificado, teniendo en cuenta índices de bagatela, intereses de la víctima, reparación, voluntad de las partes para componer el conflicto y subsidiaridad del derecho penal. También es necesario fijar prioridades en la política de persecución, en relación a los conflictos que requieren intervención penal por su gravedad o incidencia en bienes colectivos, y distribuir recursos para la realización de los juicios orales.

Las nociones indicadas introducen prácticas más democráticas, y recuperan la noción del daño y litigio entre partes como inicio y límite de la intervención penal. Desarrollan procedimientos más protectorios de derechos, permeables a los intereses y necesidades de los particulares por sobre la "razón de Estado", concepto, éste último, más vinculado al sistema inquisitivo que se pretende superar.

ANEXO

Archivos dispuestos en casos penales (Periodo: 01/01/09 al 15/06/09)		
Tipo de archivo	Total	Porcentual
falta de prueba sobre la materialidad del hecho (Art. 199 inc. d del CPP)	1290	26,94%
imposibilidad de individualizar a/los autor/es del hecho (Art. 199 inc. d del CPP)	598	12,49%
imposibilidad de promoción de la investigación (Art. 199 inc. d del CPP)	547	11,42%
falta de prueba sobre la autoría del hecho (Art. 199 inc. d del CPP)	241	5,03%
persecución injustificada (Art. 199 inc. e del CPP)	1203	25,13%
atipicidad (Art. 199 inc. a del CPP)	679	14,18%
acuerdo de cooperación (Art. 199 inc. f del CPP)	78	1,63%
extinción de la acción (Art. 199 inc. b del CPP)	39	0,81%
inimputabilidad/incapacidad sobreviniente (Art. 199 inc. c del CPP)	56	1,17%
concurso real/máxima escala penal/persecución innecesaria (Art. 199 inc. g del CPP)	28	0,58%
causa de justificación (Art. 199 inc. c del CPP)	8	0,17%
delito culposo-penal (Art. 199 inc. j del CPP)	8	0,17%
prescripción de la acción (Art. 199 inc. b del CPP)	6	0,13%
causa de exención de pena (Art. 199 inc. c del CPP)	5	0,10%
vencimiento de la clausura provisional	1	0,02%
vencimiento investigación preparatoria	1	0,02%
Total	4788	100,00%
Elaboración propia sobre fuente proporcionada por Secretaría General de Política Criminal y Planificación Estratégica del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires		

Pedidos de revisión realizados por las víctimas o denunciantes y Resoluciones de Fiscalía de Cámara			
(Período: 1/01/09 al 15/06/09)			
Pedidos de revisión de archivos	Confirmación de Archivo	Revocación y prosecución de investigación	Totales
Archivo por atipicidad	2	22	
Archivo por falta de prueba sobre la autoría del hecho	1	1	
Archivo por falta de prueba sobre la materialidad del hecho	2	29	
Archivo por imposibilidad de individualizar a/los autor/es del hecho	s/d	8	
Total	5	60	65
Elaboración propia sobre fuente proporcionada por Secretaría General de Política Criminal y Planificación Estratégica del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires			



BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, Teresa (1991), *Criminalidad y bagatela y principio de oportunidad*, PPU, Barcelona.
- BACIGALUPO, Enrique (1998), *Principio de culpabilidad, carácter de autor y poena naturalis en el Derecho Penal actual*. AAVV, Teorías Actuales del Derecho Penal, 75 Aniversario del Código Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires
- BARATTA, Alessandro (2000), "El paradigma de género. De la cuestión criminal a la cuestión humana". En Haydé Birgin (comp.), *Las trampas del poder punitivo, El Género del Derecho Penal*, Biblos, Buenos Aires.
- BOVINO, Alberto (2005a), "La persecución penal pública en el derecho anglosajón", *Justicia Penal y Derechos Humanos*, Editores Del Puerto, Buenos Aires.
- BOVINO, Aberto (2005b), *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, Editores Del Puerto, Buenos Aires.
- CAFFERATA NORES, José I. (1997), "El principio de oportunidad en el Derecho argentino. Teoría, realidad y perspectivas", *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires.
- CAFFERATA NORES, José I. (1999), "Perfil funcional del Ministerio Público Fiscal en la nueva legislación argentina", *Prudentia Iuris*, n° 50, agosto, Buenos Aires.
- NILS, Christie (1992), "Los conflictos como pertenencia". En AA.VV., *De los Delitos y de las Penas*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- FACCI, Alessandra (2004), "El pensamiento feminista sobre el Derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stan Dahl", *Academia*, n° 6, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Buenos Aires.
- FERNÁNDEZ APARICIO Juan Manuel (2006), "Principios de actuación del Ministerio Público Español", *Revista del Ministerio Público Fiscal*, N° 17, Buenos Aires.
- FERRAJOLI, Luigi (1995), *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid.
- GUARIGLIA, Fabricio (1993), "Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad". En AA.VV., *El Ministerio Público en el pro-ceso penal*, Buenos Aires, Ad Hoc.
- HONISCH, Paula y Andrea POCHAK (1999), "Démosle una oportunidad al principio de oportunidad", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 9B, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- IRIBARREN, Pablo (2006), "La poena naturalis y su aplicación en la provincia de Río Negro", *Suplemento La Ley Penal y Procesal Penal*, Febrero, Buenos Aires.
- MAIER, Julio B. (1992), "La víctima y el sistema penal". En AA.VV., *De los Delitos y de las Penas*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- MAIER, Julio B. (2002), *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Editores Del Puerto, Buenos Aires.
- MARTÍNEZ, Santiago (2002), "Algunas cuestiones en torno al principio de oportunidad", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 14, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- NAVARRO, Guillermo Rafael y Roberto Raúl DARAY (2006), *Código Procesal Penal de la Nación, Análisis doctrinal y jurisprudencial, T.1*, Hammurabi, Buenos Aires.
- OFICINA DE ACCESO A LA JUSTICIA Y MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (2008), *"Informe estadístico descriptivo sobre los procesos de mediación del año 2008"*. Disponible en: <<http://ministerio.jusbaires.gov.ar>>.



- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Gabriela (comp.) (2000), "¿Resolver alternativamente conflictos Penales?", *Resolución alternativa de conflictos penales, Mediación de conflicto, pena y consenso*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- ROXIN, Olaus (1993). "Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público", *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- SOUZA, María Paula (2000a). "Estudio sobre la factibilidad de paliación de los sistemas de resolución alternativa de conflictos en materia penal", en Gabriela RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (comp.) (2000), *Resolución alternativa de conflictos penales, Mediación de conflicto, pena y consenso*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- SOUZA, María Paula (2000b), "Derecho Penal mínimo, garantías constitucionales y sistemas informales de resolución del conflicto" , en Gabriela RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (comp.) (2000), *Resolución alternativa de conflictos penales, Mediación de conflicto, pena y consenso*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- VIALE, Gustavo L. (1998), "Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal", *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1995), "El crimen organizado: una categorización frustrada", *Cuadernos del departamento de derecho penal y criminología*, nº 1, UNC, Buenos Aires.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR (2002), *Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires.







PREMIO FORMACIÓN 2010





Eje Temático

"Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?"

1er. Premio

"Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?"
Marta María Soledad Fernández Mele

2do. Premio

"Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?"
Marcelo Juan Segon

3er. Premio

"¿Amparo o desamparo de los derechos fundamentales?"
María Belén Aliciardi



PREMIO FORMACIÓN 2010





Marta María Soledad
Fernández Mele
Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?

cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

1er. premio







Amparo ¿Vía excepcional u ordinaria?*

MARTA MARÍA SOLEDAD FERNÁNDEZ MELE**

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es analizar si el amparo es un procedimiento excepcional u ordinario. Si bien llegará a sus destinatarios como una pieza terminada, el estudio se organizará de manera que el lector me acompañe en todas sus etapas y juntos –aunque temporalmente separados– podremos despejar el interrogante que nos hemos planteado.

Nos hemos propuesto escribir netamente sobre la consigna planteada, relevando al lector un repaso innecesario por absolutamente todos los aspectos del amparo. Esto no implica que no volvamos sobre los conceptos básicos del instituto, pero sí que ello se hará en tanto sea necesario para realizar la consigna elegida.

Nos rendimos desde ya ante el desafío de realizar una fundamentación pomposa y grandilocuente. Sí aceptamos el reto de ser claros, concisos y de utilizar en nuestra tarea un lenguaje accesible, pero no por ello carente de técnica y precisión.

Refiriéndonos a nuestro tema, cabe apuntar liminarmente que el amparo fue gestado como una herramienta de protección frente a los avasallamientos del poder público o privado. Esta idea nos lleva a preguntarnos si en el día a día se cumple tal fin. La ocasión también invita a reflexionar sobre la eficiencia de las normas que lo han regulado.

Todos estos aspectos hacen que tal vez seamos ambiciosos y tratemos de examinar al amparo más allá de lo que las normas dicen. Pero sucede que la vida social, a la que el derecho fue llamado a regular, es movimiento, dinamismo, necesidades concretas en el hoy, pero también planificación a futuro.

Las tareas señaladas tienen como meta profundizar nuestros conocimientos sobre el tema. No pretendemos agotarlo, pero sí hallar un espacio para diagnosticar los inconvenientes del trajín judicial y poder reflexionar sobre los desafíos que nos plantea el amparo en la actualidad.

Un análisis con esas ideas y objetivos en mente es lo que se procurará hacer en lo que sigue.

* Trabajo ganador del 1^{er} Premio Formación Judicial 2009, en el eje ¿Día excepcional u ordinario?.

** El seudónimo utilizado fue: La Contralto.



II. PRIMER ACERCAMIENTO. ORIGEN DEL TEMA

La cuestión que examinaremos en esta oportunidad es la relativa a si el amparo constituye una vía excepcional u ordinaria. El tema ha sido arduamente debatido por la doctrina y existe un hito histórico, pues la reforma de la Constitución Nacional sin dudas ha llevado a que los estudiosos del amparo realicen un análisis del antes y después de ella.

Cuando se califica al amparo como una vía excepcional, subyace la idea de que sólo será procedente cuando no existan otras vías, a las que podemos llamar "ordinarias". También cuando éstas no funcionan o resultan inoperantes para tutelar el derecho involucrado en el conflicto.

Con el mismo sentido, se lo ha calificado de subsidiario, supletorio, residual, heroico o reservado (Sagüés, 1988:166).

Debe advertirse que el problema de si el amparo es una vía ordinaria o excepcional surge, en primer lugar, frente a la concurrencia de vías, es decir, frente a la coexistencia del amparo y otros procedimientos por los cuales podría encauzarse el reclamo del afectado. Si no existieran esas otras vías concurrentes, de seguro no estaríamos preguntándonos si el amparo es subsidiario o residual, pues no habría procedimiento paralelo al que subsidiar o acompañar.

En verdad, se podría decir que esa posibilidad es inexistente, pues las leyes adjetivas por lo general disponen que las contiendas judiciales que no tienen señalada una tramitación especial deben ventilarse en juicio ordinario.¹ Por eso, podemos decir que siempre existen vías concurrentes.

No sólo pueden considerarse "vías concurrentes" a las judiciales, es decir, a aquellos procedimientos que se promueven, desarrollan y resuelven ante un órgano jurisdiccional que pertenece a la órbita del Poder Judicial, sino también a las administrativas, cuando el conflicto es dirimido por órganos que se encuentran en la esfera del Poder Ejecutivo. De allí que el primer factor que incide en el origen de la cuestión bajo estudio es la concurrencia de diversas vías por las cuales se podría satisfacer la tutela de un derecho constitucional.

Frente al panorama descripto, una parte de la doctrina (Sagüés, Fayt) sostiene que la acción de amparo sólo procede ante la carencia o insuficiencia de otros medios legales, es decir que funciona en defecto de las vías ordinarias. Por eso, se lo califica como una vía residual, subsidiaria y excepcional. Otra parte (Morello, Rivas, Gómez, Vallefin) ve en el amparo una verdadera acción principal, directa y sin restricciones en la capacidad de maniobra (Morello, 2004:381).

Dentro de esta última corriente, también se lo califica de vía alternativa, dando a entender que el amparo se encuentra en el mismo peldaño que las vías ordinarias. Como consecuencia de ello, el ciudadano puede optar entre éstas y el amparo.

En líneas generales, esta posición considera que no hay nada más idóneo que el amparo para la tutela de los derechos constitucionales fundamentales y que este recurso está lejos de ser un procedimiento excepcional (Morello, 2004:381).

¹ Art. 319 CPCC Nqn.



Estas son las dos posturas fundamentales que existen sobre la cuestión y, como dijimos, la punta del ovillo aparece con la concurrencia de vías existentes para tutelar un derecho constitucional.

Los otros aspectos que debemos abordar para cumplir los objetivos propuestos son, por un lado, el criterio jurisprudencial sostenido desde los orígenes del instituto; y en segundo término, qué es lo que legalmente se ha regulado, tanto en leyes especiales como en la propia Constitución Nacional.

2.1. Criterio jurisprudencial primigenio

Las bases históricas fundantes del amparo residen en los casos "Siri" y "Kot". Ambos constituyeron un giro en el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; el primero en materia de amparo contra actos de autoridad pública y el segundo, respecto de los amparos promovidos contra particulares.

El caso "Siri" data del 27 de diciembre de 1957. Allí la Corte Suprema se expidió en virtud de un recurso extraordinario deducido por el afectado contra el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones que rechazó el recurso de apelación interpuesto y confirmó, de ese modo, el decisorio del A-quo.

Con este fallo se produce un cambio jurisprudencial de suma importancia, pues por primera vez se admite que, aun sin existir una regulación específica del amparo, debían reintegrarse de inmediato aquellas garantías constitucionales que fueran restringidas indebidamente. De esa manera, la Corte decide hacer lugar al recurso extraordinario y disponer que cese la clausura sobre el diario *Mercedes*, propiedad del actor.

El segundo antecedente jurisprudencial relevante en la evolución del amparo se produce tan sólo un año después de resuelto el caso "Siri". Es el denominado caso "Kot", del año 1958. Éste se suscita cuando los empleados de un establecimiento textil toman una fábrica por un conflicto laboral.

Aquí la Corte Suprema también interviene con motivo de un recurso extraordinario que fue acogido por los siguientes fundamentos: siempre que aparezca de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo.

Es decir que, a pesar de que la única acción expedita y rápida regulada legalmente era el habeas corpus –aplicable a los supuestos en los que se afectaba la libertad corporal– nuestro Máximo Tribunal acogió el recurso deducido generando un nuevo avance en materia de tutela constitucional.

Puede decirse que el primer gran paso fue dado con el caso "Siri", y un año después se dio el segundo paso al admitir que el amparo fuera dirigido también contra los particulares.

Sobre esta nueva posibilidad de accionar contra particulares por la vía del amparo, la Corte Suprema dijo: "Nada hay ni en la letra, ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados 'derechos humanos' –porque son los derechos esenciales del hombre– esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de autoridad".



Así fue como el amparo se hizo un lugar dentro de la gama de herramientas disponibles para el justiciable. Este espacio ganado, primero, a fuerza de empujones y de situaciones verdaderamente extremas fue, posteriormente, consagrado en la legislación.

Sin dudas el terreno conquistado no sólo se ha mantenido, sino que ha ido en aumento.

2.2. Recepción normativa. Leyes comunes y Constitución Nacional

Como vimos, el amparo fue introducido pretorianamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en 1966 fue regulado en el orden nacional por la Ley 16.986

Las provincias también dictaron leyes especiales siguiendo los lineamientos de su par nacional (Córdoba, Ley 4915 en 1967; Neuquén, Ley 1981 en 1992; Mendoza, Decreto Ley 2589 en 1975; Buenos Aires, Ley 7166 en 1965, etc.).

La Ley 16.986 dispuso que la acción era inadmisibile cuando existieran recursos o remedios judiciales o administrativos que permitieran obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate (art. 2°). Dicho de otra manera, la existencia de una vía legal adecuada para tutelar el derecho que se denunciaba violentado excluía, en principio, la admisibilidad de la acción.

Tal temperamento refleja que esta vía procedimental no fue diseñada como una vía principal, sino como un remedio excepcional o subsidiario toda vez que el justiciable sólo se encontraba habilitado para promover el amparo si las otras vías existentes –las ordinarias– no resguardaban su derecho.

No obstante, ese principio no fue aplicado a pies juntillas. Antes bien, se reconoció que la mera existencia de vías alternativas no excluía el amparo si aquéllas no eran eficaces. Así se dijo: "Es necesario acreditar la ineficacia de los procedimientos ordinarios y un agravio irreparable derivado de su utilización, para que la vía excepcional del amparo sea admisible" (Fallos T. 311, P. 1357, 08/08/1988).

La reforma constitucional de 1994 importó una fuerte modificación en los alcances del amparo, ahora consagrado en el texto de la Carta Magna. Como consecuencia de ello, todas las normas que regulaban el amparo debieron ser reinterpretadas. Lo propio ocurrió con el artículo que venimos comentando.

Antes de la reforma constitucional, la idea generalizada era que el amparo constituía una vía residual y excepcional respecto de las vías ordinarias porque sólo procedía si aquéllas eran agotadas –en el caso de la instancia administrativa– o insuficientes –en el caso de las restantes. En este sentido, se dijo que la acción debía ser admitida cuando los recursos o remedios existentes no eran eficaces para cumplir el fin de protección.

Cabe reconocer el acierto de este criterio dado que, cuando las vías judiciales o administrativas no logran el efecto esperado, el ciudadano se encuentra en la misma situación de indefensión que cuando carece absolutamente de una respuesta institucional. Para quien ha sido avasallado en sus derechos, es indiferente que existan vías de resolución del conflicto si éstas no funcionan en forma adecuada.

La Corte Federal se hizo eco de esta idea de excepcionalidad al señalar que el amparo es un proceso excepcional que resulta apto sólo frente a situaciones extremas y delicadas, ante las cuales la ineficacia de otros procedimientos origine un daño concreto y grave sólo reparable por esta vía (Fallos T. 323, P. 1825, 11/07/00).





Por su parte, los justiciables se mostraban disconformes con este criterio, porque la remisión a las vías ordinarias hacía que la resolución de los conflictos les insumiera un tiempo mayor.

Con todo, la Corte consideró que el perjuicio ocasionado por la dilación de los procedimientos corrientes no era otra cosa que la situación común de toda persona que peticiona mediante ellos el reconocimiento de sus derechos (Fallos T. 321, P. 1252, 07/05/1998). Sólo consideró que cabía hacer excepción a ese principio cuando la normal duración de un proceso pudiera generar una verdadera denegación de justicia (Fallos T. 303, P. 811, 11/06/1981).

Piénsese en los casos de personas de edad avanzada que no pueden esperar el tiempo que normalmente lleva un procedimiento ordinario o aquellos en los que se encuentra en riesgo la salud o la propia subsistencia del amparista.

Con la reforma de 1994, se incorporó el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional, que en lo que interesa dice:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley.

Como se observa, el flamante amparo constitucional únicamente exige para su procedencia que no exista otro medio judicial más idóneo.

Los juristas que se han ocupado del tema tienen distintas opiniones sobre cómo ha impactado el artículo 43 en las leyes que regulaban el amparo y, especialmente, sobre las limitaciones que allí se imponían.

Los autores que ven en el amparo una vía principal, consideran que muchos de los requisitos previstos en la Ley 16.986 –y en sus pares provinciales– han quedado derogados. En particular, los Dres. Morello y Vallefín (1994:31) sostienen que la exigencia de transitar previamente las vías administrativas se ha tornado inconstitucional y que la existencia de esos medios ya no es obstáculo para la admisibilidad de la pretensión.

En cambio, consideran que:

Se trata entonces de determinar si los procesos judiciales, ordinarios o especiales, resultan hábiles para proteger con eficiencia el derecho o garantía constitucional vulnerado o si, por el contrario, es sólo el amparo la vía procesal apta para ello (Morello y Vallefín, 1994:32).

Advierten que la mayor complicación para la proposición de la acción de amparo es precisamente el aspecto que venimos estudiando: la concurrencia de un remedio legal distinto para la protección de los derechos involucrados.

En esta misma corriente, Claudio Gómez (1999) apunta que actualmente la acción de amparo es desplazada sólo si hay otra vía "judicial" más rápida. En su opinión, queda rotundamente marginada la comparación del amparo con las vías administrativas y



descarta de plano la necesidad de agotarlas. Concluye que "a igualdad de medios judiciales, podrá recurrirse al amparo y solamente podrán desplazarlo si resultan de mayor utilidad para el particular damnificado, pero nunca si tienen una igual o menor" (Gómez, 1999:84).

De acuerdo con esta idea, Gozáini (2002:315) expresa que:

El amparo novedoso que se incorpora al texto constitucional concreta un derecho de acceso directo a la jurisdicción que impide controvertir sobre la existencia de la vía; pero este debate o excepción puede ser posible si existen otras vías más idóneas que mejoren la calidad procesal de la acción directa.

Todos estos autores tienen en común la percepción del amparo como una vía autónoma, principal e independiente que sólo puede ser pospuesta cuando se pueda echar mano a un procedimiento más idóneo para proveer tutela jurisdiccional en el caso concreto.

Desde la perspectiva opuesta se hace una lectura distinta del art. 43 CN:

Ante un hecho lesivo proveniente del Estado o de particulares, el afectado debe, en principio, recurrir al proceso "más idóneo", que habitualmente será el ordinario. Sin embargo, por excepción (v. gr., en función del factor tiempo, de la inexistencia de medidas cautelares en el procedimiento común, o de su producción improbable, etc.), el amparo puede presentarse como el proceso "más idóneo" (o "tan" idóneo) que el regular, en cuyo caso sí será admisible. Pero ello tendrá que ser alegado y demostrado siquiera prima facie por el promotor del amparo, ya que es un hecho notorio que los trámites ordinarios son más generosos, en plazos, radio de conocimiento y material probatorio, que la acción de amparo (Sagüés, 1994b:4).

De ello se colige que, en principio, el amparo es subsidiario. Bajo ciertas circunstancias, el principio puede ceder, pero para que esto suceda el interesado debe acreditar los hechos que aconsejan activar la vía excepcional antes que las ordinarias.

2.3. El art. 43 en la Convención Constituyente

Hemos observado los distintos puntos de vista surgidos después de llevada a cabo la reforma. Pero cabe preguntarnos: ¿qué habrá pasado en el propio seno de la Convención Constituyente?

Indagar sobre este aspecto puede aportarnos un dato de significativa importancia, pues nos permitirá conocer cuáles fueron los objetivos tenidos en cuenta al consagrar al amparo y, principalmente, qué se quiso decir con el agregado "siempre que no exista otro medio judicial más idóneo".

Se trata, entonces, de ahondar un poco en la voluntad del constituyente.

En materia de interpretación, la Corte Suprema ha manifestado que:

La solución justa de los casos "impone no aplicar rigurosamente las palabras de la ley con exclusión del indudable espíritu que las anima", y que una correcta hermenéutica



tiene que tener en cuenta no sólo la literalidad del texto normativo, sino "también los fines perseguidos con su sanción" (Sagüés, 1995:2).

Como métodos para indagar cuál es la voluntad del legislador, el Máximo Tribunal recomienda la consulta de antecedentes parlamentarios, incluso de los debates habidos en el recinto. También se han considerado los despachos de las comisiones legislativas o constituyentes, así como la exposición de su miembro informante (Sagüés, 2006a:149).

En nuestro caso, vamos a examinar el Diario de Sesiones Ordinarias de la Convención Constituyente realizada en Paraná, Provincia de Santa Fe, durante los días 11, 12 y 16 de agosto de 1994.

El debate relativo a la incorporación del amparo en el texto constitucional se desarrolló durante esos tres días. En general, los convencionales comenzaron sus exposiciones haciendo un amplio y detallado desarrollo de la evolución del amparo en el ordenamiento jurídico argentino y concluyeron en la necesidad de su consagración como una fuerte herramienta de tutela.

El puntapié inicial lo dio el Convencional por la Provincia de Mendoza, Dr. Rodolfo Alejandro Díaz, quien expresó la posición que logró el consenso mayoritario en la comisión de origen. En aquella oportunidad, dijo:

El dictamen de mayoría considera la acción de amparo como una vía excepcional. Parte del supuesto de la eficiencia de todo el orden jurídico en la protección de los derechos y, además, reconoce que no se puede sustituir por vía judicial el sistema republicano y democrático de gobierno porque el acceso al sistema judicial está expedito en condiciones de extrema excepcionalidad.

Añadió que la Corte Suprema tradicionalmente consideró al amparo como una vía excepcional, residual o heroica, cuya procedencia estaba condicionada a la inexistencia de otro remedio judicial o administrativo. Recordó también que la Corte siempre fue clara con respecto a aventar cualquier posibilidad de judicializar las cuestiones que debían dirimirse en las instancias del sistema republicano de gobierno, cuya legitimidad se funda en el principio de la soberanía popular.

Ese fue el sentir de la mayoría de los convencionales constituyentes, aun pese a las opiniones que cada uno de ellos podía tener. De hecho, el propio Díaz, miembro informante de la mayoría dijo expresamente al iniciar su exposición:

Voy a fundamentar la posición que logró el consenso mayoritario en la comisión de origen, más allá de mi propia postura y de las distintas y brillantes exposiciones que los señores convencionales realizaron para expresar sus diferentes puntos de vista.

Tal temperamento es digno de destacar, pues trasluce la idea de primacía de la institucionalidad por sobre la opinión personal de los representantes populares.

La opinión divergente fue introducida a continuación en las palabras del Convencional por la Capital Federal, Eduardo Barcessat, quien señaló que, para la minoría, la



acción de amparo no era una vía residual sino una "vía regia" para la tutela de los derechos humanos. Aunque aclaró:

Adoptamos esta posición no porque hagamos contraposición sobre si existe una acción judicial más idónea que la del amparo; la contraposición está orientada al hecho de poder admitir y de poder ver la diferencia que media entre derechos subjetivos y derechos humanos, para poder darle a cada uno lo suyo, es decir, darle a los derechos subjetivos las acciones regulares previstas en el ordenamiento jurídico y darle a los derechos humanos esta acción de tutela que no es residual ni de excepción sino que es vía regia para la consagración y tutela de esos derechos.

Si bien se mira, la posición de la minoría no es radicalmente opuesta a la de la mayoría. Es cierto que los primeros propugnaban un amparo como vía regia o principal, pero no para cualquier afectación de derechos, sino para cuando se violentaran derechos humanos. Este dato resulta muy útil en la tarea de elucidar si el amparo es una vía ordinaria o excepcional.

Los convencionales disidentes con la mayoría no moldearon un amparo capaz de resolver cualquier afectación a cualquier derecho. Propusieron una herramienta que sólo funcionaría frente a determinadas violaciones –aquellas que resultaban manifiestamente ilegales y arbitrarias– y también frente a determinados derechos.

Antes de señalar que el amparo era una vía regia para tutelar derechos humanos, Barcessat distinguió enfáticamente los derechos subjetivos de los derechos humanos. Señaló que los primeros eran los reconocidos en el Código Civil y ejemplificó a los segundos como el derecho a la vida, a "conservar [la] cabeza sobre los hombros, a tener una raza, color e ideología diversas; a no sufrir ningún deterioro en la integridad como ser humano, tanto física como psíquica".

Más allá de que esta postura no triunfó en el recinto, debemos advertir que ni siquiera la minoría consideró al amparo como una acción principal en los términos en los que generalmente se plantea la discusión, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

En efecto, siempre se debate que muchas acciones de amparo son declaradas inadmisibles porque el actor cuenta con acciones ordinarias que desplazan su procedencia. En su contra se arguye que "no hay acción más idónea que el amparo. ¿Cuál es más rápida y expedita que el amparo?".

Descartamos esa controversia en los casos extremos en los que esté en juego la vida del afectado, su salud, etc., porque frente a la gravedad y la urgencia palpable a los ojos de todos, a nadie se le ocurriría remitir la cuestión a las vías ordinarias.

Los casos difíciles son los grises, los intermedios. Aquellos en los que la cuestión no es de vida o muerte, pero en el fondo y, de algún modo, sí lo es. ¿Quién puede negar que el derecho a cobrar una indemnización por despido tiene fuerte respaldo constitucional e incide en la vida y subsistencia del trabajador y su familia? ¿Cuántos derechos constitucionales se entrelazan allí?

Las respuestas son claras. Se podría pensar que si la cuestión fuera resuelta de acuerdo al criterio de la minoría de los Convencionales Constituyentes, el amparo es a todas luces la acción que se debe promover en esos casos. Sin embargo, no es así. De la cita



expuesta surge nítidamente que el amparo no debía prosperar si el derecho a tutelar era un derecho subjetivo de los consagrados en el Código Civil –y en sus pares similares: en las leyes de fondo en materia laboral, comercial, etc.–. En tal caso, debían activarse las acciones regulares previstas en el ordenamiento jurídico.

Esta línea de pensamiento es aún más restrictiva que la doctrina más adversa a la idea del amparo como vía principal, pues en general no se hace esta distinción sobre la naturaleza del derecho involucrado.

La gama de derechos tutelados se ha ampliado considerablemente desde la última reforma constitucional, pues además de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución se tutela también a los derechos reconocidos en un tratado o en una ley.

¿Qué se quiere señalar con todo esto? Pues que ni la mayoría, ni la minoría de los Convencionales Constituyentes consideraron al amparo una vía más que se agregaba al abanico de acciones ordinarias disponibles para el ciudadano.

Desde el recinto reformador se apuntó, en todo momento, a un amparo que no iba a desplazar los carriles ordinarios ya instituidos en el ordenamiento jurídico. No fue pensado para operar en situaciones *no extremas*. Por eso, se considera que el instituto examinado fue consagrado constitucionalmente como una vía subsidiaria y no principal.

Cuadra apuntar que los Convencionales Constituyentes que intervinieron en el debate luego del miembro informante de la minoría –Convencional Barcessat– reforzaron la subsidiariedad del amparo.

La Convencional por Buenos Aires, Hilda Norma Ancarani, señaló:

Se fortalece la idea de la acción de amparo como una vía excepcional, oponiéndose a la ordinalización de la medida que algunos intentan implementar. Pero no nos confundamos, porque si hablamos de excepcionalidad quiere decir que se puede utilizar en aquellos casos en los que no se haya previsto otro remedio procesal, sin que eso represente un obstáculo para la interposición.

El Convencional por Buenos Aires, Humberto Quiroga Lavié, expresó:

En cuanto a la violación de los contratos, si es que existe un derecho como consecuencia del contrato, debe proceder una acción de amparo siempre que se haya agotado toda otra vía ordinaria, porque el precepto constitucional es claro al decir que procede cuando no existe otro medio judicial más idóneo.

La Convencional por Santiago del Estero, Marta Sylvia Velarde, apuntó: "Es excepcional porque opera siempre y cuando no exista otro medio legal más idóneo".

Por último, el Convencional por Santa Fe, Iván José María Cullen, añadió con mucha precisión:

La clave para que este instituto excepcional pueda funcionar y la clave para que así ocurra es que no exista otro medio judicial idóneo y que el derecho tutelado y afectado que precisamente dé lugar al amparo sea un derecho fundamental que aparezca con un grado suficiente de evidencia.



A partir de lo expuesto, es posible afirmar que en el seno de su creación el amparo fue pensado como una vía excepcional y no ordinaria. Esta conclusión constituye un dato trascendental en lo que refiere a la caracterización del amparo.

No obstante, reconocemos que la interpretación constitucional no siempre es unívoca. La misma norma puede ser desentrañada con distintos métodos y alcances. Pero, como bien dice Sagüés (1995), "conviene diferenciar aquello que le queremos hacer decir a la Constitución, de aquello que –bien o mal– los constituyentes quisieron hacerle decir".

2.4. El quid de la vía idónea

Establecer cuándo una vía es más idónea que el amparo es una tarea central en vista de lo preceptuado por el artículo 43 CN, pues pareciera que la existencia de un procedimiento más idóneo descarta el andamio del amparo. Anticipamos que tampoco en este punto hay criterios uniformes.

Una conclusión que podemos sentar en forma preliminar es que luego de la reforma constitucional el amparo no debe ser confrontado con las vías administrativas. Esto es una innovación con respecto a las leyes anteriores a la reforma, pues aquéllas preveían que la existencia de vías administrativas y judiciales descartaba la procedencia del amparo.

Actualmente, no es óbice para la admisibilidad del amparo que el planteo del afectado pueda encauzarse en sede administrativa. Y ello porque el amparo sólo puede ser desestimado si existe un "medio judicial más idóneo".

Ahora bien ¿cuándo un procedimiento judicial debe considerarse más apto o idóneo? Por lo general, la idoneidad ha sido vinculada estrechamente a la rapidez del cauce procesal. Así, se ha apuntado que "la idoneidad a que hace mención el art. 43 CN es equivalente a celeridad o rapidez" (Gómez, 1999:81).

En sentido coincidente, Dr. Lino Palacio expresó:

Si la norma citada comienza refiriéndose a la acción expedita y rápida del amparo y continúa aclarando que ésta sólo puede ser desplazada por otro medio judicial más idóneo es obvio que éste debe ser más expedito y rápido que aquél (Gómez, 1999:81).

A su turno, el constitucionalista Quiroga Lavié dijo:

Cuando la Constitución dice que la acción de amparo "es expedita y rápida (...) siempre que no exista otro medio judicial más idóneo", no quiere decir que la idoneidad del proceso judicial pueda ser un juicio más lento, como lo es nuestra jurisdicción ordinaria, sino más rápido aún que el trámite legal de la acción de amparo (Gómez, 1999:81).

Gozaini (2002:315) abonó el mismo criterio al señalar:

Las vías idóneas son, generalmente, jurisdiccionales, de modo tal que continuaría viéndose al proceso como la auténtica garantía para los derechos del hombre. Sin embargo, estas vías paralelas no son, lamentablemente, todo lo rápidas y expeditas





que sería de esperar para las pretensiones del litigante, la subsidiariedad mantenida se convierte en un obstáculo frustratorio, anulando la mentada garantía.

Por nuestra parte, creemos que la idoneidad de un procedimiento no se agota en la celeridad y que debe ponerse atención también en otros factores.

Por empezar, conviene observar si la pretensión deducida es compleja, pues en caso de que lo sea, un procedimiento ordinario resultará más adecuado que el amparo para ventilar la pretensión debido a que ofrece una mayor posibilidad de debate y prueba.

El Dr. Morello ha explicado que diversas y variadas causas pueden conducir a un proceso complejo (Morello, 2004:24). Algunos revisten mayor dificultad por la existencia de partes plurales,² con la consecuente dilatación de la legitimación de obrar.

En otras ocasiones, la complejidad puede derivar del conocimiento jurídico que se necesite para arribar a una solución, ya sea que su comprensión exija un manejo fluido de la técnica jurídica o porque la cuestión es poco frecuente o inusual, con lo cual los magistrados no se encuentran tan empapados con la solución del caso.

El aspecto fáctico también puede presentar grandes dificultades y desafíos. En efecto, la acreditación de algunos hechos requiere profundos conocimientos científicos o técnicos y puede implicar el uso combinado de varios medios probatorios. Tal es el caso de los pleitos vinculados al medio ambiente, incapacidades físicas, salud, etc.

Si la pretensión del amparista reviste estos matices, el amparo cuyo marco de conocimiento es consabidamente estrecho, no será el procedimiento más adecuado para que los órganos jurisdiccionales aborden la cuestión. Esta idea fue sostenida por el Máximo Tribunal Nacional al afirmar categóricamente:

El remedio del amparo debe ser rechazado cuando la cuestión es compleja u opinable, conclusión elaborada ya antes de la sanción de la Ley 16.986 y que mantiene su vigencia al cabo de la consagración institucional del instituto después de la reforma de 1994 (Disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano y Juan Carlos Maqueda, en Fallos T. 326, P. 417, 05/03/2003).

Adviértase que el "estrecho marco de conocimiento" no es otra cosa que la capacidad cognoscitiva potencial del órgano jurisdiccional.

Si la cuestión es compleja y la aptitud cognoscitiva limitada, es razonable pensar que la solución a la que se arribará al culminar el proceso puede no ser la más adecuada. En estos casos, la respuesta no es apropiada, porque su antecedente –el procedimiento– no fue idóneo.

Esto no significa que si el hecho amerita el despliegue de actividad probatoria, el amparo queda de por sí descartado. Pero sí nos indica que la prueba debe ser simple y adecuada al tipo de proceso sumarísimo, compatible con la celeridad que debe presidirlo.

Al respecto, la Dra. Kemelmajer de Carlucci sostuvo:

² Varios actores, varios demandados o ambos supuestos en forma simultánea.



Cuando la arbitrariedad o la ilegalidad son manifiestas, resulta innecesario someter la controversia a un marco más amplio de debate y prueba. Pero cuando alguna de estas características no tiene notoriedad suficiente, la celeridad que impera en el procedimiento del amparo resulta desaconsejable para el tratamiento de la cuestión, si es que se aspira a resguardar los principios que configuran el debido proceso legal. Tal es la razón que justifica la inaplicabilidad de las reglas del amparo en aquellas cuestiones dudosas o complejas que, para una correcta administración de la justicia, requieren de un marco amplio para el desarrollo del debate y el ofrecimiento y producción de las pruebas (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, *in re* Consorcio Surballe-Sadofski c/ Provincia de Mendoza, 10/06/1997, LA LEY1997-F, 728).

A partir de lo expuesto, podemos extraer algunas conclusiones. En primer lugar, la determinación de si una pretensión debe ventilarse a través del amparo o si por el contrario, existe otro medio judicial más idóneo para cumplir ese objeto, es una cuestión que debe analizarse en el caso en concreto.

La jurisprudencia lo admitió al expresar que:

La existencia de otras vías procesales que harían improcedente el amparo no es postulable en abstracto, sino que depende de cada situación concreta en relación con el demandante (CSJN, Recurso de Hecho, "Díaz, Hugo Leonardo c/ Colegio de Fonoaudiólogos de la Provincia de San Juan", 13/11/200, 1 D. 517. XXXVI).

En segundo término, cabe señalar que no basta la mera comparación de de vías procesales, pues va de suyo que el amparo es por esencia mucho más rápido y ágil que las llamadas "vías ordinarias". Ello deriva de los breves plazos previstos para la realización de los actos procesales que conforman el procedimiento.

La duración del proceso es el factor de mayor contraste entre el amparo y los demás procedimientos. Y no es poca cosa frente a una sociedad que pide a gritos una justicia rápida y eficaz.

Rápida, sí. Pero ¿eficaz? Las circunstancias apuntadas nos permiten afirmar que la eficacia de esta "súper" vía puede resultar sesgada cuando el conflicto desborda el procedimiento.

2.5. Factores que inciden en la elección de la vía

Si la mera comparación de procedimientos no es suficiente, ¿cuáles son esos otros factores o elementos que deben observarse?

Pues bien, los restantes requisitos de procedencia que establece el artículo 43 de la Constitución Nacional, es decir, que exista una acción u omisión ostensiblemente ilegal o arbitraria y que se afecte –en el más amplio de los sentidos que pueda asignársele al término– un derecho o garantía constitucional.

Más adelante ahondaremos en esto, pero no queremos dejar de señalar que para una parte de la doctrina no todos los requisitos que establece el artículo 43 tienen la misma jerarquía.





En particular, el Dr. Morello (2004:380) ha sostenido que el núcleo central de la norma reside en que

toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, contra todo acto u omisión (...) en defensa de los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. Los demás componentes ilustran ese núcleo para hacerlo más claro e inteligible, pero de ninguna manera deben limitar las energías de la institución.

Una tesis similar es sostenida por Claudio Gómez (1999:55), para quien los únicos verdaderos requisitos del amparo son: la arbitrariedad o ilegalidad manifiestas en el acto u omisión lesivos y la lesión de derechos humanos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley. Dicho autor considera que la inexistencia de un remedio judicial más idóneo sólo constituye un recaudo formal.

Desde un lugar más realista, Adolfo Rivas (1994:2) considera que el amparo debe ser una vía principal, pero reconoce que la ley suprema adoptó un criterio restrictivo y lo consagró con ese carácter. No obstante que el autor no concuerda con el criterio adoptado por la Constitución, admite cuáles son las características y alcances del instituto sin incurrir en una subestimación de los recaudos que establece el art. 43 para justificar una visión del amparo –aunque bienintencionada– alejada de lo que finalmente consagró el poder constituyente reformador.

Nos permitimos disentir con todas estas opiniones. El pasaje omitido por el prestigioso Dr. Morello³ es tan constitucional como el resto del artículo y, además, del Diario de Sesiones Ordinarias de la Convención Constituyente surge claramente que el amparo fue proyectado como una vía excepcional.

Tampoco coincidimos con la tesis que distingue requisitos formales y sustanciales dentro del artículo 43, porque más allá del calificativo que pueda asignárseles, todos ellos están en la letra de la Ley Suprema.

Por consiguiente, para que el amparo sea admitido es necesario acreditar los tres requisitos establecidos en la norma:

- a) arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto u omisión lesivos provenientes de autoridad pública o de particulares;
- b) lesión de derechos o garantías reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley;
- c) inexistencia de otro remedio judicial más idóneo.

Todos ellos deben verificarse en forma conjunta para que el amparo se encuentre habilitado. De lo contrario habrá que recurrir a las vías ordinarias.

La idea de constatar que los requisitos se encuentran presentes nos conduce al tema de la prueba. Este es siempre un aspecto muy delicado dentro del ámbito del derecho procesal, a punto tal que muchas veces un pleito puede perderse por no haberse probado los extremos fácticos que dan sustento a la pretensión, antes que por carecer de razón.

³ Se refiere a él como "paráfrasis".



Para acreditar los dos primeros extremos cabe aplicar la teoría general de la prueba y recurrir a los medios probatorios que estén normados en cada ordenamiento procesal. De hecho, las propias leyes de amparo contienen artículos que específicamente regulan este aspecto. Se caracterizan por una acotación, si se quiere, de los medios probatorios disponibles en los procedimientos ordinarios en virtud de la tónica rápida y expedita que tipifica el amparo.

Con relación al tercer recaudo, la pregunta es ¿cómo se prueba la inexistencia de vías judiciales idóneas? Para algunos, como Sagüés, Fiorini, Lazzarini, Morello, entre otros (Gómez, 1999:76), ello se prueba invocando y acreditando el gravamen irreparable que ocasionaría la remisión a las vías ordinarias. Para otros⁴ debe comprobarse una situación de urgencia tal que amerite la procedencia del amparo. Por último, hay quienes opinan que como el término "idoneidad" equivale a "celeridad", el juez –y no la parte– debe "probar" que no hay otra vía judicial más idónea, es decir, más rápida (Gómez, 1999:83).

Modestamente consideramos que esto último no es correcto, pues en primer término, el juez nunca prueba. Esta es una tarea que, salvo contadas excepciones, atañe a las partes (Alvarado Velloso, 2000:49).

En segundo lugar, si para justificar el cumplimiento de que no existen vías más idóneas que el amparo recurrimos a la mera comparación de plazos procesales –pues a eso se apunta cuando se atiende únicamente al aspecto temporal– desde luego concluiremos que los procedimientos ordinarios son menos idóneos.

Pensamos, en cambio, que la parte, en tanto beneficiaria de la pretensión, es la encargada de justificar el cumplimiento de los tres requisitos del amparo, nunca el juez. Es obvio que no tendrá que ofrecer y producir ninguna prueba en concreto, sino que deberá efectuar un esfuerzo argumental que convenga al juez de que corresponde admitir el amparo.

Morello y Vallefín (2004:34) refieren muy claramente el tipo de fundamentación que debe desarrollar el solicitante al mencionar:

Un cálculo realista que ponga en evidencia la razonabilidad de la prescindencia a priori de un carril que a la postre será claramente ineficaz. Ello requerirá, obviamente, un examen no de sesgo conjetural, pero sí, al menos, de perspectiva razonablemente cierta, que como en el caso de las medidas cautelares, dé sustento suficiente al resultado de los trámites que eventualmente correspondía utilizar. De ese examen fundado se deriva que aunque pudieran considerarse abstractamente más convenientes y expeditivos, en su operatividad específica no alcanzarían, sin embargo, al resultado que sólo puede brindar el amparo.

Para Gozaini (2002:316), en cambio, esa calidad o aptitud de otro remedio potencialmente más apto no tiene que ser demostrada por el interesado, sino resuelta por el juez como deber propio de la función jurisdiccional.

⁴ Lorenzetti. También fue receptada en la jurisprudencia –Cam. Fed. Cba., Sala B, "Agulla Eduardo y otro c/DGI Amparo", sent. 22/8/97 (Gómez, 1999:80).





Por la estrechez del amparo, estos recaudos deben ser de fácil probanza. Cuando se presentan con contornos nítidos, difícilmente el amparo no sea la vía idónea. Y es que si no cabe duda de que el accionar que afecta el derecho es ilegítimo y que efectivamente el derecho existe en cabeza del amparista, no es necesario recurrir a una vía más lenta. En tal hipótesis puede prescindirse de la amplitud de debate y prueba que ésta ofrece.

Esa es la postura que sostiene la Corte Federal en su integración actual, al expresar que:

La existencia de una vía legal adecuada para la protección de los derechos que se dicen lesionados excluye, en principio, la admisibilidad del amparo, pues este medio no altera el juego de las instituciones vigentes, regla que ha sustentado la Corte cuando las circunstancias comprobadas en la causa evidencian que no aparece nítida una lesión cierta o ineludible causada con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, o el asunto versa sobre una materia opinable que exige una mayor amplitud de debate o de prueba para la determinación de la eventual invalidez del acto (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema. Fallos T. 331, P. 1403, 10/06/2008).

De ello se sigue que si existe una vía ordinaria para tutelar el derecho, el amparo no resulta procedente.

El Máximo Tribunal de la Nación sustenta ese principio cuando el derecho constitucional y la lesión ilegal o arbitraria no aparecen en forma manifiesta. *A contrario sensu*, cabe concluir que si el derecho y la violación ilegítima presentan contornos claros el principio cede y puede recurrirse al amparo, aun cuando existieran vías paralelas. Pero –se reitera–, sólo en el supuesto de que un análisis muy superficial baste para advertir que el derecho está siendo lesionado mediante una conducta que se da de bruces con el ordenamiento jurídico –ilegalidad o arbitrariedad.

Obsérvese que en el fallo citado la Corte reitera el criterio acuñado *in re "Siri"*, donde se constató que la medida de clausura sobre el local del diario *Mercedes* no tenía ningún tipo de sustento y por ello se ordenó su cese sin más trámite. Ello se debió a que la violación constitucional era tan evidente y palmaria que no se requería un conocimiento amplio –típico del proceso ordinario– para advertirlo.

Distinta es la situación cuando los requisitos que hemos mencionado no se presentan en forma diáfana, pues allí indefectiblemente corresponderá recurrir a la vía ordinaria que mejor se ajuste a las particularidades del conflicto que se intenta dirimir.

Recapitulando: si el derecho no es cierto y líquido, o bien, si la ilegalidad o arbitrariedad no son claras y palmarias, no cabe recurrir al amparo, sino a las vías ordinarias. Esta podríamos decir que es la regla, a la luz de lo dispuesto por el Constituyente y teniendo en cuenta la interpretación que hace la Corte del artículo 43 CN.

Empero, así como se imponen reglas, a la par se instituyen válvulas de escape que permiten sortear el principio en casos excepcionales.⁵

⁵ Aunque siempre valorados por el órgano jurisdiccional.



En ese carácter se ha erigido la noción de "gravamen irreparable", pues se considera que frente al problema de la concurrencia de vías, lo importante no es que el justiciable pueda contar con diversos medios que resultan a priori aptos, sino que el tiempo que ellos insuman en su ejercicio concreto no ocasione un perjuicio irreparable (Morello y Vallefin, 2004:34).

La propia Corte Suprema –en anterior integración– hizo uso de esta herramienta cuando manifestó que:

Para la admisión del remedio excepcional del amparo resulta indispensable que quien solicita la protección judicial demuestre, en debida forma, la inexistencia de otras vías legales idóneas para la protección del derecho lesionado o que la remisión a ellas produzca un gravamen insusceptible de reparación ulterior (Fallos: T. 318, P. 178, 23/02/1995).

Esa corriente se ha manifestado en forma expresa sólo en algunos pocos antecedentes jurisprudenciales,⁶ pero ha asomado timidamente en muchos otros fallos, en los que el amparo desplaza a los procedimientos ordinarios por mediar circunstancias excepcionales que justifican su andamio.

A modo de ejemplo, puede mencionarse el caso de una persona de 75 años, jubilada, enferma, y sin obra social, que promovió un reclamo contra la ANSES, con una previa reclamación administrativa que insumió varios años para ser resuelta. En este caso, la Corte Suprema admitió que la procedencia del amparo se fundaba en la naturaleza del agravio que habría de sufrir el justiciable en esas condiciones.⁷ Lo mismo se dijo cuando estuvo en juego la preservación de la salud y la integridad física, frente a un grave problema.⁸

Lo dicho hasta aquí robustece la conclusión que ya se había comenzado a esbozar: la procedencia del amparo depende en mucho de las aristas de cada caso y no puede ser resuelto con la sola comparación de un mero plazo procesal.

Para determinar si el amparo procede, es preciso atender a todos y cada uno de los recaudos impuestos por el art. 43 de la Ley Fundamental.

2.6. Posición de la Corte Suprema

No quedan dudas de que el amparo genera discusiones por doquier. Cuanto más se desbroza el instituto, más se advierte lo controvertido del tema. ¿Cómo podemos zanjar tantas idas y vueltas solamente con el objeto de que el amparo, en tanto garantía constitucional, resulte más operativo?

⁶ Sólo en cuatro fallos –contando el citado– del registro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del año 1987 en adelante (Fallos T. 318, P. 178 del 23/02/1995; T. 317, P. 655 del 16/07/1994 y T. 314, P. 258 del 16/04/1991).

⁷ Fallos T. 330, P. 5201, 11/12/2007.

⁸ Fallos T. 330, P. 4647, 30/10/2007.



La existencia de tantas discusiones y frentes abiertos incide negativamente en el instituto, pues no se tiene certeza de cuándo procede, si es una vía excepcional u ordinaria, qué debe acreditar el afectado para que se admita la acción, etc.

En el campo del derecho prácticamente no existen temas pacíficos. Es propio de la naturaleza abogadil discutir lo indiscutible. Sin embargo, este es un lujo que sólo los doctrinarios pueden darse. Con ello, no se quiere cercenar bajo ningún punto de vista la libertad e independencia de cada magistrado de la Nación Argentina. Cada uno de ellos debe decidir lo que su legal saber y entender le indican. Mas, es claro, que en algún momento deben irse cerrando los frentes, pues las opiniones contrapuestas simultáneas son una clara fuente de inseguridad jurídica.

Su contracara –la seguridad jurídica– consiste en la previsibilidad jurídica, es decir, en la posibilidad de efectuar cálculos jurídicos futuros en orden a los efectos jurídicos que acarrearán ciertos comportamientos u omisiones, o en confiar que el derecho reaccionará de determinada manera si se actúa de ese modo o, a su vez, en poder en cualquier momento realizar una especie de relevamiento de la situación jurídica que cada uno ocupa en términos de derechos y deberes (Vigo, 1999:285).

De modo más simplificado, se ha dicho que la seguridad jurídica es la posibilidad de prever cuál será la respuesta de los jueces, a través de sus fallos, ante los asuntos que son sometidos a su examen (Cornejo, 2005:17).

Los órganos jurisdiccionales deben redoblar los esfuerzos en el intento de enviar mensajes claros a fin de que los operadores jurídicos –y la propia estructura judicial– no malgasten recursos preciados en planteos sin futuro. Y es que el fin último del Poder Judicial es proveer al cumplimiento y satisfacción de los derechos.

De todos los órganos jurisdiccionales existentes, la Corte Federal es una pieza fundamental en este rompecabezas. Es calificada de "suprema" por la propia Constitución Nacional (Gelli, 2006:895).

Si bien la Constitución argentina no dispone expresamente la obligatoriedad de la doctrina emanada de la Corte Suprema, el deber de seguimiento de sus sentencias se deriva de que ella es el último Tribunal de las controversias de constitucionalidad en el orden interno (Gelli, 2006:981). Por ello, deben observarse los criterios que el Máximo Tribunal Nacional expresa por intermedio de sus fallos, en tanto resulta el intérprete último de la Ley Fundamental.

En el debate de si el amparo es una vía principal o subsidiaria, la tesis tradicional de la Corte fue considerar al amparo como un medio subsidiario o supletorio. De ello dan cuenta los diversos antecedentes jurisprudenciales que hemos citado a lo largo de este trabajo.

El constitucionalista Néstor Sagüés tiene una visión crítica de la Corte Suprema, pues considera que no ha sido lo suficientemente coherente para cerrar el debate de una vez por todas. Refiere que en el caso "Berkeley" (Fallos 323:3770) la Corte pareció inclinarse a favor de la tesis del amparo como acción directa y principal y, poco después, volvió a su tesis clásica del amparo como vía subsidiaria *in re* "Provincia de San Luis". A su criterio, tal temperamento ha encendido aún más la discusión "para conformar a tiros y troyanos, que siempre tienen ahora algún veredicto sobre el que apoyarse" (Sagüés, 2006:237).

De nuestra parte pensamos que, salvo estas excepciones, la Corte en general ha sostenido la tesis del amparo como vía subsidiaria, con lo cual la existencia de vías legales adecuadas para la protección de los derechos excluye la admisibilidad del amparo.



Dicha regla puede verse excepcionada, como vimos, cuando el tránsito por la vía ordinaria le genere al justiciable un agravio de imposible reparación ulterior. Sin embargo, coincidimos con Sagüés en que es necesario que el órgano jurisdiccional de mayor peso en nuestro país se expida claramente y en forma unívoca. Así lo exigen los temas sensibles, como creemos que es el amparo, en cuanto instituto de tutela de derechos que funciona como última *ratio* cuando los medios ordinarios no son eficaces y abandonan al justiciable a su suerte.

2.7. Los costos del amparo

El escenario de nuestros días pone seriamente en crisis la idea del amparo como una vía excepcional, pues no es un remedio al que raramente se acuda para la tutela de los derechos. En muchos casos, se promueve un amparo aun cuando existen otros remedios judiciales que también permitirían satisfacer la pretensión del afectado.

Los amparistas intentan evitar el mayor tiempo que suelen insumir otras vías procesales, sin advertir que lo determinante en los tiempos del proceso no es exclusivamente el procedimiento que se elija, sino la naturaleza de la cuestión a debatir. Cuando el tema a abordar es muy complejo y pese a ello se promueve un amparo, no se logra disminuir el tiempo que lleva la tramitación, pero no porque el amparo no funcione, sino porque la temática rebasa su estrecho marco de conocimiento. El procedimiento tal vez dure un poco menos que si se le hubiera asignado una tramitación ordinaria, pero no se reduce de manera significativa.

Esto es lo que se denomina la "ordinarización" del amparo. Se trata de un efecto muy costoso para el sistema de justicia y también para el particular, que no obtiene la respuesta rápida que tuvo en mente al promover la acción.

Cada uno de los pleitos que tramita en los tribunales forma parte de la masa de conflictos a resolver por el sistema de justicia. La promoción de un amparo que debió tramitar por otra vía ordinaria genera un efecto macro, impactando directamente en la capacidad resolutive de la maquinaria judicial que se ve disminuida.

Cuando un conflicto que debió ventilarse por una vía ordinaria se encauza a través de un amparo, existen consecuencias negativas tanto para las partes como para el sistema judicial. Esta situación exige cautela desde ambos sectores de modo de no caer en una desnaturalización y destrucción de una valiosa herramienta de tutela. Al respecto, se ha dicho que:

La efectividad de lo extraordinario radica, precisamente, en ser extraordinario, y la ordinarización de ello acaba con su eficacia. Es imposible pretender que toda lesión a un derecho o garantía constitucional o legal pudiese ser defendida mediante el recurso de amparo (...) porque, como dijimos, en todos los juicios contradictorios se encuentra de alguna manera comprometido un derecho de esa naturaleza y todos ellos merecerían atención por la misma vía (C. Nac. Ap. Misiones, "Mouls, Raúl Jorge s/Recurso de Apelación en Expte. N° 2-4217/08 -Mouls, Raúl Jorge c/AFIP-DGA -Aduana de Posadas s/ Acción de amparo y medida cautelar", Expte. 11.032/08, 27/02/2009).



Es preciso internalizar que el recurso al amparo corresponde cuando las vías ordinarias no existen o no funcionan en la tarea de tutelar el derecho.

La Corte ha dicho reiteradamente que este medio no altera el juego de las instituciones vigentes, en tanto las circunstancias comprobadas en la causa evidencien que no aparece nítida una lesión cierta o ineludible causada con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta; o cuando el asunto versa sobre una materia opinable que exija una mayor amplitud de debate o de prueba para la determinación de la eventual invalidez del acto.⁹

La prudencia debe agudizarse si advertimos que, al fin y al cabo, todos los derechos tienen sustrato constitucional. Todas las normas, instituciones, procedimientos, derechos subjetivos y de otra naturaleza derivan de la Carta Fundamental. No obstante, no todo quebrantamiento de derechos puede enmendarse por esta vía, pues se corre el riesgo de colapsar el sistema de justicia, que ya está en una situación crítica.

A la hora de plantear o resolver la procedencia de un amparo, estos elementos también deben ser sopesados en forma circunspecta y realista para procurar un beneficio micro –para el justiciable– y macro –para el sistema y la comunidad.

III. CONCLUSIONES

El repaso que hemos hecho hasta el momento demuestra a las claras que el carácter de vía subordinada o principal siempre ha sido un punto álgido que genera diversas opiniones y debates en la doctrina.

La falta de consenso no es necesariamente negativa. Es cierto que para el usuario del servicio de justicia y para los restantes operadores el debate doctrinario no resuelto genera dificultades porque que no existe un criterio uniforme; y al no saber a qué atenerse se genera inseguridad jurídica.

El peso mayor, sin lugar a dudas, lo carga el justiciable, que es quien pone su vida y derechos en manos de todos aquellos que participan en el sistema de justicia. Para el resto de los operadores –abogados y jueces– se traduce en un desgaste; mayor trabajo y preocupaciones, que es lo que está en juego cuando un amparo es declarado inadmisibile.

Frente a esa situación, está la tarea infructuosa y sin resultados positivos del abogado que ha puesto empeño en beneficio del cliente, la preocupación del magistrado que no sin pocas dudas y debates internos ha decidido rechazar la vía y por último, el ciudadano que –insisto– pone su vida en el proceso.

Como se apuntaba, el disenso puede tener un costado positivo. Las discusiones que se generan en torno a un instituto abren la puerta a la reflexión y, eventualmente, a los cambios.

Sin embargo, no es posible sostener una discusión indefinidamente y sobre todo, cuando genera inseguridad jurídica. Por el placer de debatir, de contraargumentar y, en

⁹ M. 701. XLII; Rex, Melano, Arriel Carlos c/AFIP (DGI) s/amparo ley N° 16.986 – RE, 10/06/2008, T. 331, P. 1403.



definitiva, de pensar el derecho sí podemos justificar estas discusiones. Pero desde un costado netamente práctico, consideramos que deben tener un punto final o al menos disminuirse.

El amparo es un instituto de honda relevancia para los habitantes, para los abogados y para los jueces. La proliferación de esta herramienta, que nació como un medio excepcional, da cuenta de la profunda crisis en la que se halla inmerso el Sistema de Administración de Justicia que no da abasto para resolver el volumen de causas que ingresan año tras año.

El ministro Lorenzetti refiere que en los últimos años ha habido un aumento de la litigiosidad en porcentajes que oscilan entre el 200% y el 500%. Este fenomenal incremento se traduce en una ralentización de todos los procesos judiciales.

La morosidad judicial ha generado un fuerte y masivo rechazo social. Con todo, el Dr. Lorenzetti entiende –criteriosamente– que los procesos deben acelerarse, el servicio de justicia tiene su tiempo propio, que no es ni debe ser el que reclaman las urgencias del momento. El debido proceso es una conquista frente a las ejecuciones rápidas y espectaculares del Medioevo y debe mantenerse frente a las formas actuales de ejecución pública mediatizada (del Mensaje sobre Políticas de Estado para el Poder Judicial. Agosto del 2007).¹⁰

El debido proceso, en todas sus expresiones, es un logro que debemos prohijar. Sin lugar a dudas, debe procurarse un desenvolvimiento más ágil de las vías ordinarias y reservar el amparo para aquellos casos extremos, que son los que surgen frente a situaciones que no pueden esperar o bien, cuando no cabe ninguna duda de que se está perpetrando la violación de un derecho constitucional en forma arbitraria o ilegal.

Por el rol institucional que tiene la Corte Suprema, y especialmente el que viene asumiendo en los últimos años, es preciso que sus criterios sean claros y uniformes. De esa manera, colaborará a salir de la enmarañada e interminable discusión de si el amparo es una vía principal o subsidiaria.

La doctrina, por su parte, también debe hacerse eco de estos criterios claros y cerrar debates circulares que solo minan la seguridad jurídica.

Si tenemos en cuenta estas claves tal vez logremos "salvar" al amparo y llevarlo al lugar que se reservó para él. Siempre en procura de la justicia y de nuestra sociedad.

Sabemos que de ninguna manera hemos agotado el tema, pero aspiramos a haber descripto un panorama lo más acabado posible de los aspectos en juego, para arribarnos a la mejor solución que podamos gestar.

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2000), *Introducción al estudio del derecho procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

¹⁰ Disponible en el sitio del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –www.cij.gov.ar.



- CORNEJO, Abel (2005), *Seguridad Jurídica*, Virtudes, Buenos Aires.
- GELLI, María Angélica (2006), *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires.
- GÓMEZ, Claudio Daniel (1999), *Acción de amparo. Nuevas fronteras*, Advocatus, Córdoba.
- GOZAÍNI, Osvaldo A. (2002), "Admisibilidad del amparo: vía directa o subsidiaria", *Derecho Procesal Constitucional. Amparo. Doctrina y jurisprudencia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- MARTÍNEZ PAZ, Fernando (2005), "Propuesta para la construcción del mundo jurídico contemporáneo", *Introducción al derecho*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.
- MORELLO, Augusto María (2004), "Los problemas que plantean a los abogados y a los jueces los litigios complejos", *Dificultades de la prueba en procesos complejos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- MORELLO, Augusto María y Carlos A. VALLEFÍN (2004), *El amparo. Régimen Procesal*, 5ª edición, Librería Editora Platense, Buenos Aires.
- RIVAS, Adolfo A. (1994), *El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina*, La Ley 1994-E-1330.
- SAGGESE, Federico (2008), "El amparo como vía preferencial para la exigencia de los derechos sociales", *Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Librería Editora Platense, Buenos Aires.
- SAGÜÉS, Néstor P. (1988), *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo*, Tomo III, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires.*//
- SAGÜÉS, Néstor P. (1994a), *Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo (A propósito de la voluntad del constituyente)*, La Ley 1995-D-1517.
- SAGÜÉS, Néstor P. (1994b), *Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma constitucional*, La Ley 1994-D.
- SAGÜÉS, Néstor P. (1995), *Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo (A propósito de la voluntad del constituyente)*, La Ley 1995-D, Sección Doctrina, p. 1517.
- SAGÜÉS, Néstor P. (2006a), "Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los Tribunales Supremos)", *La interpretación judicial de la Constitución*, 2ª edición, Lexis Nexis, Buenos Aires.
- SAGÜÉS, Néstor P. (2006b), *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Ad Hoc, Buenos Aires.
- SALGADO, Alí Joaquín y Alejandro César VERDAGUER (2000), *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires.
- VIGO, Rodolfo L. (1999), *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
- VIROGLIO, Adriana L. y Ricardo M. FESSIA (1995), "Redacción" y "Partes componentes de la monografía y su presentación", *Cómo elaborar monografías y tesis*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.



PREMIOS FORMACIÓN 2010





Marcelo Juan Segon
Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?

cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

2do. premio







Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?*

MARCELO JUAN SEGON**

I. ACLARACIÓN PRELIMINAR

La disputa doctrinaria que, a nivel nacional o federal, se hubo originado en torno de la figura del amparo, calificándola –tradicionalmente– como supletoria o subsidiaria,¹ por un lado, y como vía alternativa u opcional² para el agraviado, por el otro, parecía una discusión anacrónica, superada en el ámbito de esos fueros por el delineamiento perfilado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos precedentes, a los que me referiré en este trabajo, y mantenida luego de la reforma constitucional de 1994.

Así, se ha sostenido una negación a todas aquellas cualidades, sobre la naturaleza del amparo, expresándose que "la acción de amparo es una acción principal. Ni es subsidiaria, ni es heroica, ni es residual ni es de excepción, y sólo cede ante la existencia de un medio exclusivamente judicial más idóneo, esto es, más expedito y rápido".³

Como se dejará expuesto a lo largo de este trabajo, esa disputa doctrinaria, como un fósil viviente, se mantiene vigente en la jurisprudencia de la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, creo yo, debido a la *amparización* de múltiples tipos de pretensiones, fomentada por el permisivo uso de dicha vía de amparo para reclamar, y obtener, pronunciamientos jurisdiccionales que, legalmente, encontraban su cauce en

*Trabajo ganador del 2do. Premio Formación Judicial 2009, en el eje "Amparo: ¿vía excepcional u ordinaria?".

**El seudónimo utilizado fue "¡Yo Gabba Gabba!".

¹ Reputándolo viable solamente si no existen otras vías judiciales o administrativas más idóneas para atender la lesión a un derecho constitucional, viendo al amparo como un procedimiento residual y hasta "heroico". Doctrina tradicionalmente sentada, antes de la sanción de la Ley 16.986, en los casos "Siri" y "Kot", y quedando plasmada en dicha normativa.

² A partir de una exégesis literal del nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional, se lo considera como vía alternativa u opcional para el agraviado, no subsidiaria, directamente operativa, dejando de ser una vía de excepción para convertirse en una ordinaria.

³ Como una tercera categoría, TSJ, "T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14 CCBA) s/ recurso de inconstitucionalidad", expte. n° 715/00, resolución del 26/12/00, voto de la Dra. Ruiz (conforme las Conclusiones de la comisión n° 3, en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal en materia de amparo).



los procesos ordinarios, definidos por el legislador con miras a un conocimiento pleno, que tienden –primordialmente– a garantizar el debido proceso, el derecho de defensa en juicio de ambas partes y evitar, en muchos casos, un dispendio jurisdiccional inútil.

Algunas de esas doctrinas citadas han incurrido en el error de confundir al amparo bien como un *proceso*, un *juicio*, una *demanda*, un *recurso*; o bien, hasta sin asignarle ningún aditamento, y no como lo que primordialmente es, un derecho o garantía constitucional,⁴ cuanto una acción⁵ para cumplimentar el ejercicio de otros derechos y garantías constitucionales.

Ergo, paréceme procedente, antes de abordar el eje temático propuesto, efectuar algunas consideraciones en torno al lenguaje, un tanto equívoco, que se ha utilizado –doctrinaria y jurisprudencialmente– para denominar al amparo. En cuanto a la doctrina, lo han titulado de múltiples maneras, a saber: acción, juicio, recurso, proceso, demanda, pretensión, etc.⁶

No soy de los que participan de la posición según la cual la denominación del amparo constituye un problema accesorio, ni que ello deba entenderse así, en la medida en que se salve la auténtica naturaleza del instituto (Sagüés, 1995). La calificación de vía excepcional u ordinaria, subsidiaria o alternativa se encuentra íntimamente vinculada con

⁴ Lo expuesto me lleva a sostener que el amparo es tanto un derecho constitucional análogo a los reconocidos en el artículo 14 y otros de la Constitución Nacional como los artículos 15, 16, 17, 18 y 19, cuanto una acción para cumplimentar el ejercicio de otros derechos y garantías constitucionales. Pero lo esencial, lo trascendente, desde mi ángulo de análisis, es afirmar que el amparo es en sí mismo un derecho constitucional, a más de una acción. Ensayo de la doble naturaleza jurídica del amparo constitucional, por Alberto Antonio Spota (sin publicar en texto).

⁵ Amparo: acción y efecto de amparar o ampararse. Amparar: (del latín *ante-parare*, "prevenir"). Tr. Favorecer, proteger. Prnl. Valerse del apoyo o protección de alguien o algo. Defenderse, guarecerse (*Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001).

⁶ Aja Espil, Jorge (1959) "El amparo judicial y su valoración", *Jurisprudencia Argentina*, Volumen II; Bidart Campos, Germán J., (1969) *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Ediar, Buenos Aires; Bielsa, Rafael, (1965) *El recurso de amparo*, Depalma, Buenos Aires; Carrió, Genaro R., (1987) *Recurso de amparo y técnica judicial*, Abeledo-Perrot, segunda edición, Buenos Aires; Chechi, Carlos E., (1959) "amparo jurisdiccional", en *cuadernos de los institutos*, Córdoba, Instituto de Derecho Constitucional, número 37; Ekmekdian, Miguel A., (1989) "El juicio de amparo en las Constituciones latinoamericanas", *Revista La Ley*, tomo C, pág. 301; Fiorini, Bartolomé A., (1953) "El recurso de amparo", *Revista La Ley*, Volumen n° 93; Lazzarini, Juicio de amparo, *Revista La Ley*, Volumen n° 116-885; Montaña, Dana, La reglamentación legal del amparo jurisdiccional, *Revista La Ley*, Volumen n° 124; Morello, Augusto M.-Vallefin, Carlos A., (2004) *El amparo. Régimen procesal*, Platense, quinta edición, Buenos Aires; Orgaz, Alfredo, La legislación sobre amparo, *Revista La Ley*, Volumen 102; Orgaz, Alfredo, (1961) *El recurso de amparo*, Depalma, Buenos Aires; Palacio Lino E. "La acción de amparo, su régimen procesal", *Revista La Ley*, Volumen n° 96; Palacio Lino E., (1995) "La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994", *Revista La Ley*, Volumen D-sec. Doctrina; Rivas, Adolfo A., (1987) *El amparo*, La Rocca, Buenos Aires; Rivas, Adolfo A., (1984) "Contribución al estudio del amparo en el derecho nacional", *Revista La Ley*, Volumen B; Sagüés, Néstor Pedro, (1995) *Acción de amparo*, Astrea, cuarta edición ampliada, Buenos Aires; Vocos Conesa, Eduardo, (1969) "La demanda de amparo", *Jurisprudencia Argentina*, y en *Revistas de Estudios Procesales*, Rosario, 1970, n° 5.



la naturaleza jurídica del amparo y, por consiguiente, al cauce procesal en cuya virtud los derechos y garantías vulnerados lograrán amparo o protección. Si se entiende que el amparo es un juicio, proceso o demanda, el problema se reduce a una cuestión de ordenamiento procesal, infraconstitucional, en cuya virtud el legislador habrá de delinear cuál es la vía, excepcional u ordinaria, subsidiaria o alternativa, en que se desarrollará el debate, lo cual encuentro desacertado, pues sus recaudos están expresamente previstos en los textos constitucionales. Tengo para mí que el amparo es, antes que acción, un derecho o garantía constitucional. Ergo, la exégesis que, de esa vía, se realice para asignarle alguna de aquellas características constituye una cuestión de índole constitucional, no legal, encomendada a todos los jueces, quienes la deberán efectuar con suma prudencia, para evitar la proliferación de amparos improcedentes que terminen vaciando de especificidad a esa vía expedita y rápida a la vez que desnaturalice su esencia constitucional. Y, en última instancia, dicha tarea le compete a nuestro Tribunal Superior de Justicia, quien, como veremos, se hubo encargado de delinear, enjundiosamente, cuáles son las pautas o guías a tener en cuenta a la hora de analizar la admisibilidad de la vía del amparo.

Tengo para mí, entonces, que el amparo reviste esa doble naturaleza jurídica habida cuenta de que la palabra "acción", utilizada por el constituyente, es anterior a "juicio", "proceso" o "demanda", y declama un poder jurídico que tiene todo ciudadano de reclamar la prestación de la función jurisdiccional, de solicitar tutela judicial mediante el "acceso a la jurisdicción". Cuando los artículos 43 de la Constitución Nacional y 14 de la Ciudad expresan que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, se está afirmando *un derecho o garantía constitucional innegable*.⁷ En otras palabras: *el amparo*

⁷ Inclusive si se recuerda el origen histórico pretoriano, entre nosotros, del amparo, en aquella sentencia del 27 de diciembre de 1957 en la causa "Siri" (CSJN, *Fallos*: 239:459; L. L. 89-531; J. A. 1958-II-476) se confirma lo que va expuesto. Del voto de la mayoría que creó esa institución surge con manifiesta evidencia que el amparo que se instrumenta jurisprudencialmente en esa causa, que en algún momento se mencionó indebidamente como hábeas corpus, lo visualiza como un real derecho propio de los individuos y de las personas jurídicas en un Estado republicano y democrático a los efectos de garantizar la libertad de imprenta y de trabajo. En ese caso, a fin de dar envergadura, consistencia, personalidad y vigencia efectiva *per se* a esos derechos constitucionales, usando del amparo más que como acción como derecho operativo en sí mismo. Tanto es así que ese voto mayoritario dice que basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación, como dice el artículo 18 de la Constitución a propósito de una de ellas. Ya a fines del siglo pasado señalaba Joaquín V. González: "No son, como puede creerse, las 'declaraciones, derechos y garantías' simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre o independiente dentro de la Nación Argentina".



es en sí mismo un derecho constitucional, a más de una acción para salvaguardar otros derechos y garantías constitucionales.

II. ADVERTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

No está de más recordar que fue la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación quien, en el célebre caso "Outón", al expedirse sobre la exégesis de la Ley N° 16.986, señaló que esa norma debía analizarse "como el medio razonable concebido para evitar que la acción de amparo sea utilizada caprichosamente". En ese caso, con el propósito de obstaculizar la efectiva vigencia de las leyes y reglamentos dictados en virtud de lo que la Constitución dispone. Por tal razón, sostuvo que "el amparo tiene por objeto una efectiva protección de los derechos constitucionales, antes que una ordenación o resguardo de la competencia". Es pues un proceso tuitivo de las personas.

Resulta obvio que si ese remedio está previsto como una acción "expedita y rápida" y frente a una lesión "actual o inminente" de derechos y garantías constitucionales o legales, no se lo puede utilizar discrecionalmente. En este aspecto, sostuvo la Corte Suprema de Justicia, en el caso "Kot", como criterio general, lo siguiente:

Los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia –lo mismo que en muchas otras cuestiones propias de su alto ministerio– a fin de no decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios. Pero, guardadas la ponderación y la prudencia debidas, ningún obstáculo de hecho o de derecho debe retardar al amparo constitucional.

Desde luego, si el amparo se transforma en una vía alternativa, a opción o gusto del accionante, en tal caso concluiría inconstitucional esa interpretación, pero no por la admisibilidad del amparo en sí, sino por la irracionalidad de la resolución que desnaturaría el ejercicio de una garantía constitucional, como es la acción de amparo.

Si el amparo no es analizado, como se verá, bajo el criterio expuesto por el Tribunal Superior de Justicia, se va a "ordinarizar" irremediablemente, y la pérdida del recurso "rápido, sencillo y eficaz" (arg. art. 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos) podría provocar responsabilidad internacional del Estado. La postergación de la causa que produce el amparo, si la mayoría de las contiendas utilizan esa vía para resolver todo tipo de litigio, lo tornaría inoperante como medio más idóneo, como recurso "rápido, sencillo y eficaz". Adviértase que ese propio Tribunal Superior de Justicia hizo notar el tiempo que demandan los amparos donde se ventilan cuestiones que, más allá de pretender el restablecimiento de derechos y garantías constitucionales, albergan pretensiones de amplio debate y prueba con el consiguiente dispendio jurisdiccional de ocurrir, luego de rechazado el amparo, a las vías ordinarias, desnaturando su esencia que es, antes que acción, garantía constitucional.

Que el amparo sea un derecho y garantía constitucional no implica que no pueda ser analizado con rigor para verificar si, efectivamente, concurren los extremos que –como





herramienta excepcional– exigen los artículos 43 de la Constitución Nacional y 14 de la Constitución de la Ciudad, lo cual demuestra, antes que voluntad de limitar, una correcta interpretación de esos preceptos constitucionales en cuya virtud la vía del amparo debe tener como única finalidad el restablecimiento, de inmediato –o lo más pronto posible– de los derechos y garantías eventualmente vulnerados. Ergo, la interpretación que se haga sobre su admisibilidad formal no debe ser tan amplia como para tramitar, por esa vía, todo tipo de contiendas, pues ello, en verdad, antes que salvaguardar los derechos y garantías que intenta proteger, los aniquilaría al demorar –debido a su masividad– otros amparos que, realmente, sí deben tramitar por aquella vía rápida y expedita.

III. CRITERIO PREDOMINANTE DE LA JURISPRUDENCIA DE LA JUSTICIA DE LA CIUDAD EN MATERIA DE VÍA DE AMPARO

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, mediante sentencia del 23 de febrero de 2001 pronunciada en la causa "Ermini",⁸ resolvió un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la demanda, declaró la inconstitucionalidad del artículo 20, inciso 5, Decreto N° 779/95 y dejó sin efecto la disposición que rechazara el otorgamiento de la licencia profesional, ordenando su concesión previo cumplimiento de los restantes requisitos legales. Los agravios sostenían la improcedencia de la vía procesal elegida por la actora y la ausencia de los presupuestos formales que hacen a su admisibilidad.

En la citada causa, el señor Enrique Bernardino Ermini inició una acción de amparo contra la Disposición N° 309/DGEVYL/2000, emitida por la Dirección General de Educación Vial y Licencias, por la cual se denegara la licencia de conductor profesional, clase D, subclase 1, solicitada por el amparista. Ello, conforme a las previsiones de la Ley N° 24.449 y su decreto reglamentario N° 779/PEN/95, artículo 20, incisos 5 y 6. Invocó el derecho a trabajar, la Constitución Nacional y Tratados Internacionales.

Allí, los jueces Centanaro, Russo y Daniele señalaron lo siguiente:

Respecto de la procedencia y admisibilidad de la vía judicial intentada, corresponde confirmar lo dispuesto en anterior instancia. En el caso, la cuestión litigiosa roza derechos y garantías de jerarquía constitucional y entra en conflicto con principios del derecho penal (*ne bis in idem*), requirentes de prontas resoluciones a fin de conservar los fundamentos del Estado de derecho al cual todos estamos necesariamente circunscriptos. La existencia de otras alternativas judiciales para atender al conflicto planteado no debe entenderse en un sentido meramente ritual, vale decir que, dada su sola posibilidad formal, se excluya inmediatamente la senda del amparo. Conforme reconocida doctrina: "sólo los jueces pueden 'en cada caso' dar contenido, precisión y, a tenor de los matices particulares de cada supuesto, determinar si

⁸ Expediente n° 8868/2000 "Ermini, Enrique Bernardino c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo (Art. 14 CCABA)"





existe o no consistencia y virtualidad bastante a fin de que los referidos calificativos desplacen 'lo común y corriente del procedimiento' al singular y diferenciado trámite del amparo" (Augusto M. Morello y Carlos A. Vallefin, *El amparo. Régimen procesal*, 1998, Librería Editora Platense, pág. 227). Si bien en el *sub lite* podrían tildarse como formalmente aptas las vías "ordinarias", resulta necesario tener en cuenta si ventilar cuestiones como la presente, donde se intenta el acceso a una fuente de trabajo, a través de derroteros judiciales de mayor amplitud temporal, no importa un serio perjuicio sobre los derechos que buscan ser reconocidos. "Lo importante como criterio discriminador, a nuestro juicio, no es que el justiciable pueda contar con diversos medios que resultarían a priori aptos, sino si el tiempo que ellos insumieran en su ejercicio concreto, lejos de satisfacer la tutela demandada, resultaría susceptible de causar un perjuicio irreparable [...] En atención a los conceptos desarrollados, este Tribunal considera procedente, en el caso particular, la vía procesal intentada por el actor" (considerando nº 2).

De acuerdo a esos parámetros, fijados por la Sala II, podemos observar que la Cámara de Apelaciones tuvo principalmente en cuenta el principio de celeridad para evaluar la admisibilidad de la acción de amparo. Por otra parte, advierte el tribunal sobre la existencia de otras vías ordinarias aptas, pero por razones del tiempo que insumirían, se provocaría un daño irreparable. De ese temperamento, podemos extraer que, a comienzos de la jurisprudencia de la Ciudad, el amparo tendía a inclinarse como una vía alternativa u opcional para el justiciable.

Esa tesis, que en mi opinión insinuaba al amparo como una vía ordinaria o alternativa, fue ratificada –poco tiempo después– con más claridad, por la misma Sala II, en la causa "Rodríguez, Eduardo Alejandro",⁹ mediante sentencia del 23 de abril de 2001. En ese expediente, el señor Eduardo Alejandro Rodríguez inició una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad pues, mediante Disposición nº 585/DGVEyL/00, se le denegó la solicitud de renovación de licencia de conductor profesional clase D1, que habilita para el manejo de taxi, con fundamento en antecedentes penales del peticionante y por aplicación de la Ley nº 24.449 y su Decreto reglamentario nº 779/95, artículo 20, incisos 5 y 6. Se fundó la demanda en los derechos a trabajar y ejercer industria lícita.

El Gobierno de la Ciudad, al contestar demanda, cuestionó –entre otros– la vía procesal intentada por considerarla inidónea, no habiendo demostrado el peticionante la inexistencia o inviabilidad de otros medios procesales que justifiquen acudir a la vía rápida del amparo.

Aquí, al contrario del citado precedente, el magistrado de primera instancia rechazó el amparo por cuanto, a su entender, la cuestión planteada requeriría una mayor amplitud de debate y prueba. La Sala II, por el contrario, sostuvo –en primer lugar– que "las cuestiones en debate dependen de la contrastación del acto administrativo denegatorio de la licencia requerida por el amparista con la normativa en vigencia regulatoria de la materia" y que "A tales efectos, las constancias que conforman estos autos resultan claramente suficientes" (considerando nº 8). Y, en cuanto aquí interesa, agregó que:

⁹ "Expediente nº 638/2001 "Rodríguez, Eduardo Alejandro c/ GCBA (Dirección General de Educación Vial y Licencias) s/ Amparo (Art. 14 CCABA)".





Esta premisa, sumada a los derechos de rango constitucional que se rozan en la especie, esto es, el de trabajar, y que por la inserción en el plexo de la Carta Magna de tratados internacionales en materia de derechos humanos, implica no sólo el ejercicio de una actividad laboral, sino que tal derecho al sustento "comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo [libremente escogido o aceptado]" (cf. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 6º, inciso 1º) [...] tornan viable la *alternativa de la acción de amparo* por sobre otras vías procedimentales. Por otro lado, justifica también lo antedicho la posibilidad de causar un grave daño ante la *demora* en la obtención de una resolución que defina la situación planteada; elemento esencial que avala la senda amparista (considerando nº 8). (Los destacados me pertenecen.)

Esa doctrina fue reiterada en posteriores pronunciamientos.¹⁰

Así, volvemos a apreciar que los criterios dominantes de la Sala II, para analizar la admisibilidad del amparo, fueron: la alternativa de la acción de amparo y la demora en obtener un pronunciamiento, extremos ellos que, en mi opinión, y como expondré luego, no son los propiciados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ni por el Tribunal Superior de Justicia. Ese tribunal hubo señalado, posteriormente, que el amparo es excepcional y que la demora es común en los procedimientos y no puede, por ello, elegirse el amparo, pues se altera el orden de decisión de las demás controversias donde también, por el carril del juicio ordinario, se debaten temas constitucionales. En mi posición, el Tribunal Superior ha tenido en cuenta otros parámetros para analizar la admisibilidad de la acción de amparo: el principio de economía procesal y la no afectación del derecho de defensa en juicio, aunque, al decidir en las distintas causas sometidas a su conocimiento, no hubo unanimidad en los votos y se propiciaron criterios y soluciones diversas, como se analizará posteriormente.

Por su lado, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, al resolver similares cuestiones atinentes a la admisibilidad de la vía del amparo, tuvo oportunidad de expedirse en la causa "Del Piero",¹¹ mediante sentencia dictada el 11 de diciembre de 2001, donde sostuvo, en primer lugar, que:

La arbitrariedad o ilegalidad manifiesta a que alude el texto constitucional requieren que la lesión de los derechos o garantías reconocidos resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos, ni de amplio debate y prueba.¹²

¹⁰ Expediente nº 2054 "Giménez, Ruben Victor c/ GCBA –Dirección General de Educación Vial y Licencias- s/ Amparo (Art. 14 CCABA)", sentencia del 5 de septiembre de 2001. Se agrega en ese fallo que "es evidente el carácter alimentario de la labor que el actor intenta desarrollar y que el acto materia de litigio deniega" (considerando nº 5, último párrafo).

¹¹ Expediente nº 979/01, "Del Piero, Fernando Gabriel c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)".

¹² Fallos: 306:1253; 307:747.





y, en cuanto a lo que aquí interesa, expresó –seguidamente– lo siguiente: “Sin embargo, *no por ello puede calificarse al amparo como herramienta excepcional*”;¹³ (el resaltado me pertenece).

En el referido precedente se hubo expresado que:

Toda vez que esta acción constituye una garantía constitucional otorgada a los particulares, para tutelar de modo rápido y eficaz sus derechos y las garantías establecidas para protegerlos, la procedencia de aquél debe ser analizada con criterio razonablemente amplio, resultando admisible siempre que el proceder impugnado reúna las características y efectos aludidos en los textos constitucionales, esto es, respectivamente, ilegitimidad y/o arbitrariedad manifiesta y lesión o amenaza de los derechos o garantías objeto de protección.

En suma, para esta doctrina, la idoneidad de la vía debe determinarse en cada caso en función de la naturaleza y caracteres que reviste el acto u omisión presuntamente violatorio de derechos o garantías constitucionales o legales, y de la concreta necesidad de acudir a la garantía en examen, para evitar o hacer cesar prontamente sus efectos. De acuerdo a esa tesis, entonces, el amparo resultará idóneo siempre que, conforme a la prudente ponderación de las circunstancias del caso, la acción u omisión impugnada *prima facie* reúna los caracteres de ilegitimidad y/o arbitrariedad manifiesta y, asimismo, ocasione una lesión, restricción, alteración o amenaza de derechos o garantías constitucionales o legales. Considera, ese pronunciamiento, que “[u]na interpretación diferente importaría limitar indebidamente el ámbito de operatividad de la garantía constitucional” (considerando III, sexto párrafo, del voto de la Dra. Weinberg de Roca). Estimo pertinente destacar que, ese voto, señala correctamente –como expresé al comienzo– que el amparo es, en primer lugar y antes que acción, una garantía constitucional.

También, considero que el citado voto¹⁴ deja aclarado que el amparo no es una herramienta excepcional, aspecto que abordaremos oportunamente. Entiendo que, a criterio de la Sala I, la admisibilidad del amparo debe ser apreciada con criterio amplio, para no tornar inoperante esa garantía. En suma, de esos fundamentos, puede extraerse que el amparo, en tanto impugne un acto u omisión que *prima facie* reúna los caracteres exigidos por los artículos 43 de la Constitución Nacional y 14 de la Constitución de la Ciudad, constituye una vía alternativa u ordinaria para proteger, en sede judicial, los derechos o garantías constitucionales vulnerados, no subsidiaria, directamente operativa, dejando de ser un proceso de excepción para convertirse en uno ordinario.

La postura realiza, predominantemente, una interpretación literal de los artículos 43 de la Constitución de la Nación y 14 de la Constitución de la Ciudad: “toda vez que los textos constitucionales confieren la acción de amparo ‘siempre que no exista otro

¹³ Voto de la Dra. Inés M. Weinberg de Roca en considerando III, cuarto párrafo, primera parte.

¹⁴ Compartido por el Dr. Balbín, quien reproduce textualmente el considerando n° III del voto preopinante emitido por la Dra. Weinberg de Roca sobre la admisibilidad de la vía del amparo, aunque no con la cuestión de fondo, quien se pronuncia por confirmar la sentencia apelada. El Dr. Centanaro adhiere a los fundamentos que sustentan el voto del Dr. Balbín.





medio *judicial* más idóneo".¹⁵ Habrá que examinar qué remedios judiciales existen. Y, como describe Sagüés (1995:666) solamente si hay uno mejor que el amparo, es decir, más expeditivo o rápido, o más eficaz, el amparo no será viable. Si hay un proceso igual de útil que el amparo, el litigante es libre para emplear a éste o al otro camino procesal. En la última hipótesis, el amparo se perfila como vía alternativa u opcional para el agraviado.

Como se deja expuesto, ambas salas I y II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, han venido sosteniendo, desde sus primeros pronunciamientos, una tesis denominada "amplia" en cuya virtud la instancia de mérito debe analizar liminarmente el trámite del amparo como medio judicial más idóneo para responder a las demandas.

De acuerdo a esa tesis, la Sala I esgrimió los siguientes argumentos: 1) no puede calificarse al amparo como herramienta excepcional; 2) la procedencia de aquél debe ser analizada con criterio razonablemente amplio; 3) la idoneidad de la vía debe determinarse en cada caso cuando la acción u omisión impugnadas *prima facie* reúnan los caracteres de ilegitimidad y/o arbitrariedad manifiestas y, asimismo, ocasione una lesión, restricción, alteración o amenaza de derechos o garantías constitucionales o legales; 4) la interpretación no debe limitar indebidamente la operatividad de la garantía constitucional; y 5) los textos constitucionales confieren la acción de amparo "siempre que no exista otro medio judicial más idóneo".¹⁶

Mientras tanto, la Sala II sostuvo en sus fundamentos sobre la procedencia y admisibilidad de la vía judicial del amparo, lo siguiente: 1) la existencia de otras alternativas judiciales para atender el conflicto no debe entenderse en un sentido meramente ritual, vale decir que, dada su sola posibilidad formal, se excluya inmediatamente la senda del amparo; 2) "lo importante como criterio discriminador [a juicio de esa Sala] no es que el justiciable pueda contar con diversos medios que resultarían *a priori* aptos, sino el *tiempo* que ellos insumieran en su ejercicio concreto, lejos de satisfacer la tutela demandada, resultaría susceptible de causar un perjuicio irreparable".¹⁷

Aquí podemos observar cómo la Sala II también se acogió al criterio amplio de admisibilidad del amparo, la posibilidad de opción por parte del justiciable como una vía ordinaria u alternativa y destacó, principalmente, el tiempo que insumirían los procesos ordinarios para satisfacer la tutela demandada. Sobre esos aspectos, se hubo pronunciado posteriormente el TSJ en la causa "Akrich" y sus citas, lo cual abordaré posteriormente.

Debo aclarar, a esta altura, que no es propósito de este trabajo emitir un juicio sobre la justicia o corrección de las cuestiones resueltas en los precedentes que aquí se citan, sino referirme al aspecto formal del amparo como vía excepcional u ordinaria, subsidiaria o alternativa en cuya virtud se lo hubo admitido o desestimado, según distintos criterios utilizados por los magistrados de la justicia local.

¹⁵ Penúltimo párrafo del voto citado anteriormente.

¹⁶ Doctrina sentada en precedentes "Del Piero", Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario.

¹⁷ La Sala II cita la opinión de Augusto M. Morello y Carlos A. Vallefin (2004) *El amparo. Régimen procesal*, Platense, Buenos Aires, p. 32.





IV. DISTINTAS MIRADAS SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA VÍA DEL AMPARO

Mientras que la mirada de la Cámara, como se expuso, está orientada en una tesis amplia de admisibilidad, donde predomina el tiempo que insumiría ocurrir a otros procesos judiciales, el Tribunal Superior de Justicia pone la mirada del amparo en que el trámite no redunde en una afectación del derecho de defensa en juicio. En otras palabras: esa última postura tiene por superado el óbice formal del amparo, si fue elegido como una vía alternativa y se arribó al dictado de una sentencia sobre el fondo del caso, debiendo el demandado demostrar de qué modo el trámite de la cuestión mediante dicha vía redundó en una privación o limitación del desarrollo de sus defensas o que tuvieron incidencia o hayan repercutido de forma adversa en el contenido del fallo emitido. En tales condiciones, la discrepancia no tendría, a criterio de ese Tribunal Superior, más efecto que determinar la elección de una vía procesal para ordenar el debate. Mientras esta sea la única consecuencia invocada, esto es, mientras no se busque demostrar que la sentencia que dirime definitivamente el pleito ha quedado afectada decisivamente por el procedimiento adoptado, el planteo no tiene por objeto la sentencia definitiva más que en apariencia, lo que resulta fácil de advertir tan pronto se concibe la posibilidad de desarrollarlo y resolverlo en una oportunidad cercana a la traba de la litis.¹⁸

V. LA CUESTIÓN DE LA VÍA DEL AMPARO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD

El antecedente que encuentro relevante señalar, sobre la vía del amparo, fue el fallo dictado en la causa "Rodríguez, Mónica Adriana".¹⁹ Allí, el Tribunal Superior de Justicia tuvo oportunidad de señalar que la vía del amparo se estaba utilizando caprichosamente para solucionar todos los temas que debieron transitar mediante los procesos ordinarios. En otras palabras: se lo hubo utilizado como una vía alternativa u ordinaria para discutir todo tipo de derechos.

Cabe destacar que, en esa causa, el juez Lozano fue el único que votó por la inidoneidad de la vía elegida para discutir aquella cuestión fijando una guía ilustrativa y pedagógica

¹⁸ TSJ, "Anconetani, Gustavo Horacio c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", sentencia del 23 de mayo de 2007, voto del Dr. Lozano; Cf. doctrina de Fallos: 95:133; y 134; 99:158; 104:284; 105:183; 115:11; 177:99, y considerando 3.2. de su voto *in re* Expte. n° 4603/05 "Lemes, Mauro Ismael s/ inf. art. 189 bis CP -apelación- s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 4602/05 "Ministerio Público -Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 4- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lemes, Mauro Ismael s/ infracción art. 189 bis CP -apelación-' ", resolución de fecha 19 de julio de 2006.

¹⁹ "Rodríguez, Mónica Adriana c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCBA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" (expediente 3170/04, resolución del 20 de diciembre de 2004).





para definir la admisibilidad del amparo. Ergo, se pronunció por declarar que el amparo no debió ser formalmente admitido y anular, en consecuencia, todo lo actuado.²⁰

Al respecto, sostuvo dicho magistrado:

2. En el seno del proceso de amparo coexisten dos fuerzas de sentido contrario: la necesidad de restablecer con celeridad garantías que el actor dice conculcadas y la de respetar el derecho de defensa de la parte demandada. Encontrar un punto de equilibrio entre ellas constituye una meta esencial, asumida por los jueces en los comienzos pretorianos del instituto e impuesta por el legislador una vez que éste asumió la tarea de establecer reglas para esta vía. En este orden de ideas, conviene tener presente que los fallos *Siri* y *Kot* recayeron en actuaciones judiciales tramitadas *inaudita parte*. Ello supone haber estimado innecesaria una defensa porque el derecho vulnerado aparecía tan patente e indubitable que cualquier dilación se percibía como una demora intolerable. Frente a esa situación, las formas de procedimiento justificadas para el debate de supuestos más complejos conducirían a la frustración de la tutela requerida. Acorde con ello, los efectos de cosa juzgada asignados a las sentencias recaídas en procesos de amparo fueron, en sus orígenes, sumamente limitados, si se los compara con aquellos que corresponden a los pronunciamientos dictados en juicios ordinarios (cfr. art. 16 de la Ley 16986).

El art. 14 de la CCBA adopta, a fin de delimitar los supuestos en que es posible el amparo, los siguientes parámetros desarrollados por la jurisprudencia y la legislación-: a) un acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte y b) siempre que no exista otro medio judicial más idóneo.

El primer requisito capta la idea de que la cuestión debe ser de aquellas que pueden ser resueltas correctamente sin profundizar el examen. La segunda atiende, entre otras cosas, a la necesidad de tutelar la defensa de la demandada. El juez debe evaluar con máxima prudencia si la cuestión propuesta puede ser resuelta bajo las formas del amparo, caso contrario no habría razón para limitar el derecho de defensa de la demandada, situación que incluso también podría proteger al propio accionante –quien renunció al mayor desarrollo dialéctico y probatorio de los juicios ordinarios que posiblemente pudieron resultarle, en este aspecto, ventajosos–, pues el tribunal podría estimar que los derechos de la parte actora resultarían perjudicados por una elección procesal inapropiada.

La idoneidad del amparo, en tanto cauce procesal, no debe ser medida atendiendo tan sólo a su mayor velocidad. Para ser idóneo, el proceso de amparo debe resultar

²⁰ El citado caso trataba sobre una acción de amparo iniciada para que se ordenase al GCBA permitir el ingreso de la actora, médica especialista en pediatría, al "Sistema Municipal de Residencias de Apoyo creándose si fuere necesario la vacante correspondiente"; caso contrario, pidió ser indemnizada "por los daños y perjuicios sufridos"





adecuado para la clase de debate que requiere la cuestión sometida a decisión judicial. A su vez, la sentencia debe, como principio, poder restablecer al accionante en el goce del derecho conculcado. Si ello no fuere posible, y la tutela consistiera en sustituirlo por la reparación pecuniaria, no habría motivo para objetar la dilación propia de los procesos ordinarios, puesto que, también como principio, la dilación en entregar dinero es plenamente compensable. Constituyen la excepción más típica a esta regla los reclamos de naturaleza alimentaria. Pero dicho supuesto es ajeno a la especie, puesto que los ingresos a que pudo haber tenido derecho la actora no eran su alimento ya que, por hipótesis no había prestado aún los servicios ni por ende devengado los salarios. Cualquier otro derecho que apareciera como un sustituto de aquel cuyo restablecimiento se hubo tornado imposible debería ser examinado con vara similar para justificar la celeridad del amparo.

El juez deberá ponderar –no en abstracto, sino con apego al caso– si la dificultad que entraña la materia controvertida exige o no un procedimiento ordinario, apropiado para el mejor desarrollo de las posturas de las partes y si la naturaleza del derecho conculcado admite su restablecimiento. El rango constitucional que ostenta el amparo no modifica la regla según la cual el proceso ordinario, con sus complementos cautelares, es el que el Legislador eligió, en ejercicio de competencias que emanan de la Constitución tanto como el proceso de amparo, para organizar el debate y resolución judicial de las controversias. Esa elección constituye una opción instrumental, formulada por los representantes del pueblo, para la determinación de los derechos sometidos a conocimiento del juez y el ejercicio del derecho de defensa propio de todo proceso judicial. Aún con anterioridad a la actual instalación constitucional del amparo, los jueces encontraron en la Constitución Nacional poderes suficientes como para desechar formas de procedimiento dispuestas por el legislador cuando, en el caso, resultaban insuficientes para obtener la tutela de derechos estimados esenciales. El citado art. 14 constituye un modo de otorgar al juez facultad expresa para adoptar esas formas simplificadas con que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sustituyó en *Siri y Kot* las contempladas en las leyes adjetivas. Esta norma constitucional no impide la posible reglamentación legislativa de la acción de amparo, sin perjuicio de que mantiene una válvula de escape a la cual puede el juez acudir cuando las reglas legislativas muestran ser insuficientes para la preservación de los derechos contemplados en ella.

En lo que hace al control judicial de la administración, que es el supuesto específico que nos ocupa, el proceso ordinario, es decir el que constituye la regla, fue regulado por la Ley 189. Dicha ley instrumenta un proceso contencioso administrativo que sujeta la intervención judicial a condiciones de tiempo y forma (plazo de caducidad de la demanda y agotamiento de la vía administrativa previa, con sus respectivas excepciones), cuyo contenido no es mero fruto de una voluntad legislativa reticente a la intervención de la justicia sino que preserva la división de poderes. El amparo no puede constituir un modo de sortear esas condiciones, salvo en los supuestos en los que el agotamiento de la vía administrativa se muestre meramente ritual y siempre que estén reunidos los restantes requisitos del amparo.

Un parámetro accesorio, útil en materia de admisibilidad, será la convicción del juez de que no estará en el marco de un proceso ordinario, en mejores condiciones que las





que tiene ante sí en vía de amparo, para resolver el conflicto sometido a su jurisdicción. 3. Lo anterior sirve como guía para definir la suerte de los agravios desarrollados por el recurrente que, según fuera indicado en el apartado 1 del voto, se vinculan con los arts. 14, 80, inc. 12, 106 y 104 inc. 9 de la CCBA.

De esa manera, concluyó que no existían, en el caso, motivos para eludir la vía procesal ordinaria y con ello vulnerar las condiciones que el legislador estableció en la Ley 189 para llevar a juicio a la administración.

Considero que ello constituyó una suficiente guía, como señalara dicho magistrado, para analizar los recaudos de admisibilidad del amparo cuya tesis, en mi opinión, recepta a esa garantía constitucional como una herramienta excepcional, mientras que el proceso ordinario es el que el legislador eligió para organizar el debate y resolver judicialmente las controversias. Ergo, son los procesos ordinarios los que constituyen la regla, regulada por la Ley 189.

No obstante, a criterio del Tribunal Superior de Justicia, se tuvo que dictar, posteriormente, un fallo cuya consideración, expuesta por el juez Maier, pone de relieve la preocupación señalada en oportunidades anteriores²¹ acerca de que:

Se ha conformado la costumbre, tanto judicial, como por intermedio de los litigantes, de que la vía adecuada para defender derechos contra acciones u omisiones del Estado es el proceso llamado de *amparo*. Ya he tenido oportunidad de indicar cuán peligrosa es esta costumbre, que desplaza totalmente y sustituye a los procesos judiciales de conocimiento, al punto de que tanto el CCAyT y, eventualmente, el CPCyC de la Nación, si fuere aplicable, parecen haber quedado como meras figuras decorativas, inutilizables.²²

De ello se sigue, en mi opinión, que el Tribunal Superior de Justicia venía observando la interpretación amplia, sostenida por la Cámara, de los artículos 43 de la Constitución de la Nación y 14 de la Constitución local, acerca de la admisibilidad de la vía del amparo,²³ en cuya virtud bastaba probar, o al menos prever, que la demora en utilizar los procesos

²¹ (V.gr. acápite "II. Recursos de queja y de inconstitucionalidad de Sound Garage", punto 4, del voto del juez Maier, en los autos "Loñ, Carolina y otros c/ GCBA s/ amparo [art. 14 CCABA] s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 4229/05 y su acumulado expte. n° 4143/05 "Sound Garage SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Loñ, Carolina y otros c/ GCBA y otros s/ amparo [art. 14 CCABA]'", sentencia del 22/2/06.)

²² Causa "Dr. Ricardo Monner Sans c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 4809/06 y su acumulado expte. n° 4313/05 "Lotería Nacional Sociedad del Estado s/ queja por recurso de apelación ordinario denegado en: 'Dr. Ricardo Monner Sans c/ Instituto de Juegos de apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/ otros procesos incidentales'", sentencia del 6/10/06.

²³ En la causa "Marone", sentencia del 14 de octubre de 2008, el juez Maier dijo: "El amparo es, más allá de la interpretación laxa de la Cámara, un proceso serio, reglado por disposiciones constitucionales" (cf. considerando n° 4, última parte).





ordinarios podría tornar irreparable el perjuicio alegado por el accionante, como motivo suficiente para aceptar que la vía del amparo era una de las alternativas, de opción, para el justiciable y, por tanto, aceptando a esa garantía constitucional como una vía ordinaria, alternativa, no subsidiaria ni de excepción.

Así, encuentro pertinente destacar los lineamientos vertidos en la causa "Akrich"²⁴ que, creo yo, tuvo por finalidad fijar –de modo contundente– las pautas a seguir por los tribunales de la Ciudad, en oportunidad de analizar la admisibilidad de la vía del amparo.

En tal sentido, si bien no hubo mayoría por parte del Tribunal, como tampoco en otros precedentes sobre dicha cuestión, considero que fue la casuística quien hizo que, en cada caso particular, los jueces del Tribunal Superior entendieran, y consideraran, si el trámite de amparo –luego de dictada la sentencia definitiva– hubo afectado, o no, el ejercicio del derecho de defensa del demandado.

En esa línea argumental, encuentro pertinente destacar lo expuesto por el juez Maier:

4. El carácter sumarísimo (acción rápida y expedita) de la acción de amparo, carácter establecido por el constituyente, pretende dotar a las personas de una garantía para aquellos casos en los que se presentan determinadas circunstancias que no admiten la tramitación de un juicio bajo los moldes más complejos, estrictos y dilatados de los procesos comunes. Las circunstancias aludidas, que operan como *conditio sine qua non* para admitir un amparo son, básicamente, la necesidad de una actuación judicial urgente que prevenga o repare consecuencias notoriamente disvaliosas para quien acciona, y el carácter manifiesto de la conducta lesiva.

Lo primero exige del actor un obrar diligente en el resguardo de sus propios derechos (o de aquellos derechos e intereses para los que el ordenamiento jurídico le concede legitimación para accionar). La urgencia no puede provenir de la propia demora, incuria o negligencia. La referencia que efectúa el art. 14, CCBA, a una lesión "actual o inminente" pone en evidencia que quien pretende ejercer esta acción no puede

²⁴ Expte. n° 4782/06: "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)'" , sentencia del 29 de noviembre de 2006. En esa causa, el señor Gustavo Raúl Akrich, médico del servicio de guardia del Hospital General de Agudos "Dr. Carlos Durand" de la Ciudad de Buenos Aires, planteó una acción de amparo contra el Gobierno local, para que se cumpla lo dispuesto en el art. 6 del decreto n° 282/96, que establece el derecho a que se le asigne un mínimo de 12 horas semanales en la planta del Hospital, como prolongación de las 24 horas que trabaja como profesional de guardia. El actor expresó que, no obstante sus reiterados reclamos administrativos, no recibió una respuesta satisfactoria. Por su parte, al justificar la elección de la vía del amparo, él ofreció el siguiente argumento: "toda vez que *de hecho se encuentra obturado cualquier reclamo en sede administrativa*, siendo que *deviene inútil la prosecución de aquella vía*, este amparista se encuentra en la *necesidad* de acudir directamente ante V.S. en reclamo de justicia efectiva y eficaz a través de la promoción del presente remedio procesal informado constitucionalmente, toda vez que una eventual acción ordinaria no lograría satisfacer en debido tiempo la *Extensión Horaria* pretendida, con el consabido *carácter alimentario* que implica la *compensación salarial* correspondiente al incremento horario peticionado".





demorar su actuación, ya que si así lo hiciese no estaría en condiciones de justificar válidamente por qué el trámite de un juicio ordinario sería incompatible con la tutela del derecho que pretende hacer valer. La falta, el abandono o la suspensión del ejercicio de las acciones y recursos regulados por las leyes procesales para la defensa de derechos como el invocado en la causa constituyen un impedimento sustancial para la viabilidad del amparo.

El segundo aspecto, el carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad de la conducta estatal lesiva, es el que permite justificar las limitaciones al ejercicio del derecho de defensa del órgano estatal demandado, impuestas por las reglas del amparo. Por ello, la arbitrariedad o ilegitimidad del acto no resultan suficientes; antes bien, la Constitución exige que aquéllas emerjan en forma "manifiesta", esto es, que surjan con evidencia del acto mismo.

Si uno u otro recaudo no están presentes, cualquiera que sea la fundabilidad, corrección o justicia de la pretensión, ella deberá tramitar por las vías ordinarias. No debe olvidarse que todo el sistema de acciones procesales –y no sólo la acción de amparo–, se dirige a efectivizar el derecho a acceder a la justicia y a garantizar la protección judicial efectiva de los derechos e intereses constitucionales, legales o reglamentarios que puedan asistir a las personas. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló –al plasmar un criterio que no ha perdido vigencia tras el reconocimiento constitucional de la acción de amparo efectuado en la reforma de 1994– que "*El amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías aptas, pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva*" (Fallos: 310, 576).

La constatación de la concurrencia de los presupuestos constitucionales del amparo, para admitirlo o para rechazarlo, exige de los jueces, además, un juicio equilibrado que tenga en cuenta, principalmente, si la tramitación de la demanda mediante otro tipo de proceso (con las medidas cautelares que en ellos puedan requerirse) puede llevar a frustrar (y no meramente demorar) la tutela judicial del derecho o interés sobre la base del cual se acciona. En tal sentido es aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que afirma que el perjuicio que pueda ocasionar la dilación de los procedimientos ordinarios no implica una situación diferente a la habitual de toda persona que petitiona en ellos el reconocimiento de sus derechos (Fallos 297:93; 303:422; 310:340, entre otros).

Conviene tener en cuenta que la decisión de tramitar y resolver un proceso por la vía del amparo tiene como consecuencia necesaria la postergación en la consideración y decisión de otros asuntos sometidos a la decisión de los magistrados; es decir: la lista de asuntos a decisión se modifica (cf. art. 27, inc. 2, CCAyT), se privilegia a los amparos y los demás quedan postergados (entre los que, habitualmente, también se encuentran casos en los que se reclama la satisfacción de derechos fundamentales). (Los destacados me pertenecen.)



Siguiendo con ese lineamiento, los jueces Conde y Casás también coincidieron en que no existía, en ese caso, justificación para apartarse de las vías ordinarias previstas para la tramitación de las causas, fijando los siguientes lineamientos:

El carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad de la conducta estatal lesiva es el que permite justificar las limitaciones al ejercicio del derecho de defensa del órgano estatal demandado, impuestas por las reglas del amparo. Por ello, la arbitrariedad o ilegitimidad del acto u omisión no resultan suficientes; antes bien, la Constitución exige que aquéllas emerjan en forma "manifiesta", esto es, que surjan con evidencia del acto mismo.

Si este recaudo no está presente, cualquiera que sea la fundabilidad, corrección o justicia de la pretensión, ella deberá tramitar por las vías ordinarias. No debe olvidarse que todo el sistema de acciones procesales –y no sólo la acción de amparo– se dirige a efectivizar el derecho a acceder a la justicia y a garantizar la protección judicial efectiva de los derechos e intereses constitucionales, legales o reglamentarios que puedan asistir a las personas.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido de manera reiterada que:

El amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías aptas, pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva" (Fallos: 310, 576; 311:612, 1974 y 2319; 317:1128; 323:1825 y 2097; 325:396 y 328:1708, entre otros).

3. El cuestionamiento que efectúa la demandada en relación con la tramitación del proceso por la vía del amparo, coincide con la preocupación que ya hemos manifestado en anteriores oportunidades al advertir que se ha generalizado la utilización del trámite del amparo para dirimir cuestiones que deberían ser canalizadas como juicios de conocimiento (votos de la Dra. Conde en "Fullone, Mirta Susana c/ GCBA s/ amparo", expte n° 3101/04, sentencia de fecha 17-11-04; "Rodríguez, Mónica Adriana s/ amparo", expte n° 3170/04, sentencia del 20-12-04; "Tayeda, Marta Susana c/ GCBA s/ amparo", expte n° 1684/02 del 19-2-03 y voto del Dr. Casás en "Club Defensores de Belgrano s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Club Defensores de Belgrano c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", expte. n° 1537/02, sentencia del 7 de octubre de 2002; entre otros).

La constatación de la concurrencia de los presupuestos constitucionales del amparo, para admitirlo o para rechazarlo, exige de los jueces un juicio equilibrado que tenga en cuenta, principalmente, si la tramitación de la demanda mediante otro tipo de proceso (con las medidas cautelares que en ellos puedan requerirse) puede llevar a frustrar (y no meramente demorar) la tutela judicial del derecho o interés sobre la base del cual se acciona. En tal sentido es aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que afirma que el perjuicio que pueda ocasionar la dilación de los procedimientos ordinarios no implica una situación diferente a la





habitual de toda persona que peticona en ellos el reconocimiento de sus derechos (Fallos: 297:93; 303:422; 310:340, entre otros).

Conviene tener en cuenta que la decisión de tramitar y resolver un proceso por la vía del amparo tiene como consecuencia necesaria la postergación en la consideración y decisión de otros asuntos sometidos al conocimiento de los magistrados; es decir: la lista de asuntos a resolver se modifica (cf. art. 27, inc. 2, CCAyT), se privilegia a los amparos y los demás quedan postergados (entre los que, habitualmente, también se encuentran casos en los que se reclama la satisfacción de derechos fundamentales). En suma, el instituto previsto en el art. 14 de la Constitución local y 43 de la nacional debe encontrar un cauce razonable, *no pudiendo interpretarse en forma tan dilatada que se convierta en un dispositivo judicial apto para promover todo tipo de cuestiones*. Vienen al caso las palabras de un reconocido jurista, quien –al señalar la línea que debería seguir una reforma de la ley que reglamenta el amparo– sostiene que no podría tratarse de “una ley apartada del espíritu mayoritario que inspiró genuinamente el art. 43 de la CN, ni de otra que, pensándolo como panacea universal, o curalotodo tribunalicio, lo inflacione caóticamente; ni de una regla que sin responsabilidad alguna dibuje un amparo cuasimístico, mágico, estratosférico o quizás delirante, sino de un amparo realista, operativo, sensato, útil, proporcionado a las posibilidades ciertas del sistema judicial, y auténtico proceso eficiente, reservado para lo que constitucionalmente debe ser y no para decidir cualquier litigio” (Sagüés, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*, Colección “Estudios de Derecho Procesal Constitucional IV” dirigida por Julio B.J. Maier, Ad Hoc, p. 245). (El destacado me pertenece.)

Esos votos remarcaron, a su vez, dos cuestiones trascendentales tratadas por la Cámara en anteriores pronunciamientos, donde hubo analizado la admisibilidad de la vía del amparo con un criterio extremadamente amplio. Aquí puede observarse cómo los jueces del Tribunal Superior describen por qué ese criterio, laxo, de admisibilidad produjo la costumbre, generalizada, de tramitar las cuestiones por la vía del amparo como vía ordinaria, alternativa, a opción del accionante. Por su lado, ese máximo tribunal local también se encargó de desechar el argumento, sostenido por la Cámara, referido a la demora que insumen los restantes procesos de conocimiento previstos por la Ley 189, señalando que ello no implica una situación diferente a la habitual de quien peticona, en esos procesos, también la protección de sus derechos y que, además, la decisión de tramitar y resolver un proceso por la vía del amparo tiene como consecuencia necesaria la postergación en la consideración y decisión de otros asuntos sometidos al conocimiento de los magistrados; es decir: la lista de asuntos a resolver se modifica (cf. art. 27, inc. 2, CCAyT), se privilegia a los amparos y los demás quedan postergados entre los que, habitualmente, también se encuentran casos en los que se reclama la satisfacción de derechos fundamentales.

Esa cuestión, decidida en la causa “Akrich” que debe servir, en mi concepto, de guía o pauta para evaluar la admisibilidad del amparo como una vía excepcional, no ordinaria ni alternativa, no contó con la adhesión de los jueces Lozano y Ruiz, aunque por las siguientes razones. Para el primero de esos jueces, el demandado no demostró de qué modo el trámite de la cuestión mediante el procedimiento de amparo redundó en una privación o limitación del desarrollo de sus defensas o que tuvieran incidencia o hayan repercutido



de forma adversa en el contenido del fallo emitido. En tales condiciones, la cuestión propuesta no tendría, en esa etapa del análisis, más efecto que determinar la elección de una vía procesal para ordenar el debate. Por su parte, la jueza Ruiz sostuvo que la controversia era, bien mirada, de puro derecho; y el marco de un plenario abreviado y de características particulares como es el del amparo, no hubo privado al demandado de ninguna oportunidad de intervención útil. Es decir, los parámetros generales para admitir o rechazar el amparo, de acuerdo a las reglas constitucionales y manteniendo reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no cambiaron el esquema de la Constitución de la Ciudad ni la interpretación que debe hacerse de esa garantía constitucional.

Cabe recordar que las exigencias del amparo están establecidas en los artículos 43, CN y 14, CCBA y, por ende, el planteo que sobre ello se formule involucra un caso que versa "sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en esta Constitución" (art. 113, inc. 3, CCBA) es objeto de consideración por el Tribunal Superior de Justicia, quien tiene a su cargo la última interpretación sobre las normas constitucionales de la Ciudad lo cual, para mí, debe ser la guía a seguir por los tribunales de la Ciudad.

Resulta ilustrativo, para verificar si la vía del amparo reviste carácter de excepcional u ordinaria, subsidiaria u alternativa, el voto del Dr. Lozano propuesto en la causa "Marone",²⁵ Expte. n° 5190/07 "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en donde, advierto, hubo ampliado el desarrollo argumental respecto de los extremos que deben valorarse para admitir la vía del amparo y, en mi criterio, esgrime algunas diferencias respecto de los restantes jueces que componen el tribunal. Veamos lo que expuso:

3.1 En su primera etapa, el amparo procedía frente a la manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad de actos u omisiones que lesionaran derechos cuyo restablecimiento no requiriera mayor debate y prueba, y en tanto no existiera otro medio judicial para tutelar el derecho afectado. Para establecer esto último, se estimaba indispensable determinar si los caminos procesales alternativos podían remediar la lesión o, dicho de otro modo, cuál era el efecto de la prolongación del proceso sobre el derecho lesionado. Sólo si el remedio se revelaba, por tardío, como insuficiente o, lisa y llanamente, ineficaz, la vía ordinaria era preterida en favor del amparo. Bajo esta óptica, los derechos patrimoniales eran, con excepción de aquellos de naturaleza alimentaria, susceptibles de tutela adecuada por medio de los procesos ordinarios pues los intereses u otros accesorios compensaban el referido efecto. Actualmente, el amparo regulado en el art. 14 CCBA no opera como cauce residual y para que prevalezca basta con que no sea menos idóneo que otros remedios²⁶ conforme

²⁵ Expte. n° 5190/07 "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Marone, Héctor Rodolfo c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", sentencia del 14 de octubre de 2008.

²⁶ Así lo refleja la intervención del convencional constituyente Dr. Raúl E. Zaffaroni, que ante la propuesta de que se suprima el término "más" del tercer reglón del art. 14 de la CCBA sostuvo lo





los presupuestos reseñados en el punto 1 de este voto [se refiere a los requisitos previstos en dicha norma constitucional].

3.2. No ha quedado eliminada, sin embargo, la relevancia del efecto de la prolongación del proceso sobre el derecho lesionado para optar entre amparo y vía ordinaria. El art. 14 comentado se inscribe en una Constitución que garantiza el derecho de defensa en juicio, y faculta al poder legislativo, que ejercen los representantes del pueblo, a organizar los procedimientos a fin de poner en acto esa garantía. Al introducir el amparo a un nivel supra-legislativo vino a respaldar una interpretación que la CSJN había hecho de la Constitución Nacional, texto anterior a 1994, con arreglo a la cual en situaciones límite en las que los procedimientos ordinarios, aun contemplando medidas cautelares, no suministraban una tutela efectiva de las garantías constitucionales, la función judicial podía ser ejercida excediendo las formas procesales en bien de la sustancia de los derechos.

En tanto son todas cláusulas (art. 14 y 81 inc. 2, CCBA) de igual jerarquía normativa, debe el juez ponerlas en juego armónico cuando entran inevitablemente en tensión. En ese contexto, la evolución del daño en función del tiempo es un dato esencial a la hora de decidir si se justifica restringir el debate; al igual que lo es el carácter manifiesto de la ilegitimidad o la arbitrariedad del acto u omisión impugnados para apreciar si la restricción impacta de modo sensible en el ejercicio concreto de la defensa del demandado. La irreversibilidad del daño, sometido el litigio a las vías ordinarias, incluidas las medidas cautelares que ellas proveen, justifica imponer mayor premura al demandado en el ejercicio de su defensa, y disminuir la severidad con la que se juzgará el carácter manifiesto de la ilegitimidad o la arbitrariedad del acto u omisión cuestionados.

No se desprende de ello que la circunstancia de que el daño sea atendible efectivamente por ambas vías constituya motivo para desechar el amparo. Procede éste igualmente, aunque el derecho pueda recibir tutela por vías ordinarias, cuando la evidencia de la ilegitimidad o arbitrariedad torna inconducente cualquier desarrollo procesal mayor que el del amparo. En ese caso, no existe vía más idónea que la del amparo. Que la tutela sólo pueda ser satisfactoriamente obtenida por el procedimiento más expeditivo no es condición necesaria sino coadyuvante, y suficiente si la cuestión tolera el limitado debate para elegirlo.

3.3. Aun cuando su formulación lingüística parece indicar lo contrario, el carácter manifiesto de una ilegitimidad o la intuición de una argumentación como arbitraria son susceptibles de alguna graduación. Las certezas no suelen ser absolutas ni inmediatas. El teorema que pareció evidente a Pierre de Fermat, matemático y

siguiente: "Considero que el primer párrafo del texto que propone la comisión tiene una redacción casi inobjetable. Creo que hay que oponerse contundentemente a la supresión de la palabra 'más'. Coincido plenamente con lo manifestado por el señor convencional Vivo, aunque no con su argumento; no porque el amparo sea algo excepcional, sino porque si suprimimos la palabra 'más' destruimos el amparo" (cf. *Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996, Actas, Tomo 1, pág 753/754*).





abogado que manifestó que no asentaba su demostración por carecer de espacio en el papel en que estaba exponiéndolo, fue formalmente comprobado más de tres siglos después, aunque tenido por verdadero, casi diríamos evidente, durante ese lapso. Al igual que otras conclusiones, las jurídicas suelen parecer evidentes verdades a unos, errores a otros e interrogantes a los miembros de un tercer grupo. A su vez, para llegar a la convicción de que una verdad es evidente solemos tener que recorrer o despejar algún camino. Tanto la complejidad de ese camino como la proporción de opiniones coincidentes tienen relevancia en el mundo del derecho; y tanto una como otra son susceptibles de graduación. Si ponderando estas variables llegamos a la conclusión de que cualquier plus de desarrollo procesal será infructuoso, el amparo prevalecerá, pues la vía ordinaria no aportaría nada útil. Prevalecerá también, aún a costa de contraer a lo indispensable el debate, siempre que el tiempo que insumen aquellos procesos ordinarios tenga entidad para menoscabar el derecho en vilo a un punto tal que su reconocimiento en la vía ordinaria resultaría inútil; incluso si ello implica ser menos exigente para juzgar la manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad requerida como presupuesto del amparo. A su vez, los procesos ordinarios serán más idóneos que el amparo cuando el impacto temporal de aquellos en el derecho requerido de tutela, aun cuando exista, no sea visto como suficientemente relevante en relación con la ventaja de un debate y decisión más distendidos. Si quisiéramos medir la idoneidad de los procesos a la exclusiva luz de su velocidad, el amparo absorbería todas las controversias. Los extremos en tensión, integridad del derecho reclamado y desarrollo de la defensa, están relacionados de modo inversamente proporcional, escenario en el que el art. 14 de la CCBA encomienda al juez equilibrarlos al momento de definir la viabilidad formal del amparo como cauce procesal idóneo. No resulta indiferente, entonces, la característica del derecho supuestamente conculcado (vgr. sustituible o no en términos pecuniarios) ni la fuente jurídica que brindaría sustento a ese derecho.

3.4. Estas consideraciones hacen a la elección de la vía del amparo en la instancia de mérito.

Con ello, podemos vislumbrar que este voto –emitido por el Dr. Lozano– sostiene que, si la vía ordinaria no ofrece mejores condiciones (entendida como relevancia del impacto temporal en el derecho requerido de tutela) podemos optar –vía alternativa– por el amparo, dejando de lado la jurisprudencia seguida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que mantiene la doctrina de que el amparo es un “proceso excepcional”. Ese temperamento, considero, no es aceptado por los jueces Maier, Conde y Casás, cuyas citas –efectuadas en sus pronunciamientos– remiten a aquella doctrina del máximo tribunal federal,²⁷ y mantenida posteriormente, con cita, esta vez, únicamente de la Dra. Conde.²⁸

²⁷ Causa “Akrich” antes referida, donde efectúan las siguientes citas de Fallos: 310:576; 311:612, 1974 y 2319; 317:1128; 323:1825 y 2097; 325:396 y 328:1708, mencionado entre muchos otros.

²⁸ Causa “Marone” antes citada, sólo el voto de la Dra. Conde reitera la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citada en nota anterior, acerca de que el amparo es un “proceso excepcional” (considerando n° 4).





Quizás un desapego a esa doctrina jurisprudencial vaya en camino de aceptar la tesis que, a mi juicio, reviste matices diferentes a la hora de evaluar la admisibilidad del amparo como vía excepcional u ordinaria, subsidiaria o alternativa. Me refiero a la postura del juez Lozano que, creo entender, se resume del siguiente modo: el juzgador, cuya admisibilidad formal resolverá en las primeras instancias, deberá evaluar dos extremos: integridad del derecho reclamado y desarrollo de la defensa, los cuales están relacionados de modo inversamente proporcional. Según esa tesis, tal valoración –que deberá ser efectuada *a priori*– es la que definirá el cauce procesal del amparo como el “más idóneo” y, por ende, alternativo para el justiciable, debido para el juzgador. Así, el amparo deja de ser regulado por el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad como un cauce residual (excepcional o subsidiario).

VI. LA CUESTIÓN LUEGO DEL DICTADO DEL FALLO “AKRICH” DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD

Después del pronunciamiento ocurrido el 29 de noviembre de 2006, por parte del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, en la causa “Akrich, Gustavo Raúl”, se sucedieron una serie de fallos dictados por ambas Salas de la Cámara que encuentro relevantes para merituar cuál fue el criterio seguido por esos tribunales ordinarios de la Ciudad para interpretar las reglas constitucionales sobre la admisibilidad de la vía del amparo.

En la causa “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia”, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario decidió, por mayoría, confirmar la sentencia de primera instancia que hizo lugar a una acción de amparo promovida por esa asociación, y se ordenó al Gobierno de la Ciudad que cese en su omisión de asegurar y garantizar el acceso a la educación inicial de los niños y niñas de 45 (cuarenta y cinco) días a 5 (cinco) años.²⁹

Allí, el tribunal hubo analizado la idoneidad del amparo, cuestión objetada por el Gobierno de la Ciudad desde varios aspectos, que fueron claramente diferenciados: por un lado, la existencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiestas;³⁰ y por otro, la idoneidad de esa vía desde una doble perspectiva: como medio judicial más idóneo y con relación al derecho de defensa del demandado.³¹

²⁹ Expediente n° 23360/0, “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ amparo”, Sala I, sentencia del 19 de marzo de 2008. En esa causa, la disidencia del Dr. Esteban Centanaro sólo se refirió al fondo de la cuestión, pero no a los argumentos sobre la procedencia del amparo, aspecto este sobre el cual adhirió a los fundamentos de los Dres. Balbín y Corti (considerando n° IV).

³⁰ Si bien en el considerando IV, acápite 1.8, no se menciona la palabra “manifiesta” (exigencia constitucional), estimo que la Sala I considera verificada su existencia cuando menciona que, a criterio del tribunal, la cuestión no tiene visos de complejidad, toda vez que basta con constatar las cifras de menores que no han logrado acceder a una vacante durante el comienzo del ciclo lectivo 2007, para cerciorarse que el derecho constitucional a la educación se encuentra a su respecto omitido por parte de la demandada en considerando V. A.2, último párrafo.

³¹ Considerando IV, acápite 2.





El primero de esos planteos hállase referido a la procedencia sustancial del amparo, cuestión sobre la cual considero verificada la ilegalidad de la conducta administrativa. En cuanto a la admisibilidad formal, referida a la existencia de otro medio judicial más idóneo, se expidió bajo las siguientes pautas. Así, la Sala I, señaló que: "Esta alzada ha dicho en sendas oportunidades que *no puede calificarse al amparo como una acción excepcional*" y que "su procedencia debe ser analizada con *criterio razonablemente amplio*, resultando admisible siempre que el proceder impugnado reúna las características y efectos aludidos en los textos constitucionales", y concluyendo que "toda vez que los textos citados [artículos 43 de la Constitución Nacional y 14 de la Constitución de la Ciudad] confieren *operatividad a la acción de amparo*" (los resaltados me pertenecen) reiterando, así, el criterio fijado en la ya citada causa "Del Piero". Sin embargo, encuentro pertinente destacar que –a diferencia de esa causa– en el fallo recaído en "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia" observo una ampliación de fundamentos que, creo yo, resultan significativos a la hora de analizar la admisibilidad de la vía del amparo bajo las reglas constitucionales.

En efecto, allí se hubo expresado lo siguiente:

El texto constitucional del art. 43 no exige únicamente la existencia de otras vías judiciales, sino que tales vías deben ser "idóneas". Es por ello que lo que define la suerte del amparo es justamente la idoneidad de los otros cauces procesales [...] Así las cosas, debe ponerse de manifiesto que el término "idóneo" es definido como "Adecuado y apropiado para algo". Ahora bien, para determinar, entonces, si la situación que debe resolverse en estos actuados puede ser tratada mediante otro cauce más "adecuado y apropiado", deben analizarse las circunstancias propias de cada causa".³²

Desde otra perspectiva, analizó la idoneidad de la vía del amparo, en relación con el derecho de defensa de la demandada, señalando que "no señaló cuáles defensas se vio privada de ejercer con motivo del trámite propio de este tipo de acciones", argumento utilizado, también, para rechazar el agravio referido a la necesidad de un mayor debate y prueba.³³

Encuentro que el criterio de esa Sala I de la Cámara, si bien mantiene el criterio expuesto en anteriores pronunciamientos, recaídos sobre la vía del amparo, comienza a vislumbrarse una aproximación a las pautas fijadas por el Tribunal Superior de Justicia quien, como última guía interpretativa de las reglas constitucionales a nivel local, puso especial énfasis para analizar la admisibilidad de esa vía los principios constitucionales de defensa en juicio y debido proceso, debiendo existir una justificación para apartarse de las *vías ordinarias* previstas para la tramitación de las causas. Así, es el carácter *manifiesto* de la ilegalidad o arbitrariedad de la conducta estatal lesiva el que permite justificar que en un proceso se limite el ejercicio del derecho de defensa de una de las partes, en particular,

³² Considerando IV, acápite 2.1.

³³ Considerando IV, acápite 2.2.





del órgano estatal demandado. Esa limitación viene impuesta, inexorablemente, por las reglas del amparo como una vía, considero, excepcional. En efecto, la excepcionalidad del amparo como una vía judicial idónea tutelar o proteger derechos y garantías constitucionales exige, como contrapartida, el respeto también de otras garantías de igual jerarquía, como lo es el debido proceso y la defensa en juicio, del demandado. De ahí que la arbitrariedad o ilegalidad del acto u omisión no resultan ser condición suficiente; antes bien, las Constituciones de la Nación y de la Ciudad exigen que aquellos extremos surjan en forma "manifiesta", esto es, del acto mismo. La mirada, entonces, también debe ser puesta en el respeto a esos derechos, cuya consideración, en este especial punto, la Sala I de la Cámara comienza a seguir al sostener que "cabe analizar la idoneidad de la vía del amparo, en relación con el derecho de defensa de la demandada".³⁴

Es que, a mi juicio, si no se verifica liminarmente aquella exigencia constitucional, los tribunales de mérito no podrán arribar a una decisión que constituya un acto jurisdiccional válido, sea cual fuere la justicia que intenten alcanzar, esa pretensión deberá tramitar por las vías ordinarias y no excepcionales del amparo.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuyo criterio fue explícitamente seguido por los jueces Maier, Conde y Casás, ha sostenido de manera reiterada que:

El amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías aptas pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva (Fallos: 310, 576; 311:612, 1974 y 2319; 317:1128; 323:1825 y 2097; 325:396 y 328:1708, entre otros).

Por su lado, la Sala II de la Cámara también expuso su criterio, posterior a la causa "Akrich", en materia de idoneidad de la vía del amparo.

En la causa "Laura, Guillermo Domingo", la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario decidió confirmar la sentencia de primera instancia que rechazó *in limine* la acción de amparo que cuestionaba las retenciones efectuadas sobre el haber jubilatorio del actor.³⁵

Allí, el tribunal hubo analizado la idoneidad de la vía del amparo, cuestión objetada por el actor, frente al rechazo parcial de su pretensión, señalando los parámetros a tener en cuenta para analizarlo en su faz preliminar. Así, expuso que: "a la hora de analizar la admisibilidad de la acción no puede soslayarse que la de amparo ha sido prevista para

³⁴ Causa "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia", antes citada, donde concluyó que la parte demandada "no señaló cuáles defensas se vio privada de ejercer con motivo del trámite propio de este tipo de acciones" (considerando n° IV, acápite 2.2.).

³⁵ Expediente n° 24615/0, "Laura, Guillermo Domingo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)", Sala II, sentencia del 26 de junio de 2007, dictada por los jueces Daniele, Centanaro y Russo.





aquellos asuntos cuyo trámite no admite demora, y que a través de los canales ordinarios no pudiesen tener adecuada tutela".³⁶

Agregó, esa Sala II, que:

La solución adoptada por el tribunal su ajusta a reiterados precedentes de la Corte en el sentido de que la acción promovida debe ser reservada para las delicadas y extremas situaciones en las que, por falta de otros medios legales, pueden verse afectados derechos constitucionales. Su viabilidad requiere, por consiguiente, circunstancias muy particulares caracterizadas por la existencia de arbitrariedad e ilegalidad manifiestas y la demostración, por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a la acción urgente y expeditiva del amparo [...] Reitérase que resulta indispensable para la admisión del amparo que quien solicita esa protección judicial acredite, en debida forma, la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado.³⁷

Vemos que la Sala II pone énfasis en la demora y en la acreditación la inoperancia de las vías procesales ordinarias para reparar el perjuicio.

Si bien las citas jurisprudenciales de este trabajo intentan reflejar el criterio de la Cámara de Apelaciones, considero ilustrativo hacer alusión a un fallo de primera instancia, recaído en la causa "Pérez, Jorge Adrián", donde el magistrado de primera instancia analizó la viabilidad de un amparo.³⁸ Ello, en razón de que se pronunciamiento pone de resalto la diferencia de criterio habida, tanto de la Cámara del fuero como de parte del Tribunal Superior de Justicia, respecto de la vía de excepción del amparo. Allí, comienza diciendo lo siguiente:

I. Que, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al resolver la causa "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)" (29-11-06), dispuso que "el instituto previsto en el art. 14 de la Constitución local y 43 de la nacional debe encontrar un cauce razonable, *no pudiendo interpretarse en forma tan dilatada que se convierta en un dispositivo judicial apto para promover todo tipo de cuestiones*. Vienen al caso las palabras de un reconocido jurista, quien –al señalar la línea que debería seguir una reforma de la ley que reglamenta el amparo– sostiene que no podría tratarse de "una ley apartada del espíritu mayoritario que inspiró genuina-

³⁶ Considerando n° 3 de la citada causa.

³⁷ Considerandos n° 4 y 5 de la referida causa.

³⁸ Expediente n° 26747/0, "Pérez, Jorge Adrián c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)", cuya sentencia del 4 de junio de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario n° 8, rechazó la acción de amparo por no surgir de modo manifiesto la ilegitimidad alegada. En el caso se pretendía que se deje sin efecto la clausura de la obra sita en la calle Fitz Roy 1534 de esta ciudad, habida cuenta que, se afirmaba, no se estaba realizando una obra que afectara el predio ni la medianera de ningún vecino.





mente el art. 43 de la CN, ni de otra que, pensándolo como panacea universal, o curalotodo tribunalicio, lo inflacione caóticamente; ni de una regla que sin responsabilidad alguna dibuje un amparo cuasimístico, mágico, estratosférico o quizás delirante, sino de un amparo realista, operativo, sensato, útil, proporcionado a las posibilidades ciertas del sistema judicial, y auténtico proceso eficiente, reservado para lo que constitucionalmente debe ser y no para decidir cualquier litigio" (Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*, Colección "Estudios de Derecho Procesal Constitucional IV" dirigida por Julio B.J. Maier, Ad Hoc, p. 245) del voto de los Dres. Conde y Casás.³⁹

Empero, seguidamente, hace alusión a la interpretación de la Cámara del fuero, acerca de la vía del amparo expresando que:

Si bien en forma reiterada la jurisprudencia del fuero ha establecido que el amparo no es una vía de excepción, cierto es que entendió que corresponde cuando se dan las circunstancias que determinan su procedencia, es decir que exista una ilegitimidad manifiesta y la posibilidad de un daño irreparable o grave. En tal sentido ha dicho la Sala I del fuero en "Quiroga, Estela Julia c/ GCBA –Secretaría de Hacienda y Finanzas–Dirección de Medicina del Trabajo s/ amparo (E.D. del 11 de octubre de 2002)": "Con respecto a la supuesta naturaleza excepcional de la vía amparista que invoca el juez de grado, corresponde observar que este tribunal ha detallado, en anteriores pronunciamientos, que si bien la Corte Suprema ha establecido que la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta a que alude el texto constitucional requiere que la lesión de los derechos o garantías reconocidos resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo debate y prueba (Fallos: 306:1253; 307:747), *no por ello puede clasificarse el amparo como herramienta excepcional*. Por el contrario, ya ha señalado esta sala que toda vez que esta acción constituye un[a] garantía constitucional, para tutelar de modo rápido y eficaz los derechos y garantías, *la procedencia del amparo debe ser analizada con un criterio amplio*... En consecuencia, la idoneidad de la vía debe determinarse en cada caso, en función de la naturaleza y caracteres que reviste el acto u omisión presuntamente arbitrario o ilegítimo y de la concreta necesidad de acudir al proceso de amparo para evitar o hacer cesar prontamente sus efectos". En igual sentido, pronunciamientos en las causas "Labayru, Julia Elena c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", "Pujato, Martín Raúl c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)" y "Ermini, Enrique Bernardino c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)" entre muchos otros.⁴⁰

Con ello, el magistrado de primera instancia parece haber sorteado el problema sobre la naturaleza del amparo como vía excepcional u ordinaria para intentar aunar los

³⁹ Considerando n° I de la citada causa "Pérez, Jorge Adrián". El destacado me pertenece.

⁴⁰ Considerando n° I, segundo y tercer párrafos de la causa citada precedentemente. Los destacados me pertenecen.



criterios de la Cámara y del Tribunal Superior de Justicia, en cuanto confluyen –al menos– en un punto, que exista una ilegitimidad manifiesta y la posibilidad de un daño irreparable o grave. Lógicamente que esos recaudos constitucionales deben encontrarse presentes en forma concurrente para admitir o rechazar el amparo, aunque no se fijó una postura jurisprudencial que permita inferir qué criterio, sobre la referida naturaleza del amparo, será la regla a seguir en sucesivos pronunciamientos.

Lo cierto es que, en esa causa, cuya intervención le cupo a la Sala II de la Cámara, no siguió ese temperamento ni, tampoco, hizo referencia al precedente "Akrich", citado por el magistrado de primera instancia. Su pronunciamiento se limitó a analizar las pruebas producidas en el expediente, y decidió revocar la decisión de grado por considerar que el acto administrativo de clausura "ostenta notorios vicios, el primero en la motivación y luego en la causa".⁴¹

Si bien no se me escapa que en el citado precedente sólo se cuestionó la vía del amparo por inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, cabe advertir, a esta altura del trabajo, que no existe un criterio uniforme en la jurisprudencia de la Ciudad sobre su naturaleza, vía excepcional u ordinaria, como una exégesis pacíficamente aceptada. Máxime estimo pertinente formular ese señalamiento para dirimir pretensiones que, como la analizada, en cuanto se pretendía la nulidad de un acto administrativo, nuestro máximo tribunal local se hubo pronunciado tanto por la improcedencia de utilizar esa vía,⁴² como a favor de ella.⁴³

⁴¹ Expediente n° 26747/0, "Pérez, Jorge Adrián c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)", sentencia del 20 de noviembre de 2008, dictada por la Sala II, considerando n° 4, votos de los jueces Centanaro y Russo.

⁴² Expediente n° 3170/04, TSJ "Rodríguez, Mónica Adriana c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", sentencia del 20 de diciembre de 2004. En la citada causa, se hubo señalado que: "el amparo no es la vía idónea para debatir la nulidad de un acto administrativo, pues ello conduce a la ordinarización de un proceso de naturaleza especial previsto para otro tipo de supuestos", considerando n° 2 del voto de la jueza Conde. A su vez, en el expediente n° 1684/02, TSJ "Tayedá, Marta Susana s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Tayedá, Marta Susana c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)", sentencia del 19 de febrero de 2003, la actora inició una acción de amparo con el fin de que se anule la resolución dictada por el Secretario de Educación mediante la cual se le aplicó la sanción de suspensión. Al respecto, el juez Maier hubo pronunciado que: "no se entiende por qué la recurrente pretendió discutir la decisión dictada mediante la acción de amparo, cuando el orden jurídico local le ofrece medios de impugnación administrativos y judiciales [...] cuya falta de idoneidad para controvertir un acto administrativo no ha sido siquiera alegada y con lo cual se arriesga la posibilidad de que la resolución administrativa impugnada por amparo haya adquirido firmeza" (considerando n° 7).

⁴³ Expediente n° 3348/04, TSJ "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Corbeira, Constanza Teresa c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)", sentencia del 30 de marzo de 2005. En la citada causa se resolvió anular la sentencia y remitirla a la Sala II para un nuevo pronunciamiento, habiéndose señalado que: "la Cámara, ahora, y dentro del limitado marco cognoscitivo de la vía elegida, debe ponderar en definitiva si existe o no un vicio que determine la sanción de nulidad del acto de rescisión (por lesionar con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho de la actora tutelado por el ordenamiento, cf. art. 14, CCABA) y, eventualmente, pronunciarse sobre las derivaciones que una declaración de nulidad traería aparejada en el caso concreto", considerando n° 4 del voto del juez Casás.





También, estimo pertinente hacer referencia a otra causa iniciada por la "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia",⁴⁴ donde se debatió la cuestión atinente a la vía del amparo. En ella, dicha asociación dedujo acción de amparo, que denominó colectivo antidiscriminatorio, en tutela de consumidores y usuarios, a fin de que se condene al Gobierno de la Ciudad a cesar en la práctica de exclusión de los vecinos de la zona sur de la Ciudad –residentes de la denominada "Zona V" en relación con el servicio de higiene urbana– de la campaña "Cestos papeleros, son tuyos, úsalos; son de todos, cuidalos" que ha realizado el demandado en el resto del territorio. La demanda cuestionó la actuación del Gobierno de la Ciudad en dos aspectos: a) la falta de colocación de cestos de residuos; y b) la falta de realización de la campaña de concientización.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo y dispuso:

II) Ordenar que en el perentorio plazo de 30 días el GCBA de Buenos Aires coloque los cestos ya adquiridos y los que se encuentren en proceso de adquisición directa, debiendo en el mismo plazo justificar en base a parámetros objetivos cuantos cestos son necesarios colocar en total en la Zona V de la Ciudad de Buenos Aires. Para ello deberá tener en cuenta los mismos parámetros que se tuvieron en consideración en las restantes cinco zonas de la Ciudad, acreditando que los habitantes de la Zona V accederán a igual servicio que dichas zonas, con expresa comparación cualitativa, cuantitativa y de calidad de prestación entre la brindada –en lo que hace la colocación de cestos papeleros– entre las mencionadas y la Zona V de la Ciudad. III) En el mismo plazo y al mismo tiempo en que se desarrolla el cumplimiento de la colocación ordenada deberá acreditar el desarrollo de una campaña de concientización en igualdad de condiciones para los habitantes de la Zona V de la Ciudad de Buenos Aires que la desarrollada en las otras zonas de la Ciudad.

En los fundamentos de la sentencia la jueza consideró acreditado que por la conducta omisiva del GCBA los habitantes de la Zona V han sufrido una discriminación arbitraria e inconstitucional que viola el principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN y 11, CCBA) y el desarrollo humano y económico equilibrado que evite y compense las desigualdades zonales dentro del territorio de la Ciudad (art. 18, CCBA).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones dispuso en su sentencia:

1. Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la demandada y, en consecuencia, revocar el punto II de la sentencia [...] 2. Ordenar al Gobierno de la Ciudad a que, en el plazo de treinta (30) días presente la planificación de una campaña de concientización en igualdad de condiciones para los habitantes de la Zona V de la Ciudad que la desarrollada en las otras zonas en que se encuentra dividida la prestación del servicio de higiene urbana [...] y a su posterior realización.

⁴⁴ Expediente n° 18112/0, "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ Amparo (art. 14, CCABA), sentencia del 7 de diciembre de 2006, Sala II, votos de los jueces Russo y Daniele.





Llegada esa causa al Tribunal Superior de Justicia,⁴⁵ los jueces emitieron distintos votos, cuya transcripción estimo ineludible efectuar para delinear cuál ha sido el criterio que tuvieron en cuenta a fin de analizar esa vía de amparo.

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

2. En mi voto en la causa "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Parcansky, Manuel Jorge c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)'" , expte. n° 4970/06, sentencia del 5 de junio de 2007, expuse, con cierto detenimiento, las pautas de interpretación del art. 14 de la Constitución de la Ciudad que considero deben ser atendidas para una recta hermenéutica del amparo constitucional, y repetiré ahora en lo pertinente:

1. (...) Los requisitos del amparo están en la Constitución y consisten en: i) que el acto (u omisión) contra el cual va dirigido sea manifiestamente ilegítimo o arbitrario, y ii) que no exista otro medio judicial más idóneo para obtener la tutela de iii) un derecho reconocido "por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte". Aunque determinar su admisibilidad como vía de acceso a la justicia es una cuestión de índole procesal, la intervención de este Tribunal procede cuando las consecuencias de preterir las vías ordinarias se proyectan en la sentencia definitiva, es decir, en la decisión final de la controversia (cf. mi voto *in re* "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Akrich Gustavo Raúl c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCBA)", expte. n° 4782/06, sentencia del 29 de noviembre de 2006).

3. (...) los agravios del apelante se dirigen de modo principal a cuestionar la procedencia formal del amparo, en tanto restringió su derecho de defensa y permitió el dictado de una sentencia de condena, conviene abordar el punto desde una perspectiva amplia por el modo en que el tema se proyecta sobre los derechos en disputa (vgr. derecho de defensa y acceso a la tutela judicial mediante el proceso de amparo).

3.1 En su primera etapa, el amparo procedía frente a la manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad de actos u omisiones que lesionaran derechos cuyo restablecimiento no requiriera mayor debate y prueba, y en tanto no existiera otro medio judicial para tutelar el derecho afectado. Para establecer esto último, se estimaba indispensable determinar si los caminos procesales alternativos podían remediar la lesión o, dicho de otro modo, cuál era el efecto de la prolongación del proceso sobre el derecho lesionado. Sólo si el remedio se revelaba, por tardío, como insuficiente o, lisa y llanamente, ineficaz, la vía ordinaria era preterida en favor del amparo. Bajo esta óptica los derechos patrimoniales eran, con excepción de aquellos de naturaleza alimentaria, susceptibles de tutela adecuada por medio de los procesos ordinarios pues los intereses u otros accesorios compensaban el referido efecto. *Actualmente, el amparo regulado en el art. 14 CCBA, no opera como cauce residual y para que prealezca basta con que no sea menos idóneo que otros remedios (...) conforme*

⁴⁵ Expediente n° 5435/07, TSJ "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", sentencia del 20 de febrero de 2008.





los presupuestos reseñados en el punto 1 de este voto (el destacado me corresponde y suprimí una nota al pie ya transcripta en este trabajo).

3.2 No ha quedado eliminada, sin embargo, la relevancia del efecto de la prolongación del proceso sobre el derecho lesionado para optar entre amparo y vía ordinaria. El art. 14 comentado se inscribe en una Constitución que garantiza el derecho de defensa en juicio, y faculta al poder legislativo, que ejercen los representantes del pueblo, a organizar los procedimientos a fin de poner en acto esa garantía. Al introducir el amparo a un nivel supra-legislativo vino a respaldar una interpretación que la CSJN había hecho de la Constitución Nacional, texto anterior a 1994, con arreglo a la cual en situaciones límite en las que los procedimientos ordinarios, aun contemplando medidas cautelares, no suministraban una tutela efectiva de las garantías constitucionales, la función judicial podía ser ejercida excediendo las formas procesales en bien de la sustancia de los derechos.

En tanto son todas cláusulas (art. 14 y 81 inc. 2, CCBA) de igual jerarquía normativa, debe el juez ponerlas en juego armónico cuando entran inevitablemente en tensión. En ese contexto, la evolución del daño en función del tiempo es un dato esencial a la hora de decidir si se justifica restringir el debate; al igual que lo es el carácter manifiesto de la ilegitimidad o la arbitrariedad del acto u omisión impugnados para apreciar si la restricción impacta de modo sensible en el ejercicio concreto de la defensa del demandado. La irreversibilidad del daño, sometido el litigio a las vías ordinarias, incluidas las medidas cautelares que ellas proveen, justifica imponer mayor premura al demandado en el ejercicio de su defensa, y disminuir la severidad con la que se juzgará el carácter manifiesto de la ilegitimidad o la arbitrariedad del acto u omisión cuestionados.

No se desprende de ello que la circunstancia de que el daño sea atendible efectivamente por ambas vías constituya motivo para desechar el amparo. Procede éste igualmente, aunque el derecho pueda recibir tutela por vías ordinarias, cuando la evidencia de la ilegitimidad o arbitrariedad torna inconducente cualquier desarrollo procesal mayor que el del amparo. En ese caso, no existe vía más idónea que la del amparo. Que la tutela sólo pueda ser satisfactoriamente obtenida por el procedimiento más expeditivo no es condición necesaria sino coadyuvante, y suficiente si la cuestión tolera el limitado debate para elegirlo.

3.3 (...) Al igual que otras conclusiones, las jurídicas suelen parecer evidentes verdades a unos, errores a otros e interrogantes a los miembros de un tercer grupo. A su vez, para llegar a la convicción de que una verdad es evidente solemos tener que recorrer o despejar algún camino. Tanto la complejidad de ese camino como la proporción de opiniones coincidentes tienen relevancia en el mundo del derecho; y tanto una como otra son susceptibles de graduación. Si ponderando estas variables llegamos a la conclusión de que cualquier *plus* de desarrollo procesal será infructuoso, el amparo prevalecerá, pues la vía ordinaria no aportaría nada útil. Prevalecerá también, aún a costa de contraer a lo indispensable el debate, siempre que el tiempo que insumen aquellos procesos ordinarios tenga entidad para menoscabar el derecho en vilo a un punto tal que su reconocimiento en la vía ordinaria resultaría inútil; incluso si ello implica ser menos exigente para juzgar la manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad requerida como presupuesto del amparo. A su vez, los procesos





ordinarios serán más idóneos que el amparo cuando el impacto temporal de aquellos en el derecho requerido de tutela, aun cuando exista, no sea visto como suficientemente relevante en relación con la ventaja de un debate y decisión más distendidos. Si quisiéramos medir la idoneidad de los procesos a la exclusiva luz de su velocidad, el amparo absorbería todas las controversias. Los extremos en tensión, integridad del derecho reclamado y desarrollo de la defensa, están relacionados de modo inversamente proporcional, escenario en el que el art. 14 de la CCBA encomienda al juez equilibrarlos al momento de definir la viabilidad formal del amparo como cauce procesal idóneo. No resulta indiferente, entonces, la característica del derecho supuestamente conculcado (v.gr. sustituible o no en términos pecuniarios) ni la fuente jurídica que brindaría sustento a ese derecho.

3.4 Estas consideraciones hacen a la elección de la vía del amparo en la instancia de mérito y están, a su vez, estrictamente relacionadas con las cargas que pesan sobre la parte recurrente, en el marco del recurso de inconstitucionalidad. Como dije antes, no basta aducir o aun acreditar que el juez de mérito admitió erradamente la vía del amparo. El recurrente deberá mostrar que esa admisión redundó en una restricción de sus derechos, de modo tal que la sentencia de fondo resolvió como lo hizo influida por las limitaciones procesales del amparo, porque sólo así, demostrará que su recurso ataca la sentencia definitiva que suscita la competencia del Tribunal, conforme lo exige el art. 27 de la Ley 402. Y no basta a este fin la invocación, la demostración o aun la evidencia de cualquier incomodidad a la que quede sometida la defensa o la de algún esfuerzo que exija el establecimiento de la ilegitimidad o arbitrariedad, si no se la relaciona adecuadamente con el impacto de la duración del proceso en el derecho a cuya tutela sirve.

Dicho magistrado concluyó que no se advierte que la Procuración haya demostrado que la tramitación del juicio por dicha vía afectara el derecho de defensa de su parte.

Si bien no es el objetivo de este trabajo señalar las diferencias de votos emergentes de distintas miradas o valoraciones sobre la prueba rendida en la causa, estimo interesante resaltar los criterios hermenéuticos que, de modo general, brinda ese máximo tribunal local, y deben ser la guía a seguir por los tribunales ordinarios de la Ciudad, motivo por el cual no se transcriben los párrafos referidos a la ponderación particular de las pruebas. Efectuada esa aclaración, encuentro que –en el citado voto– se ampliaron los fundamentos sobre la admisibilidad de la vía del amparo que, en un primer momento, fueron desarrollados por dicho magistrado en la causa "Rodríguez, Mónica". Entre ese precedente y los fundamentos que expuso, sobre la materia, en la causa "Parcansky", cuyos argumentos reproduce en "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia" –antes citada–, observo que el juez Lozano –a diferencia de los restantes miembros del Tribunal– avanza en el desarrollo de los siguientes aspectos: la celeridad y la defensa (extremos que considera inversamente proporcionales a la hora de analizar la admisibilidad de la vía del amparo, como la más idónea).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad que interpusiera el GCBA fue parcialmente admitido por la Sala II de la CCAyT que habilitó la instancia de revisión extraordinaria local





(artículo 27 de la Ley n° 402) únicamente en cuanto a la interpretación y aplicación del artículo 14 de la CCBA, con fundamento en la consideraciones que expusiera la mayoría del Tribunal en los autos "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Akrich, Gustavo Raúl c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)'" , expte. n° 4.782/06, resolución del 29/11/06 (fs. 323/324 vuelta).

En condiciones como las señaladas, el agravio sobre la idoneidad de la vía solo podría, en principio, habilitar el recurso de inconstitucionalidad en el supuesto de que al menos el recurrente alegara que la tramitación de la causa en los términos del artículo 14 de la CCBA cercenó su intervención útil en el proceso y/o frustró sus posibilidades de éxito porque el amparo le impidió defenderse adecuadamente. En otros términos, que invocara la eventual afectación de su derecho de defensa.

De acuerdo a esas pautas señaladas, entendió la magistrada que el recurrente no atribuyó al cauce del amparo afectación alguna a su derecho de defensa de modo que permita al Tribunal expedirse. En otras palabras: si lo que se objeta es sólo la vía del amparo, sólo se pone de manifiesto una hermenéutica del artículo 14 de la CCBA que desplaza el carácter más significativo del instituto del amparo, que es el de dar garantía a las personas respecto de la tutela de sus derechos fundamentales. En razón de ello, votó por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

La jueza Ana María Conde dijo:

2. En el voto que emití, conjuntamente con el Dr. Casás, en la causa "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)'" , expte. n° 4782/06, sentencia del 29 de noviembre de 2006, expuse mi criterio en cuanto a la interpretación del art. 14 CCABA. Señale en la citada causa que: "El carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad de la conducta estatal lesiva, es el que permite justificar las limitaciones al ejercicio del derecho de defensa del órgano estatal demandado, impuestas por las reglas del amparo. Por ello, la arbitrariedad o ilegitimidad del acto u omisión no resultan suficientes; antes bien, la Constitución exige que aquéllas emerjan en forma 'manifiesta', esto es, que surjan con evidencia del acto mismo. Si este recaudo no está presente, cualquiera que sea la fundabilidad, corrección o justicia de la pretensión, ella deberá tramitar por las vías ordinarias. No debe olvidarse que todo el sistema de acciones procesales –y no sólo la acción de amparo– se dirige a efectivizar el derecho a acceder a la justicia y a garantizar la protección judicial efectiva de los derechos e intereses constitucionales, legales o reglamentarios que puedan asistir a las personas. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido de manera reiterada que: 'El amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva' (Fallos: 310, 576; 311:612, 1974 y 2319; 317:1128; 323:1825 y 2097; 325:396 y



328:1708, entre otros) (...) La constatación de la concurrencia de los presupuestos constitucionales del amparo, para admitirlo o para rechazarlo, exige de los jueces un juicio equilibrado que tenga en cuenta, principalmente, si la tramitación de la demanda mediante otro tipo de proceso (con las medidas cautelares que en ellos puedan requerirse) puede llevar a frustrar (y no meramente demorar) la tutela judicial del derecho o interés sobre la base del cual se acciona. En tal sentido, es aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que afirma que el perjuicio que pueda ocasionar la dilación de los procedimientos ordinarios no implica una situación diferente a la habitual de toda persona que peticiona en ellos el reconocimiento de sus derechos (Fallos: 297:93; 303:422; 310:340, entre otros). Conviene tener en cuenta que la decisión de tramitar y resolver un proceso por la vía del amparo tiene como consecuencia necesaria la postergación en la consideración y decisión de otros asuntos sometidos al conocimiento de los magistrados; es decir: la lista de asuntos a resolver se modifica (cf. art. 27, inc. 2, CCAyT), se privilegia a los amparos y los demás quedan postergados (entre los que, habitualmente, también se encuentran casos en los que se reclama la satisfacción de derechos fundamentales). En suma, el instituto previsto en el art. 14 de la Constitución local y 43 de la nacional debe encontrar un cauce razonable, no pudiendo interpretarse en forma tan dilatada que se convierta en un dispositivo judicial apto para promover todo tipo de cuestiones. Vienen al caso las palabras de un reconocido jurista, quien –al señalar la línea que debería seguir una reforma de la ley que reglamenta el amparo– sostiene que no podría tratarse de 'una ley apartada del espíritu mayoritario que inspiró genuinamente el art. 43 de la CN, ni de otra que, pensándolo como panacea universal, o curalotodo tribunalicio, lo inflacione caóticamente; ni de una regla que sin responsabilidad alguna dibuje un amparo cuasimístico, mágico, estratosférico o quizás delirante, sino de un amparo realista, operativo, sensato, útil, proporcionado a las posibilidades ciertas del sistema judicial, y auténtico proceso eficiente, reservado para lo que constitucionalmente debe ser y no para decidir cualquier litigio' (Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*, Colección "Estudios de Derecho Procesal Constitucional IV" dirigida por Julio B.J. Maier, Ad Hoc, p. 245)".

Dentro de ese marco conceptual, señala la jueza Conde, dichas pautas la conducirían a concordar con el voto del juez Maier, quien expuso que el amparo debía ser rechazado. Empero, consideró que ello no es posible por cuanto el Gobierno no sostuvo, ante esa instancia, agravios con relación al contenido de la sentencia, sino respecto del programa de concientización del uso de cestos papeleros. Esa obligación accesoria no revestía, para dicha magistrada, ninguna trascendencia como para determinar la pertinencia o no de la vía del amparo.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

2. Específicamente, se discute en la controversia si el GCBA está incurso en una práctica de exclusión de los habitantes de la Zona V respecto de los beneficios de la campaña "*Cestos papeleros: son tuyos úsalos, son de todos, cuidalos*". La Cámara





interpretó que esta alegada exclusión constituye una omisión manifiestamente arbitraria e ilegítima, cuya subsanación resulta exigible judicialmente.

Sin embargo, tal como lo expresé múltiplemente, "Mi preocupación inmediata en [estos casos] se resume del modo siguiente: permitir la aplicación de las reglas del amparo en controversias donde no concurren las condiciones necesarias para la procedencia de este carril procesal -la ocurrencia de un acto o la verificación de una omisión de 'ilegitimidad manifiesta' que implique una 'lesión, restricción, alteración o amenaza' de carácter 'inminente' a un derecho reconocido por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte, y sin existir otro medio judicial más idóneo para concretar esa tutela, art. 14, CCBA-, implica un menoscabo a la defensa posible del demandado, derecho garantizado constitucionalmente (art. 13, inc. 3, CCBA y art. 18, CN)" [véase "Spinelli, Gabriela Sandra c/ GCBA s/ amparo [art. 14 CCABA] s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 5442/07, resolución del 20/02/08].

(...)

5. En tal sentido, no advierto que este caso difiera, en punto a la afectación del derecho al debido proceso por la improcedencia del amparo, de los antecedentes del TSJ que mencionaré en el siguiente apartado de mi voto.

(...)

De este modo, el carácter de la disputa, como lo revela el párrafo anterior -e incluso, la negación de toda discriminación por parte de la demandada- demuestra la necesidad de un proceso contradictorio, en igualdad de armas para actora y demandada, y dependiente casi absolutamente de la prueba, a rendir y *controlar* por ambas partes, cualquiera que sea la interpretación de la demanda, su objeto o su naturaleza, explicación en la que abunda, sin necesidad, la sentencia criticada. A lo que asistimos es a un procedimiento incontrolable por falta de reglas, que, a contrario de la representación de la justicia y la labor judicial en la cultura actual, como me veo comprometido a señalar con frecuencia creciente, coloca en manos de los jueces, siempre justos, siempre acertados, la facultad de reglar el procedimiento aplicable (es la llamada *justicia de Cadi*, ya inexistente no sólo jurídicamente, sino, también, culturalmente). Es más: creo que ni siquiera la llamada "justicia de Cadi" procedía en forma tan libre e imaginativa; y tampoco procedió así Bertold Brecht al escribir sus célebres círculos de tiza. Al menos en esos ejemplos, el procedimiento sí era expedito y rápido. Por lo demás, y como resulta ostensible, este fenómeno conduce tanto a una judicialización hipertrofiada como a la desnaturalización misma del amparo, mediante un control sin reglas que lo encaucen, "a piacere" de quienes son los controladores. Me causa perplejidad advertir que, en el caso, la "materia judicializada" a través de un amparo es una campaña de carácter educativo, cuyo objeto es la formación de conciencia entre los vecinos de la Ciudad de Buenos Aires respecto del uso y conservación de los cestos papeleros urbanos.

6. Si los recaudos individualizados *supra* no están presentes de manera concurrente, cualquiera que sea el fundamento, *la naturaleza*, la corrección o la justicia de la pretensión, ella deberá tramitar por las vías ordinarias. En efecto, todo el sistema de acciones procesales (no sólo la acción de amparo) tiene por objeto efectivizar el



derecho de acceder a la justicia y garantizar la protección judicial efectiva de los derechos e intereses constitucionales, legales o reglamentarios que puedan invocar las personas, tanto el actor como el demandado. Como lo señalé en un pronunciamiento reciente: "Se ha conformado la costumbre, tanto judicial, como por intermedio de los litigantes, de que la vía adecuada para defender derechos contra acciones u omisiones del Estado es el proceso llamado de *amparo*. Ya he tenido oportunidad de indicar cuán peligrosa es esta costumbre, que desplaza totalmente y sustituye a los procesos judiciales de conocimiento, al punto de que tanto el CCAyT y, eventualmente, el CPCyC de la Nación, si fuere aplicable, parecen haber quedado como meras figuras decorativas, inutilizables" ("Dr. Ricardo Monner Sans c/ GCBA s/ amparo [art. 14 CCABA] s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 4809/06 y su acumulado expte. n° 4313/05 "Lotería Nacional Sociedad del Estado s/ queja por recurso de apelación ordinario denegado en: 'Dr. Ricardo Monner Sans c/ Instituto de Juegos de apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/ otros procesos incidentales'", sentencia del 06/10/06). Se trata de una preocupación que ya había señalado en oportunidades anteriores (v.gr. acápite "II. Recursos de queja y de inconstitucionalidad de Sound Garage", punto 4, de mi voto en los autos "Loñ, Carolina y otros c/ GCBA s/ amparo [art. 14 CCABA] s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 4229/05 y su acumulado expte. n° 4143/05 "Sound Garage SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Loñ, Carolina y otros c/ GCBA y otros s/ amparo [art. 14 CCABA]'", sentencia del 22/02/06; "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/ amparo [art. 14, CCABA]'", expte. n° 4782/06, resolución del 29/11/06; "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Parcansky, Manuel Jorge c/ GCBA s/ amparo [art. 14 CCABA]'", expte. n° 4970/06, resolución del 05/06/07, entre muchos otros).

7. Por lo demás, y este punto me parece decisivo, resulta cuando menos conveniente tener en cuenta que la decisión de tramitar y resolver un proceso por la vía del amparo tiene como consecuencia necesaria la postergación en la consideración y decisión de otros asuntos sometidos a la decisión de los magistrados; es decir: la lista de casos y materias a decisión se modifica (cf. art. 27, inc. 2, CCAyT), se privilegia a los amparos y los demás quedan postergados (entre los segundos, habitualmente, también se destacan controversias en las que se reclama la satisfacción de derechos fundamentales).

A propósito, tengo dicho también (ver los fallos citados) que el amparo *no constituye un procedimiento residual*, aprovechable para sustituir voluntariamente los procedimientos reglados por la ley procesal común, por decisión de cada una de las partes o del juez. Esto es aquello que ha sucedido en este caso, por petición de la actora, acogida por los jueces, a pesar de la protesta del demandado, que no consintió esa aplicación, según estimo, con razón evidente, pues la ilegitimidad que pretende la actora no resulta manifiesta, ni mucho menos.⁴⁶

⁴⁶ El resaltado me pertenece.





En virtud de esas consideraciones, el juez Maier votó por revocar la sentencia de la Cámara y rechazar el amparo.

El juez José Osvaldo Casás dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido por el Gobierno de la Ciudad fue correctamente concedido por la Cámara, pues, en el caso, se encuentra directamente en juego la interpretación y aplicación del art. 14 de la CCABA (cf. voto que suscribí con la jueza Ana María Conde *in re: "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Akrich, Gustavo Raúl c/ GCBA s/ amparo" (art. 14, CCABA)"*, expte. n° 4782/06, sentencia del 29 de noviembre de 2006).

(...) 3. Desde mi punto de vista, acierta el Gobierno local cuando insiste en afirmar que, en este caso, no procede la vía del amparo del art. 14 CCABA, pues, en primer lugar, ninguna norma del ordenamiento jurídico vigente en esta Ciudad establece en forma expresa o razonablemente implícita en cabeza del Estado una obligación jurídicamente exigible para la realización de *campañas de concientización para la utilización de cestos de basura* en cada uno de los barrios de la Ciudad.

La procedencia de la realización de una campaña de este tipo por parte del Poder Ejecutivo, sin norma vigente que obligue a realizarla, exija simultaneidad y mucho menos priorice un tiempo, intensidad o lugares determinados para su despliegue, debe decidirse, entonces, a partir del ejercicio de funciones discrecionales controlables judicialmente pero sobre la base de *criterios de oportunidad, mérito y conveniencia propios de la Administración* que no corresponde a los jueces valorar.

(...) 4. En este caso ocurre algo similar al de los ejemplos consignados en el punto precedente, pues no se ha acreditado una omisión arbitraria o manifiestamente ilegal por parte del Estado de una obligación jurídicamente exigible. Al mismo tiempo, tampoco se ha demostrado que la *falta de realización de la campaña de concientización* para usar cestos de basura afecte un derecho de incidencia colectiva relativo al medioambiente o la salud, toda vez que, en el marco de este mismo proceso, ya se ha descartado que en la Zona V se encuentre en riesgo o comprometido el acceso al servicio público de higiene urbana o la calidad del mismo.

De manera tal que, no sólo la parte actora no ha acreditado, como se dijo, una *ilegalidad manifiesta* generada por la omisión temporal que se atribuye al GCBA, sino que tampoco ha acreditado un perjuicio a un derecho tutelado por el ordenamiento jurídico causado por ese comportamiento omisivo que se enrostra al Estado, descartada la violación a la igualdad con el alcance en que se encuentra tutelada en la Constitución nacional y en la local. El respeto a la apuntada garantía de igualdad no se resuelve a través de una estricta formulación matemática, por ello, la demarcación o utilización de zonas de la Ciudad para determinar la realización de una campaña de concientización para el uso de cestos de residuos, cuando no se ha demostrado estar frente a un supuesto de *irrita persecución o indebido privilegio*, no importa por sí sola una *discriminación arbitraria o manifiestamente ilegal*.

5. Por las consideraciones expuestas, estimo que el agravio del GCBA relativo a la improcedencia de la vía debe prosperar, agregando además que, en el caso, resulta relevante tener en cuenta el perjuicio que la adopción de esta vía procesal expedita



ha generado al derecho de defensa de la demandada, al haberse incorporado prueba al expediente (estadísticas del INDEC) cuya autenticidad fue discutida oportunamente por el Gobierno pero que, sin embargo, fue utilizada por los jueces para decidir el pleito, previa verificación de su autenticidad de oficio a través de Internet, sin correr el traslado pertinente.

En virtud de esas consideraciones, el juez Casás votó por revocar la sentencia de la Cámara y rechazar la acción de amparo interpuesta.

En suma, de los votos transcriptos, la mayoría del Tribunal consideró que el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la sentencia de la Cámara fue mal concedido, dejando firme, por consiguiente, la condena impuesta mediante la vía del amparo, a la que antes se hizo referencia. Si bien, no se me escapa que en esa causa el punto central que valoraron los jueces era la existencia de "arbitrariedad o ilegalidad manifiesta", cabe resaltar lo allí decidido para extraer lo siguiente, sobre la exégesis de la vía del amparo, por cada uno de los jueces, y la conclusión a la que arriban en el pronunciamiento. Así, nótese que, mientras el juez Lozano –quien sostiene que "el amparo regulado en el art. 14 CCBA, no opera como cauce residual" y se inclina por considerarlo posible como una vía alternativa⁴⁷ concluye que no se demostró que la tramitación del juicio por dicha vía afectara el derecho de defensa; la jueza Ruiz no expuso una hermenéutica de esa norma constitucional, sólo se refirió a señalar que la competencia del Tribunal Superior sólo quedaba habilitada si se alegaba que la tramitación del amparo cercenó su intervención útil en el proceso y/o frustró sus posibilidades de éxito porque el amparo le impidió defenderse adecuadamente, con lo cual el dispositivo coincidió con el juez Lozano; la jueza Conde mantuvo el criterio –receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación– acerca de que "el amparo es un proceso excepcional" y se encarga de señalar que, según esa pauta, debería coincidir con el voto del juez Maier pero, encuentra que la cuestión no resultaba trascendente como para determinar la pertinencia o no de la vía del amparo; el juez Maier afirmó que "el amparo no constituye un 'procedimiento residual', aprovechable para sustituir voluntariamente los procedimientos reglados por la ley procesal común". Si bien los fallos a los que remite ese voto no enuncian esa regla según la cual el amparo no constituye un "procedimiento residual", sino la que sostiene que "el amparo es un proceso excepcional",⁴⁸ lo cierto es que deja en evidencia que la ilegitimidad alegada por el amparista no resultaba manifiesta; y, por último, el juez Casás, quien viene sosteniendo

⁴⁷ Según el juez Lozano, la circunstancia de que el daño sea atendible efectivamente por ambas vías no constituye motivo para desechar el amparo. Procede éste igualmente, aunque el derecho pueda recibir tutela por vías ordinarias, cuando la evidencia de la ilegitimidad o arbitrariedad torna inconducente cualquier desarrollo procesal mayor que el del amparo. En ese caso, no existe vía más idónea que la del amparo. Que la tutela sólo pueda ser satisfactoriamente obtenida por el procedimiento más expeditivo no es condición necesaria sino coadyuvante, y suficiente si la cuestión tolera el limitado debate para elegirlo.

⁴⁸ Al denominarlo "proceso excepcional" le reconoce al amparo un carácter subsidiario, o al menos, no ordinario ni alternativo.





que el amparo es un "proceso excepcional", postura plenamente aceptada por los jueces Maier y Conde, votó en coincidencia sólo con el primero, poniendo de relevancia el perjuicio que la adopción de esa vía procesal expedita ha generado al derecho de defensa de la demandada.

Lo que vuelve a reiterarse en estas cuestiones donde se hubo analizado la vía del amparo como cauce procesal para discutir diversas pretensiones ante el Poder Judicial son los votos no coincidentes de los miembros del Tribunal Superior. Y no me refiero a las cuestiones de fondo, en cuya virtud la casuística permite, válidamente, tener distintas apreciaciones o valoraciones de la prueba rendida en las distintas causas judiciales (esto es, si los decisorios proyectan, o no, en cada caso concreto, una afectación del ejercicio de defensa del órgano estatal demandado), sino de la exégesis que cabe asignarle a los artículos 43 de la Constitución Nacional y 14 de la Constitución de la Ciudad, cuya misión primordial, a ese tribunal, le compete realizar.

He notado, a lo largo de este trabajo que, para dirimir si el amparo debe ser admitido como una vía excepcional u ordinaria, subsidiaria o alternativa, las reglas que emanan del Tribunal Superior de Justicia no son coincidentes. Los votos que citan, expresamente, la jurisprudencia inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto señala que el amparo es un proceso excepcional,⁴⁹ sólo es aplicado por los jueces Maier,⁵⁰ Conde y Casás;⁵¹ la jueza Ruiz sostiene que "la acción de amparo es una acción principal. Ni es subsidiaria, ni es heroica, ni es residual ni es de excepción, y sólo cede ante la existencia de un medio exclusivamente judicial, más idóneo, esto es, más expedito y rápido",⁵² poniendo especial énfasis en cuando las cuestiones son de puro derecho,⁵³ mientras que el juez Lozano, en sus enjundiosos votos viene señalando que "[a]ctualmente,

⁴⁹ Fallos: 310:576; 311:612, 1974 Y 2319; 317:1128; 323:1825 Y 2097; 325:396 y 328:1708, entre muchos otros.

⁵⁰ Con la salvedad señalada por mí, en nota n° 48, habida cuenta de que, si en la causa "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia" dice que el amparo "no constituye un procedimiento residual", le quita la nota de excepcionalidad de esa vía, que viene pregonando.

⁵¹ Expedientes "Akrich", entre otros.

⁵² Como una tercera categoría, TSJ, "T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14 CCBA) s/ recurso de inconstitucionalidad", expte. n° 715/00, resolución del 26/12/00, voto de la Dra. Ruiz (conforme las Conclusiones de la comisión n° 3, en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal en materia de amparo).

⁵³ La jueza Ruiz sostiene que si la controversia es de puro derecho, el marco de un plenario abreviado y de características particulares como es el del amparo no priva al recurrente de ninguna oportunidad de intervención útil. También explica que: "el amparo no deja de ser una vía idónea en virtud de la mayor o menor dificultad de las interpretaciones jurídicas posibles. Sostener requiere que el debate jurídico planteado no sea "complejo" o "difícil", significa introducir inmotivadamente un requisito de admisibilidad que no surge del régimen jurídico local en materia de amparo. Esos argumentos fueron expuestos en el precedente 'Akrich' (considerando n° 3.a) quien cita su voto en el expediente 893/01 'Alegre Pavimentos SACICAFI c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo s/ recurso de queja', resolución del 21 de junio de 2001".



el amparo regulado en el art. 14 CCBA no opera como cauce residual y para que prevalezca basta con que no sea menos idóneo que otros remedios".⁵⁴

En mi opinión, a partir de esa hermenéutica, considero que los tribunales ordinarios de la Ciudad deberán evaluar los presupuestos exigidos por los textos constitucionales. Ello exige una prudencia que debe emanar de los jueces debido a la seriedad que revisten los amparos, cuyas condiciones de admisibilidad no dejó libradas a reglamentación el poder constituyente, pues están en los textos constitucionales, y deben concurrir –de modo patente– en el acto u omisión impugnados.

En caso contrario, resultará la improcedencia de la vía intentada puesto que, para decirlo con palabras de Fiorini (1953):

La acción de amparo por los órganos jurisdiccionales no debe realizar ninguna investigación o consideración intelectual, sino simplemente comprobar. Es un simple proceso informativo, pues el juez nada agrega a su labor, como tampoco suma ninguna relación procesal, ya que todo el material existe en la misma lesión arbitraria.

Creo que, si bien no debe ser tan restringida la actividad de los magistrados, lo cierto es que la vía excepcional de amparo, como creo entenderlo, requiere que tanto el derecho de quien reclama tutela o protección, como el acto u omisión lesivos y sus características se hallen acreditados de plano y sin necesidad de mayor esfuerzo probatorio, ya que la finalidad del amparo sólo está encaminada al restablecimiento inmediato de los derechos y garantías constitucionales. En similar sentido, el juez Maier expuso, de manera sumamente clara e ilustrativa, lo siguiente:

El amparo no constituye un procedimiento judicial genérico y electivo –a gusto del actor–, que suplante o reemplace a los procedimientos específicos reglados. El amparo supone, en cambio, dos condiciones: en primer lugar, la evidencia inicial de la ilegitimidad del acto u omisión cuestionados y, en segundo lugar, el daño grave e inminente a un derecho constitucional o legal que deba ser restablecido de inmediato. Para decirlo en términos vulgares, se trata de una verificación sencilla e inmediata, según sucede en su pariente, relativo a la libertad locomotiva, el habeas corpus, que no tiene por objeto verificar la culpabilidad de alguien en el hecho imputado, sino, por lo contrario, hacer cesar una medida restrictiva de la libertad manifiestamente ilegítima.⁵⁵

⁵⁴ Expediente n° 5190/07, TSJ "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Marone, Héctor Rodolfo c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", sentencia del 14 de octubre de 2008, voto del juez Lozano, considerando n° 3.1.

⁵⁵ Expediente n° 5860/08, TSJ "Pelacoff, Lisa Paola c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 5854/08, "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pelacoff, Lisa Paola c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14, CCABA)'" , sentencia del 7 de julio de 2008, voto del juez Maier.





VII. ¿SE EXPANDIÓ EN LOS TRIBUNALES DE LA CIUDAD EL CRITERIO INTERPRETATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL AMPARO COMO VÍA EXCEPCIONAL?

La exégesis que viene desarrollando nuestro máximo tribunal local, esbozando las razones en cuya virtud debe ser analizada la vía del amparo, constituye una labor de pedagogía jurídica de gran relevancia para los tribunales de mérito, ya que a través de sus enjundiosos votos vienen señalando no sólo cuáles son los extremos que deben concurrir para encausar la contienda por la vía del amparo, sino también los fundamentos de esas exigencias constitucionales, para que sean bien entendidos y aplicados en las causas que les corresponda decidir sobre su admisibilidad formal.

Estimo que, si bien existe mayoría del Tribunal Superior que defiende la tesis de que el amparo es una vía excepcional,⁵⁶ ello denota una calificación de esa garantía constitucional que exige analizar los requisitos de admisibilidad con criterio riguroso, pues su función no es reemplazar las vías ordinarias, reglamentadas por el legislador para el género de contiendas judiciales, sino, antes bien, uno específico, tuitivo de las personas, cuyo objeto único e inmediato se halla encaminado a lograr el restablecimiento de derechos y garantías de las personas.

La avalancha y facilidad de promover un amparo con la finalidad de obtener, en un tiempo lo más cercano posible a la traba de la litis, una decisión sobre la cuestión litigiosa ha excitado, por parte del Tribunal Superior de Justicia, la necesidad de aclarar cuáles, de acuerdo a las exigencias constitucionales, deberán ser los parámetros a tener en cuenta por los jueces para admitir esa vía. Esa excepcionalidad o subsidiariedad quedará configurada cuando el pretense amparista justifique que, en el caso, concurren simultáneamente los recaudos exigidos por los textos constitucionales. Y la pauta para su análisis podrá ser la siguiente: el juez verifica dos condiciones: *tiempo* que probablemente insumirá el proceso por las reglas del amparo (se relaciona con la eventualidad de daño irreparable); y posibilidad de ejercer el *derecho de defensa* a través de una intervención útil del demandado (se relaciona con la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta). En otras palabras, el criterio que debería tenerse en cuenta para evaluar la admisibilidad del amparo, de acuerdo a la hermenéutica que propongo, sería la siguiente: que la demora que implica acudir a las vías ordinarias sea relevante para evitar un daño inminente y que el amparo, por su carácter rápido y expedito, no perjudique otro derecho o garantía de igual rango constitucional, que es el derecho de defensa de quien resiste la pretensión. Para ello, sólo estará en mejores condiciones de defenderse dentro de un marco limitado de conocimiento, frente a una demanda que persiga, y demuestre *prima facie* una arbitrariedad o ilegalidad *manifiestas*, pues si esos extremos no concurren, si el acto u omisión lesivos no ostentan esas características, la defensa, probable o seguramente, se verá afectada. Bajo esas pautas, quien está a cargo de efectuar el análisis liminar efectuará una evaluación

⁵⁶ Denominado, como hemos visto, "proceso excepcional" por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos pronunciamientos.



sobre la admisibilidad de esa vía, como la más idónea o más adecuada para proteger los derechos y garantías que se dicen vulnerados. En suma, el amparo es, para quien pide tutela, protección de derechos y garantías; para quien resiste, respeto al ejercicio de defensa.

La experiencia que al respecto ofrece la jurisprudencia de los tribunales de la Ciudad pone de relieve que uno de los problemas todavía a resolver consiste en que no existe una aceptación pacífica sobre la nota de *excepción* que afecta al amparo. Ello no lo torna inoperante, por el contrario, una simple y rudimentaria afirmación práctica me permite señalar que durante la labor desarrollada tanto en la justicia de la Nación durante más de doce años y, en la Justicia de la Ciudad, por más de cinco, he observado que –en el primero de esos fueros– la cantidad de amparos era menor, con lo cual permitía que fueran tratados como procesos urgentes y excepcionales; mientras que la alternativa de opción, ordinarización de esa vía, en la justicia local, pareciera haberle quitado esa condición de urgencia para que sean resueltos, en verdad, en tiempos similares a la de los juicios ordinarios. Reitero que ello tan sólo refleja la expresión proveniente de una humilde impresión de un servidor de la justicia. Empero, no debe pasar inadvertida la observación efectuada por el Tribunal Superior de Justicia, quien se encargó de enfatizar sobre la extensa duración de los amparos. Al respecto,⁵⁷ el juez Maier dijo:

Se ha conformado la costumbre, tanto judicial, como por intermedio de los litigantes, de que la vía adecuada para defender derechos contra acciones u omisiones del Estado es el proceso llamado de *amparo*. Ya he tenido oportunidad de indicar cuán peligrosa es esta costumbre, que desplaza totalmente y sustituye a los procesos judiciales de conocimiento, al punto de que tanto el CCAyT y, eventualmente, el CPCyC de la Nación, si fuere aplicable, parecen haber quedado como meras figuras decorativas, inutilizables. Tal peligro puede ser observado desde varios puntos de vista:

a) El primero y más simple resulta ser el de la duración de estos procedimientos. Para tomar como ejemplo el procedimiento que ahora decidimos, basta advertir que él ya lleva prácticamente tres años de duración, desde la demanda, que se avizora que, cualquiera que fuere la decisión, todavía durará un tiempo superior, imposible de ser imaginado, y que, además, ya consumió ocho cuerpos de legajo judicial, mediante un procedimiento registrado por escrito (existen ejemplos peores en nuestra jurisdicción).

⁵⁷ Expte. n° 4809/06 "Dr. Ricardo Monner Sanz c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 4313/05 "Lotería Nacional Sociedad del Estado s/ queja por recurso de apelación ordinario denegado en: 'Dr. Ricardo Monner Sanz c/ Instituto de Juegos de apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/ otros procesos incidentales'", sentencia del 6 de octubre de 2006, voto del juez Maier.

Pido disculpas si, alguno de los siguientes párrafos, de ese voto, fueron transcriptos con anterioridad, pero –estimo– vale la pena hacerlo para resaltar, cuán importante –y repetida– resulta ser para el Tribunal Superior proveer de un criterio hermenéutico correcto sobre la vía del amparo.





b) Jurídica e intelectualmente más convincente para verificar la afirmación de que no pudo procederse por amparo, resulta ser la imposibilidad de considerar los puntos en discusión como ilegalidad o arbitrariedad manifiestas (CN, 43, I; CCBA, 14, I).

(...) c) La vía elegida es particularmente inapta para discutir estos problemas. Nótese que ella representa un máximo de poder entregado a las autoridades judiciales (los jueces), que proceden sin un itinerario formal delineado por la ley, y un mínimo de formalización del procedimiento ante los jueces previsto de antemano por la ley. Tal definición procesal puede observarse a fs. 30, cuando el juez de primera instancia define ante quienes van a intervenir el procedimiento a seguir, mediante una cláusula totalmente abierta (CCBA, 14: "*acción expedita, rápida..., siempre que no exista un medio judicial más idóneo*" y, para colmo de males, no indica cuáles son las otras "normas vigentes no contradictorias" con aquel principio). Para calificar en este sentido el mismo procedimiento, basta leer el punto a, *supra*.

Si estas costumbres se anquilosan, sospecho que los jueces definirán los procedimientos judiciales a cada paso, según parece que sucede cuando uno lee los procedimientos de mérito que preceden a esta decisión. Creo que ni siquiera la llamada "justicia de Cadi" procedía en forma tan libre e imaginativa; y tampoco procedió así Bertold Brecht al escribir sus célebres círculos de tiza. Al menos en esos ejemplos, el procedimiento sí era expedito y rápido. Por lo demás, esto sí conduce a judicializar la actividad política, mediante un control sin reglas que lo encaucen, "a piacere" de quienes son los controladores.

En la citada causa, el Tribunal Superior de Justicia resolvió, por mayoría, revocar la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones y anular todo lo actuado.

Sobre esta cuestión, cabe recordar que la Fiscalía General Adjunta del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad, a cargo del Dr. Rubén Antonio Pereyra, había advertido, y señalado, mucho tiempo antes lo siguiente: "se ha conformado la costumbre, o bien generalizado, de utilizar la vía de amparo para dirimir cuestiones que deberían ser canalizadas como juicios de conocimiento [...] Ello en razón de que desde comienzos del funcionamiento de la justicia local y, luego, en múltiples oportunidades este Ministerio Público ha venido señalando que ese trámite es estrictamente excepcional y ciertamente no comporta, ni podría comportar, en general, una solución a todos los problemas que se susciten. En tal sentido, advertí que, en caso de así admitirse, este camino especialísimo sería como permitir "amparizar" todo el régimen de demandas ordinarias. Dicho de otra manera, reemplazaría al previsto para la impugnación judicial de actos administrativos, quedando desvirtuado en cuanto a su naturaleza y esencia" (expedientes n° 51/00, in re "Vera, Miguel Ángel c/ GCBA (Dirección General de Tránsito) s/ amparo (art. 14 CCABA)", dictamen n° 1/00, de fecha 12 de diciembre de 2000; n° 6290/0, "Añon, Gregorio Andrés c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", dictamen n° 207/02, de fecha 12 de diciembre de 2002, entre otros).



VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Creo estar en condiciones, a esta altura, de efectuar las siguientes consideraciones finales. El amparo es, como señalé al principio, un derecho o garantía constitucional, tuitivo de las personas cuya *vía excepcional* no puede sustituir las instancias ordinarias judiciales para traer cualquier cuestión litigiosa a su conocimiento. Es decir que, siempre que aparezca de un modo claro y manifiesto el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, cabe admitirlo a fin de que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del amparo, para evitar que el curso de las instancias ordinarias no torne abstracta o tardía la efectividad de las garantías constitucionales.

Esa vía excepcional de acceso a la justicia tiende a resguardar de modo eficaz y expedito la vigencia de derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y de la Ciudad frente a actos u omisiones de autoridades públicas o particulares que de modo arbitrario o de ilegalidad manifiesta los lesionen, restrinjan, alteren o amenacen. Y, si bien podría hacer al sentido mismo de los textos constitucionales y de la protección de los derechos a que están destinados, realizar una interpretación amplia de los artículos 43 de la Constitución Nacional y 14 de la Constitución local, a los fines de no privar al justiciable del acceso a la jurisdicción para la custodia de sus derechos, tal extensión no puede llevar a habilitar la intervención de los tribunales en toda pretensión de los ciudadanos por cuanto desnaturalizaría su esencia.

Así, tengo para mí que el amparo es una vía excepcional que no plantea dudas desde la perspectiva de la jurisprudencia nacional o federal, cuya línea interpretativa viene aceptada desde numerosos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Además, esa excepcionalidad no se contrapone con los textos constitucionales, que evidencian exigencia y rigurosidad para admitir esa vía, pues el propio constituyente se hubo encargado de fijar los recaudos formales de admisibilidad, que deben estar presentes en forma concurrente al momento de iniciarse el amparo. Su utilización debe quedar definida para las delicadas situaciones en que, ante un daño inminente y grave, se hallen afectados de manera directa e inmediata los derechos y garantías enunciados por las normas constitucionales.

Con ello, encuentro pertinente destacar que la jurisdicción constitucional del amparo no debe ser una tercera instancia judicial, sino que su función se circunscribe a enjuiciar la existencia o no de violaciones de los derechos constitucionalmente garantizados, fijando los criterios interpretativos pertinentes en cuya virtud los tribunales ordinarios han de ajustar sus pronunciamientos. No le corresponde, por tanto, revisar con carácter general los hechos declarados probados ni tampoco el derecho aplicado en la resolución judicial que haya sido objeto de impugnación. En este sentido, hay que hacer notar que la interpretación laxa atribuida al amparo no ha favorecido su carácter excepcional o subsidiario, dejando entrever en muchos casos una naturaleza judicial de vía ordinaria o alternativa, para lograr con mayor premura soluciones judiciales que, ante el crecimiento de causas judiciales, se creyó encontrar un cauce procesal cuya naturaleza jurídica no le permite asumir. Porque, creo yo, más allá de la protección jurisdiccional de derechos subjetivos, el amparo presenta una dimensión objetiva que afecta al interés general de la sociedad, el



cual exige establecer –como enjundiosamente viene realizando el Tribunal Superior de Justicia– los criterios interpretativos que, superando los conflictos intersubjetivos planteados, alcancen una conciencia general, o deber moral, en seguir esos lineamientos para evitar un dispendio jurisdiccional inútil.

Esta exigencia me lleva a propiciar una conclusión que defienda la tesis que vengo exponiendo, puesta de relieve por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, y seguida por nuestro Tribunal Superior de Justicia, por mayoría, afirmando que:

El amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías aptas pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva.⁵⁸

Junto a este designio, cuya exégesis –para mí– proclaman los artículos 43 de la Constitución de la Nación y 14 de la Constitución de la Ciudad, aparece también el de la defensa objetiva de esas propias constituciones, sirviendo, de ese modo, el amparo a una finalidad que, como afirmé precedentemente, trasciende lo particular y su exégesis, esto es, la definición de sus normas se imponen a todos los poderes públicos.

Ergo, no trato con ello de agregar una fórmula inadecuada o entorpecedora, sino de subrayar la verdadera naturaleza excepcional, no ordinaria ni alternativa, del amparo. Con esta opción del constituyente de introducir el amparo como uno de los derechos y garantías constitucionales, especificando los recaudos formales de admisibilidad en los textos constitucionales y la exégesis que viene efectuando nuestro máximo tribunal local de la Ciudad, auguro resultados positivos en la delicada tarea de definir los casos, causas o controversias que encontrarán adecuada tutela, eficaz y más idónea, sólo y únicamente, a través de la vía excepcional del amparo.

No está de más reiterar la importante doctrina que viene desarrollando nuestro Tribunal Superior de Justicia sobre todos los derechos y garantías reconocidos en las constituciones de la nación y, con mayor amplitud, de la ciudad. Su tratamiento merece ser emprendido en otro trabajo, con la amplitud y profundidad debidos, mas quiero señalar con ello que esa doctrina son las pautas que deben ser confrontadas, en cada caso, con el acto u omisión que se impugna mediante el amparo. Ello colocará a los magistrados en la función de efectuar el siguiente frente jurídico, sea de pleno derecho, o bien sin ahondar en mayores demostraciones: examen de los derechos y garantías⁵⁹ vs. acto u omisión que ostenten vicios de arbitrariedad o ilegalidad manifiestos.⁶⁰ La existencia, patente, de

⁵⁸ Fallos: 310, 576; 311:612, 1974 y 2319; 317:1128; 323:1825 y 2097; 325:396 y 328:1708, entre otros, citados por el Tribunal Superior de Justicia en muchos pronunciamientos.

⁵⁹ Acudiendo a la enjundiosa doctrina elaborada por el Tribunal Superior de Justicia.

⁶⁰ No olvido que, tratándose de una acción rápida y expedita, exige la demostración o acreditación por parte del pretense amparista de que, si acude a las vías ordinarias le traerá aparejado un daño irreparable.



esa eventual y liminar confrontación permitirá al justiciable y, principalmente, a quien dirige y controla el proceso, definir por qué carril transitará el debate mediante la vía excepcional del amparo, de conocimiento restringido, limitado, horizontal, casi superficial de la cuestión, que le permita arribar, en palabras del juez Lozano, a una decisión lo más cercana posible a la traba de la litis.

BIBLIOGRAFÍA

- AJA ESPIL, Jorge (1959), "El amparo judicial y su valoración", *Jurisprudencia Argentina*, Volumen II.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (1969), *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Ediar, Buenos Aires.
- BIELSA, Rafael (1965), *El recurso de amparo*, Depalma, Buenos Aires.
- CARRIÓ, Genaro R. (1987), *Recurso de amparo y técnica judicial*, Abeledo-Perrot, segunda edición, Buenos Aires.
- CHECHI, Carlos E. (1959), "Amparo jurisdiccional", en *Cuadernos de los institutos*, número 37, Córdoba, Instituto de Derecho Constitucional.
- EKMEKDIAN, Miguel A. (1989), "El juicio de amparo en las Constituciones latinoamericanas", *Revista La Ley*, tomo C.
- FIORINI, Bartolomé A. (1953), "El recurso de amparo", *Revista La Ley*, Volumen nº 93.
- LAZZARINI, "Juicio de amparo", *Revista La Ley*, Volumen nº 116-885.
- MONTAÑO, Dana, "La reglamentación legal del amparo jurisdiccional", *Revista La Ley*, Volumen nº 124.
- MORELLO, Augusto M. y Vallefin, Carlos A. (2004), *El amparo. Régimen procesal*, Editora Platense, quinta edición, Buenos Aires.
- ORGAZ, Alfredo "La legislación sobre amparo", *Revista La Ley*, Volumen 102.
- ORGAZ, Alfredo (1961), *El recurso de amparo*, Depalma, Buenos Aires.
- PALACIO, Lino E. "La acción de amparo, su régimen procesal", *Revista La Ley*, Volumen nº 96.
- PALACIO, Lino E. (1995), "La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994", *Revista La Ley*, Volumen D-sec., Doctrina.
- RIVAS, Adolfo A. (1984), "Contribución al estudio del amparo en el derecho nacional", *Revista La Ley*, Volumen B.
- RIVAS, Adolfo A. (1987), *El amparo*, La Rocca, Buenos Aires.
- SAGÜÉS, Néstor P. (1995), *Acción de amparo*, Astrea, cuarta edición, Buenos Aires.
- VOCOS CONESA, Eduardo (1969), "La demanda de amparo", *Jurisprudencia Argentina*, y en *Revistas de Estudios Procesales*, Rosario, nº 5.





PREMIO FORMACIÓN 2010





María Belén Aliciardi
¿Amparo o desamparo de los derechos
fundamentales?

cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

3er. premio







PRÓLOGO

La abogada María Belén Aliciardi en su obra "¿Amparo o Desamparo de los Derechos Fundamentales?" une vocación por el derecho, con talento y disciplina.

Al abordar la temática de la acción de amparo, pretende identificar los aspectos teóricos y prácticos sobre la pregunta de si, con la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, ¿el amparo es o no una vía subsidiaria?

Para contestar este interrogante la autora efectúa un repaso prolijo y sustancioso, tanto de la jurisprudencia como de la doctrina que sobre la materia existe hasta la fecha, lo cual, revela una dedicación y estudio profundo del tema.

Es indudable que con la reforma de la Constitución Nacional producida en el año 1994, se han introducido una serie de innovaciones en el Derecho Constitucional Argentino, que ha merecido y merece un estudio y debate amplio. Uno de esos asuntos, es el desarrollado por la abogada Aliciardi, al tratar la subsidiaridad o no de la vía de la acción de amparo y la consecuente inexistencia de otras vías idóneas para la protección de los derechos constitucionales vulnerados.

Se observa una rigurosa metodología en el desarrollo de la acción de amparo, que permite abarcar con amplitud, pero sin perder la profundidad necesaria, el tema seleccionado.

De la obra podemos, además, destacar su originalidad, congruencia, estilo y utilidad para los estudiosos del derecho, al efectuar un verdadero aporte a la temática encarada.

En su derrotero intelectual la abogada Aliciardi plantea su ideal central, sobre la su n juego, ya que: Si se trata de derechos personalismos o de incidencia colectiva, coincido con la tesis intermedia, -sostenida por Bidart Campos- y por lo tanto considero al amparo, como una vía principal y subsidiaria, en cambio, si se trata "solamente" de derechos patrimoniales o contractuales, el amparo será un remedio excepcional.

Por ello, la autora centra su razonamiento en dos aspectos fundamentales: 1) La naturaleza de los derechos en juego, y 2) La calidad de los sujetos intervinientes. Concluyendo sobre la necesidad de que la vía del amparo sea considerada principal cuando están en juego derechos esenciales, y subsidiaria cuando estamos en presencia de derechos de tipo patrimonial.

En esto, hay que recalcar que se ha producido un verdadero ensanchamiento de los derechos protegidos por la acción de amparo, que amerita efectuar la distinción propuesta por la autora.



Como consejero académico de su meduloso trabajo, debo confesar que me siento satisfecho por el grado de madurez intelectual alcanzado por la abogada María Belén Aliciardi, haciendo votos por un mayor progreso en sus futuras obras bibliográficas.

Juan Fernando Brügge
Abogado
Profesor de Derecho Constitucional UNC y UCC
Profesor de Derecho Procesal Constitucional UNC
Legislador Provincial e integrante del Consejo de
la Magistratura de la Provincia de Córdoba





¿Amparo o desamparo en los derechos fundamentales?*

MARÍA BELÉN ALICIARDI**

A LA MEMORIA DEL GRAN MAESTRO AUGUSTO M. MORELLO

Estamos aquí frente a problemas técnico-jurídicos. Se trata de saber de qué métodos disponemos para tutelar, con razonable rapidez y eficacia, los derechos humanos en el marco del derecho estatal

I. CUESTIONES PRELIMINARES

En nuestro derecho, la institución del amparo¹ ya cumplió 50 años, a contarse desde la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación² dictada el 27 de diciembre de 1957, que le dio origen, en el *leading case* "Siri Ángel S."³ y que se consolida con la

* Trabajo ganador del 3er Premio Formación Judicial 2009, en el eje "Amparo ¿vía excepcional u ordinaria?".

** El seudónimo utilizado fue "Amparito Orgaz".

¹ En este trabajo sólo me dedicaré al amparo en el plano "nacional", con mención del regulado en la CABA. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que con anterioridad al caso "Siri" el amparo había sido receptado en diversas constituciones provinciales, tales como: Entre Ríos (Const. de 1933, arts. 26 y 27); Santa Fe (Const. de 1921, art. 17); Santiago del Estero (Const. de 1939, art. 22); Mendoza (año 1949), y las de Chaco, Chubut y Formosa del año 1957.

² Durante Siri, la CSJN estaba integrada por Alfredo Orgaz como presidente, y Manuel Argañarás, Enrique V. Galli, Carlos Herrera y Benjamín Villegas Basalviso; de allí que se diga que Orgaz es "padre del amparo argentino". Durante KOT, Alfredo Orgaz, Benjamín Villegas, Aristóbulo Donato Aráoz de Lamadrid, Juan Carlos Beccar Varela, y Julio César Oyhanarte.

³ Fallos, 239:459. En este caso el promotor de la acción, dueño del diario *Mercedes*, explicaba que su periódico se encontraba clausurado con custodia en el lugar, vulnerando el derecho de libertad de imprenta y de trabajo de los artículos 14, 17 y 18, y los correlativos de la Constitución provincial. Su suerte fue pobre en primera y segunda instancia, en donde se le denegó su pretensión, por lo que Ángel Siri debió ocurrir ante la Corte por vía del recurso extraordinario. El dictamen del procurador sostenía que la acción de habeas corpus no alcanzaba a cubrir la protección de derechos diferentes de la libertad física. La Corte por mayoría (con disidencia del ministro Carlos Herrera) expresa lo que resulta ser el núcleo central de la acción de amparo, la que se puede verificar en el suntuoso sumario que pertenece a Segundo V. Linares Quintana y que obra



sentencia del 5 de septiembre de 1958 en el caso "Kot Samuel SRL".⁴ Como vemos, inicialmente la jurisprudencia consideró al amparo como una garantía innominada, situada en la cláusula de los derechos implícitos del art. 33 de la CN.⁵

Recién diez años más tarde de su aparición pretoriana, el instituto del amparo se regula en la Ley Nacional 16.986.⁶ Dicha normativa se refiere a éste como la acción para ser ejercida ante actos u omisiones de la autoridad pública, que con las reformas del art. 1º, lesionen, restrinjan, alteren o amenacen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos y garantías reconocidos en cualquiera de sus formas –explícitas o implícitas– por las cartas magnas nacional y provincial, dejando de lado las cuestiones atinentes a las libertades individuales. Cierta doctrina la llamó "ley de desamparo",⁷ porque limitó su

como cita inicial del presente trabajo. De todas maneras, vale la pena recordar la sentencia cuando dice: "La comprobación inmediata de que una libertad constitucional se halla evidentemente restringida, sin orden de autoridad competente ni expresión de causa que la justifique, es suficiente para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por el Poder Judicial en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que reglamente dicha garantía" (para profundizar ver Linares Quintana, 1960).

⁴ Fallos, 241:291; LL, 92:632. Samuel Kot SRL era propietaria de un establecimiento textil en la provincia de Buenos Aires, y mantenía un conflicto con sus obreros. Cuando la delegación regional declaró ilegal la huelga, la empresa dispuso la concurrencia al trabajo. Luego la misma delegación revocó la declaración de ilegalidad, e impuso a ambas partes a reanudar el trabajo. La empresa se rehusó a reincorporar a los obreros despedidos, lo que hizo que los despedidos más otros compañeros ocuparan la fábrica, paralizando su actividad. En consecuencia, la empresa hace una denuncia por usurpación la que es rechazada en primera y segunda instancia. Pero el mismo día de la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo penal de La Plata –pero antes de la sentencia penal–, la empresa deduce amparo. La Cámara también lo rechaza. La sentencia es recurrida por recurso extraordinario, el que es concedido y da lugar a la sentencia del 5 de septiembre de 1958. La Corte en mayoría (con disidencia de jueces Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte) consolida en esta sentencia los perfiles de la acción de amparo cuando dice "Siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo" (para profundizar ver Linares Quintana, 1960).

⁵ CF Salta, "Pérez Alsina, Juan A. c/ Estado-Poder Ejecutivo" sentencia del 07/11/1994, DJ 1995-2-630 y LL 1995-A-388, resalta que "el amparo fue instituido por la doctrina de la CS como garantía constitucional implícita".

⁶ Nuestro compromiso democrático nos obliga en este punto a hacer una precisión. La Ley 16.986 fue sancionada, promulgada y publicada por un gobierno de facto (BO 20/10/1966) del General Juan Carlos Onganía. Ello condujo a que como advirtiera Bartolomé Fiorini la correcta denominación para dicha norma fuera la de decreto dicha norma se debería llamar decreto-ley, pues emanaba de un gobierno de facto.

⁷ Fiorini dijo que "[La Ley 16.986] comprueba que so pretexto de una reglamentación de ordenamiento armonizador, se la restringe mortalmente como institución básica para el convivir argentino". Morello, que [El dictado de la ley 16.986] se recortó al cabo sus alas, al estratificarlo como una acción procesal más", Carrió dijo que "La ley nacional de amparo, so capa de regular esta acción vino a hacerla irremediabilmente ineficaz".





procedencia en relación a la jurisprudencia imperante, ya que el amparo, en dicha ley, aparece como un *remedio procesal excepcional*, que emerge como vía de acción en restringidas ocasiones y para los supuestos que evidencien la gravedad que por imperio de la normativa aplicable, resulten encuadrables en aquella.⁸ Por ello, Belluscio (2003) expresa que:

Resulta hasta cierto punto natural que el poder político se viera inclinado a defender sus potestades mediante lo que parecía ser un avance del judicial y que, detentado dicho poder por un régimen no legitimado por la voluntad popular, fuese una de sus preocupaciones la de poner coto a las limitaciones judiciales de sus facultades. De tal modo, antes de cuatro meses de instalado, un gobierno de facto dictó la Ley 16.986 con la clara finalidad de poner límites al amparo más que de reglamentarlo.

Como vemos, en nuestro país el amparo ha seguido un largo y sinuoso derrotero hasta ser finalmente incorporado expresamente a nuestro sistema mediante la reforma de la Constitución Nacional de 1994.⁹

Dicha reforma invistió al amparo de jerarquía constitucional (art. 43), y fue reconocido, asimismo, en diversos tratados internacionales (art. 75, inc. 22, segundo párrafo).¹⁰ De

⁸ Anta, Carlos Alberto. "Esbozos Sobre El Amparo y La Coyuntura Económica". Ver en http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/inv_jurid/Esbozos_sobre_el_amparo_y_la_coyuntura_economica.pdf, pág. 1.

⁹ Adolfo A. Rivas hace una muy detallada referencia a las diferentes etapas que ha ido sorteando la figura en el sistema argentino. En un primer momento, aparecen en las constituciones provinciales del mil novecientos fórmulas amparísticas que luego se confirman y desarrollan en las constituciones provinciales creadas a fines de la década del 50 del siglo pasado. Estos serán los antecedentes más cercanos a los fallos que luego dictaría la Corte en las causas Siri y Kot. En paralelo a esta realidad federal, Sagüés nos indica los tramos que ha ido completando la historia jurisprudencial del país. Así, tenemos una primer etapa de anticipo y denegación, en algunos antecedentes como el caso "Blanco Julio c/ Laureano Nasar" (F1:170), en el que la Corte esboza en 1864 el principio de que los derechos garantizados por la Constitución deben, dadas ciertas condiciones, obtener una conveniente protección por parte de la justicia, a pesar del rechazo de la demanda. La segunda etapa, inaugurada con la sentencia "Bochar Antonio s/ habeas corpus" (F 81:246) de 1899, está signada por la tesis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual ante la falta de norma expresa se deben rechazar los pedidos destinados a lograr la protección de derechos distintos de la libertad física asegurada mediante el habeas corpus porque de lo contrario se violarían las normas procesales que regulan tales pretensiones. Luego tenemos en 1935 la admisión condicionada por la Corte, en el caso "Compañía Sudamericana de Servicios Públicos SA c/ Comisión de Fomento de Gálvez s/recurso de amparo"; para nuevamente volver a la negación en 1939 en la sentencia "Hinze Ricardo A s/amparo de la libertad de trabajar" (F 201:245).

¹⁰ Podemos citar: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 18); Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8); Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 8 y 25); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2, tercer párrafo, inc. a y art. 14.1); Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 6) referido al recurso efectivo.



esta manera se sigue la tendencia –a la que se refiere Juan Pico y Junoi– respecto de “La constitucionalización de las garantías procesales”.¹¹

La incorporación del amparo dentro del texto constitucional nacional (art. 43) produce controversias dentro de la doctrina nacional acerca de los nuevos alcances de la tutela: si se transforma en directa, alternativa o principal, por una parte, o si sigue siendo subsidiaria o excepcional como en el modelo preconstitucional, o sea el de la Ley 16.986, por la otra.

¿Cuál es la importancia de saber el alcance del amparo? Que cuando el modelo ha sido la vía directa o alternativa del amparo, la demanda por litigiosidad de esta acción se produce en forma inmediata y creciente, porque, sin duda, el procedimiento establecido para su tramitación ha demostrado ser el más eficaz en todas las latitudes, ya que su naturaleza sumaria y expedita, que garantiza siempre el debido proceso, hace que cualquier litigante desee siempre utilizar su procedimiento. Ya no se soporta más la exasperante lentitud de los procedimientos ordinarios. Y no parece razonable culpar de esto a nadie.

Luego de producido este fenómeno de alta demanda, la tendencia es, naturalmente, intentar restringirlo. Para esto se buscan las formas de limitarlo, lo cual se hace por vía legislativa, en gran cantidad de casos, o por vía jurisprudencial en los demás.

Y se empieza a decir que se deben agotar las vías previas, que se deben utilizar y haber agotado previamente los demás medios judiciales igualmente satisfactorios, o que procede siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, etc.

De allí vemos la importancia de enrolarnos en una u otra doctrina, y por ello este es el debate que nos convoca en esta oportunidad, el cual analizaremos desde una óptica garantista. Digamos desde ya que este debate se caracteriza por lo intenso de las argumentaciones en que se sustentan una u otra postura. En este contexto se genera el presente trabajo, como punta de discusión para una cuestión que no nos parece menor.

Este conflicto ha alcanzado incluso al artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, ya que también se cuestiona el alcance de este artículo. En efecto, de acuerdo a esta norma:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que lo 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.

¹¹ Esta tendencia “ha venido a asegurar por vía de los textos constitucionales en el ámbito nacional y de tratados y convenios supraestatales de derechos humanos en el ámbito internacional un mínimo de garantías a favor de las partes, que deben presidir cualquier modelo de enjuiciamiento” PICO Y JUNOI, Juan, El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: un debate mal planteado, en *Proceso e Ideología*, en *Proceso Civil e Ideología*, Una sentencia, dos cartas y quince ensayos, pág. 111, en web de la Academia Virtual de Derecho http://www.academiadederecho.org/index.cgi?wAccion=libros&wid_seccion=4&wid_item=23&wid_grupo_news=0.



De la redacción de la misma, se infiere que no se exige ningún condicionamiento a la utilización o agotamiento de instancias previas, para gozar de este recurso, por lo que cabe concluir que se lo concibe como una vía directa. Sin embargo, para algunos no es efectivo que el amparo a que se refiere esta norma exija que sea una vía directa. Esta norma alude a "un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo", para amparar a los lesionados en los derechos fundamentales reconocidos por el Pacto, la Constitución o la ley. Con esto se quiere decir que si hay un recurso ya previsto para atender la lesión, que sea "efectivo", no es indispensable que el amparo opere de modo directo. En ese caso, no se causa agravio alguno a la persona que deba transitar el "otro recurso efectivo" distinto del amparo, puesto que a través del mismo va a encontrar solución a su problema. Claro está que si tal recurso no es "efectivo", entonces sí podrá hacer uso del amparo.

Este trabajo se ocupa del alcance y significado de la frase contenida en el art. 43 de la CN: "siempre que no exista un medio judicial más idóneo", con la finalidad de dilucidar: ¿en qué caso, desde la perspectiva del litigante, es posible acudir útilmente a la vía del amparo?, y desde la óptica jurisdiccional, ¿cuándo corresponde dar trámite a la demanda? Son dos caras de una misma moneda y, como puede apreciarse, es una cuestión de naturaleza eminentemente práctica,¹² y no meramente teórica.

Antes de entrar a este análisis, resulta útil recordar las palabras del Dr. Néstor Sagüés, quien sostiene que la polémica sobre la naturaleza del amparo es "tan vieja como el amparo mismo"¹³ y que:

No existe ningún mandato divino [refiriéndose al amparo como acción principal o como acción subsidiaria]: es opinable y tan legítima es una postura como otra (...) La opción entre una y otra alternativa depende de las posibilidades y realidades concretas de cada comunidad forense, y sobre todo de las experiencias habidas (Sagüés, s/f).

Finalmente, recuerdo que Oliver W. Holmes Jr., quien fuera juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sostuvo que la vida del derecho no ha sido la lógica: ha sido la experiencia. Las necesidades de la época, las teorías morales y políticas predominantes, las instituciones de orden público, reconocidas o inconscientes, aun los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, han tenido una influencia mucho mayor que los silogismos en la determinación de las reglas según las cuales deben gobernarse los hombres.¹⁴

¹² SBDAR, Claudia Beatriz. El amparo como medio judicial más idóneo Ver en www.glin.gov/download.action?fulltextId=81627&documentId=172278, p. 1.

¹³ SAGUES, Néstor. "Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo". LL 09/10/95.

¹⁴ En WILLIAMS, Jorge N. (1986). "Contratos de Crédito". *Contratos Bancarios*. T. 2ª. Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., p. 239.



II. ANÁLISIS DEL TEMA PLANTEADO

Como vimos, desde su origen la acción de amparo se desarrolló como vía subsidiaria o supletoria, es decir que el amparo era procedente siempre y cuando no existan otras vías judiciales o administrativas idóneas para restablecer la violación de un derecho reconocido por la Constitución.

La Ley 16.986 mantuvo esta tesitura contemplándola de manera expresa en el art. 2, inc. a. En igual sentido se mantuvo la jurisprudencia y la doctrina nacional hasta la reforma de 1994.

Con dicha reforma, se incorpora el art. 43, que comienza diciendo: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo". De manera similar, el art. 14 de la CCABA habla de que "Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo".

Este requisito de la inexistencia de otro medio judicial más idóneo que el amparo generó un intenso debate, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, acerca de su naturaleza, es decir, ¿qué alcance posee la disposición constitucional? Principal o alternativa, por un lado, subsidiaria o excepcional, por el otro, ¿Cómo medir la idoneidad del medio judicial?: ¿por la rapidez en obtener la tutela? ¿O por la amplitud del procedimiento del que se trate para acreditar la lesión a los derechos afectados? (Gelly, 2004).

Primeramente, podemos decir en relación al alcance del amparo que, desde el punto de vista doctrinario, es posible inferir que en la economía de la Ley Fundamental, con nitidez, dos posiciones o corrientes emblemáticas, como un *remedio excepcional* o como una *alternativa* y otra intermedia, como un *medio procesal subsidiario de otras acciones o vías judiciales* que presentan mayor idoneidad para conculcar las lesiones o perjuicios producidos a un titular de derechos amparados por cláusulas constitucionales o legales. Las cuales analizaremos a lo largo de este capítulo.

2.1. Tesis amplia: como vía principal, directa o alternativa

Principales exponentes: Morello, Vallefin, Quiroga Lavié, Rivas Gordillo, Palacio, Dromi, Menem, Colauti, Ekmekdjian.

Los seguidores de esta tesis entienden que el carácter subsidiario del amparo quedó superado por el nuevo perfil del amparo, que pasó a ser una vía principal (Rivas, 2000:346), por ello, la disposición del art. 43 CN consagra un *amparo directo, principal, alternativo, y no subsidiario* (Rivas, 1994), dejando de ser un proceso de excepción, con verdadera vocación de constituirse en un engranaje de máxima tutela judicial efectiva que no encuentra obstáculos o vallas procesales para el ejercicio de este remedio, ya que debe interpretarse que: cuando hubiere una lesión manifiestamente arbitraria o ilegítima, contra algún derecho tutelado por el amparo, el interesado está en condiciones de recurrir sin más a esta acción, aunque hubiere otros medios legales, judiciales o administrativos, útiles para enfrentar aquel acto u omisión lesivos. De esta forma, *solamente sería inadmisibile el amparo si existiere otro procedimiento mejor, o sea más expeditivo o rápido* (Carattini,





1995), más *eficaz*,¹⁵ más *apto*, más *hábil*, o más *apropiado*, que el propio amparo para atender el problema que lo motiva. En cambio si hay un proceso *igual de útil* que el amparo, el litigante es libre de emplear este o el otro camino procesal (Rivas, 1994),¹⁶ y con mayor razón si el amparo es mejor, de allí que el amparo se perfila como vía alternativa u opcional para el agraviado.

Haciendo una interpretación histórica del amparo, Barcesat sostuvo la tesis minoritaria de la Convención Constituyente de 1994¹⁷ y *calificó al amparo de vía regia para tutelar los derechos humanos, dejando las demás acciones del ordenamiento jurídico para proteger los derechos subjetivos*. Y la constituyente Dra. Altabe de Lertora, también, trata al amparo como una *acción principal*.

El principal exponente de esta teoría, Morello (2003), sostiene que el amparo sería una *alternativa principal*, lo que marca un retorno al periodo inicial y en el rumbo pretoriano de "Siri" y "Kot" (Morello, 1994:226), dando un "*giro copernicano, rectificando la ley 16.986*" (Morello, 1994b; Morello y Vallefin, 1995). Y afirma que:

hemos interpretado, desde su sanción, que la constitucionalización del amparo importó –como se desprende de la lectura de la norma– emancipar a esa nobilísima institución de cualquier vasallaje procesal. Su ejercicio –en las condiciones y observando los presupuestos que determina la misma disposición– es directo, principal y no subsidiario (Morello, 1995).

Y que:

sólo de existir otras vías mejores, eficaces, útiles, efectivas, y únicamente si por la complejidad del objeto se necesitara de mayor conocimiento o gestión probatoria (de la que razonadamente tolera la singularidad del trámite del amparo) se estaría ante supuestos en los que debería éste desplazarse para dar ingreso a otros continentes. Pero ello sería siempre excepcional y no el principio o la regla (Morello, 1994b).

Para Morello, pueden en efecto:

Existir otras vías de tutela, pero si son inservibles, ¿para que recurrir a ellas? Por ende, en todos los casos en que los medios ordinarios (comunes) de tutela, carecieran de eficacia (extremo cierto y notorio) para asegurar la vigencia de los derechos constitucionales cuando su restablecimiento no admite demora, cabría reconocer a priori, que sólo puede operar el amparo. Su declinación importa, de hecho, denegación de justicia (Morello y Vallefin, 1995).

¹⁵ Cámara Federal, Paraná, 16/11/94, JA 28/12/94

¹⁶ También la SC Mendoza, Sala I, "Costa, Luis A.", sentencia del 13/10/98, LL, 1999-A-469, entendió que el amparo será aplicable si es igual o mejor que las otras vías.

¹⁷ Reunión 29,3ª sesión ordinaria del 11 de agosto de 1994, Diario de sesiones.





Y afirma que tal idoneidad debe ser evaluada "en el sentido de que esa otra técnica instrumental sea más provechosa, menos dilatoria, más económica y efectiva, según la finalidad de tutela específica que de ella se aguarda en la órbita del proceso justo". Y que "se ha afirmado el criterio que ve en esta formidable garantía un mecanismo directo y principal, de uso inmediato, cuando con arbitrariedad o ilegalidad mani-fiesta se amenazan o lesionan derechos fundamentales" (Morello, 2003).

Como vemos, Morello propugna una interpretación finalista "In dubio pro amparo", sosteniendo que no existen equivalentes jurisdiccionales que opaquen o pospongan el juego del amparo (Morello y Vallefín, 1995:226).

Rivas (1994), con respecto a la reforma de 1994, a lo que Morello denominó "giro copernicano", habla de "vuelco drástico y trascendente" en el sistema del amparo, convirtiéndolo en una vía alternativa principal, directa y no subsidiaria.

En igual sentido, Palacio (1995) señala que el amparo "comporta una alternativa principal, sólo susceptible de desplazamiento por otras vías más expeditas y rápidas". Y agrega, que en la legislación procesal argentina no se hallan regulados procedimientos judiciales que ostenten esas condiciones, "es decir que exhiban, a causa de su simplicidad y correlativa celeridad, mayor idoneidad que el proceso de amparo".

De la misma manera, el dictamen de la mayoría de la Comisión de Derecho Procesal Constitucional y Administrativo que sesionó en el XIX Congreso de Derecho Procesal celebrado en Corrientes en agosto de 1997, concluyó que:

La acción de amparo es una acción principal, no subsidiaria, ni heroica, ni residual, ni de excepción, que tan sólo cede ante la existencia de un medio, de carácter exclusivamente judicial, más idóneo, es decir más expedito y rápido que el amparo (Díaz, 2001:31).

En suma, esta tesis concibe al amparo como mejor que cualquiera de los remedios instrumentales de los cuales se dispone (Morello y Vallefín, 1995).

Morello interpreta que el legitimado no debe cargar con ninguna otra demostración, en los supuestos en que la protección procesal esté al cuidado propio del amparo, que no sea la existencia de un procedimiento más idóneo que el amparo mismo, y eso también de modo *prima facie*, pero para nada vincularlo con el proceso ordinario, al que desplazaría únicamente como excepción (Morello y Vallefín, 1995:364). En cambio, Dromi y Menem (1994:160), enrolándose en una postura excesivamente amplia, sostienen en su teoría que "el amparo ha dejado de ser un remedio de excepción para convertirse en un medio procedural ordinario".

Gordillo (2003) ha sostenido que:

Desde luego, el que la Constitución habilite el amparo para la defensa de los derechos de incidencia colectiva no importa una obligación de recurrir a él, sino una potestad del actor, quien también puede elegir, antes o después, vías de mayor debate y prueba, como lo ha reconocido la jurisprudencia.

Y que:





En esta variante se puede sostener que el juicio ordinario es o no una vía idónea a criterio inicial del recurrente, no del demandado o del juez: Si su necesidad es de un pronto pronunciamiento, entonces es vía idónea "primero" el amparo y no el juicio ordinario (Gordillo, cit, en Abregú y Courtis, 1997:201).

Ello es así, "siempre exceptuando, como es obvio, los juicios sumarios o sumarísimos: (...) ley de defensa del consumidor, etcétera" (Gordillo, cit, en Abregú y Courtis, 1997). "El requisito de que no exista otro medio judicial más idóneo ha de referirse a la idoneidad específica de otros remedios sumarios previstos por la ley, no al juicio ordinario" (Gordillo, cit, en Abregú y Courtis, 1997:59). En el mismo sentido que Gordillo, Colautti (1995:245) ha dicho que "el amparo ha dejado de ser una vía subsidiaria para convertirse en una vía alternativa cuya elección como medio idóneo se halla a cargo de la asistencia letrada". También Ekmekdjian (1994:57), cuando sostiene que "el amparo ha dejado de ser una vía subsidiaria, como lo era en el texto de la Ley 16.986, para convertirse en una alternativa, cuya elección como medio más idóneo es facultad del justiciable", como vemos se adhiere a la teoría del amparo como vía no subsidiaria, aunque con reservas. En igual sentido se pronuncia Midon (1997:304).

La Corte Suprema ha subrayado con especial énfasis que es preciso evitar que el juego de los procedimientos ordinarios torne ilusoria la efectividad de las garantías constitucionales,¹⁸ por ello es criterio de la CSJN que el amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados en la Constitución. En tal sentido, ha dicho en reiteradas oportunidades que "*tiene por objeto una efectiva protección de derechos*".¹⁹

Con respecto al carácter principal o subsidiario de la vía del amparo, la CSJN parece inclinarse al amparo como acción directa en los autos: "Berkeley",²⁰ "Sindicato de Docentes",²¹ y "Mases de Díaz Colondrero, María c/ Pcia. de Corrientes",²² entre otros. También La CFSS, Sala 2, en los autos "Banco Superville Societe Generale SA c/ Obra Social Bancaria Argentina".²³

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, tanto en los autos "T.S. c/ GCBA s/ Amparo",²⁴ y en autos "Vera Miguel A. c/ GCBA",²⁵ ha dicho que:

¹⁸ Fallos, 239:459; 241:291; 307:2174, consid. 10, citado por Sabsay, 1996.

¹⁹ Fallos: 321:2823.

²⁰ Fallos, 323:3770.

²¹ 04/07/2003.

²² Sentencia del 8/07/1997. En *Doctrina Judicial*, Tomo 1998-2, pág. 168 y en LL. 1998-B-321, en donde dijo "Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de las controversias (...) su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias".

²³ Sentencia N° 74496 del 16/07/99, en donde citan a MORELLO, Augusto. "El derrumbe del amparo", ED 18/04/96.

²⁴ Fallo en extenso en: el Dial - AA6EE. Del voto de la Dra. Alicia Ruiz, de fecha 26 de diciembre de 2000.

²⁵ Del voto de la Dra. Alicia Ruiz, de fecha 04/05/2001, LL 17/08/2001 y Suplemento Mensual del repertorio General de LL de agosto 2001, pág. 9.



La acción de amparo es una acción principal. Ni es subsidiaria, ni es heroica, ni es residual ni es de excepción, y sólo cede ante la existencia de un medio exclusivamente judicial, más idóneo, esto es, más expeditivo y rápido (conforme las Conclusiones de la comisión n° 3, en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal en materia de amparo). Por vía del amparo se realiza tanto el fin preventivo como el inhibitorio propios de la función jurisdiccional, la cual, como está reconocido desde hace décadas en la doctrina y en el derecho comparado, no se agota en su dimensión represiva. (vg. mandato de injunção en Brasil, y, los llamados *prohibitory injunction* y *mandatory injunction*, en el modelo del *common law*).

En sentido coincidente, ha expresado la Sala I del fuero en "Quiroga, Estela Julia c/ GCBA –Secretaría de Hacienda y Finanzas– Dirección de Medicina del Trabajo s/ Amparo":

Con respecto a la supuesta naturaleza excepcional de la vía amparista que invoca el juez de grado, corresponde observar que este tribunal ha detallado, en anteriores pronunciamientos, que si bien la Corte Suprema ha establecido que la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta a que alude el texto constitucional requiere que la lesión de los derechos o garantías reconocidos resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo debate y prueba (Fallos, 306:1253; 307:747), no por ello puede clasificarse el amparo como herramienta excepcional. Por el contrario, ya ha señalado esta sala que toda vez que esta acción constituye un garantía constitucional, para tutelar de modo rápido y eficaz los derechos y garantías, la procedencia del amparo debe ser analizada con un criterio amplio (...) En consecuencia, la idoneidad de la vía debe determinarse en cada caso, en función de la naturaleza y caracteres que reviste el acto u omisión presuntamente arbitrario o ilegítimo y de la concreta necesidad de acudir al proceso de amparo para evitar o hacer cesar prontamente sus efectos.²⁶

En igual sentido, pronunciamientos en las causas "Labayru, Julia Elena c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)", "Pujato, Martín Raúl c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)" y "Ermini, Enrique Bernardino c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)" entre muchos otros. Por su parte la CCAyT, Sala II 10/08/07, "Aranovich, Claudia Elsa c/ Oscba s/ Amparo (art. 14 CCABA)", exp. 16459/0 señaló que:

La constitución define el marco en el cual propiamente el amparo sucede, pero en modo alguno califica este suceso de excepcional o general. La tarea judicial, por tanto, debe permanecer ajena a cualquier presupuesto de existencia de la acción, salvo aquellos caracteres que se enuncian en la Constitución y que remiten la procedencia del amparo al acontecimiento puntual, que queda calificado como tal, en virtud de su respuesta singular a los requisitos constitucionales. Extremar la ponderación y la prudencia –siguiendo los lineamientos de inveterada jurisprudencia– en el

²⁶ E.D. del 11 de octubre de 2002





análisis de la admisibilidad del amparo –y de cualquier pretensión que se allegue ante la Justicia– debe entenderse como hipótesis siempre actual de trabajo ante la constante renovación de "casos concretos". No, en cambio, como elemento apriorístico que remita a concepciones abstractas de excepcionalidad de la acción que suponen rasgos de pertinencia con anterioridad a la consideración de las circunstancias concretas de la causa.

Esta tesis amplía, a la crítica que le hace la tesis restringida de que este criterio amplio generaría una "catarata de amparos" y su correlativa "devaluación". Liliana Constante (1995:1277), replica que:

La avalancha de acciones que abarrotan los tribunales es la fantasía instalada en desmedro de la manda constitucional. Y es cierto, pero el fundamento de esa certeza, es tanto pero que la fantasía aludida. Porque la verdad es lo que motivará el abarrotamiento de tribunales por acciones iniciadas será la existencia de actos u omisiones arbitrarias –en los términos del art. 43 primer párrafo– de las autoridades públicas o de los particulares. Estudiarlo al revés remienda el sofismo "non causa pro causa" (Aristóteles, El Sof. 5 167 b 21) que consiste en considerar como causa (o sea como premisa) lo que no es, de donde surge una consecuencia imposible y la refutación del adversario se torna aparente.

2.2. Tesis Restringida: Vía excepcional, extraordinaria o heroica

Principales Exponentes: Barra, Sagüés, Bianchi, Natale, Rivera, Gozaini, Badeni, Carnota.

Esta postura considera limitada la posibilidad de recurrir al amparo, pues se trata de un remedio excepcional o como un remedio más heroico que excepcional, con carácter subsidiario o supletorio, reservado sólo a las delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otra vías legales, peligra la salvaguardia de los derechos fundamentales requiriendo para su apertura circunstancias de muy definida excepción (Sagüés, 1998:666). Reconociéndose que por ese carácter subsidiario, el amparo no constituye una acción supletoria de otras vías judiciales que sean eficaces. Otros consideran que el amparo sólo procede ante la ausencia o insuficiencia de las vías procesales existentes para reparar el perjuicio.

Esta postura, como vemos, detractora de la naturaleza directa o alternativa del amparo, señala que hay otra interpretación, también de tipo gramatical o literalista, que permite desestimar como tal y darle el carácter de subsidiario. Esta interpretación consiste en considerar, como regla, que el proceso ordinario, el cual permite contar con una amplia producción de pruebas y de debate, y con un buen arsenal de medidas cautelares, de no innovar e innovativas, sería el remedio "más idóneo" para el perjudicado en un derecho. Desde esa perspectiva hermenéutica del artículo 43 de la Constitución, el promotor del amparo tendría que, *prima facie*, acreditar por qué el amparo le es más útil que el trámite regular.

Esto significa, para algunos, que si al momento de interposición de la acción de amparo, el actor no acredita que la vía escogida resulta de mayor idoneidad que los otros



procesos ordinarios existentes, ya sea por razones de tiempo, inexistencia de medidas cautelares, etc., el juez podrá declarar su inadmisibilidad. En ese sentido la jurisprudencia ha dicho que *"la carga de demostrar la inexistencia de otras vías judiciales idóneas que permitan obtener la protección que se pretende, debe ser cumplida por quien demanda a través de la acción de amparo"*.²⁷

El principal exponente de esta teoría, Sagüés, sostiene que para el caso en que exista otro remedio judicial más idóneo, el amparo no sería procedente, pero para el caso que el camino sea *peor o igual*, éste sería procedente. Este autor entiende que la idoneidad de la acción de amparo se halla determinada, entre otros aspectos, por la índole de la pretensión intentada. Si ésta requiere mayor amplitud de debate o prueba, la vía ágil, eficaz y sencilla del amparo no será el medio procesal adecuado para hallar la tutela del derecho supuestamente vulnerado y sí, en cambio, el juicio ordinario. En igual sentido se pronunció la CSJN, en cuanto a considerar que *"la acción de amparo es inadmisibile cuando (...) la determinación de la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate y prueba"*.²⁸ En igual sentido, Gozáini (1995) manifiesta que *"no sería la existencia de otra vía la que cerraría indefectiblemente el paso hacia el amparo, sino la ineptitud de ella la que lo habilita"*.²⁹

Sagüés (2004:509) describe lo que ha sido un frustrado intento por dejar establecida, con carácter de indiscutible, la naturaleza subsidiaria de la acción de amparo en la Argentina, con el termino de *"esquizofrenia constituyente"*, por la circunstancia de que el artículo 43, aparentemente, según una interpretación, refiriéndose a la tesis amplia, ya expuesta supra, *"describe en sus palabras al amparo como vía directa, pero la voluntad mayoritaria del constituyente fue la de concebirlo como acción supletoria o subsidiaria"*. De ahí que, para Sagüés, el art. 43 de la Constitución, sea en cierta medida, una *"norma infiel"* en la terminología de Goldschmidt (1973:324), que se refiere a aquella norma que puede no traducir gramaticalmente, de modo correcto, la voluntad de su autor.

Por ello, para fundar esta posición nos remitimos a la interpretación histórica, sobre la base de una hermenéutica que hunde sus raíces en la *"intención del constituyente"* de 1994 plasmada en los debates parlamentarios de la Convención Constituyente y en la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías, ya que la tradicional concepción subsidiaria del amparo, que fuera consagrada pretorianamente antes de su aprobación legislativa, ha prevalecido en la reforma de la Constitución Nacional, a tenor de lo expresado en el despacho mayoritario de la Convención (triumfante a la postre en la votación), que ha considerado a la acción de amparo *"como una vía excepcional, residual o heroica"*, reiterando la inveterada jurisprudencia de la CSJN (Fallos 303:422 y 306:1253, entre otros), en el sentido que:

²⁷ TS de Córdoba, en autos *"Azar, Lilian J. y otros c/ Provincia de Córdoba"*, de 22/05/2000, LL C-2001-795 y Suplemento Mensual del Repertorio General LL de agosto 2001, pág. 10.

²⁸ Fallo *"Servotron SACIFI c/ Metrovías SA y otros-amparo-ley 16.986"* del 10/12/1996, LL, 1997-D-669

²⁹ También fue sostenido por la CNCiv., Sala F, *"Luraschi, Agustín Tomas y otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires-amparo"*, sentencia interlocutoriada 207930 del 17/12/96, LL, 1997-C-447, en igual sentido Sala F, *"Zucchiaretti, Hugo M. y otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires"*, sentencia del 27/02/97, JA, 1997-IV-516.



el remedio singular del amparo está reservado sólo a las delicadas y extremas situaciones en las que, por la carencia de otras vías legales, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales requiriendo para su apertura, circunstancias de muy definida excepción (Sagüés, 1995b).

Para expresar luego su acuerdo con la doctrina judicial según la cual "la acción de amparo constituye una vía excepcional cuya procedencia queda condicionada a la inexistencia de otro remedio judicial o administrativo" (Belluscio, 1993). En este sentido, es clara la voluntad del constituyente de 1994 que se expresa mediante la palabra del miembro informante del Despacho de Mayoría –convencional Rodolfo Díaz– al decir en plenario que:

El dictamen de la mayoría considera la acción de amparo como una vía excepcional. Parte del supuesto de la eficacia de todo el orden jurídico en la protección de los derechos y, además, reconoce que no se puede sustituir por vía judicial el sistema republicano y democrático de gobierno porque el acceso al sistema judicial está expedito en condiciones de extrema excepcionalidad.³⁰

Por lo tanto, si el orden jurídico no provee un remedio eficiente y pronto, la vía del amparo resulta admisible. El miembro informante del despacho mayoritario, el convencional Díaz, en base al cual se votó y aprobó el art. 43 vigente, alertó que el amparo era un remedio excepcional que solamente opera si no existen otros recursos útiles, judiciales o administrativos, para enfrentar la lesión a un derecho. Es la tesis del amparo como vía subsidiaria o supletoria que responde a la tradición de la Corte Suprema de Justicia en la materia (Sagüés, s/f:9). La convencional Ancarani reiteró la idea del amparo excepcional, "oponiéndose a la ordinización que algunos intentan implementar" y también el convencional Velarde al concluir que "se trata de una acción excepcional o, como dicen algunos autores, una acción de naturaleza residual".

Por eso Sagüés (1994) alude a la voluntad del constituyente en la redacción de la cláusula constitucional y, luego de reseñar las diversas posiciones que se adoptaron en la Convención Constituyente, concluye con la siguiente frase:

Hubo dos tesis y triunfó una: la concepción del amparo como remedio residual o supletorio, en cuanto a otros procedimientos judiciales o administrativos siempre que fueren útiles, por supuesto para encarar el acto lesivo.

Esta tesis centró su preocupación en las posibilidades de desvalorización del amparo y pérdida de su carácter de mecanismo de tutela efectiva de los derechos constitucionales frente al exceso en el ejercicio no responsable del mentado proceso constitucional, importando a la postre una sobrecarga tribunalicia ocasionada por una indebida inflación amparista (Sagüés, 1995a).

³⁰ Convención Nacional Constituyente, 29º Reunión, 3º Sesión Ordinaria (Continuación).11 de agosto de 1994. Diario de Sesiones, versión taquigráfica, pág. 4049.





Por ello, sostiene Sagüés (1995a) sobre esa base, el amparo no es una vía principal, alternativa u ordinaria, sino supletoria, señalando que si se lo considerara de esa forma habría una inflación de amparos, que terminaría "generando una correlativa devaluación institucional y sociológica del amparo, que terminaría como un proceso regular". En el mismo sentido, Vanosi (1995:175) advierte: "el peligro de que se multiplique el número de amparos con la consiguiente devaluación del remedio, que podría convertirse en un proceso regular más", lo que no fue querido y aún más rechazada por los constituyentes (Sagüés, 1995a). Así también lo entiende Rivera cuando habla de la "catarata de amparos".

Por su parte, Serra (1999:95) sostiene que la excepcionalidad viene dada no sólo por la propia naturaleza del amparo, sino por el particular diseño institucional que constitucional y legalmente se ha establecido para la revisión de la legitimidad de los actos administrativos.

En el XIX Congreso de Derecho Procesal, la disidencia –expresada por los Dres. Palacio y Quevedo Mendoza– señaló que:

La acción de amparo continúa siendo un remedio judicial subsidiario pese al hecho de que una interpretación crudamente literal del art. 43 de la Constitución Nacional puede inducir a una conclusión diversa y conducir a aquélla a la categoría de un instituto excluyente de todo el ordenamiento procesal ordinario (Díaz, 2001:31).

También Gozáini (1996:212) participa de este criterio y recuerda que "el amparo es un remedio de excepción cuya utilización está reservada para aquellos casos en los que la carencia de otras vías legales aptas para resolverlos pueda afectar derechos constitucionales". También ha caracterizado al amparo como:

el trámite adecuado para custodiar los valores que el proceso ordinario no esté en condiciones de tutelar, o, si lo hace, no lo priorice en los términos de rapidez y expeditividad que la norma constitucional consagra (Gozáini, 1995:10).

Carnota (1995) ha dicho que:

Si computamos las distintas obturaciones que ha padecido, veremos que el amparo fue concebido en nuestro medio jurídico como un andamiaje subsidiario. Cuando se insiste en la exigencia de haber dejado exhaustos a los demás procedimientos administrativos y/o judiciales, o cuando se circunscribe a un radio limitado el alcance del conocimiento del juez amparista, se está diciendo –ni más ni menos– que el amparo deviene un último recurso, luego de haber intentado todos los demás mecanismos posibles que depara el ordenamiento jurídico en su arsenal procesal.

Barra (1994:1154) sostiene que:

Fuera de los aquellos supuestos excepcionales, el amparo no es una vía idónea, porque limita las facultades cognoscitivas del juez, como también la amplitud de





defensa de la demandada. Aquí, debe primar la garantía del debido proceso, por lo que la procedencia del amparo es de interpretación restrictiva.

Para esta tesis, la Constitución de la Nación Argentina es clara: en forma similar al Código Procesal Constitucional del Perú,³¹ exige como requisito previo de admisibilidad de la acción de amparo, la inexistencia de otro medio judicial más idóneo que aquél.

No requiere agotar la vía administrativa, ya que sólo el art. 43 CN habla de "remedio judicial". Lo del *remedio judicial más idóneo* implica que no se desecha el amparo cuando hay cualquier medio judicial, sino sólo cuando el mismo es más idóneo.

Para esta posición, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde antes y después de la reforma a la Constitución Nacional de 1994, se ha mantenido invariable al considerar que el amparo tiene un carácter de excepción, cuya utilización está reservada para aquellos casos en que la inexistencia de otras vías legales aptas para resolverlo pueda afectar derechos constitucionales.

Un ejemplo de esta postura se ve reflejado en el voto del ministro Belluscio de la CSJN en el fallo "Bustos Facundo y otros c/ Junta Electoral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Mar del Plata",³² en donde rechazó el amparo por la forma pero incluyendo también consideraciones de fondo. Allí se esgrime en contra del amparo un argumento que hace referencia a la "desnaturalización" de esa acción por la prolongada duración del proceso (dos años y medio), cuando a todas luces esa demora no le sería imputable al amparista sino a la sobrecarga de juicios de amparo ante la Justicia Federal. Es decir, se hace pesar sobre el justiciable la mora del órgano judicial. Asimismo, la Cámara Federal de aquella ciudad, el 9/9/97, resolvió que debía revocarse la medida innovativa decretada por el Juez Federal de Primera Instancia, y desestimó el amparo deducido contra la junta electoral de un centro de estudiantes universitarios, ya que la cuestión que motivó el pedido de intervención judicial se encontraba pendiente de resolución por parte de dicha junta. La decisión de rechazar el amparo como vía idónea fue fundada además con otros argumentos, tales como: i) *evitar la "dictadura del Poder Judicial"* (considerando 12); ii) *finiquitar "el festival de amparos e inconstitucionalidades"* (considerando 13); iii) o la alusión de que "hubo hasta quienes perdieron su vida en incidentes callejeros" (considerando 14). De otro lado, se calificó a los tribunales inferiores de haber realizado una "desorbitada actuación" (considerando 15) y se refirió al fallo Smith como un "funesto precedente".

La CSJN lo redujo a la categoría de vía excepcional, con fallo de fecha 4/10/94, en los autos "Ballesteros, José c/ Acción de Amparo", a raíz de un recurso de hecho deducido por LRA 13 Radio Nacional Bahía Blanca, señala que:

la acción de amparo constituye un remedio de excepciones, cuya utilización está reservada para aquellos casos en que la carencia de otras vías legales aptas para

³¹ El Código Constitucional Peruano señala en su artículo 5° que no proceden los procesos constitucionales cuando: "Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional, amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del habeas corpus".

³² LL 1998 - B - 69.



resolverlas pueda afectar derechos constitucionales, máxime cuando su apertura requiere circunstancias muy particulares, caracterizadas por la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, y la demostración, por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a la vía urgente y expedita del citado proceso constitucional.³³

En los autos "Provincia de San Luis c/ Estado Nacional y otros",³⁴ por mayoría la CSJN se aparta de una visión estrecha reconociéndolo siempre que aparezca de un modo claro y manifiesto el daño grave e irreparable que se causaría, remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales.

La CSJN en los autos "Louzán, Carlos A.C. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación", con fecha 17/11/94, ha reiterado también la índole excepcional del amparo, en tanto se trata de un proceso reservado para aquellas situaciones extremas en las cuales la carencia de otras vías legales aptas para zanjarlas pueda afectar derechos constitucionales; por ello, su viabilidad requiere circunstancias muy particulares, caracterizadas, entre otros aspectos, por la existencia de un daño concreto y grave que sólo pueda ser eventualmente reparado acudiendo a la acción urgente y expedita del amparo.³⁵

También la CSJN, en sentencia del 19/03/87, en los autos "Vila, Juan Diego", sostiene que:

el amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en la que, por carencias de otras vías aptas, pelagra la salvaguardia de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva, y que resulta del acto u omisión de autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de amplio debate o prueba.

En el mismo sentido, la CSJN sostuvo lo mismo en los autos "Villar",³⁶ del 23/02/1995, en el considerando 6.1 pág. 131.

Con respecto a la jurisprudencia mencionada de la CSJN, Keselman y Marcellino (2001:28-29) sostienen que:

La jurisprudencia de la CSJN (...) se ha mantenido invariable en considerar al amparo como un remedio de excepción, reservado para aquellas situaciones extremas en las cuales la carencia de otras vías legales aptas para zanjarlas pueda afectar derechos constitucionales. (...) [El TSJ de Córdoba ha sentado que] el art. 43 de la Constitución reformada, en tanto prevé como condicionamiento del amparo la inexistencia de

³³ Sentencia B697, J.A Semanario 21/05/95, ED T. 162, pág. 787 y SAIJ, sumario N° A0030690

³⁴ J.A - 2003 - I - 5, considerando 12 y sus notas.

³⁵ Fallos 312-262.

³⁶ ED 163-636.





otro medio judicial más idóneo no hace que la acción de amparo deje de ser una acción subsidiaria, viable sólo ante la inexistencia de otra que posibilite el adecuado resguardo del derecho invocado.(...) Incurrir en un grave error quienes interpretan, a raíz de la reforma constitucional, que el amparo se ha constituido en un medio procedimental ordinario, pues continúa siendo un remedio extraordinario y por ende excepcional.

La CFSS, Sala I, en sentencia int. N° 69254 de fecha 16/05/07 en los autos: "Paoletti, Luisa c/ Estado Nacional –Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ Amparos y sumarisimos" sostiene que:

De modo que, si bien el art. 43 de la CN introdujo modificaciones sustanciales a este régimen, de ninguna manera lo ha transformado en un proceso ordinario, por lo que la acción intentada, de naturaleza expedita y rápida, mantiene su carácter subsidiario, no supletorio de otras vías; es decir que procede cuando no existe otro medio judicial más idóneo.

La Cámara Civil y Comercial de Buenos Aires, Sala I, en los autos "Rodríguez c/ Alianza Francesa", también le reconoció al amparo el carácter excepcional.³⁷ La sala F, en los autos "Ignoto, Eduardo J. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", entendió que:

El amparo no actúa como un procedimiento comodín, que puede ser utilizado discrecionalmente por el justiciable para soslayar cualquier otro trámite o proceso judicial establecido por la ley para la adecuada determinación del derecho, se trata de un instituto que –por su naturaleza– está sujeto a la inexistencia de otras vías idóneas para alcanzar tal finalidad.³⁸

Por lo tanto, el amparo incorporado a la Constitución reconoce como antecedente necesario a la jurisprudencia sentada desde "Siri" y "Kot" hasta la reforma y mantiene –en consonancia con dicha jurisprudencia– el carácter excepcional de la acción, pues parte de la eficiencia de las vías ordinarias para tutelar situaciones que no resulten extraordinarias (Sanmartino y Canda, 1994).

Explica Sagüés esta cuestión al señalar que, en los procesos democráticos, las vías generalmente más idóneas para reparar conflictos en justicia son aquellas que mayormente garantizan el debate, con ofrecimiento de prueba, y abundante discusión. Pero puede ser que en el supuesto, por la calidad de la lesión, y el daño posible para el caso de una demora en resolver el conflicto, la vía requerida sea la del amparo. Tal circunstancia será la que el amparista deberá acreditar –al menos sumariamente– si quiere que su acción sea recibida por un órgano jurisdiccional para su tratamiento. En suma, si el Magistrado actuante advierte que existe otro medio más idóneo que el

³⁷ LLBA 1996, pág. 658.

³⁸ Sentencia del 7/09/1998, LL 1999-C-71



intentado para resolver la cuestión, la acción no ha de prosperar. En cuanto al proceso en sí, el mismo es –o ha de ser– expedito y rápido, lo que realza el concepto de la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva. Un proceso de amparo debe ser breve, rápido, de pronta resolución.

Otro autor que se ubica en la tesis restringida es Badeni (1994), quien interpreta que la reforma constitucional no afecta la subsistencia del art. 2, inc. a de la Ley 16.986, por lo que el amparo no es admisible si su promotor puede encontrar satisfacción al derecho perjudicado por el acto lesivo por medio de otras vías. En el supuesto de que dichas vías existieren, el amparo sólo podrá verificarse si el interesado acredita que es la única idónea para salvaguardar sus derechos o garantías en tiempo oportuno, y que su inaplicabilidad producirá un daño irreparable bajo elementales condiciones de razonabilidad.

Natale (1995:63) sostiene que “el nuevo art. 43 de la CN exige no sólo que no haya otro remedio judicial, sino que además, si lo hubiere, este sea más idóneo para la tutela del derecho”, con lo que se adhiere a la tesis de amparo supletorio. Y agrega que:

si todos los derechos que a diario se violen en la sociedad por actos u omisiones del Estado o de los particulares concluyen en la acción de amparo, probablemente terminaríamos trasformando al procedimiento especialísimo [del amparo] en un vulgar tramite ordinario, con el disloque que se causaría (...) el amparo deberá ser discernido con la prudencia que significa un remedio procesal de tanta significación (Natale, 1995:64-65).

Y para terminar esta tesis, Sagüés (2006:63) entiende que:

De todos modos, situaciones especiales de cada caso, objetivas y subjetivas, generalmente de especial urgencia, explican (y no sin alguna frecuencia) que los trámites ordinarios y sus medidas cautelares puedan provocar a quien los deba transitar un agravio irreparable, y que entonces sea perfectamente viable la acción de amparo. Al respecto, basta que el interesado acredite razonablemente y prima facie la falta de idoneidad para atacar eficazmente al acto lesivo de los trámites comunes, administrativos y judiciales, para que deba operar el amparo.

2.3. Tesis Intermedia: vía principal y subsidiaria

Bidart Campos (1969:131) sostiene que la acción de amparo es una verdadera demanda, o sea, una vía directa, *principal* y subsidiaria no supletoria, pues sostiene que la expresión “no exista otro medio judicial más idóneo significa que la existencia de otras vías judiciales no obsta al uso del amparo si estas vías son menos o igualmente aptas para la tutela inmediata que se debe deparar” (Bidart Campos, 1995:312). Apreciado el remedio del amparo como una vía subsidiaria de otras más expeditas, bien se ha puntualizando que la existencia de otras vías judiciales no obstan al uso del amparo si ellas, son menos aptas para la tutela inmediata que se debe deparar.





2.4. Tesis propuesta

Por un lado, la doctrina es unánime en considerar que con la reforma constitucional de 1994, el sistema constitucional argentino ha dado un gran paso adelante, en cuanto ha elevado este proceso constitucional de amparo a la misma jerarquía de los derechos que intenta proteger con ella, y al ampliar el ámbito normativo de protección a los Tratados y Leyes que la Ley 16.986 no mencionaba, se modifica el contenido y alcance del amparo, dándole nueva vida al instituto.

Y por otro, la doctrina en cuanto a la naturaleza del amparo, ha generado un amplio debate. Para nosotros deberemos recurrir a datos concretos del caso para diferenciar los supuestos. Ellos serán sin duda: a) la naturaleza de los derechos en juego; y b) la calidad de los sujetos intervinientes (Saggese, 2008:9).

Estas pautas –entre otras– son las que, en definitiva, zanjarán en cada caso la “*idoneidad de la vía*”, puesto que no escapa al más sensato sentido común que no puede predicarse en abstracto una cuestión como esta. Tan es así, que cierta doctrina ha denominado a este elemento: elemento estructural dinámico del amparo (Sammartino, 2003:354).

Dicho temperamento condice, además, con lo expresado por la Corte Federal en el sentido de que la existencia de otras vías procesales aptas que harían improcedente el amparo no es postulable en abstracto, sino que depende –en cada caso– de la situación concreta de cada demandante y su evaluación es propia del tribunal de grado.³⁹ Por lo cual, “siempre que se amerite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, deben los jueces habilitar las vías del amparo”.⁴⁰

Por lo tanto, la naturaleza del amparo dependerá de la *naturaleza del derecho* en juego, ya que si se trata de derechos personalismos o de incidencia colectiva, coincido con la tesis intermedia –sostenida por Bidart Campos– y por lo tanto considero al amparo, como una vía principal y subsidiaria, en cambio, si se trata “solamente” de derechos patrimoniales o contractuales, el amparo será un remedio excepcional, ello a los fines de evitar lo que sucedió en el 2001 con los amparos del corralito financiero.

¿Por qué adhiero a diferentes teorías de acuerdo a la naturaleza del derecho? Porque los *derechos patrimoniales* son esencialmente fungibles, disponibles, renunciables, intercambiables; en una palabra: “reparables”. Por lo tanto, todos los perjuicios ocasionados por su arbitraria o ilegal vulneración pueden ser acabadamente solventados con la indemnización correspondiente, en cambio en los *derechos personalísimos o de incidencia colectiva*, nada puede ser reparado con posterioridad, ya que ninguna indemnización pecuniaria, por más “integral” que sea, servirá para anular o siquiera modificar los efectos que la violación de estos derechos implica en quienes la padecen (Saggese, 2008:15-16).

³⁹ Fallos: 323: 3770. Criterio sostenido por la CSJN en los autos “Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de cinematografía”, del 6/06/1995, que sostuvo: “La existencia de otras vías procesales que harían improcedente el amparo no es postulable en abstracto, sino que depende de cada situación concreta, en relación con el demandante”.

⁴⁰ CSJN *in re* “Yapura, Gloria Catalina c/ Nuevo Hospital El Milagro y Provincia de Salta”, sentencia del 06-06-2006.





Por ello no es razonable aplicar un procedimiento extraordinario a cualquier tipo de derecho, para cualquier tipo de situación, ni respecto de cualquier sujeto de derecho. *Sólo un problema extraordinario merece un remedio extraordinario.* De otra manera, y en la medida en que se generalice y ordinarice su aplicación, proporcionalmente, aumentará su ineficacia, del mismo modo que sucede con ciertas sustancias medicinales al generar en determinados pacientes una suerte de "acostumbramiento" a los efectos químicos. A nadie se le ocurriría –por seguir con un ejemplo de la medicina– aplicar un tratamiento de quimioterapia para curar una jaqueca, o recetar poderosos calmantes ante un pequeño corte en la epidermis. Lo mismo sucede en el plano jurídico con la acción de amparo. Su ejercicio debe ser prudentemente aplicado por los jueces –y aun, por los abogados particulares– so riesgo de perder eficacia ante situaciones críticas.

Por todo lo dicho, vemos que no es lo mismo que en una acción de este tipo se estén discutiendo *derechos básicos y de supervivencia de las personas* (como por ejemplo la provisión de medicamentos para una familia menesterosa) *que derechos de naturaleza patrimonial* (como podría ser, por ejemplo, un congelamiento de los depósitos bancarios). Del mismo modo, resulta diferente una pretensión esbozada por una persona individual –y aún más si se halla en una posición de debilidad relativa– que una acción de amparo incoada por una empresa multinacional (Saggese, 2008:9).

Particularmente en casos de extrema urgencia, vinculados a la *continuidad misma de la vida humana por cuestiones de salud* (provisión de medicamentos a enfermos de sida) o *nutricionales*, o bien cuando se encuentre acabadamente comprometida la *dignidad de la existencia* (Vg.: casos de residencia en condiciones inhumanas de habitabilidad) entendemos que esta garantía constitucional constituye la *única vía idónea* para garantizar en tiempo oportuno el ejercicio del derecho vulnerado. Ya sea por la rapidez de su trámite, como por el hecho de que quien reclama no debe abonar aranceles previos (Vg.: conceptos de tasa de justicia), circunstancia que no resulta menor atento a las condiciones económicas de quienes promueven este tipo de acciones.⁴¹ *En estos casos, sería la única vía idónea, porque es la vía más rápida, más ágil y más eficiente de todo nuestro sistema jurídico* (Saggese, 2008:23).

En el mismo sentido, la jurisprudencia admitió que "la acción de amparo resulta la vía idónea para la efectiva protección del derecho a la vida como a la salud y a la integridad física".⁴² Pero quién decide si se ampara un mayor determinado número de derechos es el constituyente⁴³ y no la doctrina de sus juristas, por más prestigiosa que sea.

⁴¹ Ver art. 14, párrafo 4to. *in fine* de la CCABA.

⁴² Juzg. Crim. y Corr. Transición Mar del Plata, n. 1, 13/3/1999, consid. 3, anotado por Carlos A. Ghersi, en JA 6166 del 3/11/1999.

⁴³ Así se demuestra con el análisis comparado de los textos constitucionales. En Argentina, el constituyente, recogiendo el contenido de las leyes de amparo que se había venido dictando, así como el origen pretoriano de los mismos, incluyó la totalidad de derechos de la persona reconocidas en la propia Constitución de la nación. En Chile, el constituyente optó por excluir del ámbito de amparo algunos derechos, como los denominados derechos sociales o el derecho al debido proceso. En Perú, el actual texto del artículo 200 de la Constitución ampara la totalidad de derechos reconocidos por la Constitución, con la sola excepción de los referidos en el inciso siguiente al N° 2.





Y así el art. 43 expresamente tutela los derechos relacionados *con el medioambiente, consumidores, discriminación, y los derechos de incidencia colectiva en general.*

Como vemos, en la Reforma constitucional de 1994 se produce un "ensanchamiento de los derechos protegidos por el amparo", con el expreso reconocimiento de los Derechos Humanos de la Tercera Generación⁴⁴ y por la inclusión de los Tratados Internacionales dentro del art. 75, inc. 22, formándose de esta forma lo que el maestro Bidart Campos (1994) denomina "bloque de constitucionalidad".

Así, la excepcionalidad del amparo fue relajándose, y los derechos humanos consagrados en las Fuentes Supranacionales (tratados internacionales) fueron una interesante llave a esa posición.

Por eso participo de la doctrina que ve al amparo como una garantía de justiciabilidad plena en favor del ciudadano, que originariamente surgió para la protección de los derechos y libertades civiles y que hoy se presenta como apto para la defensa urgente de todos los derechos fundamentales (Sammartino, 2003; Lorenzetti, 2006:161). *Por ello, me parece atinado bregar porque el amparo actúe de modo de cubrir funcionalmente esta "nueva" categoría de bienes a tutelar: los derechos personalísimos y los intereses colectivos* (Morello y Vallefin, 1995).

Por ello, en nuestra concepción, *el amparo no debe verse meramente como un remedio excepcional, sino como un remedio esencialmente apto para la protección de los derechos fundamentales en general, y particularmente en el caso de los derechos sociales, donde –comúnmente– será incluso el único.* Como dijimos, desde esta postura –en cualquier caso– *la excepcionalidad de esta garantía constitucional solamente debe relacionarse con su aplicación a los derechos patrimoniales.*

Respecto de estos derechos patrimoniales, creemos que *el afectado deberá demostrar la "falta de idoneidad" de las vías ordinarias, y sobre todo de las "vías extraordinarias"* que ya protegen al derecho de propiedad con particular celo en nuestro derecho (Saggese, 2008:23). Por ello, con respecto a este tipo de derechos, me aparto de la tesis intermedia, pues si bien es cierto que la posición por la vía alternativa estuvo presente en la Convención Constituyente de Santa Fe, lo fue en el dictamen por la Minoría del bloque conformado por el Frente Grande y la Unidad Socialista que en la parte pertinente decía que "La sola situación objetiva de desposesión respecto del derecho basta para habilitar las vías, administrativas y judiciales, de reclamación para efectivizar la obligación de resultado".

Con respecto a la utilización de los amparos por el tema del corralito, Méndez (s/f:525) entiende que "las acciones de amparo pasaron a convertirse en la vedette, transformándose en verdaderas acciones ordinarias o comunes, perdiendo así su importante excepcionalidad".

Otras pretensiones, como la indemnización de perjuicios, la reivindicación del dominio, etc., no pueden ser entregados a la acción de amparo. Por ejemplo, "si un pagaré no es abonado en término, el acreedor, fundándose en el derecho constitucional de propiedad y

⁴⁴ También conocidos como "Derechos de Incidencia Colectiva o Intereses Difusos", que podríamos llamar "Derechos de la Solidaridad", que son aquellos intereses que no se sitúan en cabeza de un sujeto determinado, sino que se encuentran difundidos o diseminados entre todos los integrantes de una comunidad, o inclusive de varias.



en el Código de Comercio, bien puede entender que el no pago significa un acto notoriamente ilegítimo del deudor, y así plantear el amparo". A su turno, "un obrero cesanteado sin causa podrá con justeza considerar violado manifiestamente el art. 14 bis de la Constitución, que le asegura la protección contra el despido arbitrario, y requerir entonces por amparo las indemnizaciones por preaviso y falta de despido". O que "el propietario de un inmueble no reintegrado por su inquilino al vencer el contrato de locación, tendrá razón al pensar que igualmente se está afectando aquí palmaria e incuestionablemente su derecho constitucional de propiedad, a más el Código Civil, y así entablar un amparo para recuperarlo" (Sagüés, 1995a).

Nadie desea que el amparo albergue situaciones como las indicadas. Para evitarlo, resulta indispensable que la configuración de la acción de protección se haga sobre dos pilares esenciales: 1) cuál es el verdadero objeto de la acción de amparo, el cual consiste simplemente en restablecer el imperio del derecho; y 2) asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Además, se debe regular con claridad la imposibilidad de la acción de amparo de pronunciarse sobre aspectos propios de las acciones de condena; de las declarativas, de las constitutivas y otras que se conocen en sede civil ordinaria, que por su naturaleza requieran de lato conocimiento, como lo son la sentencia que establece una indemnización de perjuicios, la que declara resuelto un contrato, la que reconoce el dominio como lo haría la acción reivindicatoria, y cualquiera otro de esta naturaleza.

La tesis intermedia, de Bidart Campos, a la cual nos adherimos para los derechos personalísimos y de incidencia colectiva, coincide con lo que Gelli (2004:390) enseña acerca de que, en la medida en que el orden jurídico no provea el remedio eficiente y pronto para proveer la tutela judicial efectiva, la vía del amparo resulta admisible. Esta interpretación atenúa el carácter excepcional del nuevo amparo, ya que a partir del análisis del artículo 43 concluye que: 1) la existencia de medios judiciales descarta, en principio, la acción de amparo; 2) el principio cedería cuando la existencia y empleo de los remedios judiciales impliquen demoras o ineficacias que neutralicen la garantía.

Compartimos el razonamiento de esta autora y remarcamos que al interpretar la última de las conclusiones transcrita, a "contrario sensu", observamos que el principio de celeridad es inherente a la naturaleza del amparo argentino en función de la finalidad de tutela de derechos esenciales para la cual fue concebido.

En síntesis: queda claro que *el amparo dejó de ser un proceso de excepción, como en definitiva se expresaba en el marco de la Ley 16.986*. Ahora bien, algunos autores, como por ejemplo el Presidente de la Convención Constituyente y Dromi, dicen que se ha transformado en un proceso "ordinario" (Dromi y Menem, 1994:160), y esa era la interpretación de García Lema (1994) previa a la reforma respecto del acuerdo programático. Para otros, es "ordinario con caracteres particulares", y otros, como Gelli (2004:343), opinión que compartimos, entienden que:

pese a la amplitud con que se ha constitucionalizado, no puede sostenerse que el amparo se ha convertido en un remedio ordinario, de modo tal que, en principio, permita cobrar un pagare a través de una acción de amparo.





En el mismo sentido, Carnota (1995) coincide con Quiroga Lavié en "que no se está ordinarizando al amparo pero si se le inyectan nuevos bríos –importa subrayarlo– solamente pueden ceder ante dispositivos que revelan mayor grado de utilidad o de eficacia protectora". Coincidentemente, la CFSS, Sala II, en los autos "Chávez, Antonia c/ ANSES s/ Amparo y Sumarísimos", dijo que "en general los autores coinciden en que la norma constitucional que lo contempla ha quebrado su enmohecido perfil, dotándolo de nuevos bríos".⁴⁵

De la sentencia de primera instancia de los autos: "Sociedad de Fomento Barrio Félix Camet y otros", la Cámara de Apelaciones Garantías en lo Penal Sala I, Mar del Plata, 9/9/99, y el Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición Nro. 1, 30/6/99, se dijo que:

La acción de amparo articulada resulta la vía jurisdiccional idónea que opera como alternativa principal, y no subsidiaria, cuando los derechos lesionados constituyen enunciados básicos, reconocidos constitucionalmente, en el campo de la protección del hábitat humano, importando además y especialmente, una garantía tendiente a asegurar el rápido y efectivo acceso a la jurisdicción, a fin de tutelar su vigencia cierta.⁴⁶

Erígese de ello que el amparo se presenta como un punto de encuentro entre la fuerza obligatoria de los derechos fundamentales, el principio de tutela judicial efectiva y el principio de juridicidad.

El convencional informante del dictamen de mayoría, Díaz, si bien recuerda la jurisprudencia que consideraba que el amparo es una vía excepcional, también declara que "El amparo es una institución central de la mecánica de garantías que establece la Constitución Nacional",⁴⁷ y en todo caso aclara que la jurisprudencia de la Corte sufre "innovaciones" en el texto propuesto,⁴⁸ entre las cuales se encuentra precisamente lo referido al "dictamen de la Comisión de Tratados Internacionales".⁴⁹

El mismo convencional informante concluye que:

El desarrollo científico de estos nuevos temas no está terminado ni maduro, pero que la fórmula propuesta es un avance importante en la constitucionalización de la

⁴⁵ Sentencia del 21/11/1996.

⁴⁶ LLBA, 2000-991, con nota de Augusto N. Morello. Y en LLBA, 2000- 1174, con nota de José Esaín.

⁴⁷ Convención Nacional Constituyente, diario de sesiones, 29ª reunión, 3ª sesión ordinaria (Continuación), 11 de agosto de 1994, pág. 4046.

⁴⁸ Lo afirma dos veces: "Vamos a realizar esta tarea con algunas innovaciones", p. 4047; y "Quiero referirme a algunas innovaciones que el texto que proponemos agrega a nuestra jurisprudencia, sobre todo la de la Corte Suprema", pág. 4049. Sus citas de jurisprudencia no tienen pues el valor de ratificación de ella, sino de explicación introductoria a la reforma.

⁴⁹ Convención Nacional Constituyente, diario de sesiones, 29ª reunión, 3ª sesión ordinaria, 11 de agosto de 1994, pág. 4049. Desde luego que la inclusión del artículo 75 inciso 22 dio lugar a un "áspero" debate autónomo, del que da cuenta Padilla, 1995.





tutela. No limita las posibilidades sino que expande de un modo determinado y específico la oportunidad de acceder a esta tutela.⁵⁰

De cualquier modo, el derecho de amparo no es absoluto. No puede admitirse como lo reconociera la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que todo derecho de base constitucional tenga carácter absoluto e ilimitado, por la circunstancia de no haber sido reglamentado por el Congreso, porque ello así plasmado significaría tanto como consagrar una "concepción antisocial".⁵¹

Por eso el art. 43 de la Constitución Nacional necesita de un Poder Judicial que – individualmente o en conjunto– funcione como sujeto/actor ideológico/axiológico constitucional, operador directo de las prioridades de aquélla.

Sin perjuicio de la tesis a la que adherimos, el juez puede declarar inadmisibile el amparo cuando no cumpla con los requisitos o necesite mayor amplitud de debate y prueba y que corresponda otra vía. Pero el juez debe tener la suficiente amplitud para que no signifique una fórmula restrictiva, de modo que diríamos "que en caso de duda debe ser admitido el amparo" (*in dubio pro actione o pro amparo*) y no rechazarlo –como ocurre habitualmente en la praxis tribunalicia–. Porque, como dice Fiorini (s/f:1367), "siempre es preferible un litigante equivocado a una justicia prohibitiva y menospreciadora". Así también lo ha reconocido la jurisprudencia.⁵²

Entonces, por un lado, los agraviados no deben abusar del amparo, y por otro, los jueces no deben ser más papistas que el Papa en la admisión de los mismos. Esto hace a la solidaridad especial y general, especial, para que no quede un derecho sin proteger, y especial para evitar que su inexacta utilización retarde la resolución de otro amparo que sí lo merece...

Mi opinión coincide con lo dicho por la jurisprudencia, que entiende que:

El estándar de la idoneidad, incorporado con la reforma del art. 43 de la Constitución Nacional, no tiene por finalidad evitar la desnaturalización de una vía procesal, sino de un derecho tutelado de un modo especial. Cuando se trata de derechos fundamentales protegidos de tal modo en la Constitución o en tratados internacionales, toda interpretación debe estar guiada por la finalidad de lograr una tutela efectiva, lo que se presenta como una prioridad cuando la distancia entre lo declarado y la aplicación efectiva perturba al ciudadano común. Conforme con esta finalidad, la Constitución Nacional regula el amparo como un instrumento propio de la jurisdicción que ella crea y como una garantía, confiriéndole autonomía típica a un proceso de carácter urgente. De tal modo, dentro del derecho procesal constitucional el amparo constituye un instrumento que es presuntivamente el más idóneo

⁵⁰ Convención Nacional Constituyente, diario de sesiones, 29ª reunión, 3ª sesión ordinaria (Continuación), 11 de agosto de 1994, pág. 4050.

⁵¹ Fallos 254:56. De las Carreras, 1999.

⁵² "Abalos c/ Municipalidad de Buenos Aires", que dijo "Ante la menor duda sobre la admisibilidad del amparo, debe darse curso al trámite respectivo", CNCC, Sala C, 21/04/1994, LL, t. 1995-E, pág. 574.





toda vez que se trate de la tutela de un derecho fundamental. Por aplicación de este criterio, pueden existir casos en los que el transcurso del tiempo propio de la vía ordinaria conduce a una grave e irreversible afectación del derecho, y por ello el amparo es admisible aun cuando exista otra vía alternativa.⁵³

Y también la jurisprudencia ha dicho que:

"En la actualidad, la acción es viable siempre que no exista otro medio judicial más idóneo." Así pues, mientras en el sistema anterior el amparo suponía la inexistencia de otra vía, administrativa o judicial, más eficaz (es decir, aquel tenía que ser el único medio con estas características). Hoy la cuestión se invierte, y el amparo es desplazado sólo si hay otra vía judicial más rápida (es decir, queda rotundamente marginada la comparación entre el amparo con ninguna vía administrativa, ni muchos menos es necesario agitarla). Por lo tanto "a igualdad de medios judiciales, podrá recurrirse al amparo" y "solamente podrán desplazarlo si resultan de mayor utilidad para el particular damnificado pero nunca si tienen una igual o menor".⁵⁴

Para concluir que: "El amparo *no puede ser tildado de medio excepcional*, sino que perfectamente normal ante los presupuestos que corresponden al ejercicio de la pretensión".⁵⁵

2.5. Presupuestos constitucionales y condiciones de admisibilidad: Rechazo in limine

Sea cual fuere la tesis que triunfe, deben estar presentes los *presupuestos constitucionales de procedencia* y la *condición de admisibilidad* que el art. 43 de la CN establecen. Los presupuestos constitucionales de procedencia son los siguientes:

1. *Existencia de acto u omisión lesivo*: En sentido amplio es comprensivo de todo hecho positivo o negativo (Gozaini, 2004:266), en otras palabras, hechos acciones, decisiones, órdenes, negocios jurídicos u omisiones con capacidad para afectar derechos de los particulares.⁵⁶ El acto u omisión debe lesionar, restringir, alterar o amenazar, advirtiéndose que el primero comprende los dos siguientes, la disminución como la modificación y, puede provenir de autoridad pública o privada, poniéndose fin a una regulación separada.

⁵³ C.1526.XLI. "Clínica de la Merced c/ Asociación de Clínicas y Sanatorios Privados de la Provincia de Salta s/ amparo", sentencia del 7 de noviembre de 2006, voto del juez Lorenzetti.

⁵⁴ Cámara 8º CC de Córdoba en "Bonetto, Rodolfo A. y otros c/ Superior Gobierno de Córdoba", pág. 128. En igual sentido ZABALA DE GONZÁLEZ, Matilde (1997), "Doctrina Judicial. Solución de Casos", en Alberioni, págs. 31/32.

⁵⁵ "Abalos c/ Municipalidad de Buenos Aires", CNCC, Sala C, LL 1995-E, pág. 574

⁵⁶ En ese sentido, Sagüés, 2002:73; Morello y Vallefin, 1995:19.



2. *Actualidad o inminencia de la lesión*: El acto u omisión lesiva debe existir o materializarse al momento de la resolución del amparo, porque si ha cesado no resulta viable la tutela (Gozaini, 2004:278). También procede el amparo cuando la lesión aparece como de producción inmediata, es decir, como amenaza cierta o contra actos inminentes, la que además debe resultar grave y cierta.⁵⁷ La amenaza ilegal debe ser de tal magnitud que pusiera a los derechos en peligro efectivo o inminente (Gozaini, 2004:281).

3. *Derecho o garantía reconocido en la Constitución, tratado o ley*: La fórmula no es precisa. De una parte, hablar de garantía encierra una contradicción, ya que si ella debe ser garantizada deja de ser una garantía. De otra, cuando hace referencia a los tratados, debe interpretarse con criterio restrictivo, como acertadamente prevé el Código Procesal Constitucional de Tucumán, esto es, con jerarquía constitucional, en los términos del art. 75, inc. 22 de la CN. Finalmente, en relación a los derechos reconocidos en una ley, su definición no parece sencilla, porque existiría el riesgo de que el amparo, en diversos casos, pudiera sustituir, por razones de mayor idoneidad, a otros procesos, implementados para proteger derecho previstos en el Derecho común, subvirtiendo el sistema de tutela prevista en el ordenamiento jurídico. Esta fórmula la encontramos en las Constituciones de Bolivia, Paraguay, Costa Rica. Ella es ineficaz y genera confusiones; así lo apuntaron Palacio (1995) y Colauti (1998). Tampoco es fácil establecer los límites que separan en la materia lo constitucional y lo legal y lo legal y lo reglamentario, como señala Rivas (1994). Si bien la norma amplía el ámbito de tutela, no puede automáticamente subvertir el sistema de protección establecido en los ordenamientos procesales, desde que no es la sola decisión del actor de adoptar el trámite del amparo lo que lo autoriza a prescindir de las vías ordinarias o especiales, puesto que el amparo únicamente será hábil, cuando se invoque fundadamente la concurrencia de los presupuestos constitucionales del art. 43 de la CN.

4. *Arbitrariedad o ilegalidad manifiesta*: Debe señalarse que la ilegalidad es comprensiva de la inconstitucionalidad, al punto que el juez puede declararla. La arbitrariedad alude a lo que es contrario a la ley moral, inconstitucional o injusto y comprende la irrazonabilidad, ilegitimidad e injusticia, en tanto que la ilegalidad es la falta de coincidencia con la norma jurídica. La nota esencial de este presupuesto es la exigencia de que la ilegalidad o arbitrariedad sea manifiesta, es decir, notoria, indudable, cierta, ostensible. Se opone a dudoso u opinable y apunta a la arbitrariedad o ilegalidad, no al daño. Es este carácter el que ciñe la vía del amparo a aquellos casos en que ese rasgo es verificable a simple vista.⁵⁸

5. *Existencia cierta del derecho invocado*: El derecho para ser protegido por vía de amparo debe ser cierto, indiscutible, transparente, de no ser así, hará falta un proceso caracterizado por debate extenso y amplitud probatoria para dilucidar acerca de la existencia o no del derecho invocado, lo que es propio de las vías ordinarias. Ello así por

⁵⁷ En ese sentido, la CNCiv., Sala E, en los autos "Tasca, Eduardo L. y otro c. Ciudad Autónoma de Buenos Aires", de 18/04/97, La Ley, de 15/08/97

⁵⁸ CSJT, Sent. 450 del 08/6/2001, autos "Ferrer de Leonard y otros vs. Superior Gobierno de la Provincia s/amparo" También lo sostiene PALACIO, Lino E. "La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994", LA LEY, 1995-D, 1242





cuanto en el amparo se constatan los presupuestos y no se dirime la contienda acerca de la existencia del derecho (Rivas, 2003).

Entre los recaudos de admisibilidad (la mayor parte previstos a nivel nacional en la Ley 16.986 o en el CPCCN) se encuentran los requisitos procesales vinculados al sujeto (competencia del órgano, capacidad procesal de las partes, representación necesaria o convencional), al objeto (idoneidad, posibilidad jurídica y precisión en relación a la cosa demandada), a la causa (descripción circunstanciada de los hechos en que se funda la pretensión), a la actividad (tiempo, lugar y forma en que debe ser planteada) y los fiscales; asimismo, a veces, los ordenamientos procesales traen un plazo de caducidad

La regla, es que los presupuestos constitucionales, como regla, son examinados por el órgano jurisdiccional al momento del dictado de la sentencia, es decir, una vez que la actora y demandada fijaron sus posiciones en los escritos de demanda e informe y/o responde, ofrecieron y produjeron pruebas. De modo que constatados los presupuestos constitucionales, es procedente el amparo y ante la ausencia de alguno de ellos será rechazado. En cuanto a los requisitos de admisibilidad, su examen es previo al de los presupuestos constitucionales, que puede llevar al rechazo *in limine* o a su admisión, y una vez reunidos aquellos, el juez puede ponderar los segundos.

Por último debe señalarse que, si en el marco del análisis liminar de la demanda, el juez constata *prima facie* la concurrencia de los *presupuestos constitucionales* del amparo y advierte que el ordenamiento legal prevé un trámite más rápido o expedito o más eficaz para el demandante en razón de algún beneficio particular que le irrogue, el mismo desplazaría al amparo y también podría rechazar *in limine* la demanda por existir un medio judicial más idóneo. Desde esa perspectiva fue enfocada la causa "Metrogas S.A. c/ Energas", en sentencia del 22/9/96, por la CNFed Cont. Sala I,⁵⁹ y también la causa "Disyon S.A. c/ GCBA", en pronunciamiento del 16/11/2000, por la Cont. Adm. y Trib. CABA, Sala II.⁶⁰

Comprobamos una directa y subordinada relación entre los *presupuestos* y la llamada *condición de admisibilidad* constitucional, relativa a la inexistencia de un medio judicial más idóneo, toda vez que la verificación de los primeros acarrea el cumplimiento de la segunda y al contrario, la ausencia de alguno de aquellos presupuestos conduce a desestimar el amparo, que en consecuencia no constituirá la vía más idónea. La referida dependencia evidencia que la inexistencia de un medio judicial más idóneo no configura una condición de admisibilidad autónoma, habilitante de un juicio valorativo independiente y ajeno al de los presupuestos constitucionales, que concluya en una decisión puntual acerca del cumplimiento o incumplimiento de la misma.⁶¹

⁵⁹ La Ley T. 1997 F, pág. 247.

⁶⁰ La Ley del 21/9/2001.

⁶¹ Zunino (1997:135), al respecto ha dicho que: "La reforma constitucional debe llevar a que la judicatura asuma la acción de amparo con un criterio de admisibilidad amplio, que desde ninguna óptica podrá escudarse para fundar su rechazo en aspectos formales clásicos (la existencia o no de otras vías). A nuestro juicio, ahora el tamiz de admisibilidad reside en la evaluación relativa a lo manifiesto, lo evidente, lo prístino de la arbitrariedad o ilegalidad que se denuncia como motivo de la acción".





Por ello, es inexigible al actor de un amparo la acreditación de que la tramitación del caso por la vía ordinaria pueda irrogarle un perjuicio irreparable, pues el supuesto que habilita el amparo es esencialmente incompatible con la vía ordinaria. Contrariamente, tendrá a su cargo la invocación fundada de que el caso reúne los presupuestos constitucionales mencionados del art. 43.

Por otra parte, la verificación de los presupuestos constitucionales del amparo como criterio de interpretación básico del concepto constitucional "medio judicial más idóneo" no admite que pueda calificarse a la garantía procesal como automáticamente operativa por resultar más rápida y expedita que casi todos los procesos previstos en el ordenamiento procesal –lo que pondría en riesgo real el sistema de tutela general previsto en el ordenamiento legal–, sino como una vía que únicamente es útil cuando el caso reúne los presupuestos constitucionales del amparo, reputándose, en ese caso como la más idónea, siempre que el ordenamiento legal no prevea otra que lo sea más, por su celeridad, expeditividad o por conferir alguna ventaja que el amparo no contempla.

Asimismo, las provincias pueden establecer presupuestos y requisitos de admisibilidad, ya sea en sus Constituciones provinciales y en el ordenamiento procesal constitucional o civil, como Tucumán y Santiago del Estero, respectivamente; o estar regulados en la Constitución local y en una ley reglamentaria, como la provincia de Santa Fe. Pero las regulaciones provinciales en ningún caso pueden establecer un nivel de tutela inferior al dispuesto por la Constitucional nacional, ya que la incorporación de la garantía al texto de la Constitución le asigna la supremacía de todo el texto (art. 31 CN) y consecuentemente el nivel de protección no puede ser disminuido por normas inferiores que impongan presupuestos o condiciones ajenos al perfil del amparo constitucionalizado (Sbdar, 2003:99-102). Sobre la cuestión, la doctrina sostiene que en tanto se respete el piso de derechos y garantías declarados en la Constitución Nacional nada impide que, en el orden local, esa declaración sea ampliada (Sabsay y Onaindia, 1994). También operará como piso de la ley reglamentaria nacional. Por lo tanto, si bien la Ley 16.986 no ha sido formalmente derogada, todo lo que en ella contradiga al nuevo texto constitucional ha quedado naturalmente derogado en virtud del principio de supremacía constitucional y por tratarse de una norma posterior (*Lex posterior derogat anterior*).

En la misma dirección, se orienta la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe en el caso "Bachetta, Marcelo L.D. y otro c/ Municipalidad de Reconquista", del 13/11/96,⁶² consignándose el voto del ministro preopinante Falistoceo, quien destaca que el mecanismo protector contenido en el art. 43 de la Constitución nacional ostenta directa operatividad, prevaleciendo sobre cualquier limitación que pudieran contener las normas inferiores nacionales o provinciales, aun las contenidas en las constituciones de provincias (v. consid. 6.1) (Serra, 1999:97).

⁶² Ver en LL. Litoral, mayo de 1997, págs. 115-172.





2.6. Relación entre las Reglas de Admisibilidad del Amparo y el Principio Precautorio

Luego de haber analizado los presupuestos de admisibilidad del amparo, deberíamos preguntarnos si resulta compatible la interpretación y aplicación del principio precautorio con las reglas de admisibilidad del amparo. Ya que el art. 43 CN, como dijimos, expresamente prevé la aplicación del amparo a los derechos de incidencia colectiva, entre ellos aquellos relacionados con el medioambiente y del consumidor, ámbitos exclusivos del principio precautorio.⁶³

Con respecto a la relación entre las reglas de admisibilidad del amparo y el principio precautorio, habría dos caminos excluyentes (Robledo, *s/f*): i) *Rechazar el amparo*, que invoca el principio precautorio, fundándose en sus *reglas* de admisibilidad, ya que el principio precautorio surge de la incertidumbre, en cambio los requisitos de admisibilidad exigen certeza, o bien, ii) *Admitir el amparo*, sustentado en el *principio* precautorio (Robledo, 2006), ya que resultan plenamente compatibles,⁶⁴ en tanto la incertidumbre científica configura *per se* el estado de amenaza⁶⁵ que habilitaría la vía del amparo. Consideramos que la primera postura resulta irrazonable porque: conculca la garantía de acceso a la justicia (art. 18 CN, y art. 8 CADH)⁶⁶ y no contempla las potencialidades riesgosas que

⁶³ Zlata Drnas de Clements (2008) sostiene que "el principio de precaución consiste en una obligación por parte del sujeto decisor de agotar las vías para alcanzar las certezas necesarias en torno a la existencia o no del riesgo sospechado antes de autorizar una actividad y cubrir las seguridades básicas acordes al potencial riesgo dudoso afrontado. De permitirse la actividad, obrando con ligereza ante la duda y producirse un daño, se habría incurrido en imprudencia en la gestión de gobierno, gestión que lleva implícita la 'custodia' de los bienes comunes de conformidad a las previsibilidades disponibles".

⁶⁴ Morales Lamberti y Novak (2006:203) adoptan la tesis de la no contradicción entre el principio precautorio y las reglas de admisibilidad del amparo: "ya que el peligro inminente y la arbitrariedad manifiesta requerida por el amparo, se presenta en la amenaza que deriva de la falta de certeza científica, en ambos sentidos, respecto de una actividad; y tal amenaza es inminente y manifiesta que se traduce en la obligación de suspender o cancelar actividades que amenacen el medioambiente, aunque no existan pruebas científicas suficientes que vinculen tales actividades con el deterioro de aquél".

⁶⁵ En este sentido, se sostiene que "en los casos de incertidumbre científica respecto de las consecuencias de una actividad, no podría hablarse de la violación manifiesta de una actividad, no podría hablarse de la violación manifiesta de derecho alguno, al no estar esto comprobado científicamente. Pero por la misma razón por la cual no resulta manifiesta la violación de derecho alguno, esto es la incertidumbre científica, sí resulta manifiesto el riesgo que tal actividad trae aparejado (...) Precisamente, al no poder demostrarse científicamente que una determinada actividad no es susceptible de afectar derecho alguno de la población, se está reconociendo que aquello sí puede suceder. De este modo, la falta de certeza científica constituye un riesgo, una amenaza manifiesta en los términos del art. 43 de la CN, resultando plenamente procedente la invocación del principio precautorio como fundamento para la adopción de medida en la vía excepcional del amparo" (Morales Lamberti y Novak, 2006: 205).

⁶⁶ No debemos olvidar el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia al momento de evaluar la admisibilidad del amparo: si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios





podría causar al medioambiente y a los derechos fundamentales que consecuentemente podrían vulnerar, tales como la vida, la salud, etc.⁶⁷ Por lo tanto, adherimos a la segunda, debiendo tomarse como punto de partida que ante hipótesis de incertidumbre científica las reglas de admisibilidad deben ser interpretadas a la luz del principio precautorio⁶⁸ como presupuesto para una tutela efectiva del ambiente o del consumidor. Una interpretación diferente, podría conducir a la inidoneidad del amparo como vía procesal para la tutela del medio ambiente o del consumidor, y la inidoneidad del amparo podría implicar el incumplimiento de estándares de efectividad fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁶⁹ Esto es de importancia superlativa, puesto que al decir de Esain (2006) "la inidoneidad del medio protector implicará una negatoria del efectivo acceso a la justicia". Por lo expuesto, resulta evidente que en los casos en que falte la certeza

ordinarios para la solución de controversias, su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias. CSJN, Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T' Oi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo sustentable (11/07/2002).

⁶⁷ Morello y Cafferata (2004:132) sostienen que "Los derechos al medio ambiente suponen, indisolublemente, el derecho a la vida, a la salud, a que la circunstancia, el otro yo orteguiano, merezca y reciba la potencial protección efectiva que hasta ahora se le prodigaba a la persona en su individualidad. La degradación del medio ambiente equivale al mismo tiempo a la degradación de la vida pública y al envejecimiento de la vida privada. Salvar a la primera importa, al mismo tiempo, la salvación de la otra".

⁶⁸ Es dable traer a colación la Declaración de Buenos Aires (2003), surgida en el marco del Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina, Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental. En el punto 12, referido a la acción civil ambiental y proceso por daño ambiental: c) Instamos a los jueces y fiscales de la región a aplicar el principio de precaución. Resulta interesante señalar una propuesta del punto e) Proponemos como medio de financiamiento para la producción de la prueba la creación de fondos conformados con montos provenientes de sanciones administrativas ambientales. Asimismo, y con la finalidad de facilitar la producción de la prueba, propugnamos la cooperación de organismos administrativos y universidades, como así también la celebración de convenios de cooperación con entidades internacionales que puedan aportar conocimientos y tecnologías, en Página Oficial de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales <http://www.farn.org.ar/docs/p38/index.html>.

⁶⁹ En este sentido, el Informe sobre Derechos Humanos y medioambiente en América presentado por el CEDHA a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el 2002 señaló: "La experiencia demuestra que cuando se producen violaciones de derechos humanos causadas por problemas ambientales, el acceso a la justicia se ve restringido en sus dos formas, como posibilidad de recurrir ante un Tribunal y como garantía de recibir una protección real ante un derecho vulnerado. La segunda forma en la que el derecho a acceder a la justicia es afectado se presenta en los casos en los que se ha producido una violación de derechos humanos causada por problemas ambientales, la instancia judicial existió, pero las herramientas jurídicas que son utilizadas no resultaron eficaces para garantizar el derecho afectado (Informe sobre Derechos Humanos y medio ambiente en América presentado por el CEDHA a la CIDH en ocasión de la audiencia de carácter general celebrada en Washington D.C. el 16 de Octubre del año 2002, elaborado por Sofía Bordenave con la colaboración de Romina Picolotti, en <http://www.cedha.org.ar/docs/doc93-spa.htm>).





científica respecto de una determinada actividad, impedir que la cuestión tramite por la vía rápida y expedita del amparo para derivarla a los procedimientos ordinarios constituye una dilación que atenta contra los mismos derechos que se pretenden tutelar al incoar la acción mencionada (Albanesi, s/f).

III. PALABRAS FINALES

La acción de amparo se fundamenta: en una razón valorativa de esencia, los derechos humanos, por una razón de justicia, la repulsa de arbitrariedad y una razón de orden práctico, excluir el peligro de un largo juicio.

Bartolomé Fiorini (1995)

El artículo 43 de la Ley Suprema inhabilita la acción de amparo cuando existe "otro medio judicial más idóneo", criterio que resultó esclarecedor de antiguas polémicas que se suscitaban frente a las vías previas y paralelas o concurrentes, que quedaban reservadas a los reclamos administrativos insoslayables o a la imposibilidad de tramitar cuando había procedimientos específicos para satisfacer las pretensiones sugeridas mediante la demanda de amparo.

El calificativo de "*idóneo*" tiene que ver con que el amparo consiste en una acción expedita y rápida, porque, como dice Palacio (1995:1241), "si la norma citada comienza refiriéndose a la acción expedita y rápida de amparo y continúa aclarando que esta sólo puede ser desplazada por otro medio judicial más idóneo, es obvio que este debe ser más expedito y rápido que aquél". "Expedita" en el sentido de que se desarrolla durante un proceso libre de obstáculos, y "rápida" en el sentido de la prontitud de la respuesta jurisdiccional, ante la tutela que se pretende. Ahora bien, la rapidez no debe mirársela in abstracto, sino que debe relacionársela con el recaudo del daño, la complejidad probatoria, el derecho de defensa en juicio, lo manifiesto y notorio, etc. En esa línea, la idoneidad, se halla estrechamente relacionada con la plataforma fáctica de la pretensión intentada y la naturaleza del derecho que la sustenta.

La clave del debate está en hallar un procedimiento que permita tutelar eficazmente los derechos de las partes, en el marco de un adecuado resguardo del derecho de defensa, *evitando que se desproteja los derechos esenciales pero que tampoco consagre al amparo como única vía judicial idónea*, ya que puede ocurrir que el amparo sea el procedimiento más expedito y rápido, pero que no le resulte conveniente al afectado, debido a limitación probatoria, y de allí que necesite recurrir a las vías ordinarias.

Nuestra opinión es que se trata de una acción constitucional y autónoma, cuyo objeto es la tutela de los derechos fundamentales, personalísimos y de incidencia colectiva, de allí que adoptemos una postura que podríamos denominar garantista y de apego irrestricto a la Constitución y a los tratados internacionales, de allí que nos adhramos a la tesis intermedia para estos derechos y a la restrictiva para los derechos patrimoniales y contractuales.

Por supuesto que este garantismo no importa cueste lo que cueste. Ya que es importante tener presente que si bien la acción de amparo procede, sin perjuicio de cualquier



otra acción, no podrá jamás sustituir a los procedimientos ordinarios o especiales, por la sencilla razón de que el carácter declarativo de sus pretensiones sólo sana con los remedios taxativamente indicados por la propia disposición constitucional que los regula, y deben estar presentes los presupuestos constitucionales. Por lo que será el Poder Judicial el encargado de resguardar tal equilibrio.

Por un lado, recordemos que: "*si pretendemos que el amparo sirva para todo y lo blandimos como una cimitarra lo ponemos en el gran riesgo de que valga para muy poco y, por un uso irresponsable, le recortemos sus vigorosas alas*" (Morello, 2000), ya que el amparo no es un "sanalotodo" o "maravilla curativa". Y por el otro, someter la admisibilidad del amparo a requisitos formalistas e inconducentes con la consecuencia de que en la generalidad de los casos la vía no será procedente implica en la práctica la cuasi inexistencia de la garantía consagrada por las normas constitucionales y supranacionales; y, por ende, importa un incumplimiento de las obligaciones a las que se ha sometido el Estado para con sus habitantes.⁷⁰ No sirve declamar que existe el acceso a la justicia si dicho acceso no es oportuno, porque de esa manera se está avalando que "la justicia se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como los guardias de la ópera bufa, al llegar siempre demasiado tarde" (Calamandrei, 1945:140).

De lo expuesto, concluimos que el amparo constituye *un proceso sumamente simplificado tanto en su aspecto temporal (tiempo de duración) como en cuanto a sus formas*. Ello así, pues su principal objeto consiste en reparar de modo urgente y eficaz la lesión a un derecho constitucional (Díaz Solimine, 2003:47).

El amparo presume desamparo:

De allí que el empleo de esta especialísima acción requiera una madurez particular en jueces y letrados: se desnaturaliza tanto el amparo utilizándolo para el planteo de cualquier litis, como rechazándose siempre arguyendo que hay vías judiciales (...) para el caso litigioso (Sagüés, 2002:176).

Creemos que el recurso rápido y sencillo que propone el Artículo 43 del texto fundamental, especialmente hoy, en tiempos de alta crisis republicana, política, social y económica, resulta ser un vehículo útil para enfrentar el estado de cosas y reponer la normalidad constitucional. Aun así, debe estarse atento a la manipulación y estrangulación de tan formidable instrumento. A veces la urgencia, que todo lo corroe, impregna los espacios jurídicos de premuras ciertamente vacías, y allí el amparo comienza a fallar; porque se confunde el desamparo con la urgencia. Y al final, entonces, sólo quedan cenizas que arrojan marcas pero no soluciones. Quizá los tiempos que corren vuelvan a situar a la República en el tan ansiado espacio de normalidad política y social. Y allí el amparo dejará de ser tan requerido. Pero siempre permanecerá en "vigilia", como una herramienta constitucional latente para recomponer, allí donde los espacios de los derechos humanos y la

⁷⁰ Al respecto, debe recordarse que el incumplimiento de las obligaciones del Estado para con sus habitantes genera responsabilidad internacional (lo que fue reconocido por la CSJN en la causa "Méndez Valles", LA LEY, 1996-C, 501).





libertad se corrompan. Este es un dato que no olvidan los buenos jueces. Y con el que habrá de contar, en toda circunstancia, la ciudadanía en circunstancias de desamparo de sus prerrogativas fundamentales como manda el art. 43 y 75, inc. 22 CN.

BIBLIOGRAFÍA

- ABREGÚ, Martín, y Christian COURTIS (1997), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS - Editores del Puerto, Buenos Aires.
- ALBANESI, Christian (s/f), "Acción de Amparo y Principio Precautorio", disponible en <www.eldial.com.ar>.
- ANTA, Carlos Alberto. "Esbozos Sobre El Amparo y La Coyuntura Económica". Disponible en <www.palermo.edu>, pág. 1.
- BADENI, Gregorio (1994), *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Ad-hoc, Buenos Aires.
- BARRA, Rodolfo Carlos (1994), "La acción de amparo en la constitución reformada: la legitimación para accionar", LL 1994-E.
- BELLUSCIO, Augusto (2003). *El amparo y los otros medios judiciales*. JA, 2003-IV.
- BIDART CAMPOS, Germán (1969), *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Ediar, Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS, Germán (1994), Conferencia brindada en Mar del Plata, Cursos Master de ISPA, en el Colegio de Abogados de Mar del Plata.
- BIDART CAMPOS, Germán, (1995). *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. VI, Ed. Ediar, Buenos Aires.
- CALAMANDREI, Piero (1945), *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.
- CARATTINI, Marcelo (1995), "El amparo en la reforma constitucional", *La Ley*, 17 de febrero.
- CARNOTA, Walter (1995), "El amparo previsional en la reforma", ED, 2 de marzo.
- CARRIÓ, Genaro R., (1982), "La acción de amparo y otros remedios extraordinarios", en *EDLA*.
- COLAUTTI, Carlos E. (1995), *Derechos Humanos*. Editorial Universidad, Buenos Aires.
- COLAUTTI, Carlos E. (1998), "Incógnitas de la acción de amparo en la reforma constitucional", en *LL*, 29 de septiembre.
- CONSTANTE, Liliana B. (1999), "Acción de amparo: sistema de derechos de base constitucional", LL 1999-E.
- CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE. 29ª Reunión. 3ª Sesión Ordinaria. 11 de agosto de 1994. Diario de Sesiones, versión taquigráfica.
- DE LAS CARRERAS, Francisco (1999), "El derecho constitucional de amparo, la acción de amparo y las normas de procedimiento", ED, 7 de mayo.
- DÍAZ, Silvia Adriana. (2001) *Acción de amparo*. La Ley, Buenos Aires.
- DÍAZ SOLIMINE, Omar (2003), *Juicio de amparo*, Hammurabi, Buenos Aires.
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata y Gloria ROSEMBERG (dir.) (2008), "Origen y Evolución. Conceptualización en la doctrina y en instrumentos internacionales", Lerner, Córdoba.
- DROMI, Roberto y Eduardo MENEM //(1994)*//, *La Constitución Reformada*. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires.



- EKMEKDJIAN, Miguel A. (1991), *Manual de la constitución Argentina*, Depalma, Buenos Aires.
- EKMEKDJIAN, Miguel A. (1994), *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IV, Depalma, Buenos Aires.
- ESAIN, José (2006), "El amparo ambiental y las diferentes acciones derivadas del daño ambiental de incidencia colectiva", DJ 03-05-2006, La Ley on Line.
- FIORINI, Bartolomé (1995), "Acción de Amparo", LL, T. 124.
- GARCÍA LEMA, Alberto Manuel (1994), *La Reforma por dentro*, Planeta, Buenos Aires.
- GELLI, María Angélica (2004), *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires.
- GOLDSCHMIDT, James (1944), *Problemas generales del derecho*, Depalma, Buenos Aires.
- GOLDSCHMIDT, Werner (1973), *Introducción Filosófica al Derecho*. Depalma, Buenos Aires.
- GÓMEZ, Claudio Daniel. (1999) *Acción de Amparo*. Advocatus. Córdoba
- GORDILLO, Agustín (2003), *Tratado*, t. 2, 6° ed., caps. II y III.
- GOZAÍNI, Osvaldo (1995), *El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del art. 43 de la Constitución Nacional*, Depalma, Buenos Aires.
- GOZAÍNI, Osvaldo (1996), "La subsidiariedad del amparo", La Ley, 1996:D.
- GOZAÍNI, Osvaldo (1998), *El derecho de Amparo*, Depalma. Buenos Aires.
- GOZAINI, Osvaldo (2004), *Derecho procesal constitucional*. Rubinzal, Buenos Aires.
- KESELMAN, Sofía A. y Verónica MARCELLINO (2001), *El Amparo en la jurisprudencia del TSJ de Córdoba*, Lerner, Córdoba.
- LINARES QUINTANA, Segundo V. (1960), *Acción de amparo, estudio comparado con el juicio de amparo de México, y el Mandato de seguridad de Brasil*. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.
- LORENZETTI, Ricardo (2006), *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
- MÉNDEZ, Héctor Oscar (s/f), "Restricción a la disponibilidad de los depósitos bancarios. Competencia Federal", *El Derecho*, t. 200.
- MIDON, Mario (1997), *Manual de Derecho Constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires.
- MOONEY, Alfredo (2000), *Derecho procesal Constitucional*, La Docta, Córdoba.
- MORALES LAMBERTI, Alicia y Aldo NOVAK (2006), *Instituciones de Derecho Ambiental*, 2ª Edición, Lerner, Córdoba.
- MORELLO, Augusto M. (1994a), "Derecho Privado en la reforma constitucional", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- MORELLO, Augusto M. (1994b), "La primera sentencia de alzada sobre el amparo a la luz de la Constitución reformada", J.A. 1994-IV-673.
- MORELLO, Augusto M. (1995), "Posibilidades y Limitaciones del Amparo", *El Derecho*, 22 de noviembre.
- MORELLO, Augusto M. (2003), "Reconocimiento del amparo", JA 2003-II-1300.
- MORELLO, Augusto M. y Néstor A. CAFFERATA (2004), *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
- MORELLO, Augusto M. y Carlos Vallefin (1995). *El amparo. Régimen Procesal*, Editora Platense, Buenos Aires.
- NATALE, Alberto (1995), *Comentarios sobre la constitución. La reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires.



- PADILLA, Miguel M. (1995). *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, tomo I, 3ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- PALACIO, Lino E. (1995), "La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994", LL 1995-D-1237.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto (1996), *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Zabalía Editor, Buenos Aires.
- RIVAS, Adolfo A. (1994), "El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina", LL 1994-E.
- RIVAS, Adolfo A. (2000), "El plazo de caducidad en el amparo", *La Ley* 2000-C.
- RIVAS, Adolfo (2003), "Perspectivas del amparo después de la reforma constitucional", *Revista de Derecho Procesal*, vol. 4.
- ROBLEDO, Miguel (s/f), "El Amparo Colectivo para la Tutela del Medio Ambiente en Argentina. Aspectos Conflictivos", en AA.VV., *El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo Alvarado Velloso*, Lerner, Córdoba.
- ROBLEDO, Miguel (2006), "La Moción de Valencia y la Función del Derecho Procesal en el siglo XXI. Amparo en materia ambiental", ponencia presentada en el VIII Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, Buenos Aires.
- SABSAY, Daniel Alberto (1996), "El Amparo como Garantía para la Defensa de los Derechos Fundamentales". *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes* N° 6, junio. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Buenos Aires.
- SABSAY, Daniel A. y José M. ONAINDIA (1994), *La Constitución de los argentinos. Análisis y comentario*, Errepar, Buenos Aires.
- SAGGESE, Federico (2008), "El amparo como vía preferencial para la exigencia de los derechos sociales", en DANIELE, Mabel (dir.), *Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Librería Editora Platense, La Plata.
- SAGÜÉS, Néstor P. *Informe Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Informe foro de discusión proyecto de ley de amparo con sanción en la Hble. Cámara de Diputados de la Nación y tratamiento actual en la Hble. Cámara de Senadores de la Nación.*
- SAGÜÉS, Néstor P. (1994), "Amparo, habeas data y habeas corpus en la reforma constitucional", LL 1994-D.
- SAGÜÉS, Néstor P. (1995a), "Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo. A propósito de la voluntad del constituyente", LL del 9/10/95-D.
- SAGÜÉS, Néstor P. (1995b), *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, T. 3, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires.
- SAGÜÉS, Néstor P. (1998), *Acción de amparo*, Astrea, Buenos Aires.
- SAGÜÉS, Néstor P. (2002), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª. ed., Astrea, Buenos Aires.
- SAGÜÉS, Néstor P. (2004), "El Amparo Constitucional a diez años de la Reforma de 1994", en BIDART-CAMPOS, Germán y Andrés GIL-DOMÍNGUEZ (coord.), *A una década de la Reforma Constitucional 1994-2004*, EDIAR, Buenos Aires.
- SAGÜÉS, Néstor P. (2006), "El derecho de amparo en Argentina", en FIX ZAMUDIO, Héctor, y Eduardo FERRER MAC GREGOR (coord.), *El Derecho de Amparo en el Mundo*, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer, México.



- SAMMARTINO, Patricio Marcelo E. (2003), *Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- SANNMARTINO, Patricio y Fabián CANDA (1994), "Amparo vs. Recurso Directo: El dilema del medio judicial más idóneo", ED, 181-994.
- SBDAR, Claudia Beatriz (2003), *Amparo de Derechos Fundamentales*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires.
- SERRA, María Mercedes (1999), "Rechazo in limine de la demanda de amparo", en *El amparo constitucional, Perspectivas y modalidades*, Depalma, Buenos Aires.
- SPOTA, Alberto A. "Ensayo sobre la doble naturaleza jurídica del amparo constitucional". LL 2000-B
- VANOSI, Jorge R. (1995). "La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994". *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, vol. XL.
- ZUNINO, Ángel Rodolfo (1997), "El nuevo régimen constitucional sobre acción de amparo", Foro de Córdoba, N° 36.







PREMIO FORMACIÓN 2010





Eje Temático

"Criterio de selección de jueces y funcionarios"

1er. Premio

"Meritos y política. La selección de jueces federales en Argentina"
Demian Zayat

2do. Premio

"El Juez del bicentenario que supimos conseguir"
Juan José Varela

3er. Premio

"Proyecto de reforma a la ley de Consejo de la Magistratura"
Beltrán Jorge Laguyás

Mención Honorífica

"Hombres de honor"
Denise Magali Villalba



PREMIO FORMACIÓN 2010





Demian Zayat
Meritos y política. La selección de
jueces federales en Argentina

cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

1er. premio





Méritos y política. La selección de jueces federales en Argentina*

DEMIÁN ZAYAT**

I. INTRODUCCIÓN

El mecanismo de selección de jueces en Argentina ha estado en el ojo de la tormenta durante los últimos veinte años. Falta de independencia judicial, manipulación política de las designaciones y deficiencia en los sistemas de selección fueron las principales preocupaciones en las discusiones sobre reformas a la administración de justicia desde los noventa. Asimismo, en los últimos años, asociaciones de Jueces,¹ Colegios de Abogados,² y organizaciones no gubernamentales³ han relevado la existencia de deficiencias en el proceso de selección de jueces.

Empero, no hay acuerdo sobre cuáles son los problemas reales o cuáles las soluciones adecuadas. Esto se debe, en parte, a que no está claro cómo debería funcionar el sistema. En la reforma de la Constitución de 1994 se creó una nueva institución, el Consejo de la Magistratura, para despolitizar y democratizar el proceso de selección de jueces, con el objetivo de seleccionarlos de acuerdo a sus méritos. Sin embargo, la extensión de la despolitización o el papel que los méritos iban a jugar en el proceso nunca estuvo establecida con claridad.

Esta falta de claridad en los objetivos del sistema contrajo diferencias entre lo que el Consejo hace y la justificación que utiliza. Por un lado, para algunos consejeros, el factor más importante en la selección de jueces son los méritos de los candidatos: excelencia en derecho y experiencia. Para otros, la ideología del candidato o sus preferencias políticas

* Trabajo ganador del 1^{er} Premio Formación Judicial 2009, en el eje "Criterio de selección de jueces y funcionarios".

** El seudónimo utilizado fue "Brownell Anthony".

¹ Ver las conclusiones de la Segunda Conferencia Nacionales de Jueces, Salta, 2007, y la Tercera Conferencia Nacional de Jueces, Santa Fe 2008, disponible en <<http://www.cij.csjn.gov.ar>> (último acceso en Marzo 2009).

² Ver Federación Argentina de Colegios de Abogados, 22/03/06, Declaración de Tandil, disponible en <<http://www.faca.org.ar>> (último acceso en marzo de 2009).

³ Ver, entre otros, CELS, Informe Anual 2007 y 2008, disponible en <<http://www.cels.org.ar>> (último acceso en marzo de 2009). Desde una ideología distinta, FORES, "La designación de jueces en Argentina", Agosto 2004, en <<http://www.foresjusticia.org.ar>>.





juegan un papel importante, pero incluso para ellos es mejor no discutirlos abiertamente. Al mismo tiempo, la participación del Presidente y del Senado está contemplada en el proceso, y estos actores se desempeñan bajo criterios políticos. Sin embargo, la discusión sobre la ideología de los candidatos, sus valores morales o sus posiciones sobre la interpretación constitucional casi no está presente en los debates. Esto limita la posibilidad de la sociedad civil de discutir de modo abierto sobre los valores morales de los candidatos, y contribuye a la baja calidad de los debates respecto a las designaciones judiciales.

Este artículo analiza empíricamente la importancia de los "méritos" en la selección de jueces *vis à vis*, consideraciones ideológicas, morales o partidarias. El propósito principal de este trabajo es describir cómo estuvo funcionando *en la práctica* el sistema, y analizar hasta qué extremo los méritos de un candidato fueron determinantes en su designación.

Poder conocer la relevancia concreta de los méritos y la de los otros factores en la discusión sobre selección de jueces –la idoneidad profesional pero también su ideología o sus posiciones morales– contribuirá a generar a un debate robusto acerca de las designaciones judiciales. Contar con una descripción precisa sobre cómo el Consejo de la Magistratura adoptó las decisiones podrá mejorar las discusiones sobre designaciones futuras.

Éste es un momento ideal para realizar este estudio: diez años después de la creación del Consejo de la Magistratura existe una cantidad importante de datos (aún no compilados) que hacen posible el análisis empírico de los criterios utilizados en la selección de jueces. A su vez, en estos 10 años se produjeron dos controversiales reformas legales en el proceso, que aún no han sido evaluadas en la práctica, y cuya evaluación podrá ayudarnos a analizar su impacto real.

Entre los presupuestos teóricos, podrá verse que las democracias occidentales adoptaron, comparativamente, dos modelos distintos para elegir a sus magistrados. El primero asume que la elección de un juez es mayormente una cuestión burocrática, donde las calificaciones del juez (sus conocimientos del derecho) son el factor más importante a tomar en cuenta. El segundo modelo, por su parte, asume que la elección de un juez es básicamente una cuestión política, donde los factores relevantes son principalmente ideológicos o partidarios. En Argentina, después del establecimiento del Consejo de la Magistratura, la selección de jueces supuestamente es apolítica, al haberse abandonado el modelo político.

El objetivo de este trabajo es analizar cuál modelo predomina en Argentina. Así, los interrogantes que guiaron este estudio fueron los siguientes:

1. En qué medida el Consejo de la Magistratura actuó bajo las premisas de un modelo meritocrático, o alternativamente, de acuerdo a un modelo político; y concordantemente, en qué medida los méritos de un candidato o candidata fueron un factor determinante en su selección como jueces;
2. Cuál fue el impacto de las dos reformas legales que modificaron el proceso durante este período;
3. En qué medida la sociedad civil pudo participar en el proceso.

Existen importantes limitaciones para este estudio. En primer lugar, los estudios empíricos son poco frecuentes en Argentina, y por ello fue difícil obtener distintas fuentes para realizar un cruzamiento de datos entre el Consejo de la Magistratura, la Presidencia y el Senado. El Poder Ejecutivo casi no publica datos sobre la selección de jueces, la





participación de la sociedad civil o el criterio utilizado al decidir una nominación. El Senado no cuenta con información estadística sobre los acuerdos judiciales. Fue problemático no contar con estudios previos o información sobre la ideología de los senadores, jueces o consejeros de la Magistratura⁴ o estudios sobre las cualificaciones de los candidatos a jueces,⁵ más allá de lo que realiza el Consejo de la Magistratura.

La segunda limitación de este estudio fue la imposibilidad de evaluar independientemente cada factor que incidió en la selección de jueces, como la ideología, la inclinación política o los valores morales de los candidatos. Por ello, fue imposible construir un modelo de regresión estadística evaluando el peso de cada uno de los factores, independientemente. Será necesario profundizar la investigación y conseguir mayores datos para construir un modelo estadístico de este tipo. Sin embargo, el análisis descriptivo usado constituye aún un buen punto de partida para analizar empíricamente lo realizado por el Consejo de la Magistratura.

En este estudio definiré "mérito" como la medida objetiva de las calificaciones profesionales, o los conocimientos en derecho. El Consejo de la Magistratura administra un examen escrito a los candidatos y califica sus antecedentes. Estos puntajes conforman un ranking inicial entre los postulantes. Operativamente, voy a usar este puntaje como una medida de los méritos de los candidatos, asumiendo que la evaluación es objetiva (pero sabiendo que es imposible la objetividad completa). Al mismo tiempo, voy a englobar todos los otros factores que pueden incidir en la selección de jueces –valores morales, afinidades políticas, ideología, compromiso con la democracia, etcétera–, y los denominaré "factores políticos". Esta es una medida subjetiva, difícil de evaluar, pero intentaré hacerlo, conociendo las limitaciones.

Este artículo tiene cinco secciones. En la próxima sección presento el marco teórico del que parto, y paso revista a los diferentes modelos para seleccionar jueces alrededor del mundo. También realizo un relato sobre cómo los Consejos de la Magistratura llegaron a Latinoamérica, e incluyo, finalmente, el debate acerca del establecimiento del Consejo de la Magistratura en Argentina. En la sección 3 se relata la metodología utilizada en esta investigación, la recolección de los datos y una descripción de la población de casos. En la sección 4 se presentan los principales hallazgos de este estudio, de acuerdo a los interrogantes planteados; y finalmente, en la sección 5, presento una discusión de los resultados, algunas recomendaciones de reforma institucional y sugerencias para futuras investigaciones.

II. MARCO TEÓRICO

Esta sección muestra el contexto histórico en el que se estableció el Consejo de la Magistratura en Argentina. Esta reforma institucional no se realizó en el vacío sino que,

⁴ En Argentina no existe nada como los datos compilados por Keith Poole, DW_NOMINATE scores, disponible en <<http://voteview.com>> (último acceso en marzo de 2009).

⁵ Nada como los ratings de la American Bar Association (ABA) sobre candidatos judiciales, disponible en <www.abanet.org> (último acceso en marzo de 2009).



por el contrario, durante la década de los noventa se crearon consejos similares a lo largo de numerosos países de Latinoamérica. Esta ola de Consejos de la Magistratura fue promovida por agencias multilaterales de desarrollo y cooperación, como la respuesta frente a la excesiva politización y falta de independencia de la mayoría de los poderes judiciales en Latinoamérica. Esta solución intentó combinar los beneficios de dos diferentes modelos para seleccionar jueces: el meritocrático y el político.

Esta sección relata esta historia, desarrolla los diferentes modelos existentes, los problemas en las judicaturas de Latinoamérica, las propuestas de reformas, y la solución Argentina.

2.1. Dos modelos distintos de selección de jueces

Las democracias alrededor del mundo establecieron diferentes métodos para seleccionar los miembros de sus judicaturas. En los diferentes países, los jueces son seleccionados en base a una carrera judicial, o por el voto popular (en elecciones partidarias o no partidarias), o por decisiones políticas, o mediante otros métodos híbridos (Malleson y Russell, 2006:4). Fijar la autoridad para designar jueces en el Poder Ejecutivo, la Legislatura, el Pueblo, otros jueces, o alguna combinación entre estos, tendrá consecuencias directas en el modo en que el poder judicial será ejercido (Volcansek y Lafon, 1988:1). Los jueces son actores centrales en el proceso político de establecer valores en la sociedad, y su papel va a estar determinado por la cultura política de esta última. El sistema del *common law* reconoce a los jueces como creadores de políticas, junto con los otros poderes. Por el contrario, en países del sistema continental, la determinación de políticas y valores está exclusivamente asignado al Poder Legislativo (Merryman y Pérez Perdomo, 2007:36).

La interacción entre el método de selección de jueces, la función judicial, la tradición civil o de *common law*, el control de constitucionalidad y el sistema de gobierno (presidencialismo o parlamentarismo) definirá los modelos. Al analizar el diseño institucional de un determinado país, es necesario tomar en consideración las prácticas y otros factores adicionales al diseño normativo. Sin embargo, existen algunos elementos comunes que pueden encontrarse en distintos sistemas que permiten clasificarlos de acuerdo a dos modelos, uno meritocrático y otro político.

2.1.1. El modelo meritocrático: exámenes y carrera judicial

En Francia, un país del derecho continental, la visión predominante es que el gobierno debe poder actuar sin ser secundado por los tribunales (Provine y Garapón, 2006:275). Luego de que los jueces apoyaran al *Ancien Régime*, los revolucionarios de 1789 prestaron especial atención a limitar la función judicial (Volcansek y Lafon, 1988:62). Así, la judicatura francesa es independiente del Legislativo y el Ejecutivo, pero sólo para poder resolver los casos de modo imparcial, ya que los tribunales están subordinados al poder político. Una consecuencia directa de esta subordinación es que los jueces interpretan la ley como viene del Legislativo, sin realizar un control judicial de constitucionalidad. Existe otro cuerpo especial para ejercer este control de constitucionalidad (Provine y Garapón, 2006:176). En este modelo, el lugar de los jueces es considerablemente menos prominente que el de aquellos en modelos como el de Estados Unidos (Merryman y Pérez Perdomo, 2007:35).



La *Ecole Nationale de la Magistrature* está encargada del reclutamiento de jueces, bajo la asunción de que la función judicial es una actividad técnica y burocrática, sin componentes creativos. Existe un examen muy competitivo para los graduados en derecho que quieren ingresar a la carrera judicial. Aquellos que pasan este examen son designados como *observadores judiciales*, y toman un curso de 31 meses de duración, a cargo principalmente de jueces. Al final del curso se realiza otro examen, y las designaciones se efectúan gradualmente de acuerdo al puntaje obtenido en éste.

El Poder Judicial es administrado por el *Conseil Supérieur de la Magistrature*, que decide las designaciones y los destinos de los nuevos jueces. Para los ascensos, el *Conseil* realiza entrevistas orales y recibe recomendaciones de otros jueces.

En este modelo, la función judicial está desvinculada de la política. La independencia es necesaria para garantizar la imparcialidad, pero los jueces no tienen jurisdicción para evaluar políticas gubernamentales o realizar control de constitucionalidad. El más alto tribunal es la *Cour de Cassation*. Sus decisiones son cortas, hechas sobre la base más estrecha posible, y usando formulas legales, sin disensos. En Francia, los jueces son solamente "la voz de la ley".

El órgano que realiza control judicial de constitucionalidad es el *Constitutional Council*. El control es realizado en abstracto, antes de la promulgación de la ley. Los miembros del Consejo Constitucional son designados por los partidos políticos. El Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional y el del Senado, eligen, cada uno, tres de los nueve miembros, por un término de nueve años. Los seleccionados en general son ex presidentes u otras individualidades con experiencia y trayectoria política.

En conclusión, en este modelo es posible identificar que los jueces, sin facultades de controlar la constitucionalidad de las leyes, son elegidos exclusivamente por sus méritos, en un sistema apolítico y las promociones son decididas de similar modo. La única función de los jueces es aplicar llanamente la ley. Pero, al mismo tiempo, los miembros del Consejo Constitucional –quienes sí tienen facultades de control constitucional– son elegidos en un proceso extremadamente político.

Otros países tienen sistemas similares, pero con algunas diferencias. Por ejemplo Italia –el primer país que incorporó un Consejo de la Magistratura, en 1948– tiene también separadas las funciones de la justicia ordinaria y la revisión constitucional. El Consejo de la Magistratura italiano está integrado por 30 miembros, 20 jueces y 10 académicos con un mínimo de 15 años de experiencia profesional, designados por la Legislatura. En Italia no hay carrera judicial, y el único requisito para ser designado juez es el puntaje en un examen. La promoción es exclusivamente por antigüedad (Volcansek, 1988:159).

2.1.2. El modelo político: nominación y acuerdo

En otros países existe un modelo distinto de selección de jueces, donde la decisión está en manos de los órganos políticos. Este es el caso de la selección de jueces federales en Estados Unidos. El Presidente nombra a un candidato y el Senado da su acuerdo. Existe una gran cantidad de literatura al respecto, por lo que sería imposible resumirla en este espacio. Sin embargo, el sistema es bastante simple: el Presidente elige a un candidato y solicita el acuerdo del Senado. El Senado puede confirmarlo o rechazarlo, por mayoría simple.





En Estados Unidos existen otras reglas informales, tales como la *cortesía senatorial*, la *ficha azul* o el *filibustering*, que hacen que el sistema resulte complejo en la práctica. La *cortesía senatorial* es una regla informal para la selección de jueces de distrito (similares a nuestros jueces de primera instancia o de juicio oral), donde el Senado presta deferencia al criterio de los senadores oficialistas del Estado del tribunal en cuestión (Johnson y Songer, 2002:659). Si esos senadores encuentran al candidato aceptable, es sumamente probable que el Senado los confirme. Y por el contrario, si esos senadores encuentran al candidato inaceptable, es muy probable que el Senado los rechace. Por esto, la selección de jueces de distrito es el producto de la negociación entre el Presidente y los senadores oficialistas de los Estados de la vacante, lo que le otorga a estos últimos el poder de preseleccionar a los candidatos y proponérselos al Presidente (Rowland y Carp, 1996:94).

La *ficha azul* es quizás la institucionalización de la regla de la cortesía senatorial, pero para bloquear a un candidato (Denning, 2001:92). Cuando el pliego de confirmación llega al Senado, el presidente de la comisión de Justicia envía fichas o formularios azules a los dos senadores del Estado del candidato. Si la ficha azul es devuelta marcada "objeción" (o no es devuelta) por algún senador, sin importar su partido político, la comisión no fijará audiencias de confirmación para el candidato o candidata. Por el contrario, si la ficha azul es devuelta por ambos senadores como "sin objeción", se fijarán las audiencias y continuará el proceso (Goldman, 1997:12). Esta regla efectivamente otorga un poder de veto a los senadores del Estado del candidato, incluso a aquellos de la oposición.⁶ Sin embargo, esta regla fue evolucionando a lo largo del tiempo, e incluso existieron períodos donde se confirmaron nominaciones aun con objeciones de alguno de estos senadores (Scherer, 2005:141).

La comisión fijará las audiencias de confirmación para recibir las opiniones de diferentes actores, y finalmente del propio candidato (Epstein y Segal, 2005:92). Los grupos de interés u organizaciones no gubernamentales pueden elevar aquí sus posiciones y lograr la atención pública de sus agendas en estas audiencias. El carácter político de la selección de jueces queda expuesto con evidencia en esta etapa (Law, 2005:495), donde las preguntas que se les realizan a los candidatos están vinculadas con sus posturas de interpretación constitucional u opiniones morales.⁷ Luego de las audiencias, la comisión emite un dictamen recomendando la confirmación o el rechazo del pliego.

En el pleno del Senado entra en juego la tercera regla informal del proceso. *Filibustering* es otra herramienta –similar al quórum– que tiene la minoría del Senado para bloquear una designación. El reglamento del Senado establece una mayoría de 60 votos sobre 100 para cerrar el debate y votar. Cuando un partido toma la palabra con la intención de hablar por horas o días, con el objetivo de que la sesión fracase, el único modo que tiene el oficialismo para cerrar el debate es conseguir estos 60 votos. Por esta razón, suele decirse que en realidad sesenta por ciento es necesario en vez de mayoría simple de 51 votos para aprobar las leyes o para brindar acuerdos (Fisk y Chemerinsky, 1997:182).

⁶ En sus orígenes, en 1913, la ficha azul era usada solamente para tener una recomendación de los senadores que probablemente conocieran al candidato, más que un poder de veto. La evolución a un poder de veto fue una consecuencia, quizás, no buscada (Binder, 2007:1).

⁷ Sobre el tipo de preguntas, ver Post y Segel, 2006.





Esta técnica de *filibustering* en los acuerdos de jueces hace necesario lograr un acuerdo mayor sobre los candidatos, y es un contrapeso apropiado para los poderes del Ejecutivo de realizar nominaciones (Fisk y Chemerinsky, 2005:351).

En este sistema, tanto el presidente como el Senado juegan un papel crucial en el proceso de selección de jueces, y ambos actúan de modo político. Por ejemplo desde 1997 hasta 2007, el Senado no aprobó 69 de 350 nominaciones (aproximadamente el 20%) para cortes de circuito (segunda instancia) y 131 de 1248 (aproximadamente el 10%) de las nominaciones para cortes de distrito (primera instancia) (Epstein y Segal, 2005:21).

Empero el proceso no es puro voluntarismo político. Los antecedentes de los candidatos, la ideología y sus preferencias políticas juegan un papel relevante en el proceso. Un estudio empírico sobre las designaciones en la Corte Suprema norteamericana mostró que cuando un candidato es percibido como pobremente calificado para el cargo, la probabilidad de un voto negativo es del 25%, pero esa probabilidad decae hasta el 0.2% cuando el candidato es percibido como altamente calificado (manteniendo el resto de los parámetros iguales) (Epstein y Segal, 2004:1145).⁸ Asimismo, según la evaluación que realiza el colegio de abogados, la *American Bar Association*, para los jueces de distrito, entre las 1078 designaciones que se realizaron entre los años 1953 y 1989, 5.66% (61) estaban "excepcionalmente bien calificados"; 45.64% (492) "bien calificados"; 45.83% (494) estaban "calificados"; y sólo el 2% (21) estaban "poco calificados" –con el 1% (10) sin evaluar– (Goldman, 1997:349). Estos números muestran que más del 95% de los jueces designados en el período estaban calificados o bien calificados.

En conclusión, en Estados Unidos, el principal criterio para elegir un juez son las circunstancias políticas. Pero el proceso es más que mera discrecionalidad política.⁹ Sin embargo, la complejidad del sistema de Estados Unidos es difícilmente replicable en otros países con el mismo sistema. Algunos países de América Latina, como Argentina, México, Panamá y Nicaragua utilizan un sistema muy similar (al menos para elegir a sus jueces de la Corte Suprema), pero han tenido experiencias muy diferentes a la norteamericana.

2.2. REFORMA JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA

Durante los años noventa, la mayoría de los poderes judiciales de la región eran dependientes del Poder Ejecutivo (Thome, 2000:702), débiles institucionalmente y políticamente conservadores. Los jueces tenían baja relevancia social, y actuaban burocrática e ineficientemente. Los códigos procesales –herencia de la colonia– establecían un proceso

⁸ La variable dependiente era "voto de Senador (por sí o por no)", y las variables explanatorias o independientes eran "falta de antecedentes", "distancia ideológica", "falta de antecedentes por distancia ideológica", "presidente fuerte" y "mismo partido". El análisis se realizó entre todas las nominaciones de candidatos para la Corte Suprema entre 1953 y 1994.

⁹ Por supuesto que hay críticas a cómo el proceso estuvo funcionando. Algunos profesores propusieron modificar el sistema de selección de jueces de la Corte Suprema, creando una especie de torneo meritocrático. Ver Choi y Gulati, 2004 y las críticas de Marshall, 2004.



jerárquico e inquisitivo que alejaba a la administración de justicia de la gente.¹⁰ El formalismo legal, un discurso de no politización judicial y un concepto exacerbado de separación de poderes fueron las excusas perfectas para mantener los privilegios sin confrontar con el poder político (Abramovich, 1992:3). La idea de "ciencia del derecho", entendida como un discurso racional, no político y técnico, permitió numerosos abusos de actores poderosos.¹¹

En los últimos años, numerosos poderes judiciales de América Latina reformaron sus constituciones, para solucionar, entre otras cosas, los problemas de falta de independencia judicial (Gargarella, 1997:144). Así, muchos países establecieron (o reformaron) durante los años noventa un Consejo de la Magistratura: Argentina (en 1994), Bolivia (1994), Colombia (1981, modificado en 1991), Costa Rica (1989), República Dominicana (1994), Ecuador (1992), El Salvador (1983), México (1995), Panamá (1987) y Paraguay (1992) (Unger, 2002:170). Chile, Guatemala, Honduras y Nicaragua decidieron no incorporarlo después de debatirlo (Hammergren, 2002:4).¹² Esta ola de Consejos de la Magistratura no se produjo de casualidad: algunos factores comunes –la transición a la democracia de la mayoría de los países de América Latina durante los ochenta, la falta de independencia de poderes judiciales generalmente débiles (probablemente debido a los gobiernos militares), y transformaciones hacia el libre mercado– promovieron reformas a lo largo de toda la región (Tedeschi *et al.*, 2003:306).

Agencias como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Agencia para el Desarrollo Internacional de Estados Unidos (USAID), compartían una agenda común de reformas, luego de que el Consenso de Washington comenzara a mostrar sus debilidades.¹³ La idea era producir reformas institucionales que complementaran las transformaciones económicas. Este grupo de reformas institucionales abrió la puerta a una segunda generación del movimiento de Derecho y Desarrollo (Rodríguez, 2006:421), con una nueva agenda focalizada en reformas judiciales, para promover el Estado de derecho y la economía de mercado.

Para el Banco Mundial, por ejemplo, los poderes judiciales débiles de América Latina se convirtieron en trabas para el comercio, las finanzas e inversiones, debido a la ineficiencia judicial, la demora en la resolución de los casos, el limitado acceso a la justicia, falta de transparencia y certeza, y baja confianza ciudadana en el sistema (Thome, 2000:697). Por esto, las reformas propuestas incluían –entre otras medidas– la despolitización de la selección de jueces. Según una especialista del Banco Mundial:

¹⁰ Para una descripción del modelo jerárquico, ver Damaska, 1986.

¹¹ En un extremo, por ejemplo, la Corte Suprema convalidó jurídicamente un golpe de Estado. Ver CSJN, "Acordada del '30".

¹² Guatemala rechazó la propuesta en una consulta popular, dentro de un bloque de reformas. Venezuela (en 1988) y Uruguay (1981, como parte de la transición democrática) derogaron sus Consejos.

¹³ El Consenso de Washington es un conjunto de diez recomendaciones económicas que las agencias multilaterales de crédito (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional) y los Estados Unidos imponían a los países en desarrollo, como condición para otorgar créditos, e incluían, por ejemplo, privatizaciones, desregulación económica, disciplina fiscal, y liberación del comercio. Estas medidas fueron luego conocidas como las bases del neoliberalismo (Williamson, 1990).





[U]n sistema basado en altos niveles profesionales e integridad personal podrá promover funcionarios y una administración de justicia de calidad. Las designaciones judiciales que están basadas en lealtades políticas sólo perpetúan la dependencia de la judicatura. Es esencial, entonces, que sólo aquellos individuos realmente calificados sean considerados para los cargos judiciales (Dakolias, 1996a:13).¹⁴

Y que:

[I]dealmente, el proceso de selección debe ser revisado para todas las instancias del poder judicial, desde que uno de los objetivos más importantes de la reforma es asegurar que sólo técnicos administren justicia (Dakolias, 1996a:20).

Es claro, entonces, que el Banco Mundial prefería un sistema de selección de jueces altamente despolitizado, y que la ley fuera aplicada básicamente por buenos técnicos. Esto promovería una administración de justicia eficiente y no politizada, que resulta necesaria para el desarrollo del libre mercado.

La idea de una aplicación neutra de la ley tiene un largo desarrollo en la historia del pensamiento jurídico moderno. En Estados Unidos, Christopher Langdell lo propuso primero, luego el Instituto Legal Americano (ALI) y actualmente, una corriente de la escuela del Derecho y Economía entienden el derecho como una disciplina apolítica.

De acuerdo con esta visión, jueces políticamente neutros que apliquen la ley de un modo no político es una buena fórmula para asegurar el derecho de propiedad, lo que, a su vez, reducirá los costos de transacción del mercado. El activismo judicial y el constitucionalismo social, por el contrario, disminuirán la eficiencia del mercado. Las reformas judiciales propuestas jugaron un papel clave para reducir estos costos de transacción (García Villegas, 2006:70) y el establecimiento de reglas claras para los sujetos del mercado económico. Si los derechos de propiedad no resultan claramente definidos o si el poder judicial tiene problemas para ejecutar los contratos, los costos de transacción serán más altos, debido a la falta de certeza sobre el futuro de los negocios (Rodríguez, 2006:124). Esta fue la principal preocupación atrás de esta ola de reformas promovida por las agencias de desarrollo multilaterales. El Director General del Banco Mundial ha dicho que:

En América Latina y el Caribe, como en otras regiones, la experiencia ha demostrado el rol esencial del derecho en el desarrollo y, especialmente, la necesidad de un Estado de derecho fuerte para el buen funcionamiento de las instituciones judiciales. Esto es particularmente evidente para el sector privado, donde el Estado de derecho es una precondition para el desarrollo sectorial. Esto crea certeza y predictibilidad; conduce a bajar los costos de transacción, a un mayor acceso al

¹⁴ En otra versión editada del mismo documento, la autora aclara que "Para asegurar la integridad y legitimidad del sistema, las designaciones judiciales deben ser hechas sobre la base de las calificaciones de los candidatos, en vez de otras consideraciones políticas". Ver Dakolias, 1996b:178).



capital y al establecimiento de reglas de juego claras. De hecho, la experiencia mundial confirma la importancia de la clarificación y la protección del derecho de propiedad para el desarrollo rápido y sostenible, la ejecución de los contratos y la sanción y aplicación de regímenes regulatorios rigurosos (Shihata, 1994:1).

Sin embargo, al mismo tiempo, organizaciones de derechos humanos, agencias gubernamentales y las Naciones Unidas para el Desarrollo (UNDP), también promovían reformas judiciales, pero focalizadas –en cambio– en el acceso amplio a la justicia, en el derecho de interés público, en la promoción de derechos sociales, en el fortalecimiento de los servicios de defensa pública y debido proceso legal. Algunos de estos actores apoyaron la creación de los Consejos de la Magistratura, pero no para asegurar que jueces apliquen la ley de modo apolítico, sino como un mecanismo para democratizar, pluralizar y diversificar la administración de justicia.¹⁵

Para estos actores, las reformas judiciales debían ser parte de la transición a la democracia, y la selección de jueces tenía que tomar en cuenta la historia de dictaduras militares en la región. La independencia judicial era vista no sólo como despolitización de la judicatura, sino como una forma de promover los derechos humanos, reformar las estructuras del poder judicial (donde incluso revistaban jueces designados por los gobiernos militares) y para proteger a los grupos más débiles de la sociedad (CELS, 2008:193). El proceso de selección de jueces debía elegir a los candidatos que mejor promovieran la protección de los grupos desaventajados. Jueces activistas que fomentaran reformas sociales y económicas eran bien vistos (Uprimny, 2006:147).

Entonces, los Consejos de la Magistratura tenían distintos objetivos según diferentes actores. Por un lado, aumentar la independencia judicial y mejorar la eficiencia y la administración del poder judicial, para mejorar el libre mercado. Pero por otro lado, despolitización de las designaciones judiciales para afianzar la democracia, el acceso a la justicia y el pluralismo. Estas expectativas –democratización y libre mercado– resultaron en algún punto contradictorias en un contexto como el latinoamericano (Thome, 2000:691).

2.3. La creación del Consejo de la Magistratura en Argentina

La Constitución de 1853 adoptó el modelo *político* de selección de jueces federales. Siguiendo al sistema norteamericano, el Poder Ejecutivo nominaba un candidato y el Senado daba el consentimiento a la nominación. Sin embargo, en Argentina no existían las reglas informales o consuetudinarias de aquél país; el Presidente tuvo un protagonismo exacerbado en el proceso¹⁶ y los senadores votaron de acuerdo a una fuerte disciplina

¹⁵ En Argentina, ver el documento de seis ONG, "Una Corte para la Democracia", con una agenda de democratización del poder judicial (CELS *et al.*, 2002).

¹⁶ Al mismo tiempo, el presidencialismo en Argentina es más acentuado que en Estados Unidos. Carlos Nino (1993:640) menciona las siguientes diferencias: en Argentina no es necesario el acuerdo del Senado para designar el gabinete de ministros, un recurso típicamente parlamentario, incluido en la constitución norteamericana. A diferencia de EE.UU., la Constitución Argentina otorga poderes de intervención federal al presidente (en caso de receso del Congreso). El





partidaria, en general, bajo el liderazgo del Presidente (Mustapic, 2000:571). Esto derivó en un sistema desbalanceado.

Al mismo tiempo, las interrupciones recurrentes de los gobiernos constitucionales por los sucesivos golpes de Estado cambiaron constantemente la composición de la judicatura e implicaron cambios significativos en la integración de la Corte Suprema (Sabsay, 2004:497).¹⁷

Luego del regreso de la democracia en 1983, el Poder Judicial jugó un papel activo en la política argentina. La Corte Suprema –designada completamente por el presidente Alfonsín luego de la renuncia de los jueces puestos por las juntas militares– adoptó decisiones muy importantes para reinstalar la vigencia de los derechos individuales.¹⁸ Los juzgados federales inferiores tenían la responsabilidad de llevar adelante los juicios contra los violadores de derechos humanos durante el régimen militar.¹⁹ La reorganización del sistema de justicia fue un punto central para el gobierno de Alfonsín.

El modelo político durante esa época tuvo a la Comisión de Acuerdos del Senado en manos de la oposición, el partido Justicialista. Aun cuando el presidente de la comisión fuera radical, la mayoría era justicialista y el hombre clave era Leónidas Saadi.²⁰ La mayoría de los acuerdos necesitaba su consentimiento personal, y esto llevó a una negociación constante en donde las calificaciones del candidato o la idoneidad para el cargo no siempre fueron el factor más importante.²¹

Sin embargo, fue durante el gobierno de Menem donde la justicia perdió la mayor parte de su legitimidad.²² Demoras, ineficiencia y corrupción estuvieron frecuentemente asociadas con la justicia federal. En el año 1990, Menem empaquetó a la Corte Suprema y amplió su composición de 5 a 9 miembros, designando 6 nuevos jueces, la mayoría sin las calificaciones suficientes para el cargo (Verbitsky, 1993:52). Estos jueces fueron conocidos

hiperpresidencialismo también es resultado de prácticas de sucesivos presidentes que aumentaron sus poderes a expensas de un Congreso resignado y una Corte Suprema complaciente.

¹⁷ Hubo cambios completos o mayoritarios de la Corte Suprema en 1947, 1955, 1958, 1966, 1973, 1976, 1983 y 1990. El promedio de duración de los términos de los ministros de la Corte Suprema entre 1947 y 2002 fue de 7,22 años.

¹⁸ Por ejemplo, decidieron la inconstitucionalidad de la prohibición de readquirir aptitud nupcial luego de la separación (Sejean y Sejean), establecieron medidas antidiscriminatorias por origen nacional (Repetto) o por atributos físicos (Arenzon), establecieron una doctrina sobre la vigencia de las normas de facto (Dufurq y Aramayo), la inconstitucionalidad de la criminalización del consumo de drogas (Bazterrica), etc. (Böhmer, 2001:93).

¹⁹ Estos juicios se paralizaron en 1987, luego de las leyes de obediencia debida y punto final. Estas leyes fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema en 2005, y los juicios continuaron o pudieron comenzar a partir de ese momento, 25 años después (CELS, 2007:38).

²⁰ El justicialismo tenía 5 miembros en la comisión y el radicalismo 4 (Llanos y Figueroa Schibber, 2007:19).

²¹ Ver diario *La Nación*, 26/10/2003, Joaquín Morales Solá "1983-2003: 20 años de democracia", suplemento Enfoques.

²² En 1984 la confianza en la justicia era alrededor del 57%, pero luego, durante los noventa cayó al 26%, y en 1998 era el 19,21%. Ver datos oficiales en <www.justiciaargentina.gov.ar>, y los datos del Banco Interamericano de Desarrollo en <www.iadb.org>.





como "la mayoría automática", porque votaron automáticamente a favor del Estado durante el gobierno de Menem, y le aseguraron impunidad a los funcionarios públicos frente a las acusaciones de corrupción. La construcción de una judicatura dependiente del Ejecutivo fue una estrategia deliberada durante los noventa.

Cuando Menem comenzó las negociaciones para una reforma constitucional que le permitiera presentarse a una reelección –entonces prohibida por la Constitución–, el partido radical accedió, a cambio de incorporar otras reformas, para aumentar los controles al Ejecutivo. En esas negociaciones –el Pacto de Olivos–, apareció la idea de modificar el proceso de selección de jueces. La solución para la falta de independencia, la ineficiencia y la corrupción del poder judicial fue la creación de un Consejo de la Magistratura.

Ni el partido radical ni el justicialista habían propuesto antes el Consejo de la Magistratura.²³ Pero algunas provincias lo habían incorporado en distintas versiones,²⁴ y más importante, otros países de la región lo estaban implementando ante la propuesta de las agencias multilaterales de desarrollo.

En este contexto, la reforma constitucional estableció el Consejo de la Magistratura para seleccionar jueces federales de los tribunales inferiores a la Corte Suprema. La selección de los magistrados de la Corte casi no fue modificada en la reforma: la única modificación fue el establecimiento de la publicidad a las sesiones de confirmación del Senado²⁵ y la mayoría de dos tercios en el Senado. Pero el proceso continuó siguiendo el modelo político: el presidente escoge un candidato –cualquiera– y solicita el acuerdo del Senado.

Históricamente, casi no existió discusión acerca de los candidatos a la Corte en el Senado, y esto fue visto como una de las causas de las pobres calificaciones de los candidatos y su falta de independencia.²⁶ En 2003, el entonces presidente Néstor Kirchner introdujo una reforma al proceso de selección de jueces: antes de pedir el acuerdo, el Presidente publicaría el nombre y los antecedentes de los candidatos para que cualquier ciudadano u organización no gubernamental pueda emitir opiniones u observaciones sobre el o la candidata.²⁷ El Senado, por su parte, reformó su reglamento interno e

²³ El dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia –un instituto de estudios jurídicos que analizó reformas institucionales para mejorar el sistema democrático, bajo la coordinación de Carlos Nino– aconsejó mantener el entonces vigente sistema de selección de jueces y rechazó la idea de un Consejo de la Magistratura (Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1986:62).

²⁴ Lo habían hecho las provincias de Chaco, Chubut, Formosa, Río Negro, San Juan, San Luis, Santiago del Estero y Tierra del Fuego.

²⁵ El antiguo artículo 86 inciso 4 de la Constitución no hacía referencia a la publicidad o secreto de las sesiones de confirmación. Sin embargo, el reglamento del Senado de 1924 estableció que cualquier acuerdo se daría en sesión secreta. En las reformas al reglamento de 1939 y 1948 la cláusula fue mantenida (Pitt Villegas, 2008). Por otro lado, existió un escándalo importante en 1990 cuando el Senado dio el consentimiento para cuatro nuevos ministros de la Corte Suprema, en una votación irregular, sin la presencia de la oposición (Verbitsky, 1993:49).

²⁶ Ver el documento del CELS, ADC, INECIP, FARN, Poder Ciudadano y Usuarios y Consumidores, "Una Corte para la Democracia" con este diagnóstico. CELS *et al.*, 2002.

²⁷ Luego de la crisis económica de 2001, existieron manifestaciones pidiendo la renuncia de los jueces de la Corte Suprema. El presidente electo tenía que reconstruir la legitimidad de la Corte Suprema, y





incorporó una audiencia pública con el candidato, que estaba ausente en la reglamentación anterior.

El Consejo de la Magistratura tendría diferentes funciones. Tiene un papel prominente en la selección de jueces inferiores, pero también es el responsable de la administración del Poder Judicial, la disciplina de los jueces, y su destitución. Para la selección, la Constitución establece que el Consejo elevará una terna de candidatos al Presidente, que deberá nominar uno de ellos y solicitar su acuerdo al Senado. Así, se conformaron tres niveles en la selección de jueces: el primero en el Consejo de la Magistratura, el segundo en el poder Ejecutivo, y el tercero ante el Senado.

La idea del Consejo de la Magistratura y un examen para saber qué candidato nominar proviene del modelo meritocrático descrito en el apartado anterior. Sin embargo, los jueces en Argentina tienen poderes de control de constitucionalidad, y por esto, el modelo meritocrático simple no encaja a la perfección.²⁸ Como consecuencia, la composición del Consejo de la Magistratura no es exclusivamente académica o técnica, e incluye varios miembros políticos. Además, el proceso no está constituido por un único examen, sino que existen otras etapas que permitirán introducir reformas a los resultados de los exámenes.

La nueva Constitución de 1994 estableció que el Consejo de la Magistratura sería creado en el término de un año,²⁹ pero no lo fue hasta 1998, cuando el Congreso aprobó, en el mismo día, las leyes 24.937 y 24.939. Esta demora puede explicarse por razones políticas: en 1995 el presidente Menem aún tenía por delante cuatro años de mandato, y el Consejo de la Magistratura podía restringir considerablemente su facultad para designar jueces. 1998, en cambio, era el último año del mandato del Presidente y la victoria de la oposición en las próximas elecciones era previsible. Era un buen momento para restringir el Poder del Ejecutivo (Finkel, 2008:45).

La Ley 24.937 (y su correctiva) estableció un Consejo de 20 miembros, compuesto por el Presidente de la Corte Suprema (que presidiría el Consejo); 4 jueces federales inferiores; 4 abogados electos por los colegios de abogados; 4 diputados; 4 senadores; 2 profesores universitarios y un representante del Ejecutivo. En el año 2006, luego de una fuerte discusión sobre la posible manipulación de la independencia judicial, el Congreso aprobó la Ley 26.080, que redujo la cantidad de miembros de 20 a 13, cambiando la composición a 3 jueces, 2 abogados, 3 diputados, 3 senadores, un profesor universitario y un representante del Ejecutivo. La oposición y las organizaciones de la sociedad civil se pronunciaron mayormente en contra de esta reforma, y el gobierno falló al explicar claramente cuáles eran los objetivos de la modificación, más allá del control político del Consejo. Luego de esta reforma, el Consejo de la Magistratura perdió parte de su credibilidad.

este decreto 222/03 (y el juicio político que estaba desarrollando el Congreso) fueron las medidas principales para esto. Al mismo tiempo, esta reforma le daba más poder al Ejecutivo en la negociación con el Senado, y aumentaba el costo del Senado para rechazar un candidato con apoyo de la ciudadanía. Luego se amplió a todos los jueces, fiscales y defensores mediante el decreto 588/03.

²⁸ No es posible concluir que porque los jueces no tienen control de constitucionalidad su selección es apolítica, pero esta es una diferencia importante con los países del derecho continental que son elegidos por un Consejo de la Magistratura.

²⁹ Cláusula transitoria 13.





En conclusión, el sistema de selección de jueces federales en Argentina incluye un examen de las calificaciones profesionales –como si el modelo fuera meritocrático–, pero la composición del Consejo y las distintas etapas del proceso, y la participación del Presidente y del Senado, introducen en el proceso un contenido político.

III. METODOLOGÍA

En este estudio se compiló información cuantitativa y cualitativa. Como explicaré, los datos cuantitativos –obtenidos directamente de los dictámenes de la Comisión de Selección del Consejo de la Magistratura y de las actas del plenario, disponibles online– resultan más confiables. La información cualitativa, en cambio, proviene de diarios, versiones taquigráficas del Senado y reportes de ONG.

3.1. Análisis cuantitativo

La metodología de esta investigación se apoya casi completamente en el análisis de los datos obtenidos del sitio web del Consejo de la Magistratura.³⁰ Los resultados de los participantes en 119 concursos para cubrir 157 vacantes en juzgados federales, durante un período de 10 años, entre 1998 y 2008, fueron compilados en una tabla. Esta información es pública, pero no había sido compilada anteriormente de un modo que permitiera realizar este tipo de análisis.

La comisión de selección del Consejo de la Magistratura elabora un dictamen por cada concurso, incluyendo el nombre de los postulantes, el puntaje de los exámenes, de los antecedentes, los resultados de las apelaciones y de la entrevista, y la posición en el ranking final. Todos esos datos se compilaron en una gran tabla, agregando una columna para indicar quién fue finalmente nominado, y qué Presidente lo hizo.

En Argentina, realizar estudios empíricos, en general, no es fácil, principalmente porque la información no siempre está disponible públicamente. Al mismo tiempo, los datos existentes, en general, no están compilados. Pero hay que destacar que, para esta investigación, la disponibilidad de todos los dictámenes de la comisión de selección en la página web del Consejo de la Magistratura constituyó una fuente invaluable de información.

Metodológicamente asumí que las notas de los exámenes y la primera evaluación de los antecedentes (hecha sin conocer el resultado de los exámenes) representa un puntaje "objetivo" sobre los méritos de los candidatos. El examen escrito, anónimo, es evaluado por un jurado elegido por sorteo, compuesto por dos profesores de derecho y por dos jueces. Por ello, resultaría complicado para los jurados no ser imparciales, ya que no saben de quién es el examen que están evaluando.³¹ Por otro lado, los antecedentes son evaluados

³⁰ <www.pjn.gov.ar> (último acceso en marzo de 2009).

³¹ Sin embargo, podría ser posible detectar quién es el autor por el contenido del examen, desde que no son evaluaciones objetivas, tipo multiple-choice. Asimismo, los exámenes son manuscritos, y



sin saber el puntaje obtenido en el examen escrito, lo que dificulta que algún candidato sea favorecido substantivamente. Es cierto que el evaluador (un miembro de la Comisión de Selección) sí conoce de quién es el curriculum que está evaluando, y por ello, puede darle preferencia a un candidato sobre otros. Pero manipular los resultados no es tan sencillo porque el evaluador no conoce la otra mitad del puntaje. Cuando ambos puntajes (del examen y los antecedentes) son combinados, se crea un ranking inicial. En este estudio asumo que estos puntajes constituyen una medida objetiva de los méritos de los candidatos.

Luego de las apelaciones, el ranking inicial es modificado y es remplazado por un nuevo ranking, consecuencia de las apelaciones. Después de las entrevistas personales con los candidatos, se vuelve a cambiar el ranking y se crea el ranking final. Este ranking final –una vez aprobado por el plenario– constituye la terna que recibirá el Poder Ejecutivo. Metodológicamente asumí que las modificaciones realizadas en las apelaciones y en las entrevistas responden a factores que llamaré “políticos”. Estos factores incluirán cuestiones ideológicas de los consejeros, preferencias sobre valores morales de los candidatos, o afinidades partidarias.

Una variable llamada “variación” expresa la diferencia entre la posición en el ranking final y el ranking inicial. Esta variable mostrará cuantas posiciones un candidato ganó o perdió durante las apelaciones y la entrevista, y podrá dar una medida de los factores políticos intervinientes. Por ejemplo, si un candidato alcanzó la 12^{va} posición luego del examen y la evaluación inicial de los antecedentes (ranking inicial), y luego de las apelaciones queda en la posición 6^{ta}, para quedar en la posición 3^{ra} después de la entrevista personal (ranking final), su variación fue de “9” posiciones. En este caso, es posible asumir que sus méritos no fueron el único factor que la comisión tomó en cuenta para incluirlo en la terna, y que motivos políticos fueron substanciales para su inclusión en ella. Por el otro lado, una variación de “0” sugiere que los méritos (la posición en el ranking inicial) fueron el factor determinante de la inclusión del candidato en la terna.

Este cálculo debe hacerse concurso por concurso. Por ejemplo, si una candidata quedó en el 4^{to} lugar en el ranking inicial, y luego de las apelaciones y entrevista queda en el tercer lugar y es incluida en la terna, puede asumirse que sus méritos no fueron lo único relevante para su inclusión en la terna, más allá que la variación haya sido tan sólo de un puesto. Esa fue la diferencia necesaria para cruzar la línea que separa a los ternados de los no ternados. Sin embargo, como cada concurso tiene distinta cantidad de ternados, dependiendo de las vacantes disponibles,³² el análisis debe hacerse separadamente. Por ejemplo, en un concurso para cubrir 3 vacantes, la terna tendrá 5 integrantes, y en ese caso, si un candidato escaló de la posición 6 a la 5, cruzó la línea de los ternados.

quizás podrían reconocer la letra de los candidatos. Sería muy conveniente que el Consejo provea máquinas de escribir o computadoras para realizar el examen escrito.

³² Para este cálculo no tomo en cuenta las ternas complementarias porque el candidato está incluido en otra terna, ya que, en esos casos, el Presidente no puede nominarlos directamente, sino que previamente debe nominar al integrante “repetido” en la otra terna.





3.2. Análisis cualitativo

El análisis cualitativo se focalizó en aquellos candidatos identificados como *outliers* o atípicos. Usando la información cuantitativa fue posible identificar algunos casos extremos, atípicos, fuera del patrón, y entonces focalicé un análisis más detallado sobre aquellos.

En esos casos, recolecté información sobre las nominaciones judiciales en las tres ediciones online de los diarios nacionales más importantes del país: *Clarín*, *Página/12* y *La Nación*. También recopilé información de diarios locales en los casos correspondientes (por ejemplo, *El Liberal* y *Nuevo Diario* para Santiago del Estero) para obtener información sobre los candidatos, así como informes de ONG.

Las versiones taquigráficas de las audiencias en la Comisión de Acuerdos del Senado – también disponibles online³³ fueron revisadas para identificar nominaciones no confirmadas.

Sin embargo, este análisis cualitativo tiene debilidades. No pude realizar entrevistas a actores clave, que me hubieran aportado importantes datos. Esto fue debido, principalmente, a que el estudio fue realizado desde fuera de la Argentina, en un período de tiempo limitado, como parte de la tesis de maestría en la Universidad de Stanford, Estados Unidos. Por esta razón, sólo pude focalizar en la información disponible online. Por ello, los resultados cualitativos son meramente tentativos.

3.3. Población de los datos

El Consejo de la Magistratura resuelve ternas de candidatos para los juzgados federales y para las vacantes de los juzgados nacionales de la Ciudad de Buenos Aires.³⁴ Sin embargo, este estudio sólo hace foco en los juzgados federales (y no toda la actividad del Consejo de la Magistratura), principalmente porque aquellos están presentes en todas las provincias, y porque la jurisdicción federal es particular: esta jurisdicción puede tener cierto atractivo para los actores políticos.

Para este estudio fue compilada toda la información de los concursos federales, y entonces no fue necesario un muestreo aleatorio. Las referencias a la población están referidas a todos los concursos federales. Esto redujo también la necesidad de test estadísticos.

La población incluye todos los concursos federales desde la creación del Consejo de la Magistratura en 1998 hasta el 1 de Diciembre de 2008, fecha de corte de esta investigación. Este período de diez años fue dividido en tres partes, de acuerdo a las reformas legales que se produjeron. El primer período cubre desde la creación del Consejo, por la Ley

³³ <<http://www.senado.gov.ar>> (último acceso en marzo de 2009).

³⁴ Antes de la creación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 1994, la Ciudad era un territorio federal, y por esa razón el Senado Nacional y el Presidente de la Nación elegían sus magistrados. Luego de la reforma constitucional, esa facultad fue transferida a los poderes locales (de acuerdo al artículo 129 de la Constitución), pero hasta que se estableciera el traspaso de la justicia, el Consejo de la Magistratura continuará eligiendo los jueces nacionales de la Ciudad Buenos Aires (de acuerdo a la cláusula transitoria 15 de la Constitución).





24.937 (1998) y la reforma introducida por la Ley 25.669 en 2002. Esta modificación transfirió el poder de evaluar los antecedentes del jurado *ad-hoc* a la Comisión de Selección. El segundo período transcurre desde esa reforma (del año 2002) hasta la sanción de la Ley 26.080 (en 2006), que redujo la cantidad de miembros del consejo de 20 a 13, aumentando el peso relativo del oficialismo. Finalmente, el tercer período va desde la reforma del año 2006 hasta la fecha de corte de la investigación del 1 de diciembre de 2008.

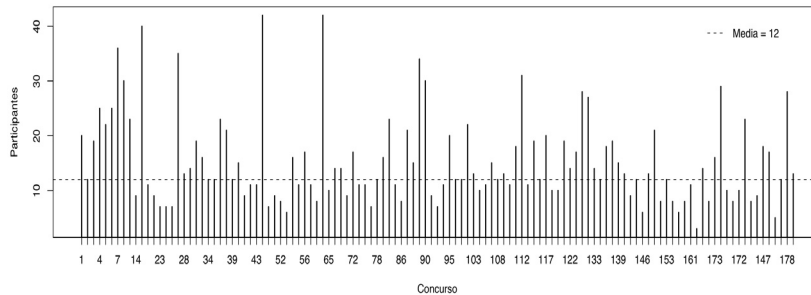
La base de datos creada incluye 119 concursos para cubrir 157 vacantes. De ellas, 10 concursos (para cubrir 13 vacantes) estaban pendientes en el Poder Ejecutivo, y entonces, la base de datos incluye sólo 144 nominados. El cuadro 1 muestra la distribución de estos 119 concursos de acuerdo al año en que fue aprobada la terna por el Consejo de la Magistratura. En promedio, el Consejo aprobó 13 ternas cada año, con un máximo de 19 en el año 2001 y un mínimo de 9 en los años 2000 y 2006.

Cuadro 1. Cantidad de concursos por año

Año	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Concursos	9	19	11	17	12	16	9	14	12

La figura 1 muestra la cantidad de concursantes por concurso. La media fue de 12 candidatos, pero existieron dos concursos con 42 postulantes cada uno, uno para cubrir 6 vacantes en los juzgados del fuero penal tributario, y el otro para cubrir 4 vacantes en los juzgados federales criminal y correccional de la Capital Federal. En el otro extremo, existió un concurso con tan sólo 3 inscriptos, para cubrir el juzgado federal de Chubut, donde todos los concursantes fueron ternados, y no existieron apelaciones. Sin embargo, en la mayoría de los concursos hubo entre 10 y 19 concursantes.

Figura 1. Cantidad de participantes por concurso



Algunos de los 1815 participantes en los 119 concursos fueron jugadores frecuentes. De hecho, hubo sólo 1160 participantes en total. El 75% de los candidatos participaron en un concurso, mientras el 25% restante lo hizo en más de uno. Domingo Montanaro





participó en 35 concursos (y fue ternado en 12 de ellos) y luego de él, Carlos Santacroce participó en la segunda mayor cantidad de procesos, 20, (y no fue nunca ternado).

IV. HALLAZGOS

La sección anterior presentó una vista rápida sobre la población de los datos recopilados. En esta sección, el análisis está centrado en los hallazgos de la investigación. El primer resultado muestra que las apelaciones no son usadas como una simple revisión de los puntajes otorgados por el jurado *ad-hoc* o por el primer consejero que califica los antecedentes, sino como una instancia política para cambiar las posiciones en el ranking. El segundo hallazgo es que los exámenes y la primera evaluación de los antecedentes son el factor más importante para ser ternado en el 73% de los casos, pero en el restante 27% también son relevantes consideraciones políticas para que un candidato sea incluido en la terna. Al mismo tiempo, 68% de las ternas incluyen al menos un candidato por razones políticas, que es nominado el 32% de las veces por el Presidente. El tercer hallazgo muestra que el sistema permite, de vez en cuando, la aparición de casos atípicos, donde la relevancia de los factores políticos es clara. En cuarto lugar, como explicaré, el impacto de las reformas legales (la que transfirió la facultad de evaluar los antecedentes del jurado *ad-hoc* a la Comisión, y la que redujo la cantidad de miembros del Consejo) fue relativo. Finalmente, el quinto hallazgo muestra que el Senado, en contadas ocasiones, constituyó el único foro público donde las organizaciones de la sociedad civil pudieron discutir las nominaciones, pero muchas veces esta instancia llegó muy tarde en el proceso. Voy a desarrollar estos puntos separadamente, por turnos.

4.1. Hallazgo 1: Las apelaciones son una instancia política

Las apelaciones no son utilizadas por la Comisión de Selección para corregir "errores materiales, vicios de forma o de procedimiento, o la existencia de arbitrariedad manifiesta".³⁵ Tan sólo en dos concursos, de 119, la comisión rechazó las apelaciones.³⁶ La máxima variación de un puntaje luego de las apelaciones fue de 57,5 puntos a favor de un candidato, y la mayor caída fue de 37 puntos para otro participante (en un promedio general de 118 puntos). No todos los participantes vieron modificados sus puntajes luego de las apelaciones, pero éstas sí ocurrieron en casi todos los concursos. Hay que tener en cuenta que para modificar los rankings no es necesario cambiar todos los puntajes.

La figura 2 muestra el rango de las modificaciones de los puntajes durante las apelaciones para cada concurso. Esto expresa gráficamente que en todos los concursos – salvo los números 2, 3 y 165 (interrupciones a la línea horizontal)– hubo algún cambio en

³⁵ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 37 del Reglamento de Concursos.

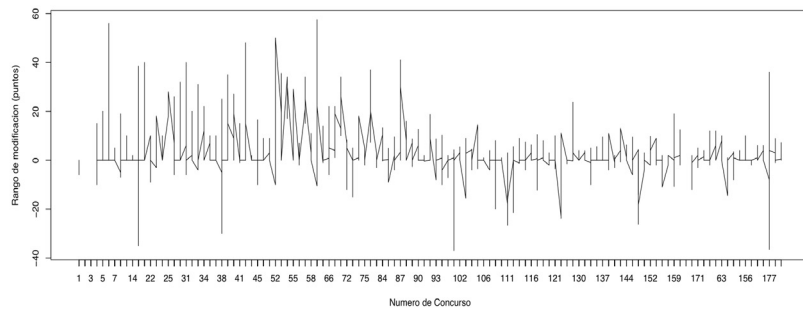
³⁶ Concursos 2 y 3 del año 2000. Por otro lado, en el concurso 165 para cubrir el juzgado federal de Chubut, con tres concursantes, ninguno apeló.





los puntajes. Por ejemplo, en el concurso número 1, la subcomisión modificó el puntaje de dos candidatos, reduciendo uno por dos puntos y el otro en seis. El resto de los concursantes se mantuvo sin cambios (diferencia = 0), entonces la línea vertical en la figura va desde 0 (uno de los extremos, sin variación) hasta -6 (el otro extremo).

Figura 2. Rango de modificación del puntaje en las apelaciones, por concurso



Más adelante voy a volver a este gráfico para analizar por qué las mayores modificaciones se produjeron en los primeros concursos (ver hallazgo 4.4.1), pero acá el foco está puesto en que en casi todos los concursos existieron importantes modificaciones durante las apelaciones. El promedio de modificaciones por concurso fue de 18.42 puntos. Entonces, resulta muy difícil afirmar que las apelaciones están siendo usadas sólo para corregir errores materiales, vicios de procedimiento o arbitrariedades manifiestas. Por el contrario, parece ser la primera oportunidad que tiene la Comisión de Selección para modificar los puntajes del concurso, de acuerdo a preferencias políticas, conociendo todos los resultados de los concursantes. Si esta etapa fuera usada para los fines que establece el reglamento, difícilmente podría encontrarse una tasa de modificaciones en las apelaciones del 99,97% de los concursos.

4.2. Hallazgo 2: Los méritos son determinantes para aproximadamente el 70% de los ternados, y en casi el 70% de las ternas existe al menos un candidato por razones políticas

4.2.1. Variación en el Consejo de la Magistratura

Al comparar la posición en el ranking inicial con la del ranking final es posible identificar 222 candidatos (44,22%) de 505 ternados (incluyendo ambas listas complementarias: aquellos concursos con más de una vacante, y aquellos concursantes ya ternados en otros concursos) que subieron posiciones durante el proceso. La posición en el ranking final de estos candidatos no fue producto exclusivamente de sus méritos, sino que durante las apelaciones y la entrevista, otras consideraciones (sus valores morales, su ideología o





sus contactos políticos) hicieron que trepen posiciones. Los restantes 292 candidatos ternados (el 55,78%) mantuvieron su posición inicial o cayeron algunas posiciones durante el proceso.

Sin embargo, este cálculo no toma en cuenta la "línea de los ternados". Por ejemplo, si un candidato estaba inicialmente en el tercer lugar y luego termina en el primero o segundo lugar, su posición final no es exclusivamente debido a sus méritos, pero, de todos modos, hubiera sido incluido en la terna por sus méritos. Para excluir estos casos, es necesario hacer el cálculo analizando los cambios en cada proceso.

En los 119 concursos hubo 1815 participantes, de los cuales 395 integraron el *pool* de donde el Poder Ejecutivo podía realizar nominaciones.³⁷ En 80 de esos 119 procesos (67,23%) al menos un candidato en la terna mejoró su posición cruzando la línea de los ternados, durante las apelaciones o las entrevistas. De esos 80 concursos, 56 ternas (47%) incluyeron a un candidato que mejoró posiciones, y 24 (20,16%) incluyeron dos o tres candidatos que cruzaron la línea de los ternados. En los restantes 39 concursos, el ranking inicial fue constitutivo del ranking final y de la terna.

Mirando a los 395 candidatos ternados, es posible identificar 290 casos (73,41%) donde los méritos fueron suficientes como para incluirlos en la terna –en las primeras tres posiciones o más, dependiendo de las vacantes en juego–, y 105 candidatos (26,58%) cuyos méritos no fueron el único factor para ser incluidos en la terna. Estos candidatos tuvieron que mejorar posiciones para terminar incluidos en la terna. El cuadro 2 resume los cambios en los rankings a lo largo del proceso de los 395 candidatos ternados. Al mismo tiempo que estos 105 candidatos subían posiciones, un segundo grupo similar bajaba posiciones.³⁸

Cuadro 2. Cambios de los ternados entre ranking inicial y ranking final

	Apelaciones		Final	
	N	%	N	%
Sin cambios	344	87,08	290	73,42
Con mejoras	67	16,96	105	26,58

La primera columna del Cuadro 2 muestra la modificación en las primeras posiciones del ranking después de las apelaciones, y la segunda columna muestra el total de cambios con las apelaciones y las entrevistas. La mitad de los cambios se produjeron durante las apelaciones (395 - 344 = 51 casos, 13%) y la otra mitad durante las entrevistas (344 - 290 = 54 casos, 14%). Ambas instancias fueron igual de importantes para modificar el ranking inicial e introducir consideraciones políticas.

³⁷ No estoy tomando en cuenta la lista complementaria por candidatos ternados en otro concurso. Contándolos, resultan los 505 ternados referidos en el párrafo anterior. Pero de ellos, el o la presidenta sólo tuvo 395 opciones para nominar.

³⁸ Durante las apelaciones, algunos candidatos estuvieron empatados en la misma posición, y por esa razón, los "sin cambios" sumados a los "con mejoras" totalizan más que 395.





Como vimos, el 73,41% de los candidatos ternados estaban ubicados en las primeras posiciones en el ranking inicial. Para estos candidatos, el proceso fue similar al modelo meritocrático descrito en la sección 2, y fueron incluidos en la terna por su desempeño en el examen y la primera calificación de sus antecedentes. Por el otro lado, para el restante 26,58% de los candidatos ternados, el sistema fue distinto al modelo meritocrático descrito: fueron incluidos en la terna por consideraciones políticas, como su ideología, sus valores morales, o sus preferencias partidarias.

4.2.2 Variación en el Poder Ejecutivo

Sin embargo, este no es el final del proceso. Una vez que el Consejo de la Magistratura aprueba la terna, el Presidente tiene que nominar un candidato o candidata y solicitar el acuerdo del Senado. Durante el período de la investigación, cuatro presidentes nominaron candidatos: Fernando de la Rúa, Eduardo Duhalde, Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner.³⁹

De acuerdo al diseño institucional, el Poder Ejecutivo puede elegir el o la candidata que prefiera de la terna, sin ninguna otra restricción que una verificación acerca de su compromiso con el sistema democrático (Maxit, 2006:182). Pero, aun en un modelo político, las calificaciones de un candidato son importantes. De este modo, cuando un Presidente elige al primer candidato de la terna, supuestamente, estaría tomando en cuenta sus méritos.

La figura 3 muestra la posición en la terna de los nominados por el Ejecutivo. Hubo 144 nominaciones en el período de 10 años; De la Rúa nominó 20 candidatos, y la mayoría de las veces eligió al primero de la terna. Lo mismo puede ser dicho de Néstor Kirchner, quien nominó 76 candidatos. Duhalde (con 29 nominaciones) eligió al primero y al tercero de las ternas la mayoría de las veces. Y finalmente, Fernández de Kirchner eligió en igual proporción al primero, segundo y tercero en sus 19 nominaciones.

Metodológicamente, este estudio asume que el ranking inicial refleja, de algún modo, el modelo meritocrático, y luego, consideraciones políticas modifican las posiciones. Entonces, resulta relevante analizar la posición de los nominados en el ranking inicial. La figura 4 muestra el ranking inicial de los nominados, según cada Presidente.

Los resultados son similares a los de la figura 3, dado que los presidentes, en general, eligieron a los primeros en el ranking inicial la mayoría de las veces. El primer candidato en el ranking inicial fue nominado en 39 concursos de 144 (27%), y el segundo en 25 casos (17,63%). De la Rúa nominó al candidato mejor posicionado en el ranking inicial el 30% de las veces, Duhalde lo hizo el 31%, Kirchner, el 25% y Fernández de Kirchner 26,33% (y eligió al cuarto la mayor parte de las veces, un 31,6%).

Los gráficos de la figura 4 muestran una cola a la derecha más larga que los de la figura 3, lo que significa que candidatos más lejos de las posiciones superiores en el ranking inicial, también fueron nominados. Al mismo tiempo, estos gráficos muestran importantes variaciones durante el proceso, y candidatos ubicados en el 9º lugar, 11º, e

³⁹ Ramón Puerta, Adolfo Rodríguez Saá y Eduardo Camaño, presidentes interinos entre el 21 de diciembre de 2001 y el 1 de enero de 2002, no nominaron candidatos.





Figura 3. Posición en la terna de los nominados, según Presidente

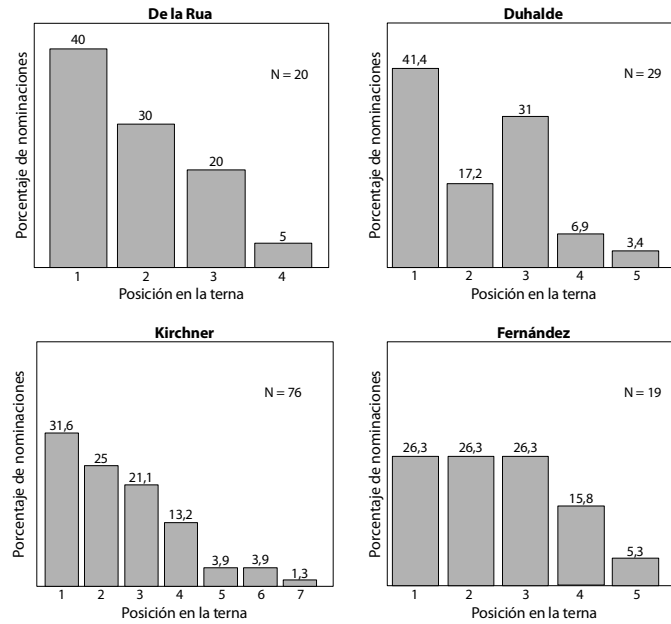
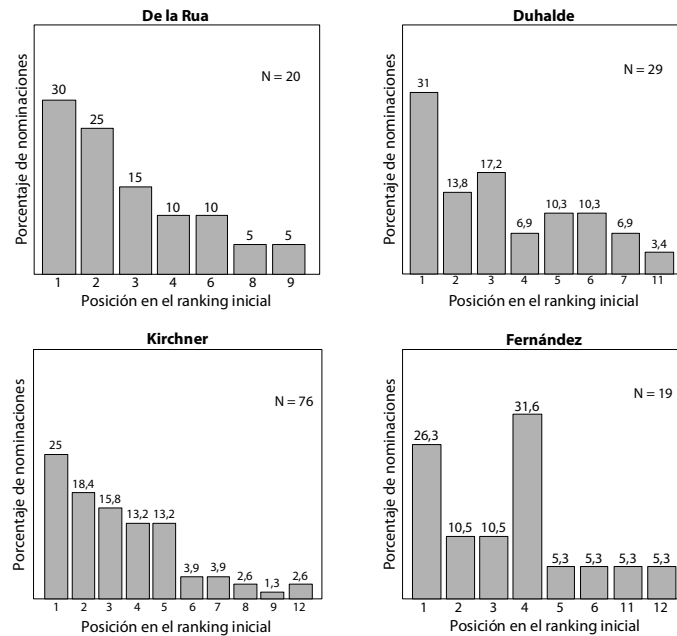


Figura 4. Posición en el ranking inicial de los nominados por Presidente





incluso en el 12º lugar luego del examen y la evaluación inicial de antecedentes, fueron finalmente nominados por el Ejecutivo.

El Cuadro 3 muestra la relación entre los cambios de los nominados desde el ranking inicial hasta el lugar en la terna, por Presidente. Se puede ver que 290 candidatos fueron incluidos en la terna por el Consejo de la Magistratura gracias a sus méritos, y que en 105 casos, consideraciones políticas también fueron importantes. Los presidentes nominaron a estos candidatos que cruzaron la línea de los ternados el 32% de las veces, aún cuando éstos representasen el 26,6% de los candidatos en la terna. Esto significa que hubo una preferencia del Ejecutivo por estos candidatos. Entonces, puede hablarse de cierta coordinación entre el Consejo de la Magistratura y el Poder Ejecutivo: si el Consejo de la Magistratura decide incluir un candidato en la terna no sólo por sus méritos, sino por consideraciones políticas, es más probable que el Presidente lo prefiera.

Cuadro 3. Cambios desde el ranking inicial hasta la terna para los nominados por presidente

	Consejo		De la Rúa		Duhalde		Kirchner		Fernández		Total Pres.	
	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%
Sin cambios	290	73,41	15	75	20	68,96	52	68,42	11	57,9	98	68,06
Con mejoras	105	26,58	5	25	9	31,04	24	31,58	8	42,1	46	31,94
Total	395		20		29		76		19		144	

No es claro si esta preferencia es una deferencia del Ejecutivo en el Consejo, o si, por el contrario, el Consejo lo incluye en la terna porque el Ejecutivo lo prefiere. Sería necesaria una investigación cualitativa para clarificar este punto. Sin embargo, los datos muestran que esta correlación existe.

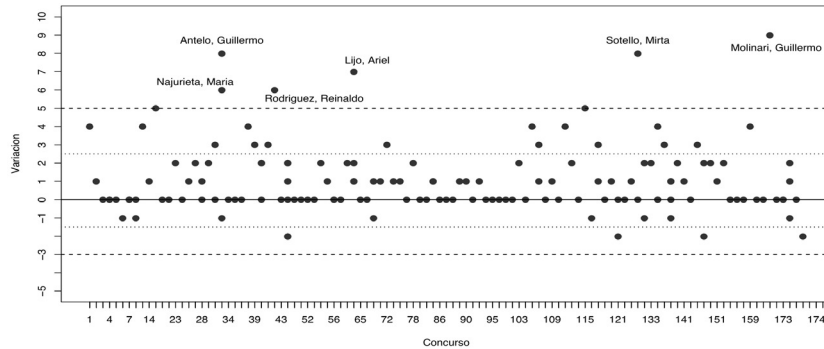
Al mismo tiempo, el cuadro muestra que De la Rúa prefirió el 75% de las veces candidatos que no cambiaron su posición luego de la parte meritocrática del concurso, y que ese porcentaje fue descendiendo Presidente tras Presidente, hasta que Fernández de Kirchner los prefirió en el 58% de los casos (y nominó a candidatos que no estaban en el primer lugar en el ranking inicial en el 42% de las veces). Es posible afirmar, entonces, que para la presidenta Fernández de Kirchner los méritos de un candidato son relevantes en el 58% de los casos, pero no son lo único relevante para el restante 42%.

4.3. Hallazgo 3. El proceso permite excepciones: los casos atípicos

Siguiendo con la diferencia entre la posición en el ranking inicial y el ranking final o terna, es posible identificar que los candidatos nominados, en la mayoría de los casos, tuvieron una variación de alrededor de 0 posiciones. La figura 5 presenta un gráfico de puntos con la variación de cada candidato nominado. Cada punto representa un candidato; en el eje x está el número de concurso y en el eje y, la variación entre el ranking inicial y la terna de los nominados (en cantidad de posiciones).



Figura 5. Casos atípicos de candidatos nominados



Puede observarse que la mayoría de los candidatos nominados tuvo una variación de 0 posiciones. De hecho, el 61,65% tuvieron una variación entre 0 y 1 punto. Las líneas de puntos en la figura 5 marcan el rango inter-cuartil de 1,5 veces la diferencia entre el cuartil superior y el inferior sobre el cuartil superior e inferior, y las líneas de rayas señalan 3 veces el rango inter-cuartil sobre los cuartiles superior e inferior.⁴⁰ Para identificar los casos atípicos, utilizaré las líneas externas, las rayadas.⁴¹ Los casos atípicos están representados por los puntos superiores (Antelo, Lijo, Najurieta, Rodríguez, Sotelo y Molinari), y de ellos voy a focalizar solamente en los tres casos más extremos: Molinari, Sotelo y Antelo.

4.3.1 Guillermo Molinari

Cristina Fernández de Kirchner nominó a Guillermo Molinari en 2008. En el ranking inicial estuvo ubicado en el 12º lugar y terminó en el 3º en el ranking final o terna.⁴² Su caso constituye, quizás, la más clara evidencia de cómo el sistema puede ser vulnerable.

Molinari obtuvo 62 puntos en el examen escrito, ubicándose en la posición 13 de 14 participantes, y luego de sumar sus antecedentes (73 puntos) quedó en la posición número 12 en el ranking inicial. Luego de las apelaciones, escaló a la posición 6º. Una mirada atenta sobre el criterio utilizado por el subcomité muestra la gran discreción que posee.

⁴⁰ Los cuartiles se obtienen al dividir en cuatro partes iguales una lista ordenada de los valores. El rango inter-cuartil es la diferencia entre el cuartil superior y el inferior. Los cuartiles son útiles para identificar los valores extremos, y si se encuentran más allá de 1,5 veces la diferencia entre el cuartil superior y el inferior, sobre el inferior o más abajo del inferior, puede hablarse de casos atípicos (Crawley, 2007:280).

⁴¹ No es posible tener casos atípicos por debajo del cuartil inferior porque estoy mirando sólo a los candidatos nominados, incluidos en la terna. Si un candidato baja alrededor de 3 posiciones, por ejemplo, difícilmente será incluido en la terna.

⁴² Una variación de 9 posiciones queda a 4,65 desvíos estándar del promedio ($z\text{-test} = 4.65$, valor $p=0$). Esta variación difícilmente se dio de casualidad.





Molinari no fue profesor de ningún curso, ni ayudante o jefe de trabajos prácticos en alguna universidad. No es un académico, pero disertó en dos eventos y por ello el subcomité le otorgó 5 puntos en la categoría "docencia". Al mismo tiempo, Reynaga, otro participante en el mismo concurso, fue profesor de derecho penal en la Universidad de Catamarca durante seis años, y fue ayudante en otro curso por cinco años, y recibió sólo 2,25 puntos en la categoría "docencia".

Luego de haber alcanzado la sexta posición en las apelaciones, Molinari fue convocado a la entrevista personal, donde –según el mismo subcomité– "Molinari se destacó por haber demostrado un cabal conocimiento de la situación del Juzgado cuya vacante se concursaba". Por esta razón, fue ubicado en la tercera posición en el ranking final, entrando así en la terna.

Molinari era, al momento del concurso, el juez subrogante en el juzgado vacante. Fue designado como subrogante luego de la renuncia del juez Toledo (que enfrentaba un proceso de remoción). Molinari había sido diputado provincial por el radicalismo, y estaba alineado políticamente con el gobernador Zamora. Este último se identificaba como un *Radical K*, esto es, un miembro del partido radical (oposición) pero con fuertes coincidencias con el gobierno de Fernández de Kirchner. Este cambio de lealtades hizo que el partido radical tradicional lo considerara un desertor. Molinari tenía fuertes vínculos con Zamora, y ningún conflicto con el gobierno nacional. Probablemente, por esta razón fue incluido en la terna, y la Presidenta lo nominó para el juzgado federal de Santiago del Estero.

Sin embargo, Molinari pasó un momento difícil en el Senado. En la Comisión de Acuerdos, el jefe de la bancada radical, el senador Gerardo Morales, llamó la atención acerca de su ascenso de posiciones durante el concurso, su relación cercana con el gobernador Zamora, y su posible falta de independencia. Otros partidos como la Coalición Cívica y el Socialismo, se unieron al radicalismo para rechazar el pliego. Sin embargo, el oficialismo dominaba la mayoría de la comisión y emitieron dictamen aprobatorio de su pliego, aprobado por mayoría.⁴³ El pleno del Senado aprobó su nominación por mayoría de 32 votos a 11.⁴⁴

4.3.2. Mirta Sotelo

El segundo caso extremo es el de Mirta Sotelo de Andreau, en el concurso 126 (variación de 8 posiciones).⁴⁵ Néstor Kirchner la nominó en 2006. La situación de Sotelo es diferente de la de Molinari. Su curriculum de 100 páginas muestra extensos estudios en derecho administrativo, incluyendo una maestría en España. En el ranking inicial del concurso 126 (para elegir dos jueces para la Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes) quedó ubicada en el lugar 12, de 28 participantes. Luego de las apelaciones alcanzó la ubicación número 5. Como existían dos vacantes para cubrir, la terna debía estar integrada por cuatro candidatos. Al mismo tiempo, el candidato en el tercer lugar –el juez de Paso

⁴³ Dictamen 1415/08, aprobado el 11/12/08.

⁴⁴ Aprobado el 15/04/09. Este fue uno de los pocos pliegos aprobados por mayoría desde la creación del Consejo de la Magistratura. En general son aprobados por unanimidad.

⁴⁵ z. test = 4.09, valor p=0.



de los Libres, Juan Oliva– fue acusado penalmente por su actuación en una causa sobre violaciones a la ley de importación y fue excluido del concurso.⁴⁶ Sotelo alcanzó así la cuarta posición en la terna.

Al mismo tiempo, Sotelo participaba en el concurso 130 para cubrir dos vocalías en la Cámara federal de Resistencia. En ese concurso quedó inicialmente rankeada en la posición 6º, y luego de la entrevista, alcanzó la posición 3º. Sin embargo, el concursante Gustavo Fresneda, que estaba posicionado en el primer lugar del concurso, fue excluido luego de que hubiera sido acusado penalmente por fraude. Así, Sotelo llegó a la segunda posición. Como había dos vacantes para cubrir, la terna debía integrarse con cuatro candidatos, pero como Sotelo estaba también incluida en la terna del concurso 126, se agregó un nombre complementario: María Denogens.

El mismo día, el presidente Kirchner nominó a los cuatro candidatos para los dos concursos: Ramón González (3º en la terna) y Mirta Sotelo (4º en la terna) para Corrientes; y José Aguilar (3º en la terna) y María Denogens (5º en la terna) para Resistencia. El Senado confirmó a los cuatro.

Es muy difícil hablar acá de política en el mismo sentido que en el caso de Molinari, pero el hecho de que los dos concursos compartieran candidatos fue un factor importante para el Ejecutivo al momento de decidir las nominaciones. Con la información que tengo es muy difícil afirmar que esta fue la principal razón, pero para nominar a Denogens en Resistencia, Sotelo tenía que ser nominada en Corrientes.

4.3.3. Guillermo Antelo (y María Najurieta)

Eduardo Duhalde nominó a María Najurieta y Guillermo Antelo para cubrir dos vacantes en la Cámara Federal Civil y Comercial de la Capital Federal, en el mismo concurso. Najurieta se ubicó primera en la terna, luego de quedar en la posición 7º en el ranking inicial (variación = 6)⁴⁷ y Antelo alcanzó la posición 3º en la terna luego de ubicarse en la posición 11º en el ranking inicial (variación = 8).⁴⁸

Las apelaciones en este concurso cambiaron la mayoría de las posiciones iniciales. La figura 6 muestra gráficamente los cambios. Fue un concurso muy controvertido, y la comisión aprobó la recomendación con cuatro dictámenes en minoría. Empero, Najurieta –entonces secretaria de Augusto Belluscio (juez de la Corte Suprema nombrado por Alfonsín en 1983)– estuvo incluida en todas las versiones de los dictámenes, y en el de mayoría quedó en el primer lugar.

Empero, no había acuerdo sobre Antelo. El senador justicialista Miguel Piccheto lo ubicó en el 2º lugar, y a Najurieta en el 4º, pero otros miembros de la comisión estaban en desacuerdo, e incluso en algunos dictámenes Antelo no estaba incluido en la terna.

⁴⁶ Paso de los Libres es una de las ciudades más importantes en la frontera con Brasil. El juez finalmente renunció a su cargo en febrero de 2009, luego de que su juzgado “extraviara” 18 kilos de marihuana.

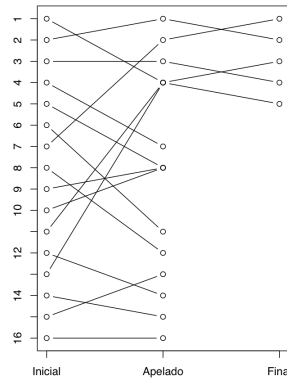
⁴⁷ z. test = 2.95, valor. p=0.003.

⁴⁸ z. test = 4.09, valor p=0.001.





Figura 6. Rankings del concurso 33



No está claro por qué el presidente Duhalde nominó a ambos. Antelo, en ese entonces, era secretario del Presidente de la Corte Suprema, Julio Nazareno, y en 2002 Duhalde estaba intentando avanzar con la destitución de Nazareno y del resto de los jueces de la Corte, incluyendo a Belluscio. Sin embargo, Duhalde eligió a Antelo y Najurieta para la Cámara Civil y Comercial Federal y solicitó su acuerdo al Senado.⁴⁹

En el Senado ocurrió un evento peculiar. El ex presidente Alfonsín, entonces senador, fue capturado por un fotógrafo del diario *La Nación* durante una sesión (sin relación con los acuerdos) leyendo un papelito que acababa de recibir que decía: "Juez que hay que cajonear es Antelo". Alfonsín no tenía idea de quién era Antelo, y pasó el papelito a otro senador radical, consultando si lo conocía. El papel fue y volvió varias veces, y a la mañana siguiente fue la noticia del día de todos los diarios.⁵⁰ Debido a la publicidad que tuvo este papel, Alfonsín declaró públicamente que no tenía nada en contra de Antelo, y solicitó la rápida aprobación de su pliego. Al día siguiente, el presidente de la bancada radical, Carlos Maestro, se reunió con Antelo y le dio su apoyo.⁵¹ Su pliego fue aprobado por unanimidad.

Estos tres casos muestran que el sistema puede funcionar de un modo altamente politizado. En los tres casos, otras consideraciones que los méritos fueron factores muy importantes en la designación. Quizás, el caso más claro es el de Molinari. El caso de Sotelo muestra cómo dos procesos pueden estar interrelacionados y como la decisión en un

⁴⁹ Muchas razones pueden pensarse para esto. Primero, Duhalde no tenía muchas opciones de las que elegir: Antelo, Najurieta y Herrera (tres de los cuatro ternados) trabajaban con Nazareno, Belluscio y Vázquez respectivamente (tres magistrados de la Corte Suprema). A su vez, en ese momento, la comisión de acusación de la Cámara de Diputados trabajaba con bastante independencia del Poder Ejecutivo, y seguramente existían negociaciones políticas con los jueces de la Corte. Finalmente, Duhalde decidió frenar el juicio político.

⁵⁰ Ver diario *Clarín*, 17/05/02, "Alfonsín: entre un papel indiscreto y el ascenso de un camarista".

⁵¹ Diario *La Nación*, 17/05/02, "Maestro se reunió con Antelo y lo respaldó".





concurso puede incidir en otro. Finalmente, el caso de Antelo muestra cómo las discusiones sobre los apoyos políticos de los candidatos aún es un tabú para la sociedad argentina, debido a que, supuestamente, las designaciones judiciales no deben ser políticas.

4.4. Hallazgo 4: Relativo impacto de las reformas legales

Durante el período de diez años de este estudio, hubo dos reformas legislativas que modificaron el proceso de selección de jueces. La primera fue la sanción de la Ley 25.669, que transfirió el poder de calificar los antecedentes del jurado *ad-hoc* a la Comisión de Selección. La segunda fue la Ley 26.080, que redujo la cantidad de miembros del Consejo de 20 a 13. La primera reforma no tuvo una discusión pública como la segunda, donde la mayoría de las organizaciones de la sociedad civil reaccionaron críticamente por la posible manipulación de las designaciones judiciales. Las analizaré separadamente.

4.4.1. El poder de evaluar las calificaciones

La primera modificación legal al proceso de selección de jueces fue realizada en el año 2002, y transfirió la potestad de evaluar los antecedentes de los candidatos del jurado *ad-hoc* (que realizaba también la evaluación de los exámenes escritos) a la Comisión de Selección. La presidenta de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, en la discusión parlamentaria, justificó la reforma diciendo que los jurados no evaluaban los antecedentes en el tiempo debido, y además, que un mismo candidato podía obtener diferentes notas en distintos concursos, cuando sus antecedentes eran los mismos.

La base de datos elaborada no mide la duración del proceso, y por esta razón es imposible analizar si se cumplió con el primer objetivo. Sin embargo, la figura 7 muestra claramente que el segundo objetivo no fue alcanzado. Es cierto que antes de la reforma (esto es, en el período 1) un mismo participante podía obtener diferentes puntajes en sus antecedentes en distintos concursos, pero esto no fue solucionado luego de la reforma. En los períodos 2 y 3 (luego de la reforma), el mismo participante aun obtiene distintos puntajes en diferentes concursos. Tomando los puntajes que obtuvo el participante que en más concursos participó, Domingo Montanaro, vemos que obtuvo antes y después de la reforma distintos puntajes de sus antecedentes.

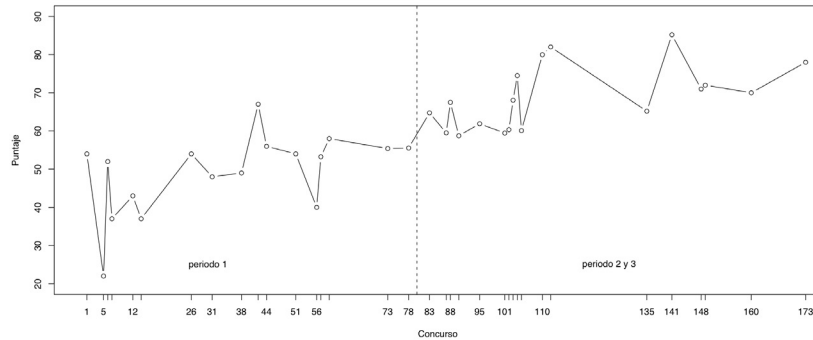
Montanaro recibió distintos puntajes por sus antecedentes en cada concurso en el que participó, antes y después de la reforma. La transferencia de la facultad de calificar los antecedentes a la comisión no resultó en una unificación de los puntajes de los antecedentes de cada concursante.⁵²

Empero, la reforma legal tuvo otras consecuencias, no discutidas abiertamente en el debate parlamentario. Volviendo a la figura 2 (que mostraba las líneas verticales con el rango de variación de los puntajes en las apelaciones), es posible identificar que los mayores

⁵² Es posible identificar una tendencia ascendente en las calificaciones, porque entre concurso y concurso Montanaro ganó años de experiencia. Entre el primero y el último concurso pasaron 8 años. Sin embargo, acá el punto es que en todos los concursos obtuvo distintos puntajes de sus antecedentes, y eso es lo que la reforma pretendía evitar.



Figura 7. Puntaje de los antecedentes de Montanaro por concurso



rangos de variación de puntajes durante las apelaciones ocurrieron en el período 1, antes de esta reforma. Probablemente, la consecuencia más importante de esta modificación legal fue justamente esta: achicar las diferencias entre el jurado y la Comisión. El cuadro 4 analiza el promedio de la diferencia entre los puntajes de la apelación y los puntajes iniciales para el período 1 (antes de la reforma) y el período 2 y 3 (después de la reforma).

Cuadro 4. Diferencia entre las apelaciones y el puntaje inicial

	Min.	Prom.	Max.	DE.
Período 1	-35,00	5,54	57,50	9,86
Período 2 + 3	-37,00	1,08	41,00	6,72

Es posible observar que el promedio de la diferencia entre los puntajes de la apelación y los puntajes iniciales es mayor –de un modo estadísticamente significativo– en el período 1 que en los períodos 2 y 3, y también que el período 1 tiene una dispersión mayor (mayor desvío estándar).⁵³

Los datos muestran que una de las consecuencias de transferir la facultad de evaluar los antecedentes a la Comisión fue la reducción de la diferencia entre los puntajes iniciales y los puntajes luego de las apelaciones. El jurado *ad-hoc* está compuesto de jueces y profesores elegidos al azar para cada proceso, y por ello sacarle esta facultad pudo disminuir la objetividad o la importancia de los méritos en el proceso de selección. Las menores diferencias entre las apelaciones y los puntajes iniciales, después de la reforma, sólo muestran que el criterio del evaluador inicial y del revisor tienen mayor afinidad (que luego de la reforma son ambos de la Comisión de Selección). Luego de esta reforma el proceso fue realmente modificado, y es menos objetivo que antes.

⁵³ Para realizar esta evaluación, corrí dos test del Estudiante, estableciendo una hipótesis nula de que ambos promedios eran iguales. El resultado fue valor.t = 10.9596, valor.p < 2.2e-16.





4.4.2. Reducción de la cantidad de miembros del Consejo

La principal consecuencia de la Ley 26.080 fue la reducción de la cantidad de miembros del consejo de 20 a 13 y –al mismo tiempo– el incremento de la representatividad del oficialismo.

Para analizar si el Consejo funcionaba de un modo mayormente meritocrático antes de la reforma, es necesario comparar el promedio de la variación en posiciones del ranking inicial y el ranking final para el período 2 (antes de esta reforma) y el período 3 (después de la reforma). El período 1 fue excluido porque la reforma anterior impactó en esta variación. El cuadro 5 muestra el promedio de variación entre el ranking inicial y final de los dos períodos.

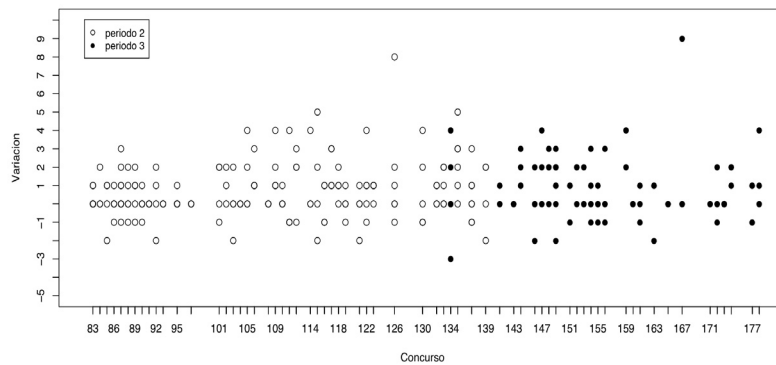
Cuadro 5. Variación para los períodos 2 y 3

	Min.	Prom.	Max.	DE.
Período 2	-2.00	0,66	8.00	1,44
Período 3	-3.00	0,76	9.00	1,60

Con estos resultados es imposible afirmar que existe una diferencia estadísticamente significativa entre el promedio de variación en los dos períodos, antes y después de la reforma.⁵⁴ La Ley 26.080 no creó una mayor variación entre el ranking inicial y el ranking final, es decir, no provocó una mayor politización del proceso.

Sin embargo, un análisis de los promedios puede esconder una mayor frecuencia de casos atípicos. La figura 8 muestra la variación de los períodos 2 (puntos blancos) y 3 (puntos negros) gráficamente.

Figura 8. Variación entre el ranking inicial y el final para los períodos 2 y 3



⁵⁴ Aun corriendo un test de dos muestras, estableciendo alternativamente una hipótesis de que el promedio de la variación en el período 3 es mayor al período 2, no es posible rechazar la hipótesis nula: valor.p=0.2964 (fijando la significancia en 0.05).





Es posible identificar que los puntos extremos fueron para el período 3, y quizás esto es consecuencia de la Ley 26.080: la mayoría de los casos no tienen diferencias con el período anterior, pero es más fácil para el Consejo vulnerar el sistema con casos extremos. Sin embargo, más datos son necesarios para determinar si esto es reflejo de un patrón, o no.

4.5. Hallazgo 5: El Senado como un foro público imperfecto

El Senado constituyó el foro público para la sociedad civil para discutir sobre los candidatos, pero sólo en contadas ocasiones, y aun en ellas, el resultado fue insatisfactorio. Desde la creación del Consejo de la Magistratura, el Senado nunca rechazó un candidato expresamente (Llanos y Figueroa Schibber, 2007), pero no aprobó cuatro nominaciones para jueces federales⁵⁵ y el Presidente tuvo que retirar sus pliegos.⁵⁶ Tomando en cuenta las 144 nominaciones, el Senado no aprobó sólo el 2,8% de ellos. Esta baja proporción muestra que el Senado no tuvo un papel relevante en la selección de jueces.

El cuadro 6 resume los casos no aprobados, con los puntajes de los nominados, los rankings del Consejo de la Magistratura, y quién se opuso a la nominación. Los puntajes y la variación de los candidatos no muestran una característica significativa.

Cuadro 6. Rankings en el Consejo de los nominados no aprobados

	Punt.	Inicial	Apelación	Final	Variación	Oposición
Assaf, Amalina	162	2	2	1	1	Senador
Monti, Victor	162	1	1	2	-1	ONGs
Compaired, Carlos	133	3	3	3	0	ONGs
Aguilar Horacio	163,5	4	4	3	1	Col. Abogado Senador

El primer caso fue el de Amalina Assaf, para el juzgado federal de Catamarca, cuya nominación fue objetada por los tres senadores de Catamarca. La Comisión trató esta oposición como si fuera una especie de la regla de la "ficha azul", y no fijó audiencias de confirmación. Finalmente, la candidata renunció y el Presidente nominó al segundo candidato de la terna, Víctor Monti Herrera, quien tenía el apoyo político de los senadores de Catamarca. Sin embargo, organizaciones de derechos humanos –familiares de víctimas de la última dictadura militar– formalmente expresaron preocupaciones sobre su nominación por el apoyo de Monti a la última dictadura.⁵⁷ El Presidente retiró su pliego, y solicitó

⁵⁵ Sin tomar en cuenta jueces nacionales, o funcionarios del ministerio público.

⁵⁶ Hubo otros dos casos, Graciela Vilas y Graciela Montesi, donde las candidatas renunciaron antes de las audiencias de confirmación.

⁵⁷ Las observaciones fueron presentadas por la Asociación Madres de Plaza de Mayo, línea Fundadora, HIJOS y HERMANOS; y la fundación "Luis y Olga Aredes", de Tucumán. Según las impugnaciones, Víctor Monti fue juez durante la dictadura y en democracia, durante una conferencia que brindaba el Secretario de Derechos Humanos, Monti reivindicó expresamente la dictadura.





al Consejo de la Magistratura que inicie nuevamente el procedimiento. El tribunal está vacante desde 2001.⁵⁸

El segundo caso es el de Compareid, que afrontó una situación similar a la de Monti. Fue nominado para la Cámara federal de la Plata, cuando dos organizaciones de derechos humanos se opusieron a su nominación⁵⁹ por su falta de compromiso con los derechos humanos y el sistema democrático, y porque la Comisión de Disciplina del Consejo de la Magistratura estaba estudiando una denuncia sobre corrupción que lo involucraba. Antes de la audiencia de confirmación, la Presidenta retiró su pliego. Pero algunos meses después, lo presentó por segunda vez. Compareid se presentó a la audiencia y dio algún tipo de explicación acerca de la denuncia de corrupción. Su pliego fue aprobado por mayoría.⁶⁰

El Ejecutivo también tuvo que retirar otro pliego por la oposición de los senadores de la provincia de la vacante, en el caso de Horacio Aguilar, nominado para la Cámara Federal de Salta. En este caso, el Colegio de Abogados de Jujuy, y los senadores jujeños Gerardo Morales (líder de la oposición) y Guillermo Jenefes (del oficialismo) se opusieron a su nominación (la Cámara de Salta también tiene jurisdicción sobre Jujuy). Según la senadora por Salta, Sonia Escudero, la objeción provino porque existiría un acuerdo político de que la vacante debiera ir para un candidato jujeño.⁶¹ La existencia de este tipo de acuerdos es común en modelos políticos, pero resulta inadecuado en un modelo meritocrático.

En conclusión, aun cuando el Consejo de la Magistratura realiza audiencias públicas, o el Poder Ejecutivo cuenta con un procedimiento participativo como el del decreto 588/03, la pluralidad y publicidad de la discusión hace que sea el Senado el órgano más receptivo de la sociedad civil para discusiones políticas sobre los candidatos. El problema es que esta discusión amplia sólo ocurre en contadas ocasiones, y en la mayoría de los casos, el acuerdo del Senado no es más que un requisito formal.

4.6. Otros hallazgos: La disparidad de género aún está presente

La base de datos confirma el patrón de autoexclusión de las mujeres que detectó Bergallo (2004:60) y verifica que el problema continuó a lo largo del tiempo. Bergallo encontró que para los concursos federales de la ciudad de Buenos Aires, en el *pool* de participantes, el 83,5% eran varones y el 16,5% mujeres; que el 84,85% de los ternados eran varones y el 15,15% mujeres, y que el 84,61% de los nominados eran varones y el 15,38% mujeres. Cinco años después, con más datos disponibles, es posible afirmar que este patrón de autoexclusión aún está presente, y el proceso continúa siendo discriminatorio en razón del género.

⁵⁸ Desde ese momento, dos jueces subrogaron el tribunal, Pedro Navarro y Ricardo Moreno.

⁵⁹ El Centro de Estudios Legales y Sociales, y la Comisión Provincial por la Memoria.

⁶⁰ El senador Cabanchik, de la Coalición Cívica, presentó un dictamen en minoría con las objeciones recibidas. Ver dictamen 1414/08 de la comisión de Acuerdos del Senado.

⁶¹ Ver el comunicado de prensa de la senadora Escudero, del 16/12/08, disponible en <www.soniaescudero.com.ar>.





Existe una diferencia constante entre la cantidad de mujeres y hombres entre los participantes, ternas⁶² y nominaciones. El cuadro 7 muestra que estas diferencias son constantes, y que el sistema no tiene ninguna política afirmativa para remediar esta disparidad, teniendo en cuenta, sobre todo, que la cantidad de abogados mujeres y varones es aproximadamente similar.

El Consejo de la Magistratura no tomó ninguna medida para remediar esta segregación, y la base de datos confirma que el problema continúa existiendo.

Cuadro 7. Participantes, ternados y nominados, por género

	Participantes		Ternados		Nominados	
	N	%	N	%	N	%
Varones	1473	81,15	414	82,47	110	76,39
Mujeres	342	18,85	88	17,53	34	23,61
	1815		502		144	

Para concluir, este estudio obtuvo importantes hallazgos. El primero fue que las apelaciones no se usaron sólo para hacer correcciones o revisar errores fácticos. El segundo fue que aproximadamente el 70% de los candidatos fue incluido en la terna en virtud de su desempeño en la parte meritocrática del proceso, y que el restante 30% fue incluido en virtud, también, de consideraciones políticas. Al mismo tiempo, el 70% de las ternas incluyó al menos un candidato por razones políticas. En tercer lugar, fue posible identificar casos atípicos, donde claramente la parte meritocrática no fue lo más importante. En cuarto lugar, se analizó el impacto de las reformas legales: mientras que la Ley 25.669 aumentó la politización del sistema, la Ley 26.080 no tuvo un impacto significativo en la politización del proceso, pero permitió resultados más extremos. El quinto hallazgo es que el Senado no juega un papel relevante, pero bajo ciertas circunstancias, puede ser el foro público para las organizaciones de la sociedad civil para discutir políticamente a los candidatos. Finalmente, también pudo identificarse que el Consejo de la Magistratura ha hecho muy poco para remediar la desproporción de género en el sistema de selección.

V. CONCLUSIONES

Este trabajo analizó la relación entre factores meritocráticos y políticos en la selección de jueces federales en Argentina. Se describieron dos modelos distintos para seleccionar jueces: el primero, de los países del derecho continental donde los jueces no tienen control de constitucionalidad, donde un Consejo de la Magistratura elige a los candidatos en base a sus calificaciones en un examen. El segundo, mayormente presente en los países del derecho común, donde los jueces sí tienen control de constitucionalidad, y donde los candidatos son elegidos por órganos políticos.

⁶² Tomando en cuenta ambas ternas complementarias.



Por su parte, el Consejo de la Magistratura en Argentina puede enmarcarse en una ola de reformas judiciales en América Latina, promovida por organismos multilaterales de desarrollo, como el Banco Mundial, o el USAID, para despolitizar las designaciones judiciales, afianzar el Estado de derecho, y brindarle certeza al mercado económico. La idea era pasar de un modelo político a otro meritocrático para elegir jueces.

Sin embargo, Argentina no adoptó un modelo meritocrático puro. El Consejo de la Magistratura está compuesto por distintos estamentos, incluyendo jueces y académicos, pero también por diputados y senadores. El proceso tiene un examen anónimo corregido por un jurado sorteado al efecto, pero también tiene un sistema de apelaciones que es usado para modificar el puntaje, y entrevistas donde cuestiones políticas son tomadas en cuenta. A su vez, luego de que el Consejo emita su terna, el Presidente y el Senado juegan un papel, basados en consideraciones políticas. Es un modelo híbrido.

Empíricamente, se pudo comprobar que este diseño institucional está reflejado en la práctica: para el 73% de los ternados, el desempeño en la parte meritocrática del proceso (examen y evaluación inicial de los antecedentes) fue determinante de su inclusión en la terna. Pero para el restante 27% de los ternados, su inclusión en la terna fue también por cuestiones políticas, y fueron elegidos por el Ejecutivo el 32% de las veces. A su vez, 70% de las ternas incluyeron al menos un candidato que cruzó la línea de los ternados. En los próximos párrafos discutiré estos hallazgos, elaboraré algunas propuestas de reforma institucional, y finalmente cerraré el trabajo con algunas sugerencias para futuras investigaciones.

5.1. Discusión

5.1.1. El modelo híbrido

El primer interrogante que este estudio quiso responder estaba referido a la extensión en que el sistema funcionó de un modo meritocrático o de un modo político. El hallazgo 2 mostró que el 73,41% de los candidatos ternados fueron incluidos en la terna gracias a la parte meritocrática del proceso. Y en relación con las nominaciones, el 68,06% de los nominados estuvieron ubicados en las primeras posiciones luego de la parte meritocrática. Para el resto de los candidatos, otras consideraciones como su ideología, sus valores morales o sus preferencias partidarias fueron relevantes para ser incluidos en la terna (26,58%) o para ser nominados (31,94%).

Al mismo tiempo, el 67,22% de las ternas incluyeron al menos un candidato que cruzó la línea de los ternados, por cuestiones políticas, y sólo el restante 31,88% de las ternas no incluyó a ningún candidato que subió posiciones durante las apelaciones o las entrevistas.

En conclusión, es posible afirmar que la parte meritocrática del proceso es el factor más relevante para ser ternado en alrededor del 70% de los casos, pero que un candidato que no se desempeñó satisfactoriamente en esa parte también puede ser incluido en la terna.

Esta es la consecuencia directa del diseño institucional del proceso. Existe una parte meritocrática (examen y antecedentes), pero luego, el proceso está abierto a consideraciones políticas o ideológicas. El hallazgo 1 mostró que las apelaciones no son utilizadas simplemente para revisar los puntajes, sino como el primer momento que tiene la Comisión para





ajustar los puntajes por razones políticas. Un 99,97% de los concursos fueron modificados durante las apelaciones. Al mismo tiempo, vimos que la mitad de las modificaciones por cuestiones políticas ocurren durante las apelaciones, y la otra mitad durante las entrevistas.

Como consecuencia de este diseño, la existencia de algunos casos atípicos mostró que el sistema puede ser vulnerado y transformado en un modelo casi exclusivamente político. Quizás el caso más claro es el de Molinari, pero existieron otros casos donde los factores políticos fueron lo más relevante para nominar a un candidato.

5.1.2. El impacto de las reformas legales

El segundo interrogante estaba referido al impacto de las reformas legales que modificaron el proceso en el Consejo de la Magistratura. El objetivo de la Ley 25.669 (que transfirió la facultad de evaluar los antecedentes del jurado *ad-hoc* a la Comisión de Selección) era el de reducir el tiempo del proceso y llevar uniformidad a la calificación de los antecedentes. Las consecuencias reales de la reforma fueron otras: aumentar la politización del concurso. Esta reforma alejó el sistema del modelo meritocrático.

Por su parte, en 2006, cuando se aprobó la Ley 26.080 (que redujo la cantidad de miembros del consejo) hubo un gran debate acerca de la posible manipulación de las designaciones. ONG y los partidos de la oposición creían que esta reforma iba a alejar el sistema del modelo meritocrático. Empero, esta conclusión no pudo verificarse con los datos existentes.

5.1.3. El senado como foro público

El interrogante número 3 estaba referido a la participación ciudadana en el proceso. El hallazgo 5 mostró que en ciertas y raras ocasiones, el Senado pudo actuar como un foro público para las organizaciones de la sociedad civil, e incluso para los senadores que quisieran discutir políticamente las nominaciones. El problema es que esto sucedió en muy contadas ocasiones, y que incluso allí no hubo posibilidades de cambiar el candidato. El Senado no rechazó expresamente los pliegos, y ellos quedaron pendientes indefinidamente hasta que el Presidente los retiró o el candidato renunció. Entonces, el proceso debió empezar de nuevo, con las demoras que eso acarrea. La Cámara Federal de Catamarca, por ejemplo, con dos candidatos rechazados, está vacante desde hace más de siete años.

5.2. Recomendaciones de reforma institucional

Este estudio no pretendió evaluar qué modelo es mejor, si uno meritocrático o uno político. El objetivo principal del trabajo era evaluar cómo funcionó el sistema en Argentina a 10 años de la creación del Consejo de la Magistratura, y la conclusión es que es un sistema híbrido entre dos modelos.

Esta conclusión debe hacernos pensar sobre las consecuencias que se desprenden de tener un modelo híbrido. En primer lugar, hay que remarcar que las consideraciones políticas son importantes en la selección de jueces, y que, entonces, el diseño institucional debe reflejar adecuadamente esto. Los miembros del Consejo de la Magistratura deberían dejar de



asumir que su función es simplemente evaluar los méritos de los candidatos, e incorporar abiertamente discusiones sobre la ideología o los valores morales de los candidatos.

El uso de las apelaciones para incorporar preferencias políticas debería, entonces, ser dejado de lado porque no refleja adecuadamente las discusiones políticas. Al mismo tiempo, el puntaje de los antecedentes de los candidatos debería repetirse de concurso en concurso. Los candidatos deberían ser evaluados, por ejemplo, una vez al año, y ese puntaje permanecer vigente para todos los concursos de ese período. Esto evitaría que un mismo candidato obtuviera calificaciones distintas en los distintos concursos, y evitaría posibles manipulaciones en la calificación inicial y en las apelaciones.

A su vez, las entrevistas deberían utilizarse principalmente para identificar los valores morales e ideológicos de los candidatos. Identificar estos valores políticos contribuiría en la promoción de una discusión robusta sobre los jueces buscados para determinado tribunal. Para esto, la Comisión de Selección debería acrecentar la publicidad y transparencia de las entrevistas, haciendo públicas las transcripciones de lo preguntado y respondido por los candidatos. La Comisión debería darle más importancia a la entrevista, todos los consejeros deberían asistir, y debería invitarse a las organizaciones de la sociedad civil u organizaciones profesionales para que expresen sus puntos de vista sobre los candidatos.

La audiencia pública con los candidatos en el plenario debería ser una verdadera audiencia pública, donde diferentes actores y organizaciones estuvieran presentes para discutir el desempeño de los candidatos en los exámenes, y además, sus posiciones políticas o ideológicas reflejadas en la entrevista.

Al mismo tiempo, el Consejo de la Magistratura debería tomarse en serio su responsabilidad en la promoción de una judicatura diversa. Si en el Consejo se discutieran cuestiones ideológicas o morales, la diversidad debería ser un punto a tener en cuenta al momento de aprobar una terna. Desigualdad de género es quizás el punto de mayor notoriedad (ver sección 4.6) pero raza, religión, orientación sexual o situación socioeconómica también deberían ser contempladas al momento de seleccionar una judicatura plural.

El Poder Ejecutivo también necesita mejorar la transparencia de sus decisiones. Las observaciones y apoyos dados a los candidatos por la sociedad civil deberían estar disponibles online, y la Presidenta debería poder justificar por qué prefirió un candidato sobre otro, de acuerdo a cierta política judicial que promueva el gobierno. Un criterio claro en este punto traería mayor legitimidad al proceso.

Finalmente, los senadores deberían entender el papel político que desempeñan, pero sin olvidar que el modelo no es puramente político. Acuerdos como el realizado en la Cámara Federal de Salta no son posibles en un sistema híbrido.

5.3. Sugerencias para futuras investigaciones

La evaluación de instituciones con datos empíricos nos permite obtener una imagen precisa de cómo funcionan. Este estudio intentó arrojar un poco de luz acerca de cómo funciona el Consejo de la Magistratura en la selección de jueces y cómo habría que adecuar el diseño institucional para reflejar este funcionamiento. Sin embargo, existieron algunas limitaciones para este estudio, y asimismo, futuras investigaciones pueden complementar este puntapié inicial.





Investigaciones futuras podrían expandir el análisis incorporando otras variables a la base de datos. Sería interesante medir la ideología y las preferencias partidarias separadamente. Al mismo tiempo, variables como la raza, religión, orientación sexual, situación socioeconómica de los candidatos, universidades atendidas, experiencia profesional, etcétera, podrían agregarse para medir el pluralismo de los nuevos jueces o juezas seleccionados.

Por otro lado, esta base de datos debería actualizarse periódicamente, y también sería interesante incluir a los jueces nacionales para comparar estos dos tipos de designaciones por el mismo Consejo de la Magistratura. Por ello, la base de datos estará disponible en algún sitio web a la brevedad.

Al mismo tiempo, este tipo de investigación puede ser muy útil en otras jurisdicciones. Por ejemplo, el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires realiza un procedimiento similar al nacional, con un jurado que evalúa las pruebas de oposición y la Comisión de Selección analiza los antecedentes. Este tipo de investigación permitiría analizar los criterios utilizados y compararlos con los realizados por el Consejo nacional o con otros consejos provinciales.

La compilación de más y más datos nos permitirá complejizar el análisis para conseguir un proceso de selección de jueces que democratice el funcionamiento del poder judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor (1992), "Todos los jueces son crustáceos", *No Hay Derecho*, Núm 8.
- BERGALLO, Paola (2004), *A judicial glass ceiling? The selection of Buenos Aires federal and state judges*, SPILS dissertation, Stanford Law School.
- BINDER, Sara (2007), "Where do institutions come from? Exploring the origins of the Senate blue slip", *Studies in American Political Development*, Núm 21.
- BÖHMER, Martín (2001), "La corte de los 80 y los 90 un diálogo sobre el *rule of law* en Argentina", *SELA 2000: Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS) (2007), *Informe Anual 2007 sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS) (2008), *Informe Anual 2008 sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- CELS, ADC, PODER CIUDADANO, FARN, FNELIP, UNIÓN DE USUARIOS Y CONSUMIDORES, "Una corte para la democracia", 22/1/2002.
- CHOI, Stephen y Mitu GULATI (2004), "A tournament of judges", *Cal. L. Rev.* Vol. 92.
- CONSEJO DE LA MAGISTRATURA (2008), *Memoria Anual 2007*, Buenos Aires.
- CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA (1986), *Reforma Constitucional, Dictamen preliminar*, Eudeba, Buenos Aires.
- CRAWLEY, Michel (2007), *The R Book*, John Wiley & Sons, Nueva York.
- DAKOLIAS, Maria (1996a), "The judicial sector in Latin America and the Caribbean, Elements to reform", *World Bank technical paper*, Núm. 319.
- DAKOLIAS, Maria (1996b), "A strategy for judicial reform: the experience in Latin America", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 36.



- DAMASKA, Mirjan (1986), *The faces of Justice and State Authority: A comparative approach to legal process*, Yale University Press, New Haven.
- DENNING, Brannon (2001), "The Blue Slip: Enforcing the norms of the judicial confirmation process", *Wm. & Mary Bill of Rts. J.*, Vol. 10.
- EPSTEIN, Lee *et al.* (2004) "The role of qualifications in the confirmation of nominees to the U.S. Supreme Court", *Fla. St. U. L. Rev.* Vol. 32.
- EPSTEIN, Lee y Jeffrey SEGAL (2005), *Advice and Consent*, Oxford University Press, Oxford.
- FINKEL, Jodi (2008), *Judicial Reform as political insurance: Argentina, Peru and Mexico in the 1990*, University of Notre Dame Press, Notre Dame.
- FISK, Catherine y Erwin CHEMERINSKY (1997) "The filibuster", *Stan L. Rev.* Vol. 49.
- FISK, Catherine y Erwin CHEMERINSKY (2005), "In defense of filibustering judicial nominations", *Cardozo Law Review*, Vol. 26.
- FORES (2004), *Las designaciones de Jueces en Argentina*, Fores, Buenos Aires.
- GALANTER, Marc (1974), "Why the 'Haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change", *Law and Society Review*, Vol. 9.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (2006), "Justicia, Mercado y Democracia: un examen crítico de las teorías económicas sobre el (in)cumplimiento del derecho y su relación con el desarrollo, la justicia y la democracia", en UPRIMNY, Rodrigo, César RODRÍGUEZ GARAVITO y Mauricio GARCÍA VILLEGAS, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Norma, Bogotá.
- GARGARELLA, Roberto (1997), "Recientes Reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación", *Desarrollo Económico*, Vol 36.
- GOLDMAN, Sheldon (1997), *Picking federal judges*, Yale University Press.
- HAMMERGREEN, Lynn (2002), *Do Judicial Councils Further Judicial Reform?*, Carnegie Endowment, Working Paper 28.
- JOHNSON, Susan y Donald SONGER (2002), "The influence of Presidential versus home state senatorial preferences on the policy output of judges on the United States district Courts", *Law & Soc'y Rev.*, Vol. 36.
- LAW, David (2005), "Appointing federal judges: the President, the Senate, and the prisoner's dilemma", *Cardozo Law Review*, Vol. 26.
- LLANOS, Mariana y Constanza FIGUEROA SCHIBBER (2007), "Prestando acuerdo: El Senado frente a los nombramientos del Poder Judicial en la Argentina democrática (1983-2006)", GIGA WP 54/2007.
- MALLESON, Kate y Peter RUSSELL (2006), *Appointing judges in an age of judicial power*, University of Toronto Press, Toronto.
- MARSHALL, Williams (2004), "Be careful what you wish for: the problems with using empirical rankings to select Supreme Court Justices", *S. Cal. L. Rev.*, Vol. 78.
- MAXIT, Margarita (2006), "El caso Patti y el desafío de asumirnos como una sociedad democrática transicional", *Revista Jurídica de Palermo*, N° 7.
- MERRYMAN, John y Rogelio PÉREZ PERDOMO (2007), *The civil law tradition*, 3ª edición, Stanford University Press.
- MORALES SOLÀ, JOAQUÍN "(1983-2003): 20 años de democracia", en diario *La Nación*, Supl. Enfoques, 26/10/03.
- MUSTAPIC, Ana María (2000) "Oficialistas y diputados: las relaciones Ejecutivo-Legislativo en la Argentina", *Desarrollo Económico*, Vol. 39.



- NAVIA, Patricio y Julio RÍOS-FIGUEROA (2005) "The constitutional adjudication mosaic in Latin America", *Comparative Politics Studies*, Vol. 38.
- NINO, Carlos S. (1993), "The debate over constitutional reform in Latin America", *Fordham Int'l L. J.*, Vol. 16.
- PITT VILLEGAS, Julio César (2008), *Reglamento de la Cámara de Senadores y Antecedentes Históricos*, H. Senado de la Nación Argentina, Buenos Aires.
- PROVINE, Doris Marie y Antoine GARAPÓN (2006), "The selection of judges in France: searching for a new legitimacy", en MALLESÓN, K. y P. RUSSELL, *Appointing judges in an age of judicial power*, University of Toronto Press, Toronto.
- POST, Robert y Reva SIEGEL (2006), "Questioning Justice: Law and Politics in Judicial Confirmation Hearings", *Yale L.J. (The Pocket Part)*, Enero.
- RODRÍGUEZ, César (2006), "Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo", en UPRIMNY, Rodrigo, César RODRÍGUEZ GARAVITO y Mauricio GARCÍA VILLEGAS, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Norma, Bogotá.
- ROWLAND, C.K., y Robert CARP (1996), *Politics and judgment in federal district courts*, University Press of Kansas, Kansas.
- SABSAY, Daniel (2004), "El juicio político a la Corte Suprema de la República Argentina", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Vol 8.
- SCHERER, Nancy (2005), *Scoring Points, Politicians, activists and the lower federal court appointment Process*, Stanford University Press.
- SHIHATA, Ibrahim (1994), "Legal framework for development: the World Bank's role in Legal and Judicial Reform", *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*, World Bank Technical Paper Number 280, World Bank.
- TEDESCHI, Sebastian et al. (2003), *Consejos de la Magistratura, los Consejos de la Magistratura de Argentina, Bolivia, El Salvador, Paraguay y Perú*, Pena y Estado, Buenos Aires.
- THOME, Joseph (2000), "Heading South but looking north: Globalization and law reform in Latin America", *Wisconsin Law Review* Vol 2000.
- UNGER, Mark (2002), *Elusive Reform: democracy and the rule of law in Latin America*, Lynne Rienns Publisher, Colorado.
- UPRIMNY, Rodrigo (2006), "Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía", en UPRIMNY, Rodrigo, César RODRÍGUEZ GARAVITO y Mauricio GARCÍA VILLEGAS, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Norma, Bogotá.
- UPRIMNY, Rodrigo, César RODRÍGUEZ GARAVITO, y Mauricio GARCÍA VILLEGAS (2006), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Norma, Bogotá.
- VERBITSKY, Horacio (1993), *Hacer la Corte*, Planeta, Buenos Aires.
- VOLCANSEK, Mary (1988), "Judicial Selection in Italy: a civil service model with partisan results", en MALLESÓN, Kate y Peter RUSSELL, *Appointing judges in an age of judicial power*, University of Toronto Press, Toronto.
- VOLCANSEK, Mary y Jacqueline LUCIENNE LAFON (1988), *Judicial Selection, the Cross-evolution of French and American Practices*, Greenwood Press.
- WILLIAMSON, John (1990), "What Washington means by policy reform", *Latin American adjustment: how much has happened?*, Institute for International Economics.
- WORLD BANK, (1994), *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*, World Bank.



PREMIO FORMACIÓN 2010





Juan José Varela
El juez del bicentenario que supimos
conseguir

cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

2do. premio





El juez del bicentenario que supimos conseguir*

JUAN JOSÉ VARELA**

El compromiso con el Estado de Derecho es la moralización la política mediante la actuación del derecho.

Eusebio Fernández (2004:17)

Una manera fácil de ratificarse en el poder es depositar la culpa en el otro.

Inés Weinberg de Roca (2009:17)

I. INTRODUCCIÓN

Piero Calamandrei (1935:XII) nos señaló la síntesis de nuestra primigenia reflexión:

Si el juez en su fuero íntimo es partidario del régimen que dicta las leyes que debe aplicar, será celoso intérprete de su espíritu y tratará de continuar y desarrollar, al aplicarlas a los casos prácticos, la inspiración política de que nacieron; en cambio,

* Trabajo ganador del 2º Premio Formación Judicial 2009, en el eje "Criterio de selección de jueces y funcionarios".

** El seudónimo utilizado fue "El Maestro Ciruela". Decimos que alguien es un "maestro ciruela" cuando se empeña en dar lecciones sobre asuntos que conoce poco y mal. La expresión, que viene muy bien para etiquetar pedantes, nada nos informa acerca del maestro ciruela, salvo que "quiere enseñar y no tiene escuela". En realidad, la frase original no guarda ninguna relación con el ciruelo. Se refiere al pueblo de Siruela, una localidad de Extremadura (España), situada a unos doscientos kilómetros de la ciudad de Badajoz. Ninguno de los trescientos mil siruelenses que hoy la habitan sabe algo acerca de las tribulaciones del personaje. Si fue la falta de edificio escolar o un conflicto docente ocurrido hace siglos lo que lo dejó pegado al dicho. Lo cierto es que el maestro Ciruela –así se lo llamó después– ha quedado como el prototipo del sabelotodo que no sabe nada. Como el inmerecido portador de un apelativo frutal. Como un fantasma extremeño que anda por el mundo tiza en mano a la busca de un lugar con pizarrón (Zimmerman, 1999:87). Tanto es así que el prefacio es inusualmente extenso y flacas las conclusiones.



si es un opositor de ese régimen tratará de interpretarlas de modo que las haga prácticamente ineficaces, o tratará de exagerar sus defectos a fin de que aparezcan peores de lo que son y desacreditar así a los legisladores.

Tal observación muestra, a nuestro entender, uno de los prototipos de los decisores (jueces) que alumbran el panorama de la ciencia jurídica universal,¹ pero nos animaremos a verificar la hipótesis del genial florentino en estos tiempos.

Es que parece que la búsqueda actual es la de un juez: bondadoso, probo, discreto, prudente, con envergadura intelectual especializada, libre de toda subordinación jerárquica, una especie de héroe construido por la doctrina para que sea siempre imparcial: capaz de desabrocharse las camisas de fuerza y los cinturones de castidad de muchos tamaños que lo sujetan y controlan. Así se diseñan dos modelos de juez: el *prometido* (antes de la selección) y el *conseguido* (después de la elección). Contamos con el camino trazado² por la Constitución Nacional en pos del juez *prometido*.³

¹ En la *Crítica de la razón pura*, Kant ironizaba a propósito de los juristas que todavía estaban buscando una definición del concepto de derecho; hoy, un par de siglos después, no pude decirse que la hayan encontrado. Pero tomemos tres conceptos clásicos; el de Santo Tomás de Aquino: el derecho (ley) es ordenación de la razón encaminada al bien común; el de Marx: el derecho (y el Estado) es un instrumento de dominación de una clase sobre otra; y el de Kelsen: el derecho es un conjunto de normas coactivas. Este aborda la cuestión de cómo esta estructurado; Marx, de para qué sirve; y Kant contesta la pregunta de cómo debería ser o de cuándo un derecho es justo. Existe acuerdo respecto de que el derecho es un medio para ordenar la conducta humana, pero importantes diferencias al interpretar cuál es el sentido de la ordenación: ¿trata de conservar una estructura social determinada o posibilita su transformación?; ¿hace posible la paz social o establece y mantiene un tipo de organización social basada en la fuerza y en la imposición de unos grupos o clases sobre otros? (Atienza, 1985: 47 y 53). Para nuestra actual Corte Suprema de Justicia de la Nación "la función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable nunca podrá ser derecho" (causa N° 7537, G.147.XLIV, del 2/12/08).

² La institución del Consejo de la Magistratura como órgano encargado de seleccionar a los jueces es típicamente europea. Si bien nació en Italia a principios del siglo XX, alcanzó su auge al finalizar la Segunda Guerra Mundial, recluta los cuadros judiciales mediante criterios predominantemente profesionales, al menos en apariencia.

³ Iribarne (2006:1293) concluye –mediante Cueto Rúa, Farina, Fucito, Morello, Nieto, Bielsa y otros de no menor jerarquía, entre los de lengua castellana– que a los Consejos de la Magistratura se ha trasladado el ejercicio de la potestad política de designar magistrados, a partir de su irrupción constitucional (1994), y propone que se exija a los jueces los conocimientos y el dominio de los métodos de razonamiento y comprensión de los intereses en juego, y aptitud para dar respuesta justa a los conflictos. Además, diseña un esquema de evaluación, con sus tópicos esenciales: si se trata de una sentencia (v.g.) del examinando se debería extraer si produjo un fallo axiológicamente valioso y correctamente fundado; si revela *notitia rerum* y exhibe un empleo racional de los hechos notorios; si propuso una solución correcta, basada en opinión válida; si introdujo citas jurisprudenciales y doctrinarias correctas y pertinentes; si domina la construcción gramatical. También, es severo el análisis de Iribarne en orden a la fundamentación en la decisión para la elección de jueces en los Consejos de la Magistratura.





Otra aproximación a la cuestión es avanzar mediante una concepción funcionalista del derecho,⁴ que garantiza la estabilidad del respectivo sistema político –en regímenes democráticos afianzados o en transición– (Garzón Valdés, 2003:129); tal propiedad es relevante y consiste en el mantenimiento de la identidad del sistema, mediante la adhesión incondicional del juez a la Constitución para limitar los posibles extravíos del poder político e impedir desviaciones de sus cláusulas fundamentales: el juez es una especie de "inspector de calidad", encargado de evaluar y controlar la conducta gubernamental y legislativa de acuerdo con las pautas constitucionales, sin que ese control de calidad democrática signifique inmiscuirse en la política, al menos en apariencia,⁵ cuando se trata de asuntos librados a la negociación y al compromiso de los partidos políticos.

1.1. Paradoja constitucional

En ese orden de ideas, por un lado, recordamos cuando en 1886, Francisco Vicente Bustos, gobernador de La Rioja, le pidió a su ministro de gobierno, teniente coronel Olímpides Pereyra:

- Por favor, ministro, prepáreme un proyecto declarando la necesidad de la reforma de la Constitución.
- Pero, si nosotros no la aplicamos gobernador –repuso sinceramente extrañado el ministro militar.

⁴ Bobbio ha sostenido que la ciencia del derecho desde siglo XIX, y hasta hace muy pocos años, se centró en el análisis estructural del derecho, sin preocuparse mucho por su dimensión funcional, la que cobra en la actualidad especial atención cuando el aparato estatal pasa de liberal –abstencionista– al Estado Social: intervencionista, benefactor. El análisis funcional del derecho (sociología del derecho) debería consistir en el estudio de las relaciones de interdependencia y dependencia entre las siguientes variables: 1) los fines del editor de la norma (proclamados o no), considerando que quienes dictan las normas son, en realidad, los grupos de presión, y no las instancias jurídico-formales; 2) el contenido de la regulación jurídica; 3) los efectos sociales producidos por la puesta en vigor de la norma (Atienza, 1985:73).

⁵ Es como "actuar por izquierda": cuando se lleva a cabo determinado acto pasando por alto las normas legítimas, es común decir que se trata de algo hecho "por izquierda". Sabido es que la mano izquierda ha tenido siempre mala reputación, tal vez por ser la mano inhábil en la mayoría de las personas. Por esa misma razón, ha quedado ligada a una serie de supersticiones. Para los griegos, por ejemplo, el vuelo de una bandada de pájaros a la izquierda de quien consultaba el cielo constituía un pésimo augurio. Se supone asimismo que ese es el lado favorito del diablo; por eso, quien derrama sal conjura los posibles males arrojando un puñado sobre el hombro correspondiente al lugar del demonio. La palabra "siniestro", heredada del latín, tomó en español el alcance de funesto. Y, como sustantivo, equivale a incendio o a otras catástrofes naturales. Tales denotaciones obligaron a buscar términos de reemplazo, y el vascuence proporcionó dos: zurda e izquierda. Pero ni aun así el lado del corazón ha recobrado la inocencia. "Hacer algo por izquierda" conlleva hoy entre nosotros la idea de una trampa: exhibir la derecha, mientras con la otra se hace pasar de contrabando algo ilegítimo (Zimmerman, 1999:22).



- Eso es otra cosa. Yo necesito un buen argumento contra los opositores que me acusan de despreocuparme de las cuestiones institucionales y legales. (Mercedo Luna, cit. por Garzón Valdés, 2003:142).

1.2. Algunas decisiones singulares

Si una de las preocupaciones fundamentales que alimenta la idea de la independencia judicial es su total autonomía frente al poder político, se advierte, sin embargo, la incansable voluntad de los poderes políticos para contar con un poder judicial sumiso, lo que se verifica aun en países de larga tradición jurídica, pero se tornan más evidentes en países jurídicamente menos asentados (Gargarella, 1997: 228). En efecto, la aparente genuflexión del poder judicial, en las dos últimas décadas, en nuestro país, tendría matices en orden al juez *conseguido*: desde los "jueces de la servilleta" del ministro Corach hasta pronunciamientos actuales de la prestigiosa Corte Suprema de Justicia de la Nación. Veamos:⁶

Playboy: Un planteo en la Corte Suprema pidió que liberaran a chicos detenidos ilegalmente en un instituto de menores porteño. ¿Por qué la Corte no autorizó esa medida?

Zaffaroni: En diciembre del año 2008 dijimos "esto es inconstitucional", pero por razones coyunturales no lo podíamos declarar inconstitucional.

Playboy: ¿Cuáles son las razones coyunturales para no poder declarar inconstitucional algo que sí consideran inconstitucional?

Zaffaroni: Con los eslogans que había dando vuelta, el riesgo era que se generara un gatillo fácil contra los adolescentes. Nosotros hemos tenido epidemias de gatillo fácil en 1984 y 1985 con la policía recién salida de las órdenes de (Ramón) Camps. No le puedo dar el argumento a una fuerza que yo solté 50 para que me maten 100, sobre todo cuando hay eslogans políticos que pueden generar ese tipo de riesgos.

Al respecto opina Emilio García Méndez:⁷

Si argumentos de similar tenor se hubieran vinculado a una causa de contenido patrimonial o donde estuviera en juego lo que con mucha ligereza se denomina la libertad de expresión, para dar sólo dos ejemplos, interminable sería la cola de los

⁶ Entrevista al ministro Raúl Zaffaroni, Revista Playboy (2009), mayo, n° 41, págs. 52-58. Transcribimos textualmente las dos últimas preguntas y sus respuestas del reportaje, dedicado al fallo del 2.12.08, cuando la CSJN declaró constitucional el régimen penal de la minoridad ordenado por la dictadura (decreto 22.278 de 1980): causa "G.147.XLIV".

⁷ Jurista y diputado nacional, Página 12, La libertad en tiempos de gatillo fácil, del 13.6.09, págs. 14-16, y actor en ese proceso: "Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/causa N° 7537".





defensores del Estado de derecho para repudiar el atropello a los fundamentos de la democracia, agravada por quienes en flagrante violación de la Constitución, las leyes y los tratados internacionales se erigen en "protectores" de la libertad de los "otros". ¿Puede alguien imaginarse el cierre de un medio de comunicación con el argumento de que los contenidos expresados pudieran irritar a sectores con acceso al "gatillo fácil" y por ese motivo se protegiera de ese modo a los dueños del medio de comunicación? ¿Puede alguien imaginar la convalidación de la expropiación de una empresa ya que el lucro generado podría convertir a sus dueños en presa fácil de un secuestro extorsivo? Así de absurdos, aunque no de evidentes, resultan el fallo de la Corte y las declaraciones del doctor Zaffaroni, con la única diferencia de que no se trata de dinero, sino de la libertad de seres humanos en formación, personas que la injusticia devaluó al grado de convertirlas, en la mejor de las hipótesis, en meros objetos de "protección" en una cárcel donde ninguno de los que suscribieron el fallo dejaría a un hijo por más de diez minutos.

¿Qué diferencia en realidad existe entre un Blumberg que quiere encerrar preventivamente a los pobres para que no roben y un Zaffaroni que los quiere encerrar para que no los maten? La diferencia es que el primero no ostenta ningún cargo ni responsabilidad pública, mientras el segundo, cabeza de un poder del Estado, niega (mientras impudicamente declara que procede) el más supremo y devaluado en estos tiempos de los valores humanos: la libertad.

Legitimar, desde la investidura de un juez de la Corte Suprema, con el peligro de muerte en manos de la policía, el rechazo a una libertad que procede sin presentar una sola denuncia destinada a verificar la existencia de acusaciones de tal gravedad, constituye la negación más flagrante de todos los principios del Estado de derecho.

Un Poder de la República puede, tal como de hecho frecuentemente sucede, ver recortadas sus funciones vía la intromisión de otro poder (generalmente el Ejecutivo) en sus áreas específicas. Sin embargo, cuando el recorte de funciones se genera a partir de una iniciativa propia, estamos frente a un suicidio institucional que generalmente acaba de la peor manera. Que lo digan si no los alemanes, quienes, dicho sea de paso, no consiguen olvidar que el fundamento (escrito y documentado) de las leyes que crearon los campos de concentración fue la protección de los judíos para que no cayeran víctimas de los "gatillos fáciles" de la época.

La decisión criticada sostiene que no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el art. 116 de la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de las disposiciones en cuestión (se refiere a la pretensión del actor,⁸ García Méndez de suplir el régimen previsto por la Ley 22.278) e implementar un mecanismo de reemplazo, cuando resulta evidente que –en esta materia– tal solución requiere de

⁸ La Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró la inconstitucionalidad del art.1º de la Ley 22.278 y exhortó al Poder Legislativo para que adecue la legislación penal de menores a los nuevos estándares constitucionales y establezca un sistema integral y coordinado con la Ley 26.061.





la suficiente e indispensable concreción de medidas de política pública previas (conf. arg. Fallos: 329:3089; 330:4866), justifica la Corte; que implicaría, además, sustituir competencias propias de los otros poderes del Estado (Fallos: 330:4866); máxime, cuando el convencional constituyente, en la última reforma de 1994, le adicionó al Congreso la atribución específica de promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados de derechos humanos, en particular, respecto de los niños (art. 75, inc.23, de la Constitución Nacional). En el considerando 9 la Corte enseña (2008) que *la función del derecho, en general, es la de realizarse, lo que no es realizable nunca podrá ser derecho*.

También reparamos que son elogiadas por la doctrina (Botassi, 2009:1-4) sus decisiones en aras de: impedir el genocidio,⁹ imponer la atención de la salud pública en establecimientos oficiales,¹⁰ limitar la ejecución de la pena privativa de libertad proscribiendo la tortura,¹¹ entre otros.

Pero la vocación de la Corte Suprema por revocar inconstitucionalidades dictadas por tribunales inferiores tampoco se desperdició –en un tema harto importante y complejo como el de la “pesificación”: validez o invalidez del decreto 214/02 del Poder Ejecutivo Nacional–¹² cuando en 2006 profirió que: los ministros *consensuaron* la sentencia, “sin perjuicio¹³ de las apreciaciones formuladas en conocidos precedentes” (consid. 10), para lograr la paz social (consid. 11), y atendiendo a la situación existente al momento de decidir (consid. 12) reiteró la centenaria regla general de que la pesificación es constitucional (consid. 21).

Por el contrario, la ponencia de la ministra Argibay descubrió que el mentado decreto es una disposición legislativa contraria a la prohibición contenida en el art. 99.3, segundo párrafo de la Constitución Nacional, “no obstante (...) razones de gravedad institucional (...) tornan prudente (...) arribar a una solución que, más allá de las diferencias en los fundamentos (...) ponga fin a la gran cantidad de reclamos”.

De la ampliación de fundamentos del ministro Lorenzetti apuntamos otra definición: “el derecho es experiencia” (consid. 30) que nos enseña que la emergencia reiterada ha generado más emergencia e inseguridad y que es necesario volver a la normalidad. Además, exclama:

⁹ CS, 18.9.07, Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional s/amparo, LL, 2007-F, 110. Resolvió que corresponde al Poder Judicial garantizar la eficacia de los derechos esenciales cuya atención está cargo del Poder Ejecutivo: proveer asistencia médica a la etnia Toba (Chaco).

¹⁰ CS, 1.6.2000, Asociación Benghalensis c/ Estado Nacional s/amparo, LL, 2001-B, 123. Se ordenó al Estado Nacional asegurar la continuidad y regularidad del tratamiento médico contra el SIDA.

¹¹ CS, 3.5.05, Verbitsky, H. y CELS s/habeas corpus preventivo, LL, 2005-D, 530. Se dispuso el cese de la detención en sitios inadecuados.

¹² CS, 27.12.06. M.2772.XLI, Massa, Juan Agustín c/Poder Ejecutivo Nacional s/Amparo Ley 16.986.

¹³ Como afirmaba José Irureta Goyena, en 1938, la frase “sin perjuicio” trasunta una verdadera elipsis, constituye un pleonismo, una redundancia, un *flatus vocis*, porque no hay acto, ni providencia, ni dictamen de carácter jurídico, que no se pueda mantener si no es arreglado a derecho.





Que la Constitución y la ley deben actuar como mecanismos de compromiso elaborados por el cuerpo político con el fin de protegerse a sí mismo contra la previsible tendencia humana a tomar decisiones precipitadas. Quienes redactaron nuestra Constitución sabían lo que eran las emergencias ya que obraron en un momento en que la Nación misma estaba en peligro de disolución, pero decidieron sujetarse rigidamente a una Carta Magna con el propósito de no caer en la tentación de apartarse de ella frente a las necesidades del momento. Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho.

En consecuencia, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes –operación que inserta en su cúspide al juez– tendría varios alcances: el teórico, que reside en la Constitución (juez prometido) y el práctico que define al juez (conseguido) impotente para contener al legislador cuando actúa de manera incompatible con los principios que sustentan la Ley Fundamental.

Aventuramos, también, que el común denominador de ambos pronunciamientos, más allá de los derechos sustanciales en juego, sería la oportunidad o el tiempo o la época de sus apariciones, merced: las pausas¹⁴ que los procesos exigen, los plazos¹⁵ o las obligadas postergaciones,¹⁶ lo que diseñaría una herramienta, que esgrimida por los jueces, contribuiría a perfeccionar el perfil de *conseguido* o *prometido*.

1.3. Tarea

Tamañas realidades y nuestras naturales debilidades¹⁷ solamente nos permiten el esfuerzo por comprender –tal vez el modo específicamente humano de vivir– al traducirnos la sensación del fracaso de un modelo de sociedad, en la que los políticos y jueces son

¹⁴ Pausa: del griego *pausein*, detenerse. Toda una familia de términos procede de esta raíz: aposento, menopausia, posada, pose, reposar.

¹⁵ Plazo: deriva del latín *placere*, agradar o gustar. "No hay plazo que no se cumpla/ ni deuda que no se pague", asegura Martín Fierro. Tiene el sentido implícito, cuando no existe, de "día que al tribunal le parece conveniente", para cumplir determinada disposición (Zimmerman, 1999:320).

¹⁶ Postergar: compuesta por la partícula latina *post*, detrás y *tergum*, espalda. Entonces es colocar a las espaldas, echar para atrás. Posponer.

¹⁷ Nos abrigamos "como turco en la neblina": La frase es producto de una serie de cambios y derivaciones que comienzan cuando en España se la llamó turca a la borrachera. La razón tiene piques de humor. Al vino puro, sin añadido de agua, se lo denominaba tanto vino moro como vino turco, por no estar "bautizado". En consecuencia, las mamúas tomaron el nombre de turcas. De allí viene la primer parte de la expresión en su forma original: "agarrarse una turca". Lo que sigue se debe exclusivamente a la picardía criolla. ¿Quién puede hallarse más confundido que un borracho que se pierde en la niebla? El pasaje de con la turca al actual como turco lo realizó espontáneamente el uso popular. Y así el turco entró en el dicho y en la neblina, dando lugar a una pintoresca expresión que vale para cualquiera que ande muy desorientado. Por más sobrio que esté (Zimmerman, 1999:48).



protagonistas de un agobiante juego de roles que nos dibujan un gesto denso, de sonrisa y llanto, que nos hunde en el mar de las perplejidades, sin poder asirnos a alguna verdad prometida. Para ello, primero, relacionaremos las modalidades de la elección y el cometido de los jueces, para luego inmiscuirnos con la política y la democracia, y, si es posible apaciguar la molesta comezón que tal mezcla produce, preguntándonos, definitivamente: ¿por qué el juez *prometido* no se identifica con el *conseguido*?

II. UN POCO DE HISTORIA

Volver la mirada hacia el pasado no tiene intención pedagógica ni el deseo de mostrarnos académicamente curiosos en este mundo sobrecargado de datos, solamente tratamos de establecer algunas conexiones de viejos fenómenos para explicarnos mejor (Cansino, 2008:207).

2.1. Del sacerdote o juez

Desde siempre, toda vez que un hombre virtuoso decidió auxiliar a un semejante necesitado, surgió en los hechos el abogado, asumiendo el rol de juez o siendo su colaborador (Viñas, 1972:29 y ss.).

En la India, el Código de Manú (algunos lo sitúan en el siglo XIII a.C. y otros en el siglo V a.C.) establecía que si el rey deseaba examinar asuntos judiciales debía elegir por intérprete de la ley a un hombre de la clase sacerdotal;¹⁸ también en Israel, según el Pentateuco, se condensó la figura del político –guía del pueblo judío en su éxodo de Egipto hacia la tierra prometida– con la del sacerdote y juez, ya que Moisés asumió estas funciones, mas luego, las dividió y eligió jueces: sujetos de firmeza y temerosos de Dios, amantes de la verdad y enemigos de la avaricia (Éxodo:13, 18, 23, escrito en el siglo X a.C.), reservándose las cuestiones graves.¹⁹

En Deuteronomio (1,17),²⁰ Moisés se dirigió a los jueces²¹ ordenándoles que cuando "juzguen, no se dejarán influenciar por persona alguna, sino que escucharán lo mismo al

¹⁸ En esos tiempos, tanto en China, Japón, Corea, Siam, Egipto, Caldea, Asiria, Babilonia, Siria el derecho era teocrático, como el código de Netzahuatlcoyot (azteca) y el de los incas (Zaffaroni, 1980: 310-320).

¹⁹ El juicio se ventilaba en forma oral, en presencia de todo el pueblo, o grupos de diez a cincuenta personas según los casos. Todas podían opinar, acusar y abogar, pero el juez no podía oír al mayor número para apartarse de la verdad (Éxodo 1/9).

²⁰ El Deuteronomio significa Segunda Ley, llamado así por estar ubicado en la Biblia después del conjunto de leyes que ocupan los libros del Levítico y de los Números, sin embargo, fue escrito antes, en el siglo VII a.C., por sacerdotes y profetas como palabra de Dios y enseñanza de Moisés, a quinientos años de su encuentro con Yahvé (La Biblia Latinoamericana, 1990: 246).

²¹ Así Yahvé habló a Moisés: si eres juez, no hagas injusticias, ni a favor del pobre ni del rico. Con justicia juzgarás al prójimo (Levítico, 19,15).





pobre que al rico, al poderoso que al débil, y no tendrán miedo de nadie, porque actuarán en nombre de Dios".

La Biblia²² contiene el libro de los Jueces, pero paradójicamente, refiere a líderes que nunca se sentaron en un tribunal –proviene del término *sofetim*, que significaba *jefes y jueces*– quienes se ocuparon de liberar a Israel, cuando guerreaba con (v.g.) filisteos, siendo presentados como instrumentos de la justicia de Dios.

Para el Talmud (Goldstein, cit. por Viñas, 1972:33) el juez debe ser sabio, equitativo, piadoso, modesto; unir la firmeza del carácter a la bondad del alma; ser de edad madura y padre de familia; no se requería preparación especial, excepto en materia criminal o para miembro del superior tribunal; tener un exterior imponente; conocer lenguas extranjeras para dirigirse a los acusados sin intérpretes y frustrar sus artificios. La función judicial era una carga de desempeño gratuito, vedada a las mujeres, y los jueces eran elegidos popularmente: cada parte escogía uno y entre ambos un tercero.

En Las Leyes (VI)²³, el ateniense que conversa con Clinias dice:

Ateniense [suponemos que es Platón]: Es tiempo, de que pensemos en establecer magistrados en tu ciudad.

Clinias: Tienes razón.

Ateniense: El orden político abraza los dos objetos siguientes: el primero es la institución de las magistraturas, con la elección de las personas destinadas para desempeñarlas, el número de ellas y la manera de establecerlas. El otro objeto son las leyes, que es preciso prescribir a cada una de estas magistraturas, su naturaleza, su número y su calidad. Pero antes de proceder a la elección de los magistrados, detengámonos un momento, y digamos a este propósito algo que no estará fuera de su lugar.

Clinias: ¿De qué se trata?

²² Desde la dimensión sociológica sobre la que gira nuestro discurso, adherimos a la tesis que sostiene que una cultura es el conjunto de historias que cohesionan a una sociedad. Entre ellas: los relatos sobre los propios orígenes, que es la biografía de la sociedad (la descripción de su vida). Así, los dos textos fundamentales de la cultura europea –que nos nutre– son la Biblia hebrea y la doble epopeya griega de la invasión a Troya –la *Iliada* (en griego, Troya se dice *Ilión*)– y la *Odissea*, del viaje de regreso del astuto Ulises desde la destruida Troya hasta su casa, al encuentro de su esposa Penélope. El autor de estos dos poemas épicos es Homero; el de la Biblia, Dios, reconocido por los europeos como el único Dios, por eso creyeron su historia al pie de la letra y por diferencias en su interpretación, aún hoy se devastan países. Ambos autores tienen rasgos mitológicos: Homero no podía ver; Dios no podía ser visto. La imprenta posibilitó (1444) la difusión de los textos de la Antigüedad clásica, cuando los príncipes concentraron el poder estatal en sus cortes, y permitió a los reformadores – Lutero, Calvino, Tyndale – arrebatar la Biblia a los sacerdotes, posibilitando una forma cultural situada entre la aristocracia y la burguesía y que produce tensión entre religión y estado (Schwanitz, 2002).

²³ Platón nació en Atenas en 427 a.C., vivió ochenta años y en su última obra retomó la idea socrática de que más vale sufrir la injusticia que cometerla y que la justicia no puede reducirse a la voluntad del más fuerte; se precisa, entonces, crear leyes eficaces y duraderas para curarla de la corrupción y lograr articular el ideal en la realidad humana. En esto mejoró la visión comunitaria de La República.





Ateniense: De lo siguiente: nadie ignora que todo estado que se ha dado a sí mismo el mejor gobierno y las mejores leyes, si pone después a la cabeza magistrados incapaces, no sólo no sacará ningún provecho de la bondad de sus leyes y se expondrá a la burla de todo el mundo, sino que su mala elección será para él fuente de una infinidad de males y calamidades.

Clinias: Estoy de acuerdo contigo.

Ateniense: Consideremos, mi querido Clinias que éste es precisamente el inconveniente a que están expuestos tu gobierno y tu nueva ciudad. Ves, en efecto, que para merecer uno ser elevado a los cargos públicos es preciso, por lo pronto, que dé cuenta cumplida de su conducta, así respecto de sí mismo, como de su familia, desde su juventud hasta el momento de su elección; y por otra parte, que los que hayan de verificar ésta, hayan recibido una educación conforme al espíritu de las leyes, para estar en situación de hacer un deslinde acertado de los candidatos que merezcan ser admitidos o desechados.

Más adelante, el Ateniense reitera:

El punto capital, el que exige las mayores precauciones, es la elección de los guardadores de las leyes... cuyo cargo no durará más de veinte años y no se conferirá antes de los cincuenta.²⁴

Aristóteles (384-322 a.C.), en el capítulo XIII del libro IV de *Política*, describe los tribunales que deberían constituir el poder judicial,²⁵ sus competencias, y determina que los jueces sean elegidos por sorteo o votación y puede combinarse la conformación con jueces de extracción popular o privilegiada.

En efecto, conforme su organización política y como consecuencia de la concepción de que el poder residía en la soberanía ciudadana, el régimen ateniense estableció la participación directa de los ciudadanos en la tarea de juzgar y de acusar (Maier, 1996:269), eligiendo anualmente por sorteo a ciudadanos honorables, mayores de treinta años (Heliastas) o entre los miembros del Senado (Efetas).

En Roma, en las postrimerías de la República, la facultad de juzgar pasó del rey o su representante (*duumviri*) al ciudadano, al instituirse los jurados, presididos por un pretor; se le requería a aquél contar con un mínimo de treinta años de edad. Durante el Imperio se transformó esa modalidad, al volver la soberanía al poder del emperador, que implicó la organización jerárquica de los tribunales, integrados por funcionarios estatales que dependían del emperador. No obstante, el endurecimiento del régimen político fue acompañado de la profunda sabiduría de los juristas romanos, quienes influenciados por la

²⁴ En Calcídica, según Heráclides estaba prohibido entrar en la magistratura y ser embajador antes de los cincuenta años.

²⁵ La teoría de la división de poderes pertenece, para algunos, por entero a Aristóteles (1998), lo que debería repararse al habérsela adjudicado a Montesquieu; aunque puede reprochársele su justificación de la esclavitud, ya que también en Grecia era práctica corriente la homosexualidad y la condena con extrema acritud.



filosofía estoica, elevaron a reglas jurídicas prácticas muchos de los principios básicos que hoy sostenemos: (v.g.) *in dubio pro reo, ne bis in idem* (Maier, 1996:269).

El poder de administrar justicia continuó en el rey y en la delegación jerárquica de los tribunales, en la división jurisdiccional entre la Iglesia, el rey y la nobleza feudal (Las Partidas de Alfonso X, siglo XIII) y en la instauración del sistema inquisitivo. Más tarde se fortaleció la existencia del juez letrado (Carolina, 1532), en germania, y en la ordenanza francesa de 1670, reinado de Luis XIV.

Un poco antes (1516) aparece *Utopía* o de *De optimo republicae statu deque nova insula Utopia*, la obra de Tomás Moro,²⁶ que se sitúa en la antípoda de *El Príncipe* de Maquiavelo: revela lo que es, el *ser de lo real político y social* descarnadamente, sin los velos de la moral. Tomás Moro muestra lo que ese *ser de lo social* debe aspirar y hacia dónde debe ser conducido; y prepara el advenimiento del *Ensayo sobre el Gobierno Civil* (1690) de Locke.

Utopía ilustra mediante los diálogos del libro primero el espíritu renacentista en materia política:

Recomienda al rey tener de su parte a los jueces, con el fin de que en todas la causas dicten en su favor. A tal efecto, habrá que traerlos al palacio e invitarlos a que discutan ante el propio rey sus problemas. Por mala que sea una causa real, siempre habrá alguien dispuesto a defenderla. El gusto de llevar la contraria, el afán de novedad o el deseo de ser grato al rey, hará que siempre se encuentre una grieta por donde intentar la defensa. El resultado es que lo que estaba clarísimo en el principio quedó embrollado en las discusiones contradictorias de los sesudos varones. La verdad queda en entredicho dando al rey la oportunidad para interpretar el derecho a su favor. Por supuesto, el miedo o la vergüenza harán doblegarse a los jueces, lo que permitirá obtener fácilmente en el tribunal una sentencia favorable al rey. Nunca han de faltar razones a los jueces para dictar sentencia a favor del rey; les basta, en efecto, invocar la equidad, o la letra de la ley, o el sentido derivado de un texto oscuro (Moro, 2005:39).

En esta época no existían diferencias entre el juez prometido por el orden establecido y el conseguido y así se pregonó con solvencia.

2.2. Del juez "profesional"

Para acabar con el reino de las tinieblas y de la superstición, aparece en 1651 Thomas Hobbes y al diseñar su Estado pondera que:

Las aptitudes requeridas en un buen intérprete de la ley, es decir, en un buen juez, no son las mismas que se exigen de un abogado, especialmente en el estudio de las leyes.

²⁶ Lord Canciller de Inglaterra, decapitado mediante decreto de Enrique VIII, por haberse negado a reconocerlo como jefe supremo de la Iglesia Anglicana de ese país.





Porque del mismo modo que un juez, cuando ha de tomar referencias del hecho, no ha de hacerlo sino de los testigos, así también no debe informarse de la ley por otro conducto que por el de los estatutos y constituciones del soberano, alegados en el juicio, o declarados a él por quien tiene autoridad del poder soberano para declararlos; y no necesita preocuparse por anticipado de cuál será su juicio, porque lo que él debe decir respecto al hecho, le habrá de ser suministrado por los testigos, y lo que debe decir en materia de ley, por quienes en sus alegaciones lo manifiestan y tienen autoridad para interpretarlo en el lugar mismo. Los Lores del Parlamento en Inglaterra eran jueces, y muchas causas difíciles han sido oídas y falladas por ellos; sin embargo, pocos, entre esos Lores, eran muy versados en el estudio de las leyes, y pocos habían hecho profesión de ellas; y aunque consultaban con juristas designados para comparecer en aquella oportunidad y cuestión, solamente aquéllos tenían la autoridad para dictar sentencia. Del mismo modo en los juicios ordinarios de derecho, doce hombres del pueblo llano son los jueces, y se pronuncian simplemente por el demandante o por el demandado... pero como **no** se supone que conocen la ley por sí mismos, existe alguien que tiene autoridad para informarles en el caso particular que han de juzgar. Ahora bien, aunque no juzgue de acuerdo con lo que se les dice, no están sujetos por ello a penalidad alguna, a menos que aparezca que lo hicieron contra su conciencia, o que fueron corrompidos por vía de cohecho.

Lo que hace un buen juez o un buen intérprete de las leyes es, en primer término, una correcta comprensión de la principal ley de la naturaleza, llamada equidad, que no depende de la lectura de los escritos de otros hombres, sino de la bondad del propio raciocinio natural del hombre, que se presume es más frecuente en quienes han tenido más posibilidades y mayor inclinación para meditar sobre ellas. En segundo lugar, desprecio de innecesarias riquezas y preferencias. En tercer término, ser capaz de despojarse a sí mismo, en el juicio, de todo temor, miedo, amor odio y compasión. En cuarto lugar, y por último, paciencia para oír, atención diligente en escuchar, y memoria para retener, asimilar y aplicar lo que se ha oído (Hobbes, 2007).

En 1748, después de trabajar veinte años, Charles Louis de Secondant publicó su obra maestra: *El espíritu de las leyes*, en la que investiga a cada gobierno de cada estado en todas las épocas. Prevé que:

La virtud, en la república, es el amor a la patria, es decir, el amor a la igualdad. No es virtud moral ni cristiana, es la virtud política. Y esta es el resorte que hace mover la república... El hombre de bien político es el hombre que ama las leyes de su país y que obra por amor a estas leyes.

En el capítulo II: "Del gobierno republicano y de las leyes relativas a la democracia", del libro II: "De la leyes que se derivan directamente de la naturaleza del gobierno", enseña que:

Cuando en la república el poder soberano reside en el pueblo entero, es una democracia. El pueblo, en la democracia, es en ciertos conceptos el monarca; en otros



conceptos es el súbdito. No puede ser monarca más que por sus votos; los sufragios que emite expresan lo que quiere. La voluntad del soberano es soberana. Las leyes que establecen el derecho de sufragio son pues fundamentales en esta forma de gobierno.²⁷

Consecuencia de este pensamiento es la democracia que consagra que la soberanía pertenece al pueblo, no al rey, como había sido desde antiguo, ni tampoco al Estado, sino directamente al pueblo, lo que significa un nuevo paradigma en la materialización de sus funciones y en la relación con los ciudadanos. Ya no hay gracia, sino representación, poder del pueblo dentro de los límites legales, tal como lo sostenían los teóricos que sirvieron de apoyo a la revolución francesa (Juárez, 2009:6).

Montesquieu elaboró la verdadera doctrina sobre la separación de los poderes del Estado: si el poder judicial no está separado del legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la vida y de la libertad de los ciudadanos, a la vez que el juez sería legislador... Y si no está separado del ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor (Juárez, 2009:10).

La nitidez del sistema promueve el caldo de cultivo para que broten las categorías del juez prometido o conseguido que pergeñamos.

III. TREGUA PRIMERA: POLÍTICA Y JUECES

Los jueces irremediamente serán "echados a los leones"²⁸ cuando se legisla *pour le galerie*: v.g. una constitución que incorpora tratados que no cumplimos, entonces, cuando deban aplicarse, recaerán sobre los jueces –cualquiera sea su calaña– las consecuencias. Es que la verdadera tragedia de la democracia se patentiza en la necesidad de dividir funciones del poder para lograr un equilibrio, como consecuencia del sistema de contrapesos mediante la división de sus funciones. Como el equilibrio no existe, nos explicamos la desconfianza popular en el derecho y en los juristas.

²⁷ Primer y cuarto párrafo de la "Advertencia" de Montesquieu, luego del prefacio.

²⁸ Se "hecha a alguien a los leones" cuando se lo hace enfrentar con personas o situaciones peligrosas sin esperanzas de salir con éxito. La frase tiene como antecedente el episodio bíblico en el cual el rey Darío castigó a su consejero Daniel por quebrar la ley invocando a Dios antes que al monarca. Darío entonces mandó arrojarlo al foso de los leones. Pero la fe obró milagros; durante toda la noche un ángel mantuvo cerradas las fauces de las bestias y a la mañana siguiente Daniel quedó libre. No tuvieron igual suerte los esclavos condenados a morir en el Coliseo o en las arenas de los muchos circos situados en las colonias romanas de España o de África. En el año 248, durante los juegos con que fue celebrado el milenio de la fundación de Roma, se echó mano a cuanto prisionero había para divertir al pueblo con esa carnicería. Hoy tales espectáculos sólo existen en las pantallas de cine. Pero lo intención sigue viva. Nunca faltan individuos que, sin vacilar, envían a algún colega, rival o subordinado a que sea pasto de las fieras. Aunque los leones de la frase no sean más que una metáfora, sus zarpas y colmillos resultan igualmente temibles (Zimmerman, 1999, 66).



En este sentido, Jürgen Habermas y Ronald Dworkin²⁹ entienden que la tensión entre el derecho y política es productiva, ambos están de acuerdo en que ni el derecho debe regir a la política ni la política al derecho. Con todo, Dworkin pone el acento más bien en el derecho objetivo, en cuya interpretación debe esforzarse la política democrática. En cambio, a Habermas le interesa más bien la cualidad de los procedimientos democráticos, que se erigen a través del derecho y en los cuales se conforma el derecho. De estas posiciones, Klaus Günther³⁰ interpreta que no hay que destruir esa tensión, sino aprovecharla creativamente, lo que no depende sólo de la responsabilidad del parlamento o del tribunal constitucional: más bien de los ciudadanos de quienes surge el poder político.

Vamos a escudriñar entonces algunas de estas cuestiones desde la existencia de desacuerdos generalizados entre todos los ciudadanos y sobre la mayoría de las materias:³¹ una suerte de constatación de desacuerdos profundos y generales en las sociedades contemporáneas que provoca, desde nuestra óptica, que la política, los políticos y su aparente búsqueda de "consenso" son los promotores del estado de desconfianza que padecen los jueces: al mismo tiempo víctimas y cómplices de la política.

IV. ARGENTINA

4.1. De la colonia

El primer desembarco leguleyo en Buenos Aires tropezó con la oposición del Cabildo, que sesionó completo, el 22 de octubre de 1613, aplicó la ordenanza que mandaba que "en los asientos de minas, fronteras y nuevas poblaciones no haya abogados", ya que según se informó se trataba de licenciados procedentes de Santiago del Estero, Córdoba y Chile, y venían "con ánimo de que haya pleitos para ganar plata" y con su asistencia no faltarían "pleitos, marañas, trampas y otras disensiones que resultarán, para los pobres moradores, en inquietudes, gastos y pérdidas de hacienda". Quien así hablaba era el tesorero del Cabildo, Capitán Simón de Valdez, preocupado en eliminar cualquier molestia o conocedores de la ley, puesto que su actividad, como la de sus predecesores, era el contrabando en gran escala de mercaderías y esclavos con destino al Alto Perú (Lanata, 2002:61-63) y de la "exportación" ilegal de metales amonedados o en barra y telas que llegaban desde Potosí, puesto que el rey de España (1602) hubo de cerrar al comercio el puerto de Buenos

²⁹ Del diálogo que tuvo lugar en Blifield, Alemania, en 1995, emitido por la televisión alemana: el tema fue el conflicto entre el derecho y la política democrática encarnada en la constitución.

³⁰ Filósofo alemán, moderador del duelo entre dos de los más grandes filósofos políticos y del derecho en la actualidad: "¿Impera el derecho sobre la política?", traducido del alemán por Eduardo Rivera López, disponible en <<http://derechocine.blogspot.com>>.

³¹ Jeremy Waldron (2005) identifica dos circunstancias básicas de la política: la existencia de desacuerdos y la necesidad de un curso de acción común; presenta una teoría democrática de la autoridad y de la legitimidad políticas a partir del estudio de los parlamentos actuales y de la teoría de la legislación.



Aires, estableciendo excepciones, lo que permitió que la ley y el Estado de excepción nacieran, crecieran, se desarrollaran juntos y floreciera el contrabando. Frente a éste ningún gobernador era fuerte: cuando Hernandarias no transigió con aquel ambiente –real grupo mafioso conformado por el “Clan de los Confederados”– fue perseguido, acusado, de crímenes que no cometió y condenado por jueces afines a los contrabandistas. Es que los cargos de concejales y todos los demás cargos públicos: gobernadores, grados militares, municipales e inclusive los funcionarios que hacían de jueces, eran puestos a remate, o como “donativo gracioso” al Rey o al Cabildo.

Husmeando en los cabildos del interior es aceptable la idea de que fueron núcleos donde se fue instalando la idea federalista, la percepción de que “el pago chico” tenía intereses específicos que chocaban con los generales de los gobernadores, órdenes religiosas y los puertos principales, el patriciado o minoría de vecinos “beneméritos” –clanes oligárquicos vigentes en cada ciudad– que ocupaban los cargos seculares eran los únicos que representaban la voluntad popular (Luna: 1994:422). La Inquisición arribó mediante los Comisarios del Santo Oficio (1579) y persistimos en el uso de la tortura³² hasta bien entrado el siglo XIX (1860), cuando se discutía la conveniencia de prohibir el sistema de azotes en el Ejército. Los cargos de juez fueron otorgados en las metrópolis a los afines de la elite gobernante y en la campaña a la policía o algún vecino caracterizado.

4.2. De la constitución

El Pacto Federal (1831) entre los gobiernos de Santa Fe, Buenos Aires y Entre Ríos; el Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos (1852), entre gobernadores y capitanes generales de las provincias de la Confederación Argentina, el contrato de 1853, el Pacto de San José de Flores (1859), son los hitos de la Ley Fundamental, desatendida sin tapujos por los golpes de Estado del siglo XX, que concluyó con el Pacto de Olivos (1993) para consolidar el sistema democrático, perfeccionar el equilibrio entre los poderes del Estado, afianzar la independencia de la justicia y el fortalecimiento de los órganos de control, de modo tal que se modificara sustancialmente el modo de designación de los jueces para garantizar la prevalencia de la idoneidad por “encima de cualquier otro motivo de selección y generar un procedimiento de remoción de los jueces ajeno a contingencias políticas partidarias” (Pacto de Olivos, punto 2). Un mes después (13/12/1993), el presidente del Partido Justicialista y el del Comité Nacional de la Unión Cívica Radical renuevan la intención de ambas fuerzas políticas de impulsar una reforma parcial de la Constitución Nacional, señalándose dentro del “Núcleo de coincidencias básicas” la creación del Consejo de la Magistratura, para procurar “el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias, y de los abogados e integrado por

³² La tortura, en Europa, formó parte del sistema jurídico y reconoce su origen en el Imperio Romano: el capítulo XVIII del Libro LVIII del Digesto de Justiniano incluía las reglas a seguir por los jueces para atormentar a los presos. Con la caída de los romanos, tanto lo merovingios como los carolingios y otros pueblos “bárbaros” dejaron de aplicarla. España, más romanizada que el resto de su continente, continuó con aquellas reglas en las Siete Partidas de Alfonso X, El Sabio, inspiradas también en el derecho canónico.



otras personalidades del ámbito académico y científico". Además, se auguró que los jueces de la Corte Suprema serían designados por el Presidente de la Nación con acuerdo del Senado por mayoría absoluta del total de sus miembros o por dos tercios de los miembros presentes, en sesión pública convocada al efecto. Tal pretensión es captada y enflaquecida en su rigor por el art. 99 de la Ley 24.430 –"Atribuciones del Poder Ejecutivo"– en el inc. 4: " nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto (...) y a los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos".

4.3. Consejo de la Magistratura

Pese a las develadas razones de su implementación en la Nación,³³ duras críticas deparó el art. 114 de la Constitución Nacional, inquietudes y discusiones en orden a su naturaleza, resueltas, en alguna medida, por diversas leyes que reglamentaron aquel precepto y el art. 115: jurado de enjuiciamiento y remoción de jueces inferiores, dado que desde el principio las relaciones con la Corte Suprema fueron funestas. Señala Gelli (1995:938):

Quizás, como se ha sostenido reiteradamente, el sistema no consiga elegir a los mejores jueces posibles pero evitará que se designe a los peores, aunque el componente fuertemente político del Consejo deja su impronta en la modificación excesiva del orden de méritos. Si a eso se suma que después de la reforma introducida por la Ley 25.669, el Consejo es quien evalúa los antecedentes, debe concluirse que se ha agregado una nota más de discrecionalidad en un organismo en el que prima la representación partidaria.

V. TREGUA SEGUNDA: PODER POLÍTICO Y JUDICIAL

Comprendemos que muchas veces el sentido práctico obliga a encontrar soluciones de compromiso (y definitivamente pensamos que lo arregle Mongo Aurelio);³⁴ que el Poder

³³ Chaco debutó en 1957

³⁴ Mongo Aurelio es un personaje imaginario que nació a principios de la década de 1940 en el ambiente universitario porteño. Lo inventaron dos estudiantes de Derecho, cuando estaban de moda las aventuras de Flash Gordon en el planeta Mongo, donde reina el cruel Ming. Nuestro lunfardo conocía ya dos palabras que significan nunca, nada de nada o a mí qué me importa. Una es el andalucismo mongo, despectivo, cuando no grosero. La otra es minga, de origen milanés. Estos términos se entrecruzaron en la universidad con la figura del emperador y filósofo Marco Aurelio para dar lugar a una frase mitad culta, mitad callejera (Zimmerman, 1999:230). Mongo Aurelio pertenece a la galería fantasma de seres a los que apelamos para desatendernos de cualquier asunto fastidioso.





Judicial sería, a diferencia del poder político, un poder pasivo, en el sentido de que no podría tomar iniciativas sin dar respuestas y quienes lo ejercen no pueden utilizarlo para imponer su voluntad o hacer valer sus preferencias, por muy convencidos que estén de su razón. Por el contrario, la esencia del político es imponer su voluntad, en desmedro de las consecuencias, por el motivo que sea, la búsqueda del éxito o beneficio electoral inmediato, de oportunidades que aumenten su clientela y de "estar en el ajo"³⁵ que emane de la opinión pública, aunque ésta enarbole principios contrarios al Estado de Derecho.

También existen jueces y fiscales dedicados a la transformación de la sociedad mediante la utilización singular del ordenamiento jurídico.³⁶ En este sentido también podríamos sostener que ni la democracia ni la justicia están en crisis –al contrario de lo que se concibe habitualmente–, sino que somos los hombres y mujeres de la democracia y de la justicia los que debemos entrar en un proceso de reformulación de nuestras conductas y valores (Sesin, 2002:976). La democracia, como la justicia, no se construye con palabras ni con dogmas, sino con hechos, conductas y responsabilidades.

Del mismo modo podríamos sostener que irremediamente en nuestro sistema democrático la elección es del ciudadano y es éste quien tiene el poder y la voluntad de cambiar algo en nuestra sociedad, tal lo anticipáramos enarbolando a Dworkin y Habermas.

Pero lo cierto es que cualquier político que se precie tratará de evitar la fiscalización del poder político por jueces de los cuales desconfía y éstos de una u otra manera emitirán mensajes –antes de asumir– augurando fidelidad y lealtad a algún postulado que la opinión pública reclame.³⁷

No desconocemos que está en ensayo la "Nueva Cultura Política" (Clark y Navarro, 2007:33) que supone nuevas reglas para el juego político que presentan características diferentes a los dos modos clásicos: el clientelismo (derecha) y la política de clases (izquierda). En concreto, el apoyo electoral a cambio de favores políticos (empleo, servicios, negocios), a partir de una poderosa organización del partido, que aunque no necesariamente coherente en términos ideológicos, es controlado jerárquicamente.³⁸ El segundo patrón refiere a la

³⁵ Estar en el ajo equivale a "andar metido en una intriga o un chanchullo en el que intervienen varias personas". El dicho se originó en los tribunales cuando los abogados salpicaban sus conversaciones y alegatos con frecuentes locuciones en latín. Para referirse a quien hoy llamamos un gestor oficioso o un influyente, se hablaba de un individuo capaz de hacerse valer *alio atque alio*. O sea, aquí y allá, en una y otra parte. Los empleados y clientes que no entendían este idioma lo traducían como mejor les sonaba. Nada más fácil de asociar que alio con ajo (Zimmerman, 2009:110).

³⁶ Ejemplo de ello es el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Casación, revocado por la Corte Suprema (ver: Introito).

³⁷ John Grishman muestra en La Apelación el alto riesgo que se corre, en esta época, al elegir jueces: el tribunal del estado de Mississippi declara culpable a una empresa química que vierte tóxicos en el sistema de conducción de agua potable que provoca cáncer. La empresa apela al Tribunal Supremo del Estado y aprovechando que debe designarse otro juez arbitra los medios para su elección, promocionando y moldeando un personaje acorde.

³⁸ Se trata de un modelo que guarda cercanía con el caciquismo español del siglo XIX, el "patrone" de la sociedad mediterránea, el clásico partido de los "notables" de la dinámica socio-política local clientelista de los países latinoamericanos. La "máquina política" usa instrumentalmente al partido para mantener y reproducir el intercambio electoral por favores políticos.



distinción entre quienes se caracterizan por la defensa de derechos sociales, proponiendo un mayor gasto público en la política social;³⁹ mientras, sus antagonistas⁴⁰ se caracterizan por un menor grado de tolerancia en cuanto a asuntos y derechos sociales, así como preferir menos gasto público, y sobre todo, el recorte o desaparición del gasto social.

A diferencia de aquellos patrones, el "Nuevo Populismo Fiscal" se muestra conservador en cuanto al gasto público y liberal en cuanto a derechos sociales, presente en todos los sistemas políticos contemporáneos (Navarro, 2007:37). Se trata de una combinación que no encaja con la coherencia que, como tipos ideales, muestran izquierda y derecha (liberal y conservadora), ni tampoco con las preferencias que caracterizan a la máquina clientelista (conservadora en lo social y liberal en cuanto al gasto público). Este menjunje de preferencias descubre a sus líderes alejados de la máquina del partido, aunque mantienen su carácter "populista": hacen del ciudadano medio su referente, transformando al "populismo" en una estrategia adaptativa en atención a sus demandas. Tal enfoque de la "Nueva Cultura Política" postularía que se trata de un modelo diferente al clientelista (Clark, Terry e Inglehart, Ronald, 2007:51), porque: el porcentaje de votantes que no se identifica con partidos políticos aumentó, emergieron movimientos ecologistas trascendentes, aparecieron liderazgos que trastocan programas establecidos, al menos en apariencia,⁴¹ creció el fundamentalismo religioso y movimientos sociales para lograr mayor democracia, descentralización, libertades individuales.⁴² En definitiva, la "Nueva Cultura Política" se distingue por siete aspectos claves: 1) la dimensión clásica de izquierda-derecha ha sido transformada; 2) los asuntos sociales y fiscales u económicos están explícitamente diferenciados; 3) los sociales tienen mayor preeminencia; 4) el individualismo social y de mercado crece: se opone al estatismo, impulsa el escepticismo hacia las políticas de izquierda (nacionalización de las industrias y crecimiento del Estado de bienestar); 5) el Estado de bienestar es cuestionado: tiende a mejorar su eficiencia; 6) la participación ciudadana es ampliada al mismo tiempo que las organizaciones políticas jerárquicas decaen; y 7) tales postulados tienen amplia penetración en las sociedades más educadas.

Demasiadas y nuevas variables de cuestiones que la historia remeza cíclicamente, y tal vez demasiado para el Poder Judicial de estos tiempos.

VI. LEY Y DERECHO

Ya anunciamos que entender qué es derecho no es un interrogante inconcuso.⁴³ Ahora, precisamos que el derecho incluye las normas en actas legislativas, en los códigos y reglamentos, las prácticas formales e informales que acompañan la interpretación y aplicación de las reglas, comprende un grupo complejo de actores sociales e instituciones

³⁹ Demócratas en EE.UU. ¿Y en Argentina?

⁴⁰ Republicanos en EE.UU. ¿Y en Argentina?

⁴¹ Mitterand, Clinton, Blair, Obama, Menem, Kirchner, Lula.

⁴² China, ex URSS, Europa Oriental.

⁴³ Conf. nota 6 y definiciones de la Corte Suprema: Cap.1.2.





especializadas, involucra una forma de razonamiento que expresa aspiraciones ideológicas y es un componente de cada política pública (Faundez y Angell, 2005:93).

Desde otra arista, se reconoce que la ley deriva su autoridad y eficacia del proceso político y por ende se dice que el derecho es la práctica de la política por otros medios. Sin embargo, el derecho también es considerado como la personificación de la justicia y la neutralidad.

Así, no es fácil establecer la delimitación precisa entre el derecho y la política. Los jueces aplican estándares técnicos para interpretar la ley y se supone que esto los protege de las presiones directas del sistema político. Sin embargo, la interpretación legal no es un proceso mecánico de deducción lógica a partir de reglas generales. También responde y refleja las presiones sociales, políticas y económicas del ambiente. Como resultado, el sistema legal necesariamente refleja atributos del sistema político al cual pertenece (Faundez y Angell, 2005:94).

Si concluimos que la autoridad del derecho reside en el hecho de que los ciudadanos tenemos la reconocible necesidad de actuar en conjunto sobre diversos asuntos⁴⁴ o de coordinar nuestros comportamientos en determinados ámbitos con referencia a un esquema común, dicha necesidad no desaparece porque tengamos desacuerdos. Aceptado este fundamento de autoridad jurídica, concluimos que la función esencial del derecho es construir esquemas comunes y orquestar la acción colectiva en circunstancias de desacuerdo, y es precisamente en este escenario cuando la ley y el derecho chocan según el sentido de la justicia que la política haya elegido.⁴⁵ Y eso es normal (Waldron, 2005:14). Aclaramos mediante la cita de Gutman (1996: 263):⁴⁶

En la concepción deliberativa de la democracia, deberíamos esperar que la democracia genere continuamente descontento con los resultados políticos porque la comprensión moral de los seres humanos es inadecuada para la tarea de determinar lo que es justo de una vez por todas. Deberíamos por lo tanto esperar un amplio descontento incluso con respecto a decisiones democráticas legítimas o provisionalmente justificables.

VII. DEMOCRACIA

La democracia es el único sistema de gobierno que garantiza el debate crítico de concepciones y medidas políticas, favoreciendo la percepción de sus posibles errores y de los intereses que puedan subyacer en ellas. Es también la única forma política que reconoce la autonomía y dignidad moral de los ciudadanos al atribuirles en conjunto la responsabilidad por la construcción del marco social en el que se desarrollarán sus propios planes de vida... A pesar de su superioridad moral, el sistema democrático es inestable y delicado:

⁴⁴ Vamos a respetar el color rojo del semáforo para detener la marcha del rodado (v.g.).

⁴⁵ Indultos dictados en nuestro país al final del siglo pasado (v.g.).

⁴⁶ Waldron, 2005:15



su destrucción se opera en un santiamén, mientras que su restablecimiento y preservación son terriblemente arduos. Ello es así porque, en primer lugar, la democracia requiere actitudes de tolerancia hacia las diversas opiniones y de respeto a las reglas de juego aun cuando ellas den lugar a resultados adversos. En segundo término, la democracia exige también políticos profesionales y partidos políticos (organizados democráticamente) que sean respetados. Esto requiere, a su vez, vencer escrúpulos de mucha gente (sobre todo de los intelectuales) a tener una participación activa en los partidos políticos. Mientras no hagamos ese intento, no tenemos derecho a criticar a los políticos actuales... en medio de la indiferencia generalizada (Nino, 2007:187).

Así, de las tres actividades fundamentales a las que constriñe el hombre su vida en la tierra: *labor*: todas aquellas cuyo motivo atienden las necesidades de la vida (comer, beber, dormir), *trabajo*: utilización de la materia para producir objetos, es en la *acción* en la cual el hombre desarrolla la capacidad que le es propia: la capacidad de ser libre, que no es la mera capacidad de elección, sino que es la capacidad para trascender lo dado y empezar algo nuevo, dado que el hombre sólo trasciende la naturaleza cuando *actúa* (Arendt, 2008:VIII). Creemos que este es el sentido del reto que nos provoca Nino.

VIII. TREGUA TERCERA: EL DERECHO INCÓMODO CON LA DEMOCRACIA

En la *actuación* de la democracia estamos todos en la misma bolsa: jueces y políticos, legisladores y clientes, consumidores o ciudadanos, moviéndonos al ritmo del cacerolazo de esta democracia piquetera que se moldea constantemente entre izquierdas y derechas que ya no existen o que se confunden exitosamente; mientras, producimos leyes, desatendemos las existentes y la comisiones de estudio del Congreso se convierten en usinas inagotables de proyectos que esperan su oportunidad de hacer justicia.

Uno de los oscuros secretos de la teoría del derecho contemporánea es su incomodidad con la democracia cuando fija de manera simplista el centro de atención en los altos tribunales, en su forma de selección, y en las consecuencias de sus prácticas, marginando o subestimando la legislación, esto es: nadie duda que los parlamentos son instituciones adversariales que operan de hecho en un contexto de desacuerdo cacofónico. Los partidos políticos, con puntos de vista opuestos sobre la justicia social, compiten por controlar el parlamento y las leyes finalmente producidas representan la prevalencia a corto o medio plazo de un punto de vista sobre los demás. Bajo esta concepción, la autoridad de una ley equivale a la autoridad de la persona o grupo parlamentario que presentó el proyecto de ley, que lo votó e impulsó en las diferentes legislativas. En casi todas las sociedades del mundo las leyes son aprobadas por asambleas⁴⁷ que representan, en su diversidad, los principales desacuerdos sobre la justicia, promoviendo leyes que tienen autoridad en nombre de todos los ciudadanos y no sólo del grupo o mayoría que las votó, con lo que nos encontramos con la tiranía de la mayoría (Waldron, 2005:19). De ahí la necesidad de límites constitucionales a las decisiones legislativas.

⁴⁷ Congreso: Cámara de Diputados y Senadores, legislaturas provinciales, concejos deliberantes.



IX. EL JUEZ SOLO CONTROLA

Roberto Gargarella (1997) instruye que fue Alexander Hamilton⁴⁸ quien procuró defender el control de constitucionalidad planteando:

¿Cómo puede ser que los jueces tengan la capacidad de revertir decisiones tomadas por el poder legislativo, esto es, por los representantes de la ciudadanía?; ¿cómo puede ser que en una sociedad democrática termine primando la voz de los jueces –que no son elegidos directamente por la ciudadanía y cuyo mandato tampoco está sujeto al periódico escrutinio popular– sobre la voz de la ciudadanía? Hamilton contestó: mi razonamiento no supone de ningún modo tal superioridad. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la constitución, los jueces deberán gobernarse por la última con preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.

Para Gargarella, los argumentos tan sencillos de Hamilton invertían las eventuales críticas al poder judicial. Para éste el verdadero peligro, la verdadera amenaza a la autoridad suprema del pueblo surgía si se les negaba a los jueces su capacidad revisora. Esta argumentación fue tomada por el juez Marshall en "Marbury v. Madison" (1803). Sin embargo, nuestro constitucionalista refuta tal hipótesis: históricamente, cuando apunta que buena parte del pueblo (esclavos, negros, mujeres, pobres) no redactó la constitución; con el paso del tiempo: cuando cambia el valor del consenso popular; y, por último, Gargarella (1997:57-58) sostiene que cuando los jueces asumen en casos complejos la tarea de "desentrañar" posibles respuestas a los dilemas constitucionales: reemplazan a los legisladores.

Así una corriente doctrinaria y jurisprudencial (Sesin, 2003: 1264) sostiene que el juez no es un *dominus* de la sociedad y que hay que desechar aquellas posturas que amplían en grado sumo su marco de acción, que encierra la problemática de todos los tiempos referida a los confines del derecho y la política y a la cuestión para algunos irresuelta que para algunos implica refloatar la consabida tesis del *gobierno de los jueces*, que se caracteriza por la falta de legitimación democrática e incapacidad para responder a las múltiples necesidades sociales (García de Enterría, 1985:168).

La extralimitación de los jueces fue advertida por Roosevelt en Estados Unidos en 1913, cuando la Corte Suprema, aferrada a un liberalismo excesivo, denominado "darwinismo jurídico", se opuso a toda regulación legislativa de la economía, salarios mínimos, jornadas de labor. Se caracterizó el período por la atribución unilateral por los jueces de funciones legislativas. Por esto, en 1937, el Tribunal Supremo cambió de jurisprudencia y aceptó la validez constitucional del "New Deal" (Sesin, 2003: 1265).

Sin embargo, el ordenamiento delega en los órganos judiciales la facultad de inferir el criterio necesario para resolver conflictos: (v.g.) graduar la pena, determinar el monto de

⁴⁸ "El Federalista", n° 78, de James Madison, Alexander Hamilton y John Jay, FCE, México, 1957.



una indemnización justa. Ello porque en estos supuestos es el juez el primer destinatario del orden jurídico. Es que el juez no administra ni legisla, interpreta el orden jurídico existente.

X. LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES PUEDEN CAMBIAR UNA NACIÓN

En mayo de 1954, en el caso "Brown vs. Junta Escolar", el Tribunal Supremo de EE.UU. decidió que las escuelas públicas racialmente segregadas eran inconstitucionales y fue aclamado como un triunfo legal histórico, porque fue el primero de su clase que tuvo éxito.

Recientemente se ha estudiado (Vitantonio, 2009:6), con enjundia, que desde siempre la Corte Suprema de Justicia de la Nación negó la posibilidad de control de constitucionalidad de oficio afirmando que los actos legislativos se presumen válidos, que esa posibilidad exige un amplio debate y violaría la división de poderes. Esta manera de ejercer la jurisdicción se mantuvo hasta 1983, pues no les corresponde a los jueces declarar la inconstitucionalidad de una norma legislativa o de un acto administrativo, si no ha sido planteada expresa y fundadamente por parte interesada en una causa judicial.⁴⁹

En efecto, en 1983 tal postura cede con la asunción de los ministros Fayt y Belluscio⁵⁰ y se patentiza en "Mill de Pereyra"⁵¹ (2001), cuando la Corte recepta la posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad del plexo normativo.

Sin embargo, desde el 2006⁵² la Corte restringe la posibilidad de que los magistrados examinen de oficio la inconstitucionalidad de las normas en aras de no violentar el principio de congruencia y, por tanto, la garantía del debido proceso.

XI. FINAL

Flotamos en un mar de desacuerdos, ni siquiera nos ajustamos a un concepto apacible de: "derecho", "democracia", menos aún de "moral" o "política", pero las discrepancias por la posesión de la verdad⁵³ es lo que nos mantiene vivos, desde Homero a la

⁴⁹ Fallos 190:142; 251:456 y 269:225; 234:35; 202:249; 242:212; 252:328; 254:201; 261:278; 269:225.

⁵⁰ Juzgado de Instrucción Militar n° 50 de Rosario, Fallos 306/1:303, reiterada en Pérez c/ENTEL, 310:190; en Peyru, 310:1401 y en Coppola, 311:1893.

⁵¹ LL, 2001-F:891.

⁵² Gómez, del 27.12.06, Fallos329:5903 y Strangio, del 12.05.09 y nuestro capítulo I.2.

⁵³ Perez Lindo (1998:10) afirma: "Seguimos sin resolver viejos enigmas, la irracionalidad más cruda coexiste con el apogeo de la ciencia y de la técnica. Nuestro comportamiento ético no corresponde a nuestros progresos intelectuales".



fecha. También, observamos que la gente actúa con ferocidad e indignación en defensa⁵⁴ de las respuestas que considera correctas y que a menudo actuamos con burda hipocresía cuando fingimos nuestras creencias y emociones.

Advertimos que los jueces discrepan entre sí sobre los mismos puntos sobre los que lo hacen los ciudadanos y sus representantes (los políticos) y que los jueces en la sala del tribunal también toman sus decisiones mediante el voto de la mayoría, por tanto, es imposible separar al juez de la política y sus procedimientos, lo que impide asegurarnos que el juez prometido se identifique con el conseguido.⁵⁵

Es que el *hombre de convicción* dice aquello que piensa y hace aquello que cree sin detenerse a medir las consecuencias, porque para él la autenticidad y la verdad deben prevalecer siempre y están por encima de consideraciones de actualidad o circunstancias. El *hombre responsable* sintoniza sus convicciones y principios a una conducta que tiene presente reverberaciones y efectos de lo que dice y hace, de manera que sus actos no provoquen catástrofes o resultados contrarios a un designio de largo alcance.

Para aquel (*el de la convicción*), la moral es ante todo individual y tiene que ver con Dios o con ideas y creencias permanentes, abstractas y disociadas del inmediato acontecer colectivo; para éste (*el responsable*), la moral es indisoluble de la vida concreta, de lo social, de la eficacia de la historia.

Ninguna de las dos morales es superior a la otra; ambas son de naturaleza distinta y no pueden ser relacionadas en un sistema jerárquico de valores, aunque en contados casos –los ideales– se confundan en un mismo individuo, en una misma acción. Lo frecuente es que aparezcan contrastadas y encarnadas en sujetos diferentes, cuyos paradigmas son el intelectual y el político.

Profesamos que cuando se mezclan, el juez prometido se convierte en el conseguido mediante el uso irremediable del tiempo, que lo cura todo.

Como los tribunales son también un foro de toma de decisiones sociales en un contexto de desacuerdo, en nuestro sistema, el control de los jueces de la constitucionalidad de las leyes es la única herramienta para mantener la paz y proteger derechos individuales y sociales y el instrumento que revele una política que desdén al Estado de derecho. Para eso habrán de asimilarse el juez prometido por la Constitución con el conseguido por un Consejo de la Magistratura una Escuela Judicial o lo que se nos ocurra, pues ciertamente “los hombres, aunque han de morir, no han nacido para eso sino para comenzar” (Arendt, 2008:IX).

⁵⁴ “Quien sabe que no tiene jueces no tiene por qué depositar su fe en las normas” (Cossio, cit. por Herrendorf, 1994).

⁵⁵ Como bien lo señala Vargas Llosa (2009:21-26), fue Max Weber quien distinguió con sutileza la moral de la responsabilidad: connatural al político, de la moral de la convicción: lujo de los irresponsables.



BIBLIOGRAFÍA

- ÁNGEL, Alan y Julio FAUNDEZ (2005), "Reforma Judicial en América Latina", *Sistemas Judiciales*, CEJA, Año 4, nº 8, Buenos Aires.
- ARENDT, Hannah (2005), *De la decisión a la historia a la acción*, Paidós, Buenos Aires.
- ARENDT, Hannah (2008), *La condición humana*, Paidós, Buenos Aires.
- ARISTÓTELES (1998), *Ética Nicomaquea. Política*, Porrúa, México.
- ATIENZA, Manuel (1985), *Introducción al derecho*, Barcanova, Barcelona.
- BOTASI, Carlos (2009), *Disparen contra los jueces*, La ley Online.
- CALAMADREI, Piero (1987), *Elogio de los jueces*, Ejea, Buenos Aires.
- CANSINO, César (2008), *La muerte de la ciencia política*, Sudamericana, Buenos Aires.
- CLARK, Terry N. y Clemente NAVARRO (comp.) (2007), *La nueva Cultura Política. Tendencias globales y casos iberoamericanos*, Miño y Dávila, Madrid.
- DIARIO PÁGINA 12, 13.06.09, Ed. Perfil, Buenos Aires.
- FERNÁNDEZ, Eusebio (2004), *El observador comprometido. Reflexiones jurídico-políticas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- FEUILLANT, María Carolina y Juan Francisco RAMOS MEJÍA (2009), "La redistribución estatal el nuevo dogma de la política contemporánea", El Dial.com.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1998), *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, Madrid.
- GARGARELLA, Roberto (1997), "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", *Isonomía*, nº6, Universidad Torcuato di Tella, Buenos Aires.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (2003), "El papel del poder judicial en la transición a la democracia", en MALEM, Jorge, Jesús OROZCO y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.) *La función judicial. Ética y Democracia*, Gedisa, Barcelona.
- GELLI, María Angélica (2006), *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires.
- HERRENDORF, Daniel E. (1994), *El poder de los jueces. Cómo piensan los jueces que piensan*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- HOBBS, Thomas (2007), *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, México.
- IRIBARNE, Héctor P. (2006), "Los procesos de selección de magistrados y funcionarios judiciales", La Ley 2006-D:1293.
- IRURETA GOYENA, José (2000), "Alcance de la expresión: en cuanto ha lugar y sin perjuicio", La Ley, Páginas de ayer, Año 1, Nº 3, Agosto.
- JUÁREZ, Juana (2009), "Constitución italiana: administración de justicia y control de constitucionalidad", El Dial.com.
- LA BIBLIA LATINOAMERICANA, Ediciones Paulinas y Editorial Verbo Divino, Madrid, 1990.
- LANATA, Jorge (2002), *Argentinos. Tomo 1. Desde Pedro de Mendoza hasta la Argentina del Centenario*, Ediciones B, Buenos Aires.
- LANATA, Jorge (2004), *ADN Mapa Genético de los argentinos*, Planeta, Buenos Aires.
- LUNA, Félix (1994), *Historia integral de la Argentina*, Planeta, Buenos Aires.
- MAIER, Julio (1996), *Derecho Procesal Penal. Fundamentos I*, Editores Del Puerto, Buenos Aires.
- MONTESQUIEU (2005), *El espíritu de las leyes*, Heliasta, Buenos Aires.





- MORO, Tomás (2005), *Utopía*, Colección Nogal, Buenos Aires.
- NINO, Carlos S. (2007), *Derecho, Moral y Política II*, Gedisa, Barcelona.
- PÉREZ LINDO, Augusto (comp.) (2003), *El problema de la verdad. Estudios sobre Platón, Aristóteles, Descartes, Nagarjuna, Kant, Nietzsche y Sartre*, Biblos, Buenos Aires.
- PLATÓN (1998), *Las Leyes. Epinomis. El Político*, Porrúa, México.
- REVISTA PLAYBOY, edición argentina, N° 41, mayo de 2009.
- SCHWANITZ, Dietrich (2002), *La cultura. Todo lo que hay que saber*, Taurus, Buenos Aires.
- SESIN, Domingo J. (2003), "El juez sólo controla. No sustituye ni administra. Confines del derecho y la política", *La Ley*, T. 2003-E.
- VARGAS LLOSA, Mario (2009), "La moral de los cínicos", en *El lenguaje de la pasión*, Alfaguara, Buenos Aires.
- VIÑAS, Raúl Horacio (1972), *Ética y derecho de la abogacía y Procuración*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires.
- VITANTONIO, Marina (2009), "La cuestión de la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de las leyes", *La Ley*, 19 de junio, Buenos Aires.
- WALDRON, Jeremy (2005), *Derechos y Desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid.
- WEINBERG DE ROCA, Inés (2009) "El genocidio planificado", reportaje de Irene Hartman, *Revista Ñ*, n° 299, Buenos Aires.
- ZAFFARONI, Eugenio R. (1980), *Tratado de Derecho Penal Parte General I*, Ediar, Buenos Aires.
- ZIMMERMAN, Héctor (1999), *Tres mil historias de frases y palabras que decimos a cada rato*, Aguilar, Buenos Aires.







Beltrán Jorge Laguyás
Proyecto de reforma a la ley de
Consejo de la Magistratura

cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

3er. premio





Proyecto de reforma a la Ley del Consejo de la Magistratura Selección y perfeccionamiento de jueces y funcionarios del Poder Judicial de la Nación*

BELTRÁN JORGE LAGUYÁS**

I. INTRODUCCIÓN

Más allá de la suerte que corra este trabajo en el marco del Concurso "Premio Formación Judicial 2009", lo que espero de él, en verdad, es que se lo pueda ver como un sincero aporte para pensar en otros cursos de acción, planteando alternativas diferentes a las hoy vigentes; en suma, impulsar un verdadero "cambio cultural", por el cual abandonemos el actual "sistema de selección de magistrados" y lo reemplacemos por una superadora y transparente "búsqueda de talentos para la Justicia Nacional". Ahí radica el profundo cambio cultural, y entonces la tarea no será "llenar vacantes", sino "descubrir a los mejores individuos" para integrarlos a los planteles actuales, encaminándolos hacia una permanente actualización de idoneidad. No es poco, pero tampoco es mucho.

Pese a que deberán integrar la ley, por ser cuestiones ajenas a este concurso, o Magistrados, que deberíamos toda referencia a la Administración del Poder Judicial y al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (arts. 114, inc. 3 y 115 de la Constitución Nacional).

1.1. Fundamentos del Proyecto de Ley

Cuando hace un siglo y medio, la niñez se deleitaba con Julio Verne y su *De la Tierra a la Luna*, nadie dudaba en considerarlo utópico. Sin embargo, hoy celebramos el Día del Amigo en conmemoración de la llegada del Hombre a la Luna hace cuatro décadas. Convengamos entonces que las utopías de hoy pueden ser realidad mañana; todo depende de nuestra capacidad transformadora.

Con el propósito explícito de hacer lo necesario para "afianzar la Justicia", que para los argentinos integra el Norte Constitucional, emprendo hoy el camino de las realizaciones concretas, mediante la proposición de un plexo normativo que pueda ser "papel de trabajo" para quienes se ocupan y preocupan por la temática propia de la composición del

* Trabajo ganador del 3^{er} Premio Formación Judicial 2009, en el eje "Criterio de selección de jueces y funcionarios".

** El seudónimo utilizado fue "Juan de la Esquina".



Poder Judicial de la Nación. Esta propuesta podrá considerarse apta, incluso, para su aplicación en ámbitos provinciales, pero esta es otra arista de la misma cuestión, que excede el marco de este trabajo.

Remarcamos que la diferencia radica en diferenciar entre el sistema actual que tiene por objeto "llenar vacantes" y la propuesta de una novedosa sistematización legal en pos de "capturar talentos y excelencias".

Percibo que forma parte del anhelo colectivo que el Poder Judicial sea más vigoroso y luzca más saludable por la vigencia del Estado de derecho, la igualdad de oportunidades y la publicidad de los actos de gobierno.

En ese contexto, otorgar inamovilidad vitalicia fundada exclusivamente en el sostenimiento de "buena conducta" (Constitución Nacional, art. 110) es muy poco para nuestros tiempos, en tanto deja de lado un elemento sustantivo a la hora de ponderar la tarea judicial. No bastan personas que solo tengan buena conducta, sino que también deben ser "idóneas" y, además, "demostrarlo". Si para la designación debe tenerse en cuenta "la idoneidad de los candidatos" (Constitución Nacional, art. 99, inc. 4, párrafo 2°, "in fine"), resulta curioso que nada se diga del mantenimiento de tal condición. Este proyecto también se ocupa de esto último.

Entendemos que, con vistas a su mejoramiento, tanto el Poder Judicial de la Nación como los de todos los distritos de nuestro país, necesitan no sólo de un adecuado avance tecnológico (material) o un aumento del número de personas o juzgados (cuantitativo); sino que es necesario generar un profundo cambio de mentalidad (cultural/cualitativo).

Necesitamos el re-engarzamiento de algunos valores que parecen no estar debidamente contemplados en el actual sistema.

En efecto, el requisito de aprobación de un examen de oposición para el ingreso al Poder Judicial, y la no reválida de conocimientos en el futuro, se traduce en una tácita "certificación de idoneidad eterna", como si se confiriera la "automática actualización académica vitalicia", lo cual es insostenible. Ese "statu quo" puede llevar a la cristalización de conocimientos y, aunque no deseada, conducir a la negación de la más elemental necesidad de elevación cotidiana del nivel académico y de la variedad de sus contenidos.

Desde diferentes ámbitos se escuchan voces que reclaman una mejor y más actualizada preparación de los integrantes del Poder Judicial; en tal sentido, es creciente la puntual expresión de necesidad de una seria y sostenida profundización en la temática propia de la Escuela Judicial.

He allí el eje de nuestro trabajo y desvelo: hacer descansar en la permanente preparación académica y de investigación (tanto de fondo como de forma) el modo de enaltecimiento de la función judicial.

Debiéramos impulsar una suerte de meritocracia, donde los distintos estamentos de nuestra sociedad contribuyan a la elevación constante (ética, intelectual e instrumental) de los jueces y que tal jerarquización se haga carne –definitivamente– en el sistema.

Pero ello no es todo, se enmarca en una cuestión mayor, que es la búsqueda de un Poder Judicial cada día más creíble, como elemento necesario para apuntar a un restablecimiento institucional fundante de una sociedad nueva.

Por otra parte, si parafraseando la redacción del art. 5° de la Ley de Contrato de Trabajo, cada Tribunal es "la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para brindar servicios de justicia", no podemos





admitir que insuma años designar a quien ocupe una vacante. Ese largo tiempo es de subrogancias y consecuente desorden por falta de dirección única y unívoca es el reprochable fracaso de los fines para los cuales fue concebida la "unidad prestadora de servicios de justicia". Es, en definitiva, negar la Justicia.

Por eso, como se ve, en el sistema hoy propuesto, la larga tarea de evaluación de antecedentes y resultados de la Escuela Judicial (o examen de oposición) son etapas previas al llamado a concurso propiamente dicho.

Cuando se produce la vacante, ya que con anterioridad los postulantes han dado muestras de sus méritos y tuvieron ocasión de competir en igualdad de condiciones; sólo queda sustanciar el concurso en un proceso mucho más breve y acotado que insume tres o cuatro meses; una porción sensiblemente menor al tiempo actual.

Esto tiene varias ventajas. Se estimula a quienes tienen real vocación de servicio judicial a prepararse adecuadamente, con tiempo suficiente y sin premura alguna para incorporarse al sistema; también se desalienta el oportunismo de la eventual decisión de alguien que frente a la existencia de una vacante, irreflexivamente se pueda volcar a la búsqueda de un lugar en el Poder Judicial sin una clara convicción al respecto, saturando concursos.

Hemos tenido en vista principalmente a la Constitución Nacional y, sin dejar de lado a la tradición legislativa y reglamentaria, impulsamos un cambio fuerte, que con la sola lectura de la propuesta se la comprende en plenitud, sin mayores explicaciones adicionales.

Luego de la mención de pertenencia y apego del organismo a la Ley Fundamental, en el Título I se mantiene la estructura de cuatro estamentos de representación sectorial de los tres poderes estatales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y de los profesionales del Derecho, con más una participación del ámbito académico; todo lo cual tiene una ponderable tradición en nuestro medio.

En efecto, según el régimen primitivo (art. 2º de la Ley 24.937) el Consejo estaba integrado por diecinueve miembros: el Presidente de la Corte Suprema, cuatro jueces, ocho legisladores, cuatro abogados con matrícula federal, un representante del Poder Ejecutivo y un profesor titular regular de cátedra universitaria de Facultad de Derecho.

En un segundo análisis, puede verse que la norma preveía nueve (9) representantes de los poderes eminentemente políticos (1 del Ejecutivo y 8 legisladores); otros nueve (9) vinculados al ámbito judicial (5 jueces y 4 abogados) y un (1) académico; evidenciando un claro desequilibrio entre los sectores involucrados.

Luego, con la Ley 26.080, el art. 2º agravó el desequilibrio anterior, ya que la integración de trece miembros comprende: tres jueces, seis legisladores, dos abogados de la matrícula federal, un representante del Poder Ejecutivo y un profesor regular de cátedra universitaria de Facultad de Derecho de orden nacional.

Aquí se evidencia el aumento de las desigualdades ya señaladas, puesto que frente a los siete (7) consejeros de los poderes eminentemente políticos (1 del Ejecutivo y 6 legisladores), que suman un 53,84% del total, tan sólo cinco (5) están vinculados al ámbito judicial (3 jueces y 2 abogados), sumando un 38,46% del cuerpo; además de un (1) académico que representa el 7,7%. Es evidente que los representantes de los poderes eminentemente políticos tienen una mayoría simple que les otorga una sensible autonomía de criterio, frente a los restantes integrantes del cuerpo.

En cambio, nuestra propuesta acata el texto constitucional (art. 114) cuando dice que el Consejo se forme con "equilibrio entre la representación de los órganos políticos



resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados (...) integrado, asimismo, por otra personas del ámbito académico y científico".

Si "equilibrio" es sinónimo de igualdad y contrapeso, todo hace suponer que nuestra ley fundamental nos lleva a la idea de equivalencia de fuerzas e interrelaciones entre los distintos estamentos; sin olvidar que hay notorias discrepancias en torno a la intencionalidad de los constituyentes al recurrir al término citado.

Algunos, partiendo de un análisis gramatical, entienden que la frase en cuestión (segundo párrafo del art. 114), por su puntuación (separados entre comas) alude a tres (3) grupos, a saber: a) "representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular"; b) "de los jueces de todas las instancias"; y c) "de los abogados de la matrícula federal".

Siguiendo tal razonamiento, podría sostenerse que para establecer una representación igualitaria deberían designarse, por ejemplo, nueve (9) miembros "en representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular", a razón de tres (3) por el Poder Ejecutivo, tres (3) por el Senado (2 de mayoría y 1 de minoría) y tres (3) por Diputados (2 de mayoría y 1 de minoría); obligando a designar nueve (9) jueces y nueve (9) abogados; sin perjuicio de la presencia de académicos. Esta alternativa me parece inviable, por cuanto atenta contra la "primacía de la realidad", ya que no habrá parlamento que admita pasar de una actual situación de notoria preeminencia numérica a otra peyorativa por la drástica disminución de su poder decisorio. Ese razonamiento me inclina a proponer una composición más adecuada a lo que indica la historia en lo institucional y la experiencia de vida en lo personal.

La opinión volcada en el párrafo precedente también es discutible, porque el debate no pasa por la redacción acertada o defectuosa en su literalidad, sino por el sentido general que surge de la norma en comentario.

La Ley Fundamental ha previsto un balanceo e igualdad entre todos los factores que considera necesarios para formar consenso en la elección de tan importante función como es administrar justicia; de allí que el término "equilibrio" sea el eje de nuestra propuesta.

En la convicción de interpretar y ejecutar debidamente el mandato constitucional, apuntalamos (reforzamos) el funcionamiento del Consejo como un órgano integrado por los tres poderes constitucionales, por la representación de los abogados y por el ámbito académico, pero independiente de todos ellos; donde el balanceo de afluentes nos dé un torrente integrado y homogéneo que garantiza el afán de permanente búsqueda de excelencia para la Justicia.

Como dije, gran parte del articulado de este proyecto habla por sí, no requiere más argumentos que su propia redacción y tésis, sin embargo, es necesario formular algunas precisiones que hacen a la esencia de la propuesta.

En una primera mirada, podría interpretarse que este proyecto es muy detallista, ya que parte de su contenido tiene correspondencia con las actuales condiciones establecidas mediante simples reglamentos del propio Consejo. Y este es el punto: para regular los requisitos a cumplir por los aspirantes a la magistratura se ha omitido el dictado de una ley y se la ha suplido con un mecanismo de menor jerarquía institucional, lo que considero equivocado.

En efecto, el constituyente, mediante el dictado del art. 114 (primer párrafo), delegó en el Congreso la determinación de las condiciones que debían cumplir quienes aspiraran a una magistratura. El texto y espíritu de tal cláusula fundamental no permite inferir que tales facultades puedan, a su vez, ser delegadas en el propio Consejo. A mayor abundamiento,





señalo que entre las seis atribuciones conferidas al Consejo (tercer párrafo de la norma citada) no se encuentra, directa o indirectamente, que pueda fijar los requisitos que deban cumplir los postulantes a la judicatura. Por eso, el contenido de la ley debe ser necesariamente detallista.

Para fundar este proyecto, parto del clamor generalizado que exige seleccionar a los postulantes mediante procedimientos que garanticen una adecuada publicidad y criterios objetivos predeterminados de evaluación, lo que se resguarda adecuadamente en los cinco capítulos del Título II, al segmentar el proceso total en tres partes bien definidas.

En la primera etapa se reciben y ponderan los antecedentes de cada aspirante, para que quienes superen el mínimo establecido, puedan acceder a la Escuela Judicial (o en su defecto a exámenes de oposición). Con tales resultados se conforma (por fuero y función) un escalafonamiento de habilitados para presentarse a concurso.

La segunda etapa se abre al producirse una vacante, y para cubrirla se llama a concurso, en el que sólo participan los que en el primer tramo quedaron habilitados; y a partir de allí, someterse a un par de entrevistas (ante Jurados Distritales y el Plenario del Consejo), mediante el cual se establece un Orden de Mérito del cual surge la Terna. La etapa final se cumple ante el Poder Ejecutivo, como paso previo a que éste pida el Acuerdo del Senado.

La minuciosidad empleada para el desarrollo de las distintas etapas y tramos, en detalle, es la implementación de las dos ideas-fuerza principales: adecuada publicidad y criterios objetivos predeterminados de evaluación.

Aún más, en la intención de mantener la independencia de criterios y aventar toda duda sobre la transparencia de los procesos, sin alterar el equilibrio entre estamentos, se han separado las tareas iniciales de evaluación de antecedentes (confiadas a la Comisión de Selección) con el tramo posterior de Escuela Judicial, o examen de oposición (delegado a la Comisión de Escuela Judicial).

A su vez, los antecedentes han sido puntualmente previstos aventando cualquier atisbo de discrecionalidad al tiempo de su consideración, pero manteniendo incólume el libre arbitrio del Consejo que es soberano en sus decisiones.

El art. 31º y sus consecuentes (especialmente los arts. 32º y 44º) son liminares a la hora de establecer diferencias con sus precedentes y proyectar sus consecuencias al futuro.

Para que la búsqueda de un nivel de excelencia no quede en la propuesta (por aquello que el camino del infierno está empedrado de buenas intenciones), se prevén cursos de acceso a la justicia (y de perfeccionamiento para los ya ingresados) que en la práctica sean verdaderas especializaciones según el fuero de la función.

Se habilita al Consejo para decidir el dictado de tales cursos por sí o mediante convenios con Universidades, Fundaciones u Organizaciones no Gubernamentales; pero sujetándola a que estas sean de reconocido prestigio y trayectoria. La decisión del Consejo debe ser tomada en sesión especial, previo a una particular convocatoria, con quórum y mayorías que garanticen el consenso logrado para la alianza docente. Es el tema que más requisitos pone en todo el articulado, ya que es "la herramienta" del cambio de mentalidad ambicionado.

La currícula básica atiende tanto a contenidos y necesidades tradicionales, como también a las más modernas corrientes. Así además de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Deontología, se capacitará con contenidos tales como Técnicas de Gestión y Administración Judicial, con especial énfasis en Tecnología aplicada a la Justicia. Obviamente, particularizado según la especialidad jurídica de la función involucrada, se



dictarán materias con contenidos en derecho de fondo y procedimiento (por cada fuero establecido en la Justicia Nacional).

Todo ello, para contribuir a una cosmovisión adecuada a los tiempos actuales y por venir, desarrollará temarios y estudios con contenidos Nacionales y del Mercosur.

Hay dos tramos liminares que se cumplen en Audiencia Pública (con el Consejo y con el Poder Ejecutivo), atendiendo a una necesidad creciente de transparencia. Así, cualquier ciudadano podrá presenciar y tener una visión directa y personal de los hitos principales cumplidos para designar a los que luego, eventualmente, podrán ponderar sus actos desde la Justicia.

Volviendo sobre un tema ya tratado en parte, "con el objeto de lograr una permanente y superadora actualización de idoneidad en jueces, secretarios y prosecretarios" (Título III) se implementan cursos de perfeccionamiento que dan puntaje y califican a los egresados para la obtención de un adicional remuneratorio.

Este último mecanismo tendrá un doble resultado. Por un lado, un estímulo para quienes, no habiendo obtenido una calificación que los satisfaga, revisen sus conocimientos y vuelvan a repetir el intento para superar metas anteriores; y para los que la alcancen, que sientan la doble satisfacción de una más elevada consideración académica y social, acompañada por un mayor ingreso proporcional a los logros obtenidos.

Dado que los magistrados designados bajo anterior régimen al hoy propuesto podrían objetar la eventual imposición de cursos en carácter de obligatorios, hemos previsto que la actualización sea voluntaria, de modo tal que no se alteren derechos adquiridos.

Atendiendo a la condición de personal remunerado según su jerarquía y función se ha considerado como ad-honorem el desempeño de los miembros provenientes de los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), reconociendo una compensación sólo a los letrados de la matrícula fundado en la pérdida de chances por el desempeño de funciones en el Consejo (pero condicionado al efectivo cumplimiento).

En definitiva, valga como síntesis de todo lo argumentado la expresión de deseos que este proyecto de reforma contribuya para que dentro de un tiempo no muy distante (aunque, lamentablemente, tampoco muy breve), se revierta un pernicioso mito popular que sostiene que lo que facilita el ingreso a la justicia son "los contactos" y no las condiciones personales.

II. EL SENADO Y LA CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN ARGENTINA SANCIONAN CON FUERZA DE LEY

TÍTULO I - CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

CAPÍTULO I

Conformación

Artículo 1º Identidad. El Consejo de la Magistratura de la Nación Argentina, en adelante denominado "el Consejo", es el órgano permanente, mixto y exclusivo para la





selección de jueces, que en implementación del sistema constitucional vigente, ejerce la competencia prevista en el artículo 114 de la Constitución Nacional.

Artículo 2° Composición. El Consejo se integrará equilibradamente con los siguientes representantes: a) Del Poder Ejecutivo; b) Del Poder Legislativo; c) Del Poder Judicial; d) De los Abogados; y e) del Ámbito Académico; sumando un total de veintiséis (26) miembros, conforme la siguiente composición:

1°.- Estamento del Poder Ejecutivo se integrará con seis (6) funcionarios designados por el/la Presidente/a, en acuerdo de ministros.

2°.- Estamento del Poder Legislativo se integrará con seis (6) de sus miembros designados a razón de tres (3) por el Senado y tres (3) por la Cámara de Diputados, a propuesta de los respectivos bloques representativos en proporción de dos (2) legisladores por la mayoría y uno (1) por la minoría.

3°.- Estamento del Poder Judicial se integrará con el miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que ésta designe y con cinco (5) integrantes del Poder Judicial de la Nación, en representación de: a) Jueces Federales de Cámaras con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; b) Jueces Federales de Cámaras con asiento en el interior de la República; c) Jueces Nacionales de Cámaras; d) Jueces Federales de Primera Instancia; y e) Jueces Nacionales de Primera Instancia.

4°.- Estamento de los Abogados se integrará con seis (6) letrados con matrícula federal, a razón de tres (3) por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y tres (3) por el interior del país.

5°.- Ámbito Académico se integrará con dos (2) profesores regulares de Facultad de Derecho de una universidad nacional.

Artículo 3° Duración: Los miembros del Consejo de la Magistratura durarán cuatro años en sus cargos, por renovación parcial cada bienio, pudiendo ser reelegidos en forma consecutiva sólo por una vez. Por cada miembro titular se elegirá un suplente, por igual procedimiento, para reemplazar a aquellos en caso de impedimento temporal, renuncia, remoción o fallecimiento. Los integrantes del Consejo elegidos por su calidad institucional de miembros del Poder Judicial, del Parlamento, funcionarios del Poder Ejecutivo o catedráticos, cesarán en sus cargos en forma automática si se alterasen las calidades en función de las cuales fueron seleccionados, debiendo en tal caso ser reemplazados por sus suplentes, y en su defecto por los nuevos representantes que designen los respectivos estamentos para completar el mandato respectivo.

Artículo 4° Requisitos. Para ser designado consejero permanente o con funciones consultivas, es ineludible reunir los requisitos de los artículos 55 y 111 de la Constitución Nacional para ser Juez de la Corte Suprema.

Artículo 5° Incompatibilidades e inmunidades. Los miembros del Consejo estarán sujetos a las mismas inmunidades e incompatibilidades que rigen para los Jueces. Los miembros del Consejo y los integrantes de los órganos de conducción de los estamentos, no podrán participar del proceso pautado de selección, mientras dure su desempeño en el Consejo o en funciones directivas centrales o distritales de los estamentos y hasta después de transcurrido un año del plazo previsto en que debieron ejercer tales funciones.



CAPITULO II Funcionamiento

Artículo 6° Modo de actuación. El Consejo actuará en sesiones plenarios, por la actividad de sus comisiones y mediante los organismos auxiliares cuya creación disponga.

Artículo 7° Atribuciones del plenario. El Consejo reunido en sesión plenaria, tendrá las siguientes atribuciones:

1° Dictar los reglamentos de implementación de la presente ley y de todas aquellas cuestiones que considere necesario normar para el mejor cumplimiento de sus fines, sin alterar la letra y el espíritu constitucional y legal del cual dimana.

2° Designar al Presidente, Vicepresidente y a los miembros de las comisiones, por mayoría de dos tercios de sus miembros.

3° Llamar a concurso para cubrir las vacantes de magistrados y sustanciarlo. Tanto en caso de órganos recién creados, como en el de renuncias en curso de aceptación, los llamados serán "condicionales"; a resultas de la puesta en marcha del nuevo órgano o a la efectivización del retiro, según el caso.

4° Aprobar los concursos, conformar las ternas vinculantes de candidatos a magistrados y remitirlas al Poder Ejecutivo.

5° Organizar el funcionamiento de la Escuela Judicial, dictar su reglamento, aprobar sus programas de estudio y planificar cursos de capacitación para magistrados, funcionarios y abogados, tendiente a una más eficaz prestación de los servicios de Justicia. Para celebrar acuerdos o convenios con Universidades, Fundaciones u Organizaciones No Gubernamentales se requiere el voto favorable de dos tercios de los miembros del Consejo, en sesión especial convocada a ese solo efecto, con no menos de treinta días hábiles judiciales de anticipación

6° Definir las características que deberán tener los postulantes para las vacantes a concursar (diferenciados por cargo y fuero), lo que se transmitirá a los profesionales de la materia para que diseñen las pruebas de incumbencia, psicológicas y psicotécnicas en el sentido indicado.

7° Remover a sus miembros de sus cargos por el voto de las tres cuartas partes de los miembros totales del cuerpo, mediante un procedimiento que asegure el derecho de defensa del acusado, en los supuestos que algún consejero incurriera en la comisión de delito, en mal desempeño durante el ejercicio de sus funciones o cuando simplemente inasistiera sin causa debidamente justificada a tres sesiones seguidas ó cinco alternadas en un año aniversario. El acusado no votará en el procedimiento de su remoción.

8° Mantener permanente actualización estadística y disponer la realización de encuestas y muestreos de opinión de los usuarios del servicio de justicia y de la opinión pública en general, con el fin de ser consideradas al testear y promover las políticas del Consejo.

9° Anualmente, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, respecto a cada distrito provincial y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, elegirá consultores distritales de entre los incluidos en el listado del art. 22°

10° Redactar el "Reglamento de la Justicia Nacional para la Selección de Secretarios y Prosecretarios" con observancia de la mecánica implementada en los Capítulos I, II y III del Título II de esta ley, de modo tal de confeccionar las respectivas ternas para ser



entregadas a los titulares de Juzgados y Tribunales, en ocasión de producirse vacantes en tales órganos.

11º Ejercer las demás funciones que le atribuye esta ley y el reglamento que se dicte en consecuencia

Artículo 8º Reuniones. El Consejo se reunirá en sesiones plenarias ordinarias en la forma y con la regularidad que establezca su reglamento interno, al menos una vez por mes o cuando decida convocarlo su presidente, el vicepresidente en ausencia del presidente o a petición de nueve (9) de sus miembros titulares; en todos los casos con fijación previa de orden del día.

Artículo 9º Quórum y mayorías. Para sesionar válidamente el Consejo, el quórum mínimo será de catorce (14) miembros, pudiendo adoptar decisiones con el voto favorable de la mayoría simple de los presentes; salvo en los supuestos que esta ley prevea mayorías especiales.

CAPITULO III Autoridades

Artículo 10º Presidencia. La Presidencia del Consejo será ejercida por un período de dos (2) años no renovables durante su mandato, por voto favorable de dos tercios de sus miembros, en reunión plenaria especial convocada a tal fin. Ejercerá las atribuciones que le confiere esta ley y las que establezcan los reglamentos que en su consecuencia se dicten; tendrá los mismos derechos y responsabilidades que los restantes miembros del Consejo y sólo en caso de empate, su voto se computará doble.

Artículo 11º Vicepresidencia. En la misma ocasión, por igual plazo y sistema que el señalado en el artículo anterior, el Consejo elegirá de entre sus miembros a quien ocupará la vicepresidencia, ejercerá las funciones ejecutivas que establezcan los reglamentos y sustituirá al Presidente en caso de ausencia o impedimento.

CAPITULO IV Organismos del Consejo

Artículo 12º Comisiones. Para cumplir sus funciones, el Consejo se dividirá por mitades, en dos (2) comisiones de trece (13) miembros cada una: a saber:

- a) de Selección de Magistrados y Funcionarios;
- b) de Escuela Judicial.

Cada comisión elegirá un Presidente (que durará dos años en sus funciones) y fijará sus días de labor. Por vía reglamentaria se podrá delegar en salas compuestas en forma equilibrada por los distintos estamentos, tareas a las que se considere conveniente llevar a cabo por unidades de trabajo menos numerosas, en tanto se prevean dispositivos de revisión por parte de la Comisión respectiva.



Artículo 13° Comisión de Selección de Magistrados y Funcionarios. Incumbencia: 1º) Mantiene permanentemente abierta la Inscripción en los Registros de Aspirantes por fuero y función; 2º) Pondera los antecedentes de los Inscriptos y los califica para su Acreditación según los merecimientos demostrados; 3º) Abre Registros de Concursantes cuando el Consejo llama a concurso; 4º) Recaba calificación zonal a los Jurados Departamentales y tiene en cuenta sus resultados; 5º) Emite dictamen circunstanciado al conformar el Orden de Mérito y propuesta de ternado de los concursantes.

Artículo 14° Comisión de Escuela Judicial. Incumbencia: 1º) Dirige la Escuela Judicial para la formación y perfeccionamiento de jueces, funcionarios y aspirantes a tales funciones. 2º) Implementa y sostiene mecanismos de seguimiento en el dictado de cursos, clases, talleres y demás métodos o sistemas que disponga el Plenario; 3º) Califica a los Acreditados en la etapa de Habilitación y mantiene permanentemente actualizados los registros respectivos. La concurrencia a la Escuela Judicial, una vez implementada, será obligatoria para el ingreso o promoción en la función judicial; mientras ello no ocurra estará bajo su directa responsabilidad la preparación, implementación y corrección de pruebas a que se alude en el art. 32º.

Artículo 15° Secretaría General. La Secretaría General del Consejo presta asistencia directa al Presidente, al Vicepresidente y al Plenario del Consejo, dispone las citaciones a las sesiones del plenario, coordina las Comisiones del Consejo, prepara el orden del día a tratar y levanta las actas. Ejercerá las demás funciones que establezcan los reglamentos internos. Su titular no podrá ser miembro del Consejo y tendrá las mismas inhabilidades que los Consejeros

Artículo 16° Quórum, mayorías y Revisión: Para sesionar válidamente cada Comisión, el quórum mínimo será de siete (7) miembros, pudiendo adoptar decisiones por el voto favorable de la mayoría simple de los presentes; salvo en los supuestos que esta ley prevea mayorías especiales. Respecto de las decisiones de las Comisiones y del Secretario General sólo procederá el recurso jerárquico de revisión ante el plenario del Consejo, siendo su decisión irrecurrible.

CAPITULO V Elección de los Consejeros

Artículo 17° Oportunidad de la elección: Dos (2) meses antes de la expiración de mandatos de los miembros del Consejo, deberán estar electos los titulares reemplazantes con sus respectivos suplentes, de acuerdo con el procedimiento que en cada caso corresponda, a cuyo fin el Presidente del Consejo cursará requisitoria oportuna a cada uno de los organismos competentes. En caso de no contarse con la totalidad de representantes, el Consejo sesionará válidamente si el número de miembros habilitados permite reunir quórum suficiente.

Artículo 18° Estamento del Poder Ejecutivo. El/la Presidente/a de la Nación, en acuerdo de ministros, de entre quienes se desempeñen como funcionarios nacionales (estables o políticos) designará a los representantes del Poder Ejecutivo (seis titulares y





otra cantidad igual de suplentes); la mitad de ellos –al menos– deberá pertenecer al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Artículo 19° Estamento del Poder Judicial. La Corte Suprema de Justicia convocará a elección de representantes del Poder Judicial Nacional. Por cada distrito provincial y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se formarán cinco (5) padrones de votantes electores en servicio activo, discriminados en: a) Jueces Federales de Cámaras con asiento en la Capital Federal; b) Jueces Federales de Cámaras con asiento en el interior de la República; c) Jueces Nacionales de Cámaras; d) Jueces Federales de Primera Instancia; y d) Jueces Nacionales de Primera Instancia; quienes por voto directo, secreto y obligatorio elegirán cinco (5) delegados electores titulares y otros tantos suplentes, a razón de uno (1) por cada una de las categorías señaladas. Luego, se reunirán éstos en Colegio Electoral Nacional en el lugar y fecha que determine la Corte Suprema de Justicia. En esta ocasión, procederán a elegir de entre sus miembros y por el voto de las dos terceras partes de ellos, a un (1) Juez Federal de Cámara con asiento en la Capital Federal, un (1) Juez Federal de Cámara con asiento en el interior de la República, un (1) Juez Nacional de Cámara, un (1) Juez Federal de Primera Instancia y un (1) Juez Nacional de Primera Instancia; con sus respectivos suplentes, a los que se sumará el miembro de la Corte Suprema de Justicia que ésta designe para integrar la representación del estamento en el Consejo. La elección en cada Distrito se hará por mayoría simple, mediante voto directo, secreto y obligatorio.

Artículo 20° Estamento del Poder Legislativo. El Senado y la Cámara de Diputados, en sesiones convocadas al efecto, designarán de entre sus miembros en la forma que determinen sus respectivos reglamentos, a sus representantes consejeros titulares y suplentes. En la integración habrá participación de las minorías.

Artículo 21° Estamento de los abogados. La Federación Argentina de Colegios de Abogados de la República Argentina convocará a elección de representantes de los abogados. Por cada distrito provincial y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se formarán padrones de votantes electores en servicio activo (abogados con matrícula federal) con domicilio real en cada distrito, quienes por voto directo, secreto y obligatorio elegirán un (1) delegado elector titular y otro suplente. Luego se reunirán éstos en Colegio Electoral Nacional en el lugar y fecha que determine la FACA, oportunidad en que procederán a elegir de entre sus miembros y por el voto de las dos terceras partes de ellos a un total de seis (6) representantes titulares, de los cuales tres (3) lo serán por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y tres (3) por el interior. Del mismo modo se elegirán a los respectivos suplentes.

Artículo 22° Ámbito Académico. Los Rectores de Universidades Nacionales nucleadas en el Consejo Interuniversitario Nacional, en Plenario especialmente convocado al efecto y contando al menos con quórum de dos tercios de sus integrantes, elegirán por mayoría simple a dos (2) profesores regulares de Facultad de Derecho de universidad nacional para desempeñarse como consejeros titulares y a otros dos (2) como suplentes. Además, por cada distrito provincial y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires confeccionarán listados por orden alfabético, con personalidades de reconocido mérito académico (en los distintos fueros en que se organiza el Poder Judicial), para ser tenidos en cuenta al momento de designar consultores distritales.

Artículo 23° Jurados Distritales. En la etapa de Concursos, actuarán como consultores, integrando los Jurados Distritales compuestos por seis (6) miembros cada uno,





a saber: a) Dos (2) consultores distritales, abogados delegados electores del respectivo Distrito (titular y suplente); b) Dos (2) consultores distritales, jueces delegados electores de igual jerarquía y competencia que la vacante en concurso (titular y suplente); y c) Dos (2) consultores distritales académicos del fuero al que pertenezca la vacante en concurso. Sesiona válidamente con quórum mínimo de cuatro (4) miembros. Los consultores distritales académicos, además, emitirán dictamen circunstanciado no vinculante respecto a cada uno de los concursantes

TITULO II – PROCESO DE SELECCIÓN JUDICIAL

CAPITULO I Generalidades

Artículo 24° Proceso Pautado. Quienes aspiren a desempeñarse en el Poder Judicial en funciones de jueces, además de reunir las condiciones establecidas por la Constitución Nacional y las leyes respectivas, deberán cumplir los requisitos del proceso aquí pautado, dividido en tres etapas, las cuales, a su vez, se componen de varios tramos cada una, a saber: a) Etapa de Aspirantes (subdividida en Inscripción, Acreditación, Habilitación y Escalafonamiento); b) Etapa de Concursantes (subdividida en Postulación, Calificación Distrital, Audiencia Pública con el Consejo y Orden de Mérito para el ternado); y c) Etapa de Ternas (que integran la Audiencia Pública con el Poder Ejecutivo y el Pedido de Acuerdo al Senado)

Artículo 25° Etapa de Aspirantes. Es la etapa inicial y básica del Proceso que comienza con el tramo de la Inscripción, cuando a juicio del propio interesado éste cumple los requisitos constitucionales, legales y reglamentarios; luego sigue con el tramo de la Acreditación, cuando a juicio del Consejo el interesado que prima facie reúne las calidades requeridas para el cargo postulado es calificado por sus antecedentes; continúa con el tramo de la Habilitación, que se otorga cuando el interesado concluye satisfactoriamente los cursos que la Escuela Judicial dispone, o en su defecto, supera la prueba de oposición; y finaliza con la conformación del Escalafonamiento, por puntaje y en orden decreciente según los merecimientos de cada uno de los aspirantes.

Artículo 26° Etapa de Concursantes. Es la segunda etapa del Proceso pautado, la que se inicia con el tramo de la Postulación, cuando el Aspirante que suma cien (100) o más puntos básicos en el tramo de Habilitación se registra para participar en concurso llamado para cubrir una vacante de su incumbencia; sigue con el tramo denominado de Calificación Distrital, otorgada por los respectivos Jurados; continúa con la Audiencia Pública con el Consejo, en la cual se evalúan a los mejores posicionados según su puntaje acumulado; y se cierra con la confección del Orden de Mérito y Ternado, que conforma el Consejo en sesión plenaria y remite al Poder Ejecutivo.

Artículo 27° Etapa de Ternas. A esta tercera y última etapa del Proceso pautado, la integran dos tramos: a) Audiencia Pública con el Poder Ejecutivo, en que se



concreta la última evaluación con asistencia de todos los factores con incidencia y responsabilidad en la designación de jueces; y b) el Pedido de Acuerdo al Senado, momento en el cual se requiere al Parlamento que otorgue la respectiva venia constitucional.

CAPITULO II

Etapa de Aspirantes

Artículo 28° Inscripción / Reinscripción. Cuando a juicio del propio interesado éste cumpla con los requisitos constitucionales, legales y reglamentarios, en cualquier época del año podrá solicitar al Consejo su "Inscripción" (o "Reinscripción" cuando algún inscripto pretenda mejorar antecedentes), aportando datos, adjuntando documentos y elementos de juicio que permitan su evaluación y eventual Acreditación. Es condición de recepción de la inscripción que el interesado adjunte: 1º) Certificado de Antecedentes Penales otorgado por el Registro Nacional de Reincidencia; 2º) Certificado de Antecedentes Disciplinarios expedida por las cámaras o los colegios profesionales donde este matriculado el interesado o de las respectivas autoridades judiciales cuando se desempeñe en el Poder Judicial; 3º) Certificado de aptitud psicofísica; y 4º) Los demás requisitos que requiera el Consejo. Las inscripciones o reinscripciones completadas hasta el último día hábil de los meses de diciembre, abril y septiembre de cada año se tratarán en los siguientes meses de febrero, mayo y octubre, respectivamente; las posteriores pasarán a ser tratadas en las reuniones subsiguientes. La mera inscripción no da derecho a participar del Proceso de Selección, hasta que el Aspirante no haya cumplido con todos los requisitos señalados y posea calificación firme.

Artículo 29° Puntaje por antecedentes. Los antecedentes de los aspirantes serán calificados con un máximo de cien (100) puntos básicos, conforme este esquema:

1) Antecedentes por profesionalidad. En el rubro se reconocerán hasta treinta (30) puntos, con ajuste a las siguientes pautas:

- a) Se concederán hasta treinta (30) puntos, a razón de un (1) punto por año o fracción superior a seis (6) meses, por el desempeño de funciones en el Poder Judicial o en el Ministerio Público, tomando en cuenta sólo los cargos desempeñados que requieran necesariamente título de abogado, ponderando los períodos de su actuación, las características de las funciones desarrolladas y, en su caso, los motivos del cese.
- b) Se otorgarán hasta treinta (30) puntos, a razón de un (1) punto por año o fracción superior a seis (6) meses, por el ejercicio privado de la profesión o el desempeño de funciones públicas relevantes en el campo jurídico, no incluidas en el inciso anterior. Se considerarán exclusivamente los períodos de desarrollo efectivo de la labor profesional de abogado y se valorará la calidad e intensidad de su desempeño, sobre la base de los elementos que a tal fin aporten los aspirantes, ponderando los períodos de su actuación, las características de las funciones desarrolladas y, en su caso, los motivos del cese. El ejercicio profesional queda acreditado para los abogados que se desempeñan en auditorías o asesorías letradas de la Administración Pública, por el cumpli-



- miento de funciones de consultoría jurídica siempre que sus funciones no tuvieran un carácter meramente administrativo.
- c) Para los postulantes que hayan desarrollado las actividades enunciadas en los dos incisos precedentes, la ponderación de sus antecedentes se realizará en forma integral, con la salvedad que en ningún caso la calificación podrá superar el puntaje máximo establecido para cada uno de los mencionados incisos, esto es, treinta (30) puntos.
- 2) Antecedentes por especialidad. En el rubro se reconocerán hasta treinta (30) puntos, con ajuste a las siguientes pautas:
- a) Se otorgarán hasta treinta (30) puntos adicionales a los indicados en el inciso anterior, a razón de un (1) punto por año ó fracción superior a seis (6) meses, a quienes acrediten el desempeño de funciones judiciales o labores profesionales directamente vinculadas con la especialidad de la función pretendida. A los fines de la calificación de este apartado, se tendrá en cuenta el tiempo dedicado a la práctica de la especialidad de que se trate. Para los casos contemplados en el inciso 1) apartado a) dicha valoración se efectuará considerando la vinculación de los cargos desempeñados con la especialidad jurídica de la función pretendida así como la continuidad y permanencia en ellos. Para los supuestos previstos en el inciso 1) apartado b), la calificación se establecerá sobre la base de elementos de prueba escrita y otras actuaciones cumplidas en sede judicial o administrativa que permitan determinar el ejercicio efectivo de labores vinculadas con la especialidad propia de la función pretendida, así como la calidad e intensidad del desempeño del postulante en dicha materia.
- b) En caso de antecedentes en juzgados u organismos con competencia múltiple, los aspirantes que provengan de ellos tendrán justificada la especialidad en cualquiera de las materias que integraban la competencia del ente de origen siempre que acrediten una antigüedad no inferior a los cinco (5) años en el desempeño de cargos que requieran necesariamente título de abogado.
- 3) Antecedentes generales. En el rubro se reconocerán hasta cuarenta (40) puntos, según los siguientes criterios:
- a) Se reconocerán hasta nueve (9) puntos por la obtención del título de Doctor en Derecho o equivalente, teniendo en cuenta la acreditación otorgada por la CONEAU a la universidad otorgante, las calificaciones logradas y la materia sobre la cual versa la tesis. Con menor valor se puntuará la finalización de carreras jurídicas de postgrado, teniendo en cuenta los mismos parámetros señalados. Serán preferidos aquellos estudios vinculados a la materia de competencia de la función pretendida u orientados a obtener una mejor administración de justicia.
- b) Se concederán hasta ocho (8) puntos por publicaciones e investigaciones científico jurídicas valorando especialmente la calidad de los trabajos y su trascendencia con relación a la concreta labor que demande la función pretendida u orientados a obtener una mejor administración de justicia.
- c) Se otorgarán hasta siete (7) puntos por el ejercicio de la docencia universitaria, teniendo en cuenta la acreditación otorgada por la CONEAU a la universidad





- donde se desarrollaron las tareas, los cargos desempeñados, la naturaleza de las designaciones y la vinculación con la especialidad de la función pretendida u orientados a obtener una mejor administración de justicia.
- d) Se otorgarán hasta seis (6) puntos como máximo por los resultados obtenidos en anteriores concursos del fuero y función; a razón de dos (2) puntos por haber sido ternado y un (1) punto por cada cuarto o quinto puesto en el Orden de Mérito.
 - e) Se otorgarán hasta cinco (5) puntos por la participación en carácter de disertante, coordinador, panelista o equivalentes en cursos, congresos, seminarios y eventos de similares características de interés jurídico, vinculados con la especialidad de la función pretendida u orientados a obtener una mejor administración de justicia.
 - f) Se otorgarán hasta cinco (5) puntos por la participación en carácter de asistente de cursos, congresos, seminarios y eventos de similares características de interés jurídico vinculados con la especialidad de la función pretendida u orientados a obtener una mejor administración de justicia.

Artículo 30° Acreditación. Con el objeto de asignar puntaje a los recientes inscriptos en base a los cuales se concederá la Acreditación, como así también para considerar nuevos Antecedentes que modifiquen el puntaje de Inscriptos anteriores (Reinscripción), la Comisión de Selección, se reunirá tres (3) veces al año (en las oportunidades señaladas en el art. 28°) y asignará a cada Inscripto el puntaje obtenido, de todo lo cual se labrará acta circunstanciada. Firme el puntaje asignado, se formarán listados por funciones y fueros, encabezados por los Acreditados de mayor puntaje, seguido por los restantes en forma descendente. Quienes sumen treinta (30) o más puntos, podrán acceder al siguiente tramo (cursos de la Escuela Judicial o en su caso pruebas de oposición).

Artículo 31° Escuela Judicial. El Consejo en forma directa o por convenio con Universidades, Fundaciones u Organizaciones No Gubernamentales de reconocido prestigio y trayectoria, implementará en cada provincia y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el dictado de cursos base de admisión a la justicia nacional, presenciales, de duración bienal, dictados en horarios inhábiles judiciales y cuya aprobación será condición para obtener la correspondiente Habilitación. También implementará cursos y talleres de perfeccionamiento para aquellos que hayan aprobado el curso base y para quienes ya integren el Poder Judicial (Título III de esta ley). Los contenidos y desarrollos serán reglamentados por el Consejo, a propuesta de la Comisión de Escuela Judicial, orientando el dictado de cátedras y talleres en dos sentidos: uno general (para todos los Acreditados) sobre Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Deontología (en general y con orientación judicial) y Técnicas de Gestión y Administración Judicial con especial énfasis en tecnología aplicada a la Justicia y otro en particular (según la especialidad jurídica de la función pretendida), que incluirá materias de derecho de fondo y de procedimiento para cada fuero. En todos los casos se procurará que el desarrollo de los temarios no sólo incluyan contenidos de orden Nacional, sino también del Mercosur. Todo ello complementado con materias que el Consejo considere adecuadas para la mejor formación de los destinatarios y que contribuyan a brindar un mejor servicio de Justicia. El promedio general que se obtenga, ponderado de cero (0) a cien (100) puntos será el que se tome en cuenta para el tramo. Cuando los interesados hubieran cursado en



dos o más oportunidades, sólo se tomará en cuenta el mejor puntaje final obtenido en el último quinquenio

Artículo 32º Prueba de Oposición. Hasta tanto se implemente la Escuela Judicial, lo dispuesto en el artículo que precede se suplirá con una prueba de oposición escrita, consistente en plantear a los Acreditados uno o más casos reales o imaginarios, para que cada uno proyecte por escrito una resolución o sentencia, como debería hacerlo estando en ejercicio del cargo para el que se postula. Versará sobre temas directamente vinculados a la función que se pretende cubrir y con ella se evaluará tanto la formación teórica como la práctica. Las pruebas, cuya duración no excederá las cinco (5) horas, se tomarán por función y fuero, tres veces al año, en los meses de abril, agosto y diciembre de cada año. La ausencia de un postulante a la prueba de oposición determinará la pérdida transitoria de su condición de participante para obtener la Habilitación, conservando su calidad de Acreditado, sin admitirse justificaciones de ninguna naturaleza y sin recurso alguno. Por vía reglamentaria se determinará el modo de elegir y proceder al sorteo de los temas de la prueba, el régimen por el cual se sostendrá el anonimato de los habilitados ante los examinadores, la prohibición de ingreso al recinto con aparatos de comunicación, la autorización para utilizar máquinas de escribir o computadoras portátiles que sólo dispongan de sistema operativo y procesador de textos (sin archivos que contengan modelos) y la posibilidad de utilizar textos legales vigentes que lleven consigo los examinados, con total prohibición de consulta de doctrina y jurisprudencia. Cada prueba será ponderada con puntaje entre cero (0) y cien (100). Se tendrá en cuenta la consistencia jurídica de la solución propuesta dentro del marco de lo razonable, la pertinencia y el rigor de los fundamentos, y la corrección del lenguaje utilizado. En caso de no haber unanimidad respecto del puntaje que merecieren todos los aspirantes o algunos de ellos, la calificación será hecha por mayoría, dejándose constancia de la opinión minoritaria. Cuando los interesados hubieran rendido examen de oposición en dos o más oportunidades, sólo se tomará en cuenta el mejor puntaje final obtenido en el último quinquenio.

Artículo 33º Habilitación. Al tomar conocimiento de los resultados registrados por la Comisión de Escuela Judicial, la Comisión de Selección emitirá informe fundado respecto de cada aspirante (bajo pena de nulidad) con la propuesta definitiva de Escalafonamiento, que resulte de la suma del puntaje obtenido por cada Habilitado tanto en Antecedentes como en Escuela Judicial (o Prueba de Oposición), labrándose acta circunstanciada. En caso de paridad en el orden de mérito, la Comisión de Selección dará prioridad a quien haya obtenido mayor puntaje por Antecedentes por Especialidad, de persistir la igualdad, se diferirá por el puntaje obtenido por Antecedentes Generales y luego, en su defecto, por la calificación en la Escuela Judicial (o Prueba de Oposición).

Artículo 34º Escalafonamiento. Recibida la propuesta, el Consejo (por mayoría de dos tercios de miembros presentes) procederá a convalidar o rectificar el Orden de Mérito propuesto por la Comisión de Selección mediante dictamen fundado para cada uno de los Habilitados. Con sus resultados procederá a la publicación de los nombres y apellidos de los Habilitados, en orden decreciente y sin mención del puntaje obtenido, en el Boletín Oficial y en un diario de tirada nacional, en ambos casos por un (1) día; sin perjuicio de lo cual los interesados podrán retirar copia completa del decisorio del Consejo, que será irrecurrible, salvo vicios de forma o procedimiento, la existencia de arbitrariedad o error manifiesto.





CAPITULO III Etapa de Concursantes

Artículo 35° Postulación. La convocatoria a concurso para cubrir vacantes se publicará por un (1) día en los siguientes tres medios gráficos: a) Boletín Oficial; b) Diario de tirada nacional; y c) Periódico de gran circulación en la localidad de asiento de la vacante. Por un plazo de quince (15) días hábiles judiciales a contar desde la publicación en el Boletín Oficial, se abrirá el Registro de Postulantes, pudiendo inscribirse sólo quienes posean cien (100) o más puntos de Habilitación. Cerrado el Registro de Postulantes, dentro de los cinco (5) días hábiles judiciales, la Comisión de Selección confeccionará un listado, de mayor a menor según el puntaje propio de cada Habilitado.

Artículo 36° Calificación Distrital. Firme la etapa anterior, la Comisión de Selección, dentro de los tres (3) días hábiles judiciales derivará los legajos y anexos de los concursantes a los Jurados Distritales (de la jurisdicción donde se concursa la vacante) para que entrevisten a los Postulantes dentro de los diez (10) días hábiles judiciales, y los califiquen con puntaje de cero (0) a cincuenta (50) puntos, que se sumarán a los ganados anteriormente. Cada postulante podrá presentar un breve esbozo de plan de trabajo para el supuesto caso de resultar elegido. Dentro de los tres (3) días hábiles judiciales a contar desde la última entrevista, el Jurado Distrital emitirá y elevará a la Comisión de Selección dictamen suficientemente fundado respecto de cada entrevistado.

Artículo 37° Perfil psicológico. La Comisión de Selección, al término de la etapa anterior requerirá se efectúe a los primeros diez (10) aspirantes un examen psicológico y psicotécnico que tendrá por objeto detectar las características de personalidad del candidato, a fin de determinar su aptitud para el desempeño del cargo que en cada caso se concurse. El resultado de estos exámenes tendrá carácter de reservado para el Consejo.

Artículo 38° Audiencia Pública con el Consejo. Firme el puntaje otorgado, dentro de los tres (3) días hábiles judiciales, el Consejo, por cada vacante, convocará como mínimo a los concursantes que hayan obtenido hasta ese momento los mejores diez (10) puntajes en el orden de mérito, para la realización de una entrevista personal a cada uno de ellos, a realizarse dentro de los diez (10) días hábiles judiciales, en una sola audiencia pública común para todos, a celebrarse en un mismo día, sin solución de continuidad. Cualquier ciudadano puede concurrir a presenciarlas, con excepción de los concursantes que comparecerán a su turno, según sorteo a practicarse al inicio de la jornada. También bajo pena de nulidad, en cada entrevista deberán estar presentes no menos de dos tercios (2/3) de los miembros del Consejo, los que permanecerán en el recinto hasta completar el procedimiento indicado en el siguiente artículo.

Artículo 39° Entrevista a los Concursantes. Al inicio de la entrevista personal con cada uno de los aspirantes, éstos dispondrán de cinco minutos para exponer lo que consideren apropiado, quedando luego a disposición para un coloquio que tendrá por objeto valorar su motivación para el cargo, la forma en que desarrollará eventualmente la función, sus puntos de vista sobre los temas básicos de su especialidad y sobre el funcionamiento del Poder Judicial, su conocimiento respecto de la interpretación de las cláusulas de la Constitución Nacional y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los casos que versan sobre control de constitucionalidad, así como de los principios generales



del derecho. Será valorada no sólo su idoneidad, sino también sus planes de trabajo, los medios que propone para que su función sea eficiente, sus valores éticos, su vocación democrática y su concepción de los derechos humanos; como así también cualquier otra información que, a juicio de los miembros del Consejo, sea conveniente requerir. Al finalizar las entrevistas, el Consejo pasará a deliberar para de inmediato, sin solución de continuidad calificar a los entrevistados con puntaje de cero (0) a cincuenta (50) puntos, los que se sumarán a los ganados anteriormente. El Secretario General labrará el acta correspondiente que se firmará en el acto, bajo pena de nulidad. Al concluir ello, se notificará y entregarán copias a los concursantes. El concursante que, sin causa justificada, inasista a la entrevista personal, o no se someta al examen psicológico y psicotécnico, quedará automáticamente excluido del concurso.

Artículo 40° Orden de Mérito. Dentro del plazo de diez (10) días hábiles judiciales a contar de la fecha del acta a que se refiere el artículo anterior, la Comisión de Selección emitirá dictamen en el que propondrá al Consejo el Orden de Mérito, encabezado por la terna de candidatos a cubrir el cargo concursado, siguiendo el orden de prelación en función de las evaluaciones efectuadas conforme a los artículos precedentes. El Consejo por el voto de los dos tercios de los miembros, resolverá, pudiendo apartarse fundadamente del orden propuesto por la Comisión de Selección sólo cuando ésta hubiera incurrido en vicios de forma o procedimiento, o se advirtiera la existencia de arbitrariedad manifiesta o error material. Al siguiente día hábil, elevará al Poder Ejecutivo el Orden de Mérito final y simultáneamente mandará publicar por un (1) día en el Boletín Oficial y en un periódico de gran circulación del lugar de asiento de la vacante, incluyendo en orden decreciente, los apellidos y nombres completos con el puntaje asignado.

CAPITULO IV

Etapa de Ternas

Artículo 41° Audiencia Pública con el Poder Ejecutivo. Una vez recibida por el Poder Ejecutivo la terna, convocará a una audiencia pública, a la cual, bajo pena de nulidad, deberá asistir al menos: a) La mayoría simple de los miembros del Consejo de la Magistratura; b) La mayoría simple de los integrantes de la Comisión de Acuerdos del Senado Nacional; y c) El Ministro de Justicia (o el Subsecretario del ramo en su defecto), que presidirá el acto y personalmente entrevistará a los ternados, para evaluar su idoneidad, aptitud funcional y vocación democrática. El lugar, fecha y hora de celebración de la audiencia, como la nómina de ternados convocados se notificará: A la Presidencia de la Nación, al Ministro de Justicia, a los Presidentes del Consejo y del Senado por oficio; a los ternados, por carta documento y se hará pública en el Boletín Oficial, todo ello con no menos de diez (10) días hábiles judiciales de antelación, sin perjuicio de poder difundirse por otros medios que se estimen apropiados. Cada ternado dispondrá de diez minutos para exponer lo que considere y luego se someterá a coloquio con quien presida el acto, con los miembros del Consejo de la Magistratura y los Senadores acreditados se labrará un acta en la que conste la realización de dicho acto.





Artículo 42° Pedido de Acuerdo al Senado. Concluida la audiencia pública, quedarán en manos del Ministro de Justicia copias de los legajos de los ternados y planilla donde consten detalladamente los puntajes obtenidos por cada uno de ellos a través de todo el proceso pautado de selección. A partir de allí, el Poder Ejecutivo dispone de quince (15) días hábiles administrativos para elevar el pedido de acuerdo al Senado, respecto de cualquiera de los tres involucrados. De no hacerlo en el tiempo señalado, se entenderá que tácitamente el Poder Ejecutivo propone al primero del listado, pudiendo –sin más trámite– considerar el Senado, el eventual otorgamiento del respectivo acuerdo para su designación.

CAPITULO V De la Publicidad

Artículo 43° Pautas Generales. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta misma ley y la mayor difusión que disponga el Consejo, las decisiones tomadas en el curso del proceso de selección judicial quedan sometidas, bajo pena de nulidad, a la siguiente publicidad mínima: Del final de cada tramo en que se asigne puntuación (Acreditación –art. 30°–, Escuela Judicial –art. 31°–, Prueba de Oposición –art. 32°–, Habilitación –art. 33°–, Registro de Postulantes –art. 35°– y Calificación Distrital –art. 36°–) se hará saber por un (1) día en el Boletín Oficial y en la página web del Consejo; mediante anuncio que haga saber el cierre del tramo, con mención de las funciones judiciales en juego y la transcripción de este artículo, omitiendo mencionar tanto a los participantes como al puntaje. A contar de esa fecha, cada interesado dispondrá de seis (6) días hábiles judiciales tanto para el retiro de copias de las actas circunstanciadas como para el planteo de revisión de sus resultados, todo lo cual será resuelto por el Consejo en Plenario en forma definitiva e irrecurable dentro del plazo de seis (6) días hábiles judiciales a contar del vencimiento del plazo anterior.

TÍTULO III- DEL PERFECCIONAMIENTO JUDICIAL

Artículo 44° Perfeccionamiento. Con el objeto de lograr una permanente y superadora actualización de idoneidad en jueces, secretarios y prosecretarios, la Escuela Judicial implementará cursos de perfeccionamiento con las miras, alcances y contenidos emergentes del art. 31° de la presente, los que otorgarán a los egresados una categorización según la calificación obtenida: Clase A-1 (de 100 a 96 puntos); Clase A-2 (de 95 a 90 puntos); Clase B-1 (de 89 a 80 puntos); Clase B-2 (de 79 a 70 puntos); Clase B-3 (de 69 a 60 puntos); Clase C-1 (de 59 a 50 puntos); y Clase C-2 (de 49 a 40 puntos). Quienes alcancen 39 o menos puntos se consideran no calificados. La obtención de una determinada clase se conserva por cinco (5) años a contar de la fecha de su logro, salvo que, posteriormente, se acceda a otra superior, en cuyo caso será ésta la que prevalezca durante el siguiente quinquenio. Para concursar por traslados o ascensos, los puntajes obtenidos conforme esta norma suplen los del art. 31°. Los docentes de la Escuela Judicial están igualmente obligados al cumplimiento del sistema de perfeccionamiento



aquí previsto, sólo quedan exceptuados de cursar y rendir las materias que dictan, en cuyo caso el puntaje lo obtienen promediando el resto de las materias.

Artículo 45° Adicional por Perfeccionamiento. El Consejo analizará la implementación de una bonificación por perfeccionamiento fijada con criterio de porcentualidad respecto al haber básico y que refleje directa proporcionalidad respecto a las siete (7) clases previstas en el artículo anterior; con vistas a su aplicación a partir del Presupuesto 2011.

TÍTULO IV- DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS Y TRANSITORIAS

Artículo 46° El desempeño de los miembros del Consejo de la Magistratura será honorario, salvo para los abogados del ámbito privado (matriculados y en ejercicio de la profesión), quienes percibirán una compensación equivalente a la remuneración de un juez de primera instancia, en tanto acrediten asistencia perfecta para con las reuniones y tareas del Consejo; de no resultar ello así, el pago será directamente proporcional a la tarea cumplida. Los integrantes de los Jurados Distritales se desempeñarán ad-honorem, sin perjuicio de percibir los viáticos que correspondan según la distancia existente entre el lugar donde desempeña su actividad habitual y el lugar de reunión al que debiera asistir como obligación inherente al cargo de consejero.

Artículo 47° Primera composición. Al constituirse el Consejo, de conformidad con la presente ley, se sortearán por estamento la mitad de los miembros que deban cesar en el primer bienio.

Artículo 48° Cláusula transitoria. Desde la publicación de esta ley, quedan sin efecto los llamados a concurso por el régimen legal anterior, cualquiera fuere el estado de su trámite, salvo cuando las ternas hubieran sido elevadas al Poder Ejecutivo, en cuyo caso se procederá según lo dispuesto en el Título II, Capítulo IV de esta ley.

Artículo 49° Vigencia. Las disposiciones de esta ley entrarán en vigor a los noventa (90) días corridos de la publicación en el Boletín Oficial, para lo cual, dentro de los diez (10) días hábiles judiciales posteriores a contar de dicha publicación, el Presidente del Consejo cursará las comunicaciones regladas en el art. 17° de la presente, con transcripción de tal norma, para que se adecuen las respectivas representaciones sectoriales.

Artículo 50° De forma. Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Anexo: Proyecto de Reforma a la Ley del Consejo de la Magistratura

Esquema comparativo

REGIMEN Fuente	ANTERIOR Ley 24937	ACTUAL Ley 26080	FUTURO Proyecto
Miembros	19 (100%)	13 (100%)	26 (100%)





Legislativo	8 (42.11%)	6 (46.15%)	6 (23.07%)
Ejecutivo	1 (05.26%)	1 (07.69%)	6 (23.07%)
Judicial	5 (26.32%)	3 (23.08%)	6 (23.07%)
Abogados	4 (21.05%)	2 (15.38%)	6 (23.07%)
Académico	1 (05.26%)	1 (07.69%)	2 (07.72%)

Sector Político	9 (47.37%)	7 (53.84%)	12 (46.14%)
Área Judicial	9 (47.37%)	5 (38.46%)	12 (46.14%)
Académicos	1 (05.26%)	1 (07.69%)	2 (07.72%)

Sinopsis de proceso pautado de selección

ETAPAS	TRAMOS	CRONOGRAMA
ASPIRANTES	Inscripción	dic./abr./sep.
	Antecedentes	
	Acreditación	feb./may./oct.
	Escuela Judicial o Prueba Oposición	abr./ago./dic.
	Habilitación	jun./oct./mar.
	Escalafonamiento	
CONCURSANTES	Postulación	
	Calificación Distrital	
	Audiencia Pública (Consejo)	
	Orden de Mérito	
TERNAS	Aud. Pública (P. Ejecutivo)	
	Acuerdo del Senado	

A partir de la propuesta del autor, la Diputada Nacional Claudia Rucci impulsó un proyecto de ley (expte. 6385-D-2009) que, mediante un más riguroso análisis gramatical, propicia que al cuerpo lo formen: 9 representantes del Poder Político (6 del Legislativo y 3 del Ejecutivo); 9 del Poder Judicial (1 Ministro de la C.S.J.N. y 8 Jueces Federales); 9 Abogados (elegidos democráticamente por la matrícula federal) y 2 Académicos (elegidos democráticamente por los docentes universitarios de las casas nacionales); haciendo un total de 29 miembros, tal como puede verse en: <<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=6385-D-2009>>





PREMIO FORMACIÓN 2010





Denise Magali Villalba
Hombres de honor

cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

Mención Honorífica







Hombres de honor*

DENISE MAGALI VILLALBA**

Ninguna constitución, ninguna ley se sostiene por su propia virtud (...) No son las leyes las que necesitamos cambiar; son los hombres, las cosas (...) La mejor política, la más fácil, la más eficaz para conservar la constitución, es la política de la honradez y de la buena fe; la política clara y simple de los hombres de bien, y no la política doble y hábil de los truhanes de categoría.

Juan Bautista Alberdi

CAPÍTULO I

I. Introducción

Como señala Linares Quintana

La designación de los jueces constituye uno de los problemas más delicados y difíciles del derecho constitucional. Cuando se trata del nombramiento de quienes han de ejercer las funciones legislativa y ejecutiva del gobierno constitucional, no existe mayor dificultad, toda vez que el principio democrático exige inexorablemente la elección directa o indirecta del pueblo. Pero cuando ha de proveerse la designación de los ciudadanos que hayan de administrar justicia y declarar la inconstitucionalidad, el problema es complejísimo, ya que precisamente la elección popular no aparece como el sistema más indicado para la selección de buenos jueces.

Dentro del Poder Ejecutivo, la reforma ha recurrido a una fórmula capciosa, al puntualizar que la administración general del país está ejercida por el jefe de gabinete (art. 100, inc. 1), incluso con responsabilidad política ante el Congreso, pero que también

* Trabajo ganador de mención honorífica del Premio de Formación Judicial 2009, en el eje "Criterios de selección de jueces y funcionarios".

** El seudónimo utilizado fue "Atenea".



el Presidente es "responsable político de la administración general del país" (art. 99, inc. 1), supuestamente ante el mismo Congreso.

La Administración Pública se divide entre la centralizada (ministerios, secretarías del Estado, subsecretarías, direcciones generales, departamentos, divisiones, etc.) y la descentralizada, a cargo de órganos que poseen ciertos poderes de iniciativa y decisión.

La Administración descentralizada asume distintos grados. Si se le concede personería jurídica, patrimonio propio y fin público, al órgano descentralizado se lo denomina "autárquico". Si carece de personalidad jurídica, el órgano en cuestión tendrá descentralización jerárquica o burocrática.

Salvo que se trate de entes que la Constitución Nacional encomienda al Congreso, en principio corresponde que sea el Poder Ejecutivo quien disponga si hay descentralización, y de qué tipo, según el citado art. 100, inc. 1 CN. Sin embargo, por vía del derecho consuetudinario constitucional, el Congreso ha instrumentado por ley múltiples regímenes de autarquía, basándose en el art. 75, inc. 32 CN.

Formalmente, el nombramiento y remoción de todos los empleados de la Administración Pública que no tengan algún tipo especial de designación corresponde por sí solo al Presidente de la República (art. 99, inc. 7), aunque toca al Congreso "crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones" (art. 75, inc. 20).

La reforma constitucional de 1994 vuelve aquí a ser confusa, cuando no obstante expresar en el art. 99, inc. 7 que el Presidente nombra y remueve por sí solo a los empleados cuyo nombramiento no esté reglado de otra forma por la Constitución, añade en el art. 100, inc. 3 que al jefe de gabinete le corresponde efectuar los nombramientos de los empleados de la Administración, excepto los que correspondan al presidente.

Sin embargo, el derecho consuetudinario constitucional ha provocado que no sea el Presidente quien suscribe todos esos nombramientos, mediante delegación a ministros, o entes de las entidades descentralizadas. La facultad de nombrar incluye también la de ascender y remover al personal de la administración pública.

Estas atribuciones están reguladas en los incs. 7 y 13 del art. 99 CN. Hay dos tipos de nombramientos y remociones (y ascensos):

1) Actos que requieren acuerdo previo del Senado de la Nación. En estos casos, se trata de una atribución compartida entre el Poder Ejecutivo y el Senado, quien actúa como una suerte de Consejo de Estado, para aconsejar al Poder Ejecutivo en la designación de ciertas categorías de funcionarios. Estos nombramientos son de dos categorías de agentes:

1.1. Personal diplomático: El inc. 7 del art. 99 CN se refiere a los ministros plenipotenciarios y encargados de negocios argentinos que se desempeñan ante los Estados extranjeros. Las leyes orgánicas han extendido el requerimiento según las categorías superiores del escalafón diplomático. Tales funcionarios que integran el "servicio exterior de la Nación" tienen un escalafón propio y cerrado, con una carrera en la cual son respetados los principios de ingreso, ascensos y concursos, con excepción de los "embajadores políticos", aquellas personas que no pertenecen a la carrera diplomática, sino que son designados por el presidente con acuerdo de Senado y cesan en su cargo el mismo día en que finaliza su mandato el Presidente que los nombró.

1.2. Oficiales superiores de las fuerzas armadas: una de las consecuencias primarias de la jefatura militar del Presidente es la atribución que le confiere el inc. 13 del art. 99. CN. Conforme a él, le corresponde la designación de todos los cargos y empleos militares. Las





vacantes de los empleos civiles y militares (e incluso las del Poder Judicial) son fijadas por el Congreso nacional, por cuanto se trata de fiscalizar el cumplimiento de la ley de presupuesto. Pero los nombramientos de las personas destinadas a llenar dichos cargos son efectuados por el Poder Ejecutivo.

En lo que respecta al personal militar, su designación no es discrecional del Presidente, como pareciera surgir del texto constitucional. En efecto, al personal de soldados conscriptos se lo recluta conforme a las normas vigentes. El personal militar profesional (oficiales y suboficiales) es reclutado en las escuelas y colegios que posee cada arma. Luego de los cursos pertinentes, el alumno egresa con el grado correspondiente al escalafón inferior del respectivo escalafón (subteniente, guardiamarina o alférez). El acuerdo del Senado es innecesario cuando la designación es efectuada como premio a valor o abnegación demostrado por el oficial frente al enemigo.

1.2.1. Situación institucional de las fuerzas armadas: El art. 99, inc. 12 CN indica que el Presidente "Es comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación". La doctrina administrativista habla con frecuencia del órgano castrense, entendiendo a las fuerzas armadas como una institución, aunque sin personalidad jurídica (Marienhoff). Pero Bidart Campos considera que se la puede conceputar incluso como un órgano extra poder.¹

Formalmente, dada la fuerte dependencia institucional que programa el art. 99, inc. 12, las Fuerzas Armadas,² no son entidades autárquicas ni órgano extra poder. Tampoco importan un órgano en sentido estricto, si por tal se califica a un sujeto del Estado encargado de emitir por sí la voluntad de aquél e imputar esa voluntad a la del Estado como persona jurídica.

2. Cargos cuyo nombramiento no está reglado de otra manera en la Constitución. En estos casos se hallan los restantes empleados y funcionarios de la administración pública nacional, desde los ministros del Poder Ejecutivo hacia abajo. En la práctica resulta imposible que el Presidente nombre a todos los funcionarios y empleados de la administración. Se suele delegar esta facultad de nombrar, ascender y remover personal en los funcionarios superiores de cada dependencia (ministros, secretarios, etc.), reservándose tales atribuciones para la designación de las categorías superiores del escalafón administrativo y funcionarios políticos que no tienen estabilidad (ministros, secretarios, subsecretarios, asesores de gabinete, etc.).

Por medio de distintas leyes se han impuesto limitaciones a las facultades de nombramiento y remoción del personal de la administración pública. Así, v.gr., se ha establecido un acuerdo senatorial para ciertos funcionarios, o bien estableciendo concursos para el ingreso y los ascensos, etc.

Respecto del personal escalafonado de la administración, la facultad del Presidente no es discrecional, puesto que se encuentra limitada por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, que consagra la estabilidad del empleado público. En referencia

¹ Las referencias de Marienhoff y Bidart Campos son tomadas de la pág. 73 de "Elementos de Derecho Constitucional", Tomo 2, Nestor Pedro Sagüés, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997.

² "En ciertos momentos las Fuerzas Armadas han actuado (pero inconstitucionalmente) como verdaderos factores de poder e incluso han asumido el poder, no sólo en cuanto los constituidos (Ejecutivo y Legislativo), sino también el constituyente" (Sagüés, 1997).



los nombramientos, pocos han sido los cambios introducidos por la reforma constitucional de 1994. Así, el inc. 7 del art. 99 agrega la frase "jefe de gabinete de ministros y los demás" antes de los "ministros".

Por su parte, el inc. 3 del art. 100 faculta al jefe de gabinete a efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al Presidente.

CAPÍTULO II

2.1. Designación de los magistrados judiciales. El Poder Judicial

Cuando hablamos del Poder Judicial de la Nación, nos estamos refiriendo a todos los magistrados judiciales que integran la totalidad de los tribunales federales del país, si bien es cierto que estos tribunales están estructurados en forma piramidal, con un órgano en su cúspide que se llama Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Nuestra Corte Suprema de Justicia tuvo conciencia cabal desde un primer momento de la naturaleza del poder que la Constitución le atribuía al Poder Judicial. La mayor garantía para la defensa de los derechos individuales, frente a los posibles abusos del poder, se basa en la fuerza moral y en la integridad de los magistrados integrantes del Poder Judicial, en especial los de la Corte Suprema.

2.1.1 Integración. Tribunales federales

El art. 108 de la Constitución Nacional dispone que el Poder Judicial de la Nación está integrado por una Corte Suprema de Justicia³ y por los demás tribunales inferiores que el Congreso establezca en el territorio de la Nación.

Diversas leyes, modificadas y sustituidas en numerosas oportunidades, han ido creando y organizando los diversos tribunales federales en todo el territorio del país. Desde la sanción de la Ley 4055, comenzaron a funcionar las cámaras federales de apelaciones, que le quitaron a la Corte el carácter de tribunal de alzada ordinaria de los juzgados de primera instancia, reservándola para el ejercicio de su competencia específica. Desde entonces, el crecimiento del país exigió cada vez más tribunales de primera y de segunda instancia. Si bien los tribunales nacionales son creados por ley del Congreso, sus cargos son ocupados por magistrados designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado de la Nación (art. 99, inc. 4 CN). Los jueces inferiores a la Corte son designados a propuesta en terna del Consejo de la Magistratura.

El ejercicio de la potestad presidencial de nombrar a los jueces de la justicia federal se encuentra reglado por la Constitución Nacional (art. 99, inc. 4) y los decretos Nros. 222/2003 y 588/2003 del Poder Ejecutivo Nacional.

³ El art 111 de la CN determina las condiciones de elegibilidad para ser miembro de la CSJN, requiriendo título de abogado con 8 años de ejercicio y tener las calidades requeridas para ser senador. El recaudo económico ha sido derogado por el derecho consuetudinario.



Las atribuciones,⁴ ya sean regladas o discrecionales, deben ejercerse siempre dentro del ámbito legal, esto es, ajustado al principio de legalidad imperante en todo Estado de Derecho.

Ello no importa la anulación de la voluntad del Presidente en el ejercicio de su potestad específica, ya que queda a su cargo el examen de la conveniencia y mérito de cada designación. Sin embargo, tal decisión debe encuadrarse en los extremos contemplados en las normas que la regulan y ser razonable. De lo que se trata es de evitar el ejercicio arbitrario de esta facultad. La discrecionalidad⁵ en ningún caso puede hacerle incurrir al Presidente en arbitrariedad, y cuando ello ocurre deben intervenir los controles.

Las facultades presidenciales en materia de designación de magistrados son esencialmente regladas y sujetas a revisión judicial. El no cumplimiento de los elementos objetivos previstos en las normas para producir los nombramientos de los magistrados federales hace que los mismos carezcan de causa, y por lo tanto puedan resultar nulos de nulidad absoluta al estar desprovistos de uno de los elementos esenciales que condicionan su validez. Cuando el Presidente elige un candidato para cubrir una vacante en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debe hacer mérito de las razones que abonaron la decisión tomada. En igual sentido, deberá fundar motivadamente la selección de un candidato de los tres posibles para cubrir una vacante ocurrida en un tribunal federal inferior. Esta fundamentación será más pormenorizada si no eligiera al primero en orden de mérito. Por último, también debe fundar razonablemente los motivos por los cuales rechaza las eventuales observaciones que le eleven, tanto de candidatos para cubrir una vacante en la Corte Suprema como en los tribunales federales inferiores.

La resolución 1179/89 de la CSJN hace referencia a un nuevo elemento a tener en cuenta al tiempo de la designación de los magistrados del Poder Judicial: la opinión previa del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, conforme el art. 20, inc. F de la Ley 23.187: "El C.P.A.C.F. tendrá las siguientes finalidades generales (...) f) evacuar las consultas que le sean requeridas en cuanto a la designación de los magistrados". Del texto se desprende que tales consultas no son vinculantes para el Poder Ejecutivo, de lo contrario podrán ser tachadas de inconstitucionales por restringir facultades conferidas en virtud del art. 99, inc. 4.

⁴ En general la doctrina distingue las atribuciones presidenciales entre regladas, cuando la norma determina las circunstancias de hecho frente a las que la Administración deberá dictar un objeto preciso, y discrecionales, donde el órgano puede optar entre más de una actividad posible (Conf. Gordillo, Agustín, "Procedimiento Administrativo", Lexis N° 8001/001719, año 2003). "El control de la facultad presidencial de designación de los magistrados", Sabsay, Daniel Alberto-Neimark, Sebastián. LA LEY 2005-D, pág. 996.

⁵ Se consideró que "la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, por lo que los titulares de los poderes estatales no pueden convertir a los actos de la administración en reflejos de caprichos individuales" (sala A, "Gallardo, F. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", ED, 143-407, 1991); y la propia Corte sostuvo que "debe admitirse el 'desvío de poder' como causal de invalidez de los actos de los poderes públicos, entendida dicha causal como el ejercicio de facultades estatales con un objeto distinto al previsto por el legislador"; y luego: "la discrecionalidad otorgada a los entes administrativos no implica el conferirles el poder para girar los pulgares para abajo o para arriba" (CS, LA LEY, 1993-C, 196).





En el territorio nacional coexisten dos jurisdicciones: la federal y la provincial, cada una de ellas en el ámbito de su competencia, conforme a las pautas fijadas en la Constitución Nacional y las leyes complementarias.

La Ciudad de Buenos Aires es una Estado provincial más, a partir de la Reforma Constitucional de 1994, por lo tanto todos los tribunales ordinarios deben ser locales, tal como sucede en todas las provincias.

La reforma ha introducido modificaciones muy importantes en el Poder Judicial de la Nación. El inc. 4 del art. 99 modifica parcialmente el sistema de designación de los magistrados judiciales. Si bien para los ministros de la CSJN se mantiene el sistema tradicional, se modifica el sistema de designación de los jueces inferiores a la Corte, limitándose las facultades discrecionales del Poder Ejecutivo, quien deberá elegir a los futuros jueces de una terna (una propuesta de tres candidatos) presentada por el Consejo de la Magistratura. Esta propuesta es vinculante, esto significa que el Presidente debe elegir necesariamente a uno de esos tres candidatos para cubrir la vacante judicial. El acuerdo del Senado también se prestará en sesión pública, aunque en este caso no se exige ninguna mayoría especial, como sí sucede para el acuerdo de los miembros de la CSJN.

2.1.2. Situación de los jueces mayores de 75 años

El último párrafo del inciso 4 del art. 99 ha sido incorporado en forma subrepticia. Cuando el magistrado del Poder Judicial de la Nación cumpla 75 años de edad pierde la inamovilidad, ya que debe requerirse acuerdo del Senado para él, cada cinco años.

La fundamentación de esta norma no era convincente: si algunos jueces debían ser removidos mediante el juicio político por incapacidad, lo adecuado era emplear este dispositivo, en lugar de hacer caducar a todos los nombrados. Asimismo de guardar coherencia en el razonamiento (es decir, que si llegar a los 75 años es sinónimo de incapacidad para los jueces), el mismo criterio habría de ser aplicable al supuesto del Presidente y el vicepresidente, legisladores y ministros.

Quiroga Lavié defiende la inclusión de esta cláusula,⁶ sosteniendo que a esa edad suele producirse el decaimiento físico y de la capacidad de trabajo de la persona. Agrega que este acuerdo periódico también beneficiará al juez, pues le evitará el agravio de un juicio de enjuiciamiento. Si a cierta edad se produce un decaimiento físico o intelectual, en la gran mayoría de los casos es el propio interesado el que se aparta de la magistratura, sin necesidad de jurado de enjuiciamiento.

La Reforma introducida a la CN por el art. 99, inc. 4, al disponer que un nuevo nombramiento, precedido de acuerdo del Senado, será necesario para mantener en el cargo a cualquier magistrado una vez que cumpla la edad de 75 años, crea un estado de incertidumbre que, al provocar un perjuicio o lesión actual al actor –juez de la CSJN– reúna los extremos requeridos por el art. 322 del Código Procesal, por lo que corresponde admitir la acción declarativa iniciada a los fines de obtener la nulidad de la cláusula

⁶ Derecho Constitucional Argentino, Tomo II. Humberto Quiroga Lavié, Rubizal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, pág. 1164 y ss.



cuestionada. La reforma constitucional introducida mediante el art. 99, inc. 4 implica una modificación esencial de la garantía de inamovilidad de la que goza un juez de la CSJN, al agregar el requisito de la edad como exigencia para la permanencia en su cargo, en tanto la norma constitucional actual indica que esa inamovilidad persistía mientras dure su buena conducta y, en consecuencia, corresponde declarar la nulidad de la reforma introducida en el art. 99, inc. 4, párrafo 3, del nuevo texto constitucional, en los términos del art. 6 de la Ley 24.309 "Juzg. Nac. de 1° Inst. en lo Contencioso administrativo N°7, in re, "Fayt Carlos S., c/ Estado Nacional", LA LEY, Suplemento de Derecho Constitucional del 18 de Agosto de 1998.

2.1.3. La designación y remoción de los diplomáticos

El Poder Ejecutivo nombra y remueve con acuerdo del Senado a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios. Para el personal diplomático,⁷ observamos que el acuerdo senatorial es requisito de designación y de remoción conforme el inc. 7 del art. 99.

2.1.4. La designación de los oficiales de las Fuerzas Armadas

El Poder Ejecutivo a tenor del inc. 13 del art. 99 provee con acuerdo del Senado los empleos militares en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las fuerzas armadas. Por sí solo –es decir, sin acuerdo del Senado, y también sin refrendo de un ministro– lo puede hacer en campo de batalla.⁸

2.1.5. La designación de los ministros del Poder Ejecutivo

El inc. 7 del art. 99 prevé que el Presidente nombra y remueve por sí solo al jefe de gabinete y a los ministros del despacho. Entendemos que no necesita refrendo de otro ministro. Es un acto personalísimo.

⁷ Al igual que para los jueces, tanto el acuerdo del Senado como la designación del Poder Ejecutivo deben determinar concretamente cuál es el Estado donde el diplomático va a desempeñar su función. Todo ascenso y todo cambio de destino requieren asimismo de esa precisión.

⁸ "Se discute si para ascender en el escenario de la actividad bélica, el Presidente como comandante en jefe de las Fuerzas Armadas debe estar presente, o si aun no estándolo puede ejercer su facultad. El texto constitucional no es claro, porque al exigir que el ascenso se haga "en campo de batalla" no dice si debe estar en campo de batalla el favorecido, el Presidente o ambos. Que debe estar el primero no parece dudoso. Creemos que actualmente, con la rapidez de las informaciones, si el Presidente no está en campo de batalla (sólo lo estuvieron Urquiza y Mitre), pero toma conocimiento fehaciente de un acto de arrojo o mérito equivalente, puede conferir grado superior por sí solo desde la sede de su cargo en cualquier parte que se encuentre" Manual de la Constitución Reformada. Tomo III. Germán J. Bidart Campos, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires 2006, pág. 271.





2.1.6. La designación de otros agentes

También el inc. 7 otorga la facultad presidencial de nombrar y remover a los oficiales de sus secretarías, a los agentes consulares, y a los demás empleados⁹ de la administración cuyo nombramiento no está reglado de otra manera por esta constitución.

Es confusa la distribución que en materia de nombramientos introduce la reforma constitucional de 1994 entre el Presidente y el jefe de gabinete de ministros. En efecto, el art. 100 inc. 3 dice que al jefe de gabinete le corresponde "efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al Presidente".

¿Cuáles le quedan al jefe de gabinete una vez que en el art. 99 se agrupan los que incumben al Presidente? Parecería que sólo los del personal (jerarquizado y común) del elenco administrativo que, no obstante estar reglados en el inc. 7 del art. 99, no parece necesario personalizarlos en el presidente.

2.2. La remoción del empleado público

No obstante la cláusula del inc. 7 que atribuye al presidente la facultad de nombrar y remover y el art. 100 inc. 3, ni estas, ni ninguna otra permiten prescindir de la garantía de "estabilidad del empleado público" que contiene el art. 14 bis. Por ende, la facultad de remoción no es discrecional, y debe tener en cuenta dicha garantía, y el desarrollo reglamentario que razonablemente le asigna la ley.

2.3. Los nombramientos en Comisión

La expresión juez "en comisión" tiene dos acepciones. Una refiere a la "puesta en comisión" de jueces provinciales a raíz de una intervención federal, o de jueces federales o provinciales por decisión de un gobierno de facto. En estos casos significa que los magistrados pierden su estabilidad. La Constitución Nacional no admite tales "puestas en comisión", pero son un producto del derecho consuetudinario argentino.

El segundo significado alude al nombramiento de jueces interinos. El inc. 19 del art. 99 prevé los nombramientos "en comisión", que la propia Constitución denomina de esa manera. El Presidente tendrá facultad para llenar las vacantes de los empleos que requieran el acuerdo del senado, y que ocurran durante su receso, por medio de "nombramientos en comisión" que expirarán al fin de la próxima legislatura.

El texto da lugar a diversas interpretaciones. En primer lugar, "vacantes que ocurran durante el receso del Senado" no significa, literalmente, que la vacancia deba acontecer estando en receso dicha cámara (con lo que la designación en comisión no podría efectuarse si la vacante se produjo estando el senado en funciones y no fue provista antes del

⁹ El vocablo "empleados" involucra también a los agentes de jerarquía superior que el derecho administrativo denomina "funcionarios", siempre que se trate de la administración dependiente del Poder Ejecutivo.



receso), en nuestro entender es suficiente que el cargo o empleo esté vacante durante el receso del Senado –aunque la vacancia se haya configurado antes– para que el Poder Ejecutivo pueda actuar conforme la atribución que le confiere el inc. 19. En segundo lugar, si el acuerdo del Senado no se presta o no se deniega expresamente antes de finalizar el próximo período de sesiones del Congreso, la designación expira y el funcionario cesa; la expresión "próxima legislatura" abarca el período de sesiones ordinarias y su prórroga, pero no las extraordinarias.

2.3.1. El acuerdo senatorial posterior al nombramiento en comisión

Cuando el ejecutivo realiza un nombramiento en comisión, ese nombramiento que requiere acuerdo senatorial es irrevocable por el propio Poder Ejecutivo. La expiración del nombramiento sólo puede operarse al término de la propia legislatura, si el Senado omite prestar el acuerdo.

El Ejecutivo está obligado, durante la siguiente legislatura, al nombramiento en comisión, a solicitar el acuerdo al Senado para la misma persona. El Senado podrá prestar el acuerdo o no. Si lo presta, el nombramiento adquiere perfección, si no lo presta cancela *ipso facto e ipso iure* el nombramiento en comisión.

Si el Ejecutivo no envía el pliego requiriendo el acuerdo, el Senado con conocimiento del nombramiento en comisión debe requerir dicho pliego para la persona designada y esta ha de contar con una vía útil para provocar la decisión del Senado.



CAPÍTULO III



3.1. El Consejo de la Magistratura

La Reforma de 1994 instrumentó dos organismos muy significativos, como son el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento. Ante la falta de acuerdo de las dos fuerzas políticas principales (justicialismo y radicalismo) que suscribieron el Pacto de Olivos,¹⁰ la convención constituyente no especificó en detalle su integración. Paixao dio

¹⁰ Como producto del llamado "Pacto de Olivos", plasmado luego en la reforma constitucional del año 1994, se introdujo el Consejo de la Magistratura. Resulta propicio recordar las palabras de uno de los dirigentes que con mayor ahínco defendió su creación. Decía el Dr. Raúl Alfonsín: "La reforma debía procurar un Poder Judicial imparcial e independiente. Para ello, se hacía imprescindible cambiar el sistema de designación de jueces (...) Creíamos indispensable la creación de un Consejo de la Magistratura integrado por jueces, abogados, académicos y representantes de los principales bloques del Congreso, que interviniera en la designación y remoción de los jueces, en la administración de los recursos humanos, organizativos y presupuestarios así como el mantenimiento de la disciplina dentro del sistema. Tal es el caso de España e Italia, por ejemplo" (extraído de "La fundamentación en la decisión para la elección de jueces en los Consejos de la Magistratura", Iribarren, Pablo. LLPatagonia, 2006, pág. 653.





solamente directrices sobre una conformación equilibrada entre los poderes democráticos y los magistrados judiciales. La reforma de 1994 creó un consejo con enormes competencias:

- a) Preselección de postulantes a magistraturas inferiores a la CSJN, mediante concurso público. Debiendo elaborar una terna de candidatos vinculante para el Poder Ejecutivo.
- b) Administración del Poder Judicial (administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia).
- c) Ejercicio de facultades disciplinarias sobre magistrados, decidiendo el procedimiento de remoción de éstos, en su caso ordenar la suspensión y formular la acusación correspondiente ante el jurado de enjuiciamiento.
- d) Poderes Legislativos, ya que el Consejo dicta "los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia".

3.1.1. Selección de candidatos para cargos judiciales:

El Consejo de la Magistratura es competente para llamar a concurso público de oposición y antecedentes para proponer los candidatos a cubrir las vacantes de magistrados judiciales. Efectuada la convocatoria, solamente se podrán presentar aquellas personas que reúnan las condiciones establecidas por la ley para ser jueces con la categoría correspondiente a la vacante. La nómina de los postulantes inscriptos se dará a publicidad para que se formulen las impugnaciones que correspondan.

Periódicamente, a propuesta de la Comisión de Selección, el Consejo elabora una lista de jurados para cada especialidad. Esa lista deberá estar integrada por jueces, profesores titulares, asociados y adjuntos regulares, eméritos y consulto de derecho de las universidades nacionales públicas y privadas y que reúnan los requisitos exigidos para ser miembro del Consejo. Al ser convocado el concurso, la elección sorteará a cuatro miembros de las listas que conforman el jurado. Cada jurado estará integrado por dos jueces y dos profesores de derecho. No pueden ejercer esa función los miembros, funcionarios y empleados del Consejo de la Magistratura.

El jurado realizará la evaluación de los postulantes y establecerá las notas que le correspondan, elevando lo actuado a la Comisión de Selección para que califique los antecedentes de los aspirantes. La Comisión correrá vista de las actuaciones a los postulantes quienes podrán formular impugnaciones. Vencido el plazo para impugnar, la Comisión determinará la terna de candidatos y el orden de prelación sobre la base de la ponderación que realice de los elementos reunidos y los resultantes de la entrevista con los postulantes.

Las actuaciones serán remitidas al plenario del Consejo, que podrá revisar de oficio las calificaciones de los exámenes escritos, de los antecedentes, impugnaciones y dictámenes.

El concurso no puede superar los noventa días hábiles desde la prueba de oposición. Concluye cuando el plenario, por el voto de los dos tercios de sus miembros presentes, adopta una decisión que la ley declara irrecurrible. De producirse un rechazo por el Senado del candidato propuesto por el Poder Ejecutivo, se operará la convocatoria automática a un nuevo concurso para cubrir la vacante de que se trate.



El Consejo de la Magistratura eleva la terna al Presidente de la República, para que éste seleccione a uno de los candidatos y proceda, con acuerdo del Senado, a su designación como magistrado judicial. Conforme lo expuesto, la designación del juez es facultad privativa del Presidente con acuerdo del Senado, y no del Consejo de la Magistratura.

El art. 114 de la Ley Fundamental, al igual que el art. 7, inc. 10, de la ley reglamentaria, disponen que la terna es vinculante, ello implica que el Presidente no puede designar como juez a una persona que no esté incorporada en la terna. Pero en modo alguno significa que el Presidente esté obligado a designar a uno de los integrantes de ella. Puede rechazar la terna propuesta, pero en tal caso el cargo judicial permanecerá vacante. Es una facultad discrecional del Poder Ejecutivo elegir a uno de los integrantes de la terna, y también lo es rechazar a todos los candidatos propuestos. La solución sería distinta si la Constitución lo explicitara de manera expresa, pero ello no resulta de los arts. 99, inc. 4, y 114 de la Ley Fundamental.

Si el Presidente considera que, por alguna razón –puesto que es una facultad discrecional del P.E.–, los candidatos propuestos no reúnen las condiciones para ser designados, está en derecho de rechazar la terna al igual que el Senado a rechazar el acuerdo que se le requiere para el nombramiento del magistrado judicial.

3.1.2. ¿Ha cambiado el sistema de designación de jueces desde 1994 en cuanto a la incidencia de las decisiones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, o éstas siguen siendo preponderantes a la hora de elegir a un juez o proceder a su destitución?

Veamos lo que ha sido expresado por el Dr. Arias en el fallo "F. J. O c/ Consejo de la Magistratura y otro" – Contencioso Administrativo La Plata N°1- 2008/12/10

La resolución cautelar del Dr. Arias, juez a cargo del Juzgado Contencioso Administrativo Nro. 1 de La Plata, por medio de la cual se suspendió el nombramiento de un Juez en el Tribunal de Trabajo de Mar del Plata, tal vez hubiese pasado desapercibida si no fuera por la amplia repercusión periodística que la misma tuvo en distintos medios de la Provincia de Buenos Aires. Trascendencia motivada, por cierto, en el intercambio de frases que se dirigieron entre el propio sentenciante y miembros del Poder Ejecutivo.¹¹

¹¹ La nota periodística a Arias, menciona: "¿Está diciendo que eligen al postulante por una conveniencia política? Por supuesto, siempre. En este sentido se ha cambiado todo para no cambiar nada, es lo mismo que una elección a dedo. Nada más que disfrazada de toda una institucionalidad que en realidad no ha modificado los hechos en la elección de los jueces". Nota Diario *Hoy*, de La Plata, edición 30-XII-2008, firmada por Javier Laquidara, art. "Aria a la designación de jueces", Pulvirenti, Orlando D., Sup. Adm., LA LEY 2009-A, pág. 386. Debemos mencionar que esta crítica no es única del juez actuante, aunque bien distinto es expresarla en una sentencia, pero se puede citar entre otros el siguiente pasaje del documento preparado por el CELS en el que se afirmara sobre la reforma propuesta al CM de la Nación: "Por un lado, fortalece al sector político en lo que tradicionalmente estuvo a cargo del sector político. Esto es, la selección y remoción de magistrados. Y por el otro, fortalece al sector judicial, y a la Corte Suprema en particular, en lo que tradicionalmente estuvo a cargo del Poder Judicial: la elaboración del





Este entredicho fue centro de la primera decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires respecto de la intervención que se le peticionaba para anular la decisión tomada en un concurso para ocupar cargos judiciales.

Aquí es necesario hacer una precisión histórica, al momento de suscitarse el caso se había ya dictado el nuevo Código en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, pero no se habían constituido los Juzgados y Cámaras que actuarían con competencia en el fuero; por ello el Máximo Tribunal Provincial manifiesta asumir tal competencia en forma transitoria.

La postura mayoritaria de la Corte Bonaerense, luego de asumir competencia contenciosa administrativa por vía originaria, sostuvo su potestad de revisar lo actuado por el Consejo de la Magistratura. La actitud señalada no sólo resulta coherente con la amplia facultad acordada a los jueces en la revisión del actuar administrativo, por el novel Código dictado, sino además con anteriores fallos de la propia Corte Suprema de Justicia. Resoluciones en las que se había establecido la revisión plena de los actos y decisiones de órganos de la Constitución a los que durante años se consideró insusceptibles de actuación judicial, tal el caso del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires. En tal sentido, De Lázari argumenta que al ponerse en crisis procedimientos de naturaleza pública, de carácter constitucional y legal, resultan sujetos a tutela judicial.

Arias no duda en considerar que por vía de sucesivas reformas que fueron incrementando el peso de los sectores políticos partidarios en la composición del Consejo de la Magistratura, se ha ido desvirtuando la finalidad que este órgano tenía en su nacimiento, de aportar bases técnicas en la selección de los candidatos más aptos para el cumplimiento de los cargos. Ya en este sentido, también se había anticipado la discusión en la Justicia Tucumana, en la que con sano criterio se establecía que no basta con denominar como Consejo de la Magistratura a un órgano que no reúne ciertas condiciones de independencia, imparcialidad e idoneidad técnica para nominar a los candidatos a ocupar los cargos judiciales. Asimismo fue objeto de controversias la última modificación legislativa al Consejo de la Magistratura de la Nación, respecto de la composición, la que se diseñó para acelerar su funcionamiento y a criterio de la oposición, para incrementar la presencia de la mayoría gobernante en el cuerpo colegiado.

Llegados a este punto, deberíamos regresar al origen mismo de la incorporación de esta institución en nuestro país. El Consejo, se ha dicho, no apunta a constituir una carrera judicial de los propios miembros del Poder Judicial, como ocurre en algunos países europeos, sino que lo que procura es asegurar que quienes aspiren a cargos en el mismo puedan acreditar al menos determinadas condiciones técnicas, por cuanto la designación final, elevación por parte del Poder Ejecutivo y aprobación por el Poder Legislativo, sigue perteneciendo a los poderes electivos. No olvidemos, que el sistema de designación exclusivamente político que tuvo el derecho público en la Argentina durante más de siglo y medio, dio sobre todo muestras en los últimos años de su subsistencia, de ser permeable a que

presupuesto, la gestión administrativa, las reglamentaciones de superintendencia y la disciplina de los empleados judiciales. Es decir, el proyecto pareciera volver a la situación previa a la existencia del Consejo". (Documento enviado a Diputados Nacionales respecto de la reforma del Consejo de la Magistratura, 26-XII-2005, en www.cels.org.ar/documentos/).





cualquier persona con título de abogado y con prescindencia siquiera de que fuera capaz de redactar una sentencia, pudiera ser designado para ocupar la judicatura.

Hemos creado, como ocurre en múltiples instituciones nacionales, un sistema particular, en el que el Consejo de la Magistratura en su función selectiva no actúa para conformar una carrera de los propios integrantes del Poder Judicial, sino para corroborar que los aspirantes se encuentren capacitados para la delicada función que se les encomienda. Esta explicación se condice, con un sistema de controles cruzados entre poderes, en el que cualquier juez tiene la potestad de declarar la inconstitucionalidad de normas dictadas por los otros dos poderes electos por la población y de detener su actuación. Por ello, es lógico que exista también un margen electivo conferido a los otros dos poderes, una vez asegurado el recaudo de idoneidad.

3.1.3. Valoración del Consejo de la Magistratura

La incorporación del Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional obedeció a dos fines: 1) otorgar transparencia al proceso de selección de los magistrados judiciales sobre la base del principio de idoneidad técnica y moral; 2) aliviar a los jueces, y en particular a la CSJN, de la carga representada por el ejercicio de funciones administrativas e, incluso, de algunas que tiene carácter disciplinario.

Para asegurar el logro de tales objetivos, se optó por asignar, al Consejo de la Magistratura, una conformación corporativa similar a la que presenta en los sistemas parlamentarios, que dista de adecuarse a la estructura política de nuestro sistema constitucional.

El art. 114 de la Ley Fundamental dispuso que la integración del flamante organismo debía procurar un equilibrio entre la representación de los órganos políticos del gobierno, los jueces, y los abogados. Con la Ley 26.080, el estamento político está representado por siete miembros (53,8%), los jueces por tres (23%), los abogados con dos (15,3%), mientras que el sector científico y académico está representado por una persona.

Pero al margen de esa preferencia otorgada al estamento político, el legislador no previó ni impuso a las Cámaras del Congreso que designaran sus representantes entre personas que no ejercieran los cargos de senadores y diputados.

Como la Constitución exige un equilibrio y no una igualdad en la representación, resulta cuestionable si la reforma colisiona con el art. 114 de la Ley Fundamental. Más allá del análisis estrictamente jurídico que la cuestión merece, considero que el predominio del estamento político resentirá aún más la valoración y confiabilidad atribuida al Consejo de la Magistratura.

Quienes ejercemos a diario la función de abogar, tanto en el ámbito de la Ciudad Autónoma como en los distintos departamentos judiciales de la Provincia de Buenos Aires, podemos advertir un franco deterioro de la función judicial, en parte atribuible a los jueces y demás magistrados de inferior jerarquía, que motivan que escuchemos y leamos a diario en medios de comunicación y medios de prensa referencias a una justicia tardía, burocrática, que no aprecia adecuadamente las prioridades de la gente ni actúa en preservación del bien común.

Como se manifestara *ut supra*, la ausencia de normativa que restringiera la integración del órgano por diputados y senadores, importa resentir aún más la independencia que



debiera existir entre los Poderes, puesto que sabida es la influencia ejercida por el Poder Ejecutivo sobre el Legislativo. Y más aún la deliberada intención de impedir sobremanera el fortalecimiento del Poder Judicial y posibilitarle un eficiente control de constitucionalidad sobre la labor del Congreso y del órgano ejecutivo. Un Poder Judicial integrado por hombres idóneos y de moral intachable que pudiera ser capaz de juzgar tanto a sus pares, como al resto de los magistrados sin ningún tipo de privilegio y/o tráfico de influencias, designados por mecanismos que garanticen transparencia y no por organismos corporativos, que las candidaturas sean difundidas públicamente, para ser sometidos a la observación de terceros y así poder recuperar el crédito y respeto que como hombres y mujeres de derecho merecemos.

En particular, creo que el cambio requerido es mucho más profundo y trasciende las esferas de lo netamente jurídico, para adentrarnos en una conflictiva de índole sociológica. ¿Acaso no será necesario un cambio de conciencia del hombre?

La Historia nos ha demostrado que siempre ha existido ambición de poder, y por ende de concentración de la riqueza. No obstante el órgano estatal ha sido el encargado de intervenir a los fines de procurar el mayor equilibrio del sistema, lo que ha sido logrado en mayor o en menor medida según la época. Pero las últimas décadas han evidenciado un viraje en el funcionamiento del contralor estatal, renunciando al tan ansiado modelo del Estado de Bienestar; presos de capitales extranjeros y sometidos a la voluntad de monopolios, el Estado y en particular el hombre sufren una gran mutación, en la que ha de priorizar sus intereses mezquinos por sobre el bien común, transformando su escala de valores, renegando de sus tradiciones, de su idiosincrasia y mutilando su sentimiento nacionalista.

Algunas citas jurisprudenciales nos ilustran el debate creado en torno de la creación del Consejo de la Magistratura.

- Sobre los límites que tiene el Consejo de la Magistratura para condicionar al poder político, ilustra la siguiente decisión:

Sostener que la palabra "terna" permite enviar un listado con menos personas (incluso una sola) violenta la letra del art. 150 de la Constitución de la Provincia que dispone que los jueces de los tribunales inferiores y los representantes del ministerio público serán propuestos por el Consejo de la Magistratura al Poder Ejecutivo y designados por éste con acuerdo del Senado. Si el Consejo pudiese imponer al P.E. una lista de un solo candidato, en realidad estaría designando y no sólo proponiendo siendo que el constituyente no eliminó sino que limitó la facultad del P.E. (SCJMza., Circ. 1, Sala 1, Fallo: 3199322).

"Poder Ejecutivo de la provincia y Consejo de la Magistratura solicitan pronunciamiento - Concurso juez del tercer juzgado correccional del a primera circunscripción judicial", 23-XII-2003. CNACAF, Sala II, 13.448/2008, "Mosca, Pablo Miguel María c/ P.E.N. Ley 26.372 s/ amparo Ley 16.986", 03-X-2008, al decir:

La designación de magistrados integrantes del Poder Judicial de la Nación, según la pauta constitucional, exige la participación del Consejo de la Magistratura de la





Nación, del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo mediante la intervención del Senado y tal designación encierra la búsqueda de un imprescindible equilibrio político. Con la reforma de 1994 el constituyente decidió incorporar al procedimiento de selección y nombramiento de magistrados inferiores, la participación del Consejo de la Magistratura en su condición de órgano de competencias especiales dentro de la estructura orgánica del Poder Judicial de la Nación, con el fin de atenuar la discrecionalidad del P.E.N. en la propuesta de magistrados federales con exclusión de los que integran la Corte Suprema. La intervención del Poder Ejecutivo es precedida de la selección y emisión de propuestas en ternas vinculantes formuladas por el Consejo con acuerdo del Senado de conformidad con los preceptos de la Constitución Nacional y la forma representativa de gobierno. Para la designación de subrogantes debe ponderarse la necesidad y grado de participación de los tres órganos del poder en relación con los fines que se persiguen con la implementación de dicho sistema (Fallos 330:2361).

El Consejo de la Magistratura no tiene facultades para crear nuevos requisitos no previstos por la Constitución ni por la ley. Su función se limita a seleccionar mediante concurso público a los candidatos que no tengan otra forma de designación prevista en la Constitución (art. 116.1 CCBA). Tiene, claro está, atribuciones para reglamentar en forma razonable el llamado a concurso, pero esta atribución jamás puede implicar incorporar nuevos requisitos que signifiquen llanamente la exclusión de postulantes a partir de características tales como la nacionalidad. Aceptar este temperamento significa tanto como colocar un reglamento de concursos por sobre la Constitución y la ley, conclusión desde ya insostenible. Por ello, corresponde acoger el recurso de queja y anular la resolución del Consejo de la Magistratura que rechaza la postulación del recurrente (Del voto del Dr. Maier. TSJBA, 361/00, "Gottschau, Evelyn Patrizia c. Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s. amparo s. recurso de queja", 20-VI-2000).

3.1.4. Procesos de selección de magistrados y funcionarios judiciales

La instauración del "Consejo de la Magistratura", o de organismos análogos, tanto en el ámbito nacional como en el de las provincias, ha venido a plantear la necesidad de desarrollar pruebas de oposición entre los aspirantes a ocupar cada cargo concursado.

La consideración de la cuestión examinada está destinada a perfeccionar los sistemas de evaluación para optimizar el proceso de selección, asegurar un trato adecuado a los concursantes y –por encima de todo– para que las evaluaciones conduzcan a la identificación de los mejores aspirantes a los cargos objeto de cada certamen.

La primacía de los hechos para determinar la solución del caso, tantas veces predicada por Morello,¹² aparece –en esa referencia– asociada al paradigma del buen juez, que es el que debe buscarse a través del sistema de concursos.

¹² "Los procesos de selección de magistrados y funcionarios judiciales", Iribarne, Héctor P., LA LEY 2006-D, Pág. 1293.



Ese juicio confirma, a nuestro entender, la razonabilidad de las pautas de evaluación que proponemos. En primer término, es necesario comprobar la aptitud para la comprensión de los hechos de la causa y para discernir entre los relevantes y los meramente incidentales. Luego habrá que pasar a su enfoque estrictamente jurídico, para considerar su disposición para fundar el decisorio, su manejo del orden normativo en su conjunto, incluidas las dimensiones de naturaleza constitucional que pueden aparecer implicadas en virtud de la cuestión planteada, y también el conocimiento de las diversas "ramas del derecho", que son sólo categorías metodológicas, pues –en particular a la hora de juzgar– la unidad del ordenamiento constituye, *sine qua non*, el marco conceptual de toda sentencia. Cuando se trate de concursos destinados a elegir funcionarios que se desempeñen como parte en el proceso, v. gr. los fiscales o defensores, habrá que atender a la virtud argumentativa o refutativa de su pieza, y a la idoneidad que tenga, si se le pidiera un dictamen de naturaleza recursiva, como crítica de la decisión que debe impugnar y la eficacia de su presentación en atención a la necesidad de interponer recursos extraordinarios locales o federales.

En segundo término, atenderemos a las formas de recepción de las pruebas de oposición. Los exámenes de los concursantes se sujetan a la práctica frecuente en las universidades, que conducen a evaluaciones en las que se pondera, ante todo, la memoria del aspirante, antes que el conjunto de virtudes que pueden esperarse en quien pueda desempeñarse como magistrado de modo fecundo. Ese criterio resulta disfuncional para la prueba, pues no reproduce las condiciones de trabajo en que se desenvuelve ordinariamente la labor judicial. En cuanto a la cita de los precedentes queda deferida a la memoria del concursante, y otro tanto en lo que respecta a la doctrina. Permite calibrar mejor la calidad de la prueba que ésta se lleve a cabo "a libro abierto" y con una biblioteca a disposición, y por supuesto con las bases de datos jurisprudenciales corrientes, y con las propias de cada jurisdicción.

La prueba habrá de evaluar sobre la consistencia y oportunidad de los enunciados que se hubieran añadido. Si resultan sobreabundantes o superfluos, se tendrá en cuenta esa naturaleza, pues puede resultar de ellos un factor de detrimento de la calificación que se les asigne.

El examen debe conducir a evaluar la capacidad argumentativa del concursante, que puede exhibirse con lucimiento cuando se formulan propuestas creativas y aptas para superar la jurisprudencia reinante, que no puede ser admitida como único parámetro de evaluación. El valor instrumental de las normas y reglas de derecho, como herramienta para la solución de problemas, conforme a los valores supremos de la sociedad, no es ni enseñado ni evaluado como resultado del aprendizaje. En cuanto a los problemas planteados y a su comprensión por parte del concursante, poco se considera.

Un caso debe plantearse con una clara descripción de los hechos. En primer lugar, habrá de considerarse el mérito de la selección de los hechos relevantes que el concursante haya escogido, y la razón o el error del juicio que condujo a desechar el material fáctico sometido a su decisión. Luego habrá que considerar el fundamento jurídico de la solución propuesta. Establecidas las pautas de evaluación, conforme se propone, deriva de ella una facilidad para el proceso de ponderación de mérito de las pruebas que consiste, nada menos, en la seguridad de considerar la totalidad de esos factores, sin duda relevantes y significativos para la justa calificación del examen, respecto de todos





los trabajos colectados. En todos los casos se debe asegurar que todos los concursantes puedan ser juzgados a tenor de los mismos e idénticos criterios.

CAPITULO IV

4.1. El régimen de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la reforma Constitucional de 1994

4.1.1. Elección directa del intendente municipal de la Capital Federal

La reforma constitucional de 1994 ha hecho perder totalmente actualidad a la discusión sobre la constitucionalidad de la elección directa del intendente municipal de la Capital Federal, al haber suprimido la jefatura local del Presidente. Con respecto a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,¹³ el art. 129 prevé expresamente la elección directa de su jefe de gobierno por el pueblo porteño.

El art. 129¹⁴ ha reeditado el tema de la provincialización de la Ciudad de Buenos Aires. El tema involucra diversos aspectos de naturaleza impositiva, técnica, social, económica, etc., de muy complejo análisis por lo cual su estudio no puede ser agotado a través de este breve ensayo.

En primer término, resulta una tarea harto difícil instrumentar la provincialización de una ciudad (Buenos Aires u otra cualquiera), en tanto siga siendo la capital federal de la República Argentina, es decir el asiento de sus autoridades nacionales. En efecto, coexistirán en ella tres niveles de gobierno sobre el mismo territorio: el nacional, el provincial y el municipal, lo que traerá aparejado innumerables conflictos.

El art. 129 y concs. le otorga a la Ciudad de Buenos Aires todas las calidades y atribuciones que tienen origen en las autonomías provinciales, aunque no le confieran el título de provincia. Confiere 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".

¹³ "Está fuera de duda que a partir de la reforma constitucional de 1994 existe en el derecho constitucional argentino un nuevo ente autónomo", *La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, pág. 21, Raúl Guatavo Ferreyra, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997.

¹⁴ Art. 129 de la C.N.: "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 e estatuto organizativo de sus instituciones". "La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" Estudio de la ley fundamental porteña-Raúl Gustavo Ferreyra- Depalma- 1997-.



Son varios los artículos del nuevo texto constitucional que se refieren al estatus de la Ciudad de Buenos Aires. El art. 44 otorga el Poder Legislativo a un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de diputados y otra de senadores; el art. 45 establece que "la Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la Ciudad de Buenos Aires y de la Capital en caso de traslado". El art. 54 establece que "el Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la Ciudad de Buenos Aires". De los artículos transcritos se desprende que la Ciudad de Buenos Aires tiene en ambas Cámaras del Congreso Nacional, la misma representación que cualquier provincia.

Algunos afirman que la Ciudad de Buenos Aires, al no estar mencionada en el art. 75 inc. 30 de la CN, no puede tener un Poder Judicial completo. Esta aseveración cae inevitablemente en una falacia, puesto que la Ciudad de Buenos Aires no está enunciada en el precepto inciso, es el resultado de una de las tantas omisiones en las que han incurrido nuestros constituyentes de 1994.

4.1.2. Composición del Poder Judicial Porteño

El Poder Judicial porteño está integrado por "el Tribunal Superior de Justicia, el Consejo de la Magistratura, los demás tribunales que la ley establezca y el Ministerio Público" (art. 107 CCBA).

Al Tribunal Superior de Justicia se lo integra mediante un mecanismo de neta decisión política, interviniendo el Legislativo y el Ejecutivo. Dice al respecto el art. 111 de la CCBA.: "El Tribunal Superior de Justicia está compuesto por cinco magistrados designados por el Jefe de Gobierno con acuerdo de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura, en sesión pública especialmente convocada al efecto". Sólo pueden ser removidos por juicio político. El resto de los candidatos a la Magistratura, que el constituyente prefirió conceptualizar como justicia técnica, deberán ser seleccionados mediante concurso público de antecedentes y oposición. El jurado se integrará sobre la base de la lista de expertos confeccionada por el Tribunal Superior, la Legislatura, los jueces, el órgano que ejerce el control de la matrícula de los abogados y las facultades de derecho con asiento en la Ciudad (arts. 116 y 117 de la CCBA). Los postulantes seleccionados que hayan superado el juicio de idoneidad serán propuestos por el Consejo de la Magistratura a la Legislatura, la cual podrá designarlos con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros. Sin embargo, antes de la designación hay un juicio ético: la Comisión competente de la Legislatura celebra una audiencia pública con la participación de los propuestos para el tratamiento de los pliegos remitidos por el Consejo (arts. 118 y 120 de la CCBA).

La designación de los magistrados está enmarcada en estrictos parámetros que garantizan la imparcialidad del acto. En efecto, en caso de que la Legislatura rechace el candidato propuesto por el Consejo, éste propone otro aspirante. La Legislatura no puede rechazar más de una candidatura por cada vacante a cubrir (art. 118 de la CCBA).

El Consejo de la Magistratura está integrado por nueve miembros. Tres representantes elegidos por la Legislatura, con el voto de las dos terceras partes del total de sus miembros, tres jueces del Poder Judicial de la Ciudad, excluidos los del Tribunal Superior, elegidos por el voto directo de sus pares. En la vertebración del Consejo de la Magistratura



se advierte con toda intensidad la finalidad del Constituyente: delinear con claridad la separación de la justicia técnica de la política.

En efecto, no pueden integrar el Consejo de la Magistratura ni los jueces del Tribunal Superior de Justicia, dado que la designación de ellos responde a un acto de importante naturaleza política, ni tampoco representantes del Poder Político.

El art. 116 de la CCBA dentro de las funciones del Consejo enumera la selección mediante concurso público de antecedentes y oposición a los candidatos a la magistratura y al Ministerio Público que no tengan otra forma de designación prevista, proponer a la Legislatura los candidatos a jueces y al Ministerio Público, reglamentar el nombramiento, remoción y el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados, previendo un sistema de concursos con intervención de los jueces entre otras.

El Ministerio Público tiene autonomía funcional y autarquía dentro del Poder Judicial. El fiscal general, y el asesor general de incapaces son designados y removidos en la misma forma y requisitos previstos para los miembros del Tribunal Superior de Justicia. Duran siete años en sus funciones, pudiendo ser reelectos. El resto de los funcionarios es designado y pueden ser removidos en la misma forma que la prevista para los demás jueces que no integran el Tribunal Superior de Justicia (conf. arts. 124 a 126 de la CCBA).ç

Del art. 104 de la CCBA surge la atribución del Jefe de Gobierno de proponer a los candidatos a magistrados del Tribunal Superior de Justicia, al Fiscal General, Defensora General y al Asesor General Tutelar del Ministerio Público, quienes son nombrados con el acuerdo de las dos terceras partes del total de los miembros de la Legislatura, en sesión pública regulada por la Ley N° 6. A fin de contribuir activamente al mejoramiento del servicio de justicia, al fortalecimiento del sistema republicano y al incremento de la calidad institucional, resulta pertinente reclamar el ejercicio de la facultad del Poder Ejecutivo de la Ciudad de proponer candidatos a jueces del Tribunal Superior de Justicia y a Fiscal General, Defensor General y Asesor General Tutelar, estableciendo un procedimiento especial para ello y criterios objetivos complementarios que deben tenerse en cuenta para esta selección.

De conformidad con lo expuesto, se desarrolla un procedimiento participativo de consulta no vinculante sobre los antecedentes de los postulantes, previo al envío de las propuestas a la Legislatura de la Ciudad. El sistema que propicia contribuirá a la selección de un candidato que posea idoneidad técnico-jurídica y moral, independencia de criterio y compromiso con los valores democráticos y con los derechos humanos; permitirá asimismo, someter a consideración a los habitantes, las aptitudes y trayectoria de los candidatos. Con la conformidad expresa de quien resulte motivo de solicitud de acuerdo, se requerirá la acreditación de aspectos relativos a su trayectoria académica y profesional, a sus compromisos públicos y privados y al cumplimiento de sus respectivas obligaciones impositivas.

El mecanismo es complementario del procedimiento de audiencia pública que se realiza ante la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que se encuentra establecido en la Ley N° 6. El procedimiento ideado regula las facultades propias del Poder Ejecutivo otorgadas constitucionalmente, contribuyendo a otorgar mayor transparencia y publicidad al proceso de selección y dejando a salvo las atribuciones de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires en lo que respecta al otorgamiento de acuerdo para los candidatos del Tribunal Superior de Justicia y al Fiscal General, Defensor General y Asesor General Tutelar.





Dentro de los 60 días desde que hubiera quedado vacante el cargo de juez del Tribunal Superior de Justicia, Fiscal General, Defensor General y/o Asesor General Tutelar, el Poder Ejecutivo debe publicar durante dos días en el Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en por lo menos dos diarios de gran circulación de la Ciudad, el nombre y los antecedentes curriculares de la persona que se encuentre en consideración para la cobertura de la vacante.

Asimismo, el Poder Ejecutivo debe difundir en la página oficial del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en internet, la siguiente información de la persona que se encuentra en consideración para la cobertura de la vacante: 1) Antecedentes curriculares; 2) declaración jurada de bienes, de conformidad con los términos y condiciones del Decreto N° 514/MCBA; 3) con la finalidad de permitir la evaluación objetiva de la existencia de incompatibilidades o conflictos de intereses, una declaración jurada que deberá incluir: a) la nómina de las asociaciones civiles y sociedades comerciales que integre o haya integrado en los últimos 8 años; b) estudios jurídicos a los que perteneció o pertenece; c) la nómina de clientes o contratistas de por lo menos los últimos 8 años en el marco de lo permitido por las normas de ética profesional vigentes; d) cualquier tipo de compromiso que pueda afectar la imparcialidad de su criterio por actividades propias, actividades de su cónyuge, de sus ascendientes y de sus descendientes en primer grado.

En los supuestos de designación de Fiscal General, Defensor General y Asesor General Tutelar por finalización del período, el procedimiento previsto se iniciará a 60 días de anticipación al cese en las funciones de los anteriormente designados.

No serán consideradas aquellas objeciones irrelevantes desde la perspectiva de la finalidad del procedimiento o que se funden en cualquier tipo de discriminación. En aquellos casos en los que el envío se haya realizado en forma digital y la presentación no incurre en observaciones claramente improcedentes o discriminatorias, el texto completo debe ser publicado dentro de los tres días de recibida la observación, en la página oficial del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en Internet.

Concluido el plazo para la presentación de observaciones, la autoridad de aplicación realizará un informe, el cual debe elevar al Jefe de Gobierno en el plazo de 7 días, en el que debe consignar: a) el nombre de las personas físicas o jurídicas que efectuaron observaciones; b) las observaciones que considere relevantes respecto de la persona puesta a consideración de la ciudadanía para ocupar la vacante producida; c) las razones por las que no fueron consideradas relevantes el resto de las observaciones.

Dentro de los 15 días de recibido el informe previsto en el art. 6 Decreto 1620/2003, el Jefe de Gobierno decidirá sobre la conveniencia de la remisión de la propuesta a la Legislatura de la Ciudad. De considerar pertinente la remisión del pliego correspondiente del candidato al puesto a consideración de la ciudadanía deberá enviar la propuesta con todo lo actuado.

El mensaje de remisión expresará las razones por las que se eligió al candidato, debiendo publicarse en el Boletín de la Ciudad de Buenos Aires y en la página oficial del Gobierno de la Ciudad en Internet.





CAPÍTULO V

5.1 Del Poder Judicial como poder político

Siguiendo la doctrina tradicional, podemos decir que el Estado está formado por tres elementos: el elemento humano –población–, el elemento espacial –territorio– y el elemento movilizador o dinámico –el poder político (potencia)–, y si nos adherimos a la posición de Bidart Campos le agregamos un cuarto elemento: el gobierno –poder político en acto.¹⁵

En cuanto al "Poder Político" como elemento del Estado, consiste en la posibilidad o energía con que cuenta el Estado para cumplir con su fin (el bien común público temporal). Asimismo, el poder requiere concretarse, es decir, ser ejercido. Aquellos que lo ejercen son los llamados "gobernantes" o detentadores del poder.

El "Poder Político" es uno, es indivisible, pero teniendo conciencia de que el hombre que detenta el poder tiende a abusar de él, Montesquieu elabora en el siglo XVIII una teoría política de controlar al Poder Político con el mismo Poder Político.

Se originó así la teoría llamada "de la División de Poderes"; "en vez de acumular todas las funciones en un solo órgano, establece varios órganos entre los que reparte las funciones a desarrollar por el Estado en ejercicio del Poder Político. Podemos decir que las tres funciones clásicas en que se divide el Ejercicio del "Poder Político" dentro de un Estado son: la Legislación (Poder Legislativo); la Administración (Poder Ejecutivo) y la Jurisdiccional (Poder Judicial).

Hoy en día, el concepto "Poder" se ha diversificado en sus denominaciones. Se advierte ello, de la realidad que nos toca observar y hasta padecer. Tanto la "sociedad" (considerada ésta tanto en su aspecto local como global), como los "individuos" que la forman son influenciados y en muchos casos determinados por los "detentadores del Poder", ya sea del "Poder Económico" (organismos financieros internacionales, empresas multinacionales, empresarios influyentes, economistas etc.); del "Poder Político" (gobernantes de un Estado en sus distintas funciones: legislativas, ejecutivas o judiciales); del "Poder Religioso" (representantes y autoridades de los distintos credos); del "Poder basado en la detentación y manipulación del Conocimiento Científico-Tecnológico" y del "Poder basado en la Información Multimediática" (medios de comunicación de masas, ya sean éstos de difusión escrita, oral, televisiva o global como en el caso de la Web).

La "Judicialización de la Política" deviene de una decisión constitucional de retirar ciertas decisiones del ámbito de la democracia para trasladarlo al ámbito de la justicia. La expansión del contenido constitucional, al consagrar una vasta lista de derechos, incluidos los derechos humanos económicos, sociales y culturales que requieren, para su satisfacción, de prestaciones de servicios por parte del Estado, ha llevado por esta vía a la reducción del ámbito de decisión democrática. La "Judicialización de la Política" no es un fenómeno bien visto de acuerdo a ciertas teorías democráticas como la que defienden los demócratas genuinamente radicales, quienes únicamente la justifican en tres circunstancias: a) de acuerdo con la teoría de John Ely (1997), para mantener los canales políticos

¹⁵ Bidart Campos, "Lecciones elementales de política", Ed. Ediar. 5ª Edición, 1987, pág. 217.



abiertos a todos los sectores de la sociedad, pues no hay que olvidar que los que están en el poder tienden a perpetuarse en él, silenciando a las minorías o a sus opositores; b) para garantizar la autonomía frente a decisiones mayoritarias perfeccionistas, eliminando lo más posible el impacto de las preferencias externas de los individuos; y c) para conservar una práctica constitucional valiosa, esto es semejante al aspecto interno del que habla Hart Ely, quien distingue al derecho de las órdenes emanadas de una autoridad, la perduración de una constitución a lo largo del tiempo ha causado que dicha norma sea fundamental para guiar y dirigir la vida social, sirviendo como base para reclamaciones, admisiones, demandas, críticas o castigos.

John Hart Ely propone una teoría del control constitucional que deje a un lado las valoraciones sustantivas y se limite al control del procedimiento, verificando que las leyes satisfagan los presupuestos democráticos para su formación. Para superar la dicotomía entre textualismo e interpretativismo que ha dominado el debate constitucional estadounidense, Ely sugiere desarrollar la orientación trazada por las decisiones de la célebre Corte Warren cuyo activismo, opina este autor, no pretendía imponer ciertos valores fundamentales, sino más bien asegurar la transparencia y la participación en el proceso democrático, cuidando que éste no fuera bloqueado por decisiones mayoritarias orientadas a restringir la participación en el proceso democrático, cuidando que éste no fuera bloqueado por decisiones mayoritarias orientadas a restringir la participación o a discriminar negativamente a grupos minoritarios.

Consecuente con su propuesta de control, Ely defiende un concepto procedimental de constitución, que construye a partir de una peculiar lectura de la norma fundamental americana dirigida a demostrar que ésta "no intenta establecer alguna ideología dominante [...] sino más bien asegurar una estructura durable para la resolución continua de los conflictos políticos".

Postula, por tanto, un modelo de Constitución procedimental, orgánica y reglada – semejante a la idea kelseniana– en el que la protección de la libertad tenga lugar mediante un procedimiento de decisión que garantice la igual participación de los afectados, y no por la vía de imponer una ideología determinada, la cual debe quedar librada al juego político. En ese orden de ideas, si la Constitución se ocupa de prescribir procesos legítimos, no resultados legítimos, la tarea del juez constitucional se asemeja a la de un árbitro, encargado de velar porque el proceso satisfaga aquellas condiciones de legitimidad función que han de cumplir los Tribunales en virtud de la independencia y separación del Juego político que los caracteriza. En consecuencia, su tarea de control incluye, además de verificar la observancia del procedimiento de formación de las leyes, la revisión de su contenido pero solo en dos eventos: cuando se restringen derechos de participación o se discrimina a minorías "discretas e insulares" con base en prejuicios alimentados por sentimientos de hostilidad o estereotipos inadmisibles. En los demás casos está vedado al juez pronunciarse sobre cuestiones de fondo, pues por tal vía usurparía al legislador su libertad de configuración política.

La Teoría de División de Poderes pergeñada por Montesquieu, tal como fue concebida, es hoy en la práctica inaplicable y por tal motivo es indispensable pensar en la reelaboración de tal doctrina con el fin de encontrar nuevos controles a los distintos poderes y así poner al hombre como centro de la actividad económica, política, social y religiosa.





CAPITULO VI

6.1 El derecho comparado

Reseñaremos en forma sucinta los sistemas de selección de magistrados empleados en el derecho comparado.

Existen en este ámbito cuatro procedimientos que llamaremos básicos, ya que a su vez admiten diversas combinaciones. El primero de ellos es el de elección popular, se aplicó en Roma y durante la Revolución Francesa, actualmente rige, entre otras naciones, en los Estados Unidos y en Suiza. En el primero de estos países "de los cincuenta Estados que componen la unión norteamericana, treinta y seis mantienen la designación de sus jueces por medio de la elección popular".¹⁶

En nuestro país se ensayó en la provincia de San Juan respecto de los jueces de paz, suprimiéndose con la reforma constitucional del Estado argentino.

Tal vez el sistema ha dado resultados positivos en Suiza, pero como señala Linares Quintana: "No debemos olvidar que el pueblo suizo ha alcanzado a través de un aprendizaje y una experiencia seculares, un perfeccionamiento cívico ejemplar, quizás único en el mundo, sobre todo en la práctica de la democracia semidirecta".¹⁷

Otro sistema es el de designación por el Poder Ejecutivo actuando solo, es decir sin el concurso de los otros dos poderes. Este es posiblemente el procedimiento más generalizado. Asume diversas formas según los países. En Gran Bretaña, los tres cargos más altos de la administración de justicia son nombrados por el Primer Ministro, y los restantes por el gobierno a propuesta de aquél. El sistema inglés presenta la peculiaridad de que en esa Nación no existe carrera judicial, los cargos son ocupados por los abogados que han triunfado en el ejercicio profesional, es decir que la judicatura no es el comienzo de una carrera, sino la culminación de una vida al servicio del derecho.

En Francia e Italia el nombramiento se efectúa también por el Poder Ejecutivo, previo trámite de concurso. Napoleón lo instituyó en Francia en 1808, en ambos países asiste al Presidente de la República un "Consejo Superior de la Magistratura", presidido por aquél e integrado por magistrados judiciales, miembros del Parlamento y en el caso particular de Italia, por los profesores titulares de universidades nacionales en materias jurídicas. Es un mero órgano de asesoramiento, aconseja al mandatario en materia de nombramientos, traslados y ascensos. En España rige el secular sistema de oposiciones, tradicional en la península.

Este sistema presenta el inconveniente de la excesiva dependencia de los jueces del poder administrador, por cuanto éstos deben su nombramiento exclusivamente a aquél, no obstante la garantía relativa que significa el procedimiento del concurso.

¹⁶ "Sistema de designación de los jueces en el derecho argentino y comparado", Benet, Armando. LA LEY 1991-A 831, pág. 426.

¹⁷ "Tratado de las ciencias del Derecho constitucional argentino y comparado", Linares Quintana, Segundo V. LA LEY 1991-A 831, pág. 428.



Un tercer sistema consiste en la designación de los magistrados por el propio Poder Judicial. Es el adoptado, entre otros, por Uruguay y Bélgica; en algunos países se requiere la aprobación del Poder Legislativo para determinadas designaciones. En el caso de Uruguay, la Suprema Corte de Justicia nombra por sí a los jueces letrados de todos los grados y denominaciones por mayoría absoluta de sus miembros. Es de hacer notar que el alto tribunal se compone, como entre nosotros, de cinco miembros.

No obstante, para la designación de los integrantes de las Cámaras de Apelación se requiere la aprobación de la Cámara de Senadores o en su receso el de la Comisión Permanente; a su vez, los miembros de la Corte son nombrados por la Asamblea General – Poder Legislativo– obsérvese que el sistema prescinde totalmente de la intervención del Poder Ejecutivo.

Este método merece la objeción que si bien significa una menor injerencia de los poderes políticos del Estado en los nombramientos, puede generar en la práctica una falta de control sobre la magistratura, pudiendo contribuir a la hipertrofia de este poder.

Por último, debemos analizar el procedimiento que llamaremos mixto, consistente en la coparticipación del Poder Ejecutivo y Legislativo en los nombramientos, a través del acuerdo que este último presta al primero, vigente en nuestro país y también en los Estados Unidos en el orden Federal.

Ninguno de los sistemas reseñados satisface en plenitud la necesidad de contar con una administración de justicia independiente.

Mención aparte merece el sistema de selección y formación de magistrados adoptado en Japón. En primer término cabe destacar que el Poder Judicial reside en la Corte Suprema y demás tribunales inferiores establecidos por la ley. No está permitido establecer tribunales de excepción, "ni se investirá de autoridad judicial inapelable a ningún órgano o departamento del Poder Ejecutivo".¹⁸

La Corte Suprema está formada por un presidente y el número de magistrados que determina la Constitución. Actualmente se integra con su presidente y catorce jueces más. El presidente es seleccionado por el Emperador, y designado por el gabinete de ministros. Los restantes miembros de la Corte son designados por el Gabinete, y refrendados por el Emperador. La legislación reglamentaria determina que los jueces de la Corte deben ser personas con profundos conocimientos de derecho. Al menos diez de ellos deben ser seleccionados entre jueces, fiscales, abogados o profesores de derecho distinguidos. Pero el resto puede estar formado por no juristas. Esta peculiar integración puede tener antecedentes en la Constitución norteamericana, que no requiere el título de abogado –necesariamente– para formar parte de la Corte Suprema.

Con el fin de compatibilizar las reglas de designación de los magistrados con los principios del legitimismo democrático, la Constitución prescribe que los nombramientos de los jueces de la Corte tienen que ser ratificados por el pueblo en la primera elección general posterior a su nombramiento, correspondiente a la de miembros de la Cámara de representantes de la Dieta, "y será ratificado de nuevo en las primeras elecciones generales

¹⁸ Art. 76 de la Constitución de 1946 de Japón. Extraído de "La Corte Suprema de Justicia y el Régimen de designación de jueces en Japón", Néstor Pedro Sagüés. LA LEY 1998-F, págs. 1145-1146.





a miembros de la cámara de los representantes que se celebren transcurrido un período de diez años y así sucesivamente".¹⁹ De no alcanzarse tal ratificación plebiscitaria, el juez del caso debe retirarse de su cargo.

Los jueces inferiores a la Corte son nombrados por el Consejo de Ministros, de entre una lista de personas propuestas por el Tribunal Supremo. Permanecen en su cargo durante diez años, con derecho a reelección. En el organigrama judicial, los cargos de jueces inferiores a la Corte comprenden los de jueces de las "altas cortes" (algo relativamente correspondiente a nuestras cámaras de apelaciones. Hay ocho en Japón, en Tokio, Osaka, Nagoya, Hiroshima, Fukuoka, Sendai, Sapporo y Takamatsu), cortes de distrito (cincuenta en total), cortes de familia (sesenta y siete), y cortes sumarias (cuatrocientas treinta y ocho). En total para 1997, atendiendo que muchos de estos organismos son colegiados, había 1400 jueces titulares, 690 jueces asistentes, y 810 para las cortes sumarias. El Poder Judicial es el propio de un país unitario.

Ahora bien, para ser designado como juez asistente (cargo inicial habitual de la carrera judicial letrada), es imprescindible haber aprobado el examen nacional de derecho, completado los dos años de formación en el Instituto de entrenamiento e investigaciones legales, y haber superado el examen final de calificación de dicho Instituto.

El cargo de juez titular requiere habitualmente una experiencia de diez años como juez asistente, Japón cuenta con un procedimiento altamente profesionalizado de selección de magistrados judiciales, que puede reputarse único en el mundo, y tal vez el más severo. La pieza fundamental del sistema es el Instituto de entrenamiento e investigaciones legales, que es una dependencia de la Corte Suprema.

En 1939 se creó el Instituto de investigaciones judiciales, para preseleccionar a jueces y fiscales. Pero en 1947 quedó establecido el actual organismo, que está destinado a formar tanto a jueces y fiscales como a abogados que quieran ejercer la profesión de tales. Ese es su primer rol. El segundo, consiste en desarrollar programas de formación continuada para jueces y fiscales ya en ejercicio.

Resulta de imprescindible aprobación para ser nominado juez (salvo los tribunales o cortes "sumarias") o fiscal, o para litigar ante los tribunales como abogado. El examen nacional de derecho tiene tres partes: de preguntas múltiples, oral y elaboración de un ensayo. Incluye temas de derecho civil, penal, comercial y constitucional, a más de otras tres materias optativas. El diploma universitario de una escuela o facultad de derecho no habilita por sí solo para el desempeño en la magistratura, el ministerio público o el litigio como abogado.

El plan de cursos del Instituto comprende dos años, y tiene varias etapas. La primera, llamada inicial es de cuatro meses, abarca temas de litigio civil, procedimientos penales, actuación fiscal, ejercicio de la abogacía civil, defensas criminales. También hay materias optativas, como contabilidad, psicología, derecho extranjero. Deben asistirse a las sesiones dadas por instructores del Instituto y elaborar escritos de sentencias, apelaciones, alegatos, etc. Los instructores son por lo común jueces y fiscales en actividad, y abogados que ejercen activamente su profesión. Es frecuente que los participantes se dividan en grupos de aproximadamente cincuenta personas cada uno de ellos.

¹⁹ Art. 79 de la Constitución de 1949 de Japón. Extraído de cita idem.



La segunda etapa, denominada de entrenamiento en el campo, lleva dieciséis meses, y los practicantes o aprendices son asignados a cortes judiciales de distrito, fiscalías de distrito o asociaciones locales de abogados, de todo el país. Se la fracciona en cuatro periodos de cuatro meses cada uno, también en las áreas de juicios civiles, penales, fiscalías y práctica privada de la abogacía.

La tercera etapa, llamada de entrenamiento final, vuelve a realizarse en el Instituto y dura cuatro meses. Perfecciona aspectos ya desarrollados en la primera, aunque ya se diseñan de modo claro cursos especializados según el posterior desempeño del practicante (en la judicatura, el ministerio público o la profesión).

Por último, existe un exigente examen de calificación, oral y escrito. Quien lo apruebe elegirá el área posterior de desempeño profesional.

Mientras asisten al Instituto, los practicantes reciben un estipendio mensual similar al de ciertos oficiales públicos. En la actualidad no existen serias propuestas para sustituir el procedimiento de selección.

En síntesis, la preparación del candidato y su posterior preselección quedan en manos del Poder Judicial, aunque haya a la postre un contralor por el Gabinete, quien realiza el nombramiento final de entre los candidatos presentados por la Corte. También estos dispositivos parecen poseer un fuerte grado de consenso en la comunidad forense y en el público en general.

VII. CONCLUSIONES

La selección de los magistrados es una cuestión que debe preocupar profundamente a la comunidad por cuanto es algo así como el eje a cuyo alrededor giran todas las posibilidades efectivas de realización de la tutela judicial, en el marco del Estado de Derecho.

El sistema previsto por nuestra Constitución Nacional con anterioridad a la reforma del año 1994 no resultó idóneo para lograr que los mejores accedieran a un cargo tan relevante para una república, como es el de juez. Si bien es cierto que este sistema por sí no resultaba malo, una política basada en el tráfico de influencias, transacciones e intrigas llevó durante muchos años a que la selección de magistrados se convirtiera en un campo de batallas en el que cada cual defiende su soldado. A ello debe sumarse la inestabilidad política que sufrió este país, por lo menos desde la década del 30.

Con la reforma, se produce un quiebre en la tradición constitucional argentina, por cuanto se introduce un sistema cuyos orígenes se remontan a una concepción de administración de justicia propia de los países europeos. Si bien a partir de la Segunda Guerra Mundial en el viejo mundo se intenta hacer hincapié en la independencia con que deben actuar los magistrados, el verdadero "poder" reside en los consejos o tribunales constitucionales que tienen como principal función el control constitucional de las leyes. Por el contrario, nuestro modelo abreva del sistema norteamericano, donde los jueces están dotados de la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Además si tenemos en cuenta la orientación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en sus últimos fallos, tal declaración puede ser efectuada aún de oficio.



No cambia sustancialmente lo antes señalado, el hecho de que varias constituciones provinciales hayan previsto sistemas de revisión especializado en materia constitucional. Lo que se ha llamado un "control atípico de constitucionalidad", ya que se prevén acciones ante los Superiores Tribunales de Justicia que en forma originaria y exclusiva deciden sobre la constitucionalidad de las leyes y normas jurídicas. Otra variante prevista por algunos Estados provinciales es la unificación de los criterios jurisprudenciales a través de la doctrina vinculante u obligatoria de los Superiores para los jueces inferiores, prerrogativa de dudosa constitucionalidad y escaso valor práctico. Pero lo cierto es que, más allá de estas particularidades, los jueces inferiores mantienen intactas sus facultades de declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas que se enfrenten a la Ley Suprema.

La incorporación del Consejo de la Magistratura en el ámbito nacional ha provocado un fuerte impacto político-jurídico, que ha puesto la designación de magistrados como una de las cuestiones preferidas del constitucionalismo actual.

Pero no podemos olvidar los importantes antecedentes que en el país encontramos sobre el tema tratado. Así, a partir del año 1957 provincias como Chaco y Río Negro fueron pioneras en la creación de consejos que intervenían en la designación de jueces y funcionarios judiciales. Siguió este camino Chubut, Santiago del Estero, San Juan, San Luis, Tierra del Fuego, La Pampa, Buenos Aires y Formosa. No obstante existen importantes diferencias en la conformación de cada uno de ellos. Los Estados provinciales están tratando, ya hace tiempo, de dar mayor transparencia al proceso eleccionario, con una participación equilibrada de los diferentes sectores sociales.

Los Consejos de la Magistratura deben mantener cierto poder discrecional en la elección de magistrados y funcionarios. Ello es así, ya que la búsqueda del mejor "perfil del juez" es un acto complejo en el que juegan numerosos factores, que van desde los antecedentes laborales y académicos de los postulantes, los resultados de los exámenes, cultura general, sentido común, honestidad, independencia de criterio, proclividad a la actualización de conocimientos, manejo de grupos, y un sinnúmero de variables que deben ser tomadas en cuenta al momento de una decisión responsable. Pero discrecionalidad no significa arbitrariedad, entendida esta como la que se fundamenta en la sola voluntad o capricho de la autoridad de turno. La única forma de combatir la arbitrariedad es exigir que se explique, se exponga, se justifique una decisión. Tanto lo merecen los postulantes como la ciudadanía, que tienen el derecho de conocer los motivos que llevaron a la designación de un juez (STierra del Fuego Antártida e Islas del Atlántico Sur, 2006/09/28 Agostino, Gerardo y otros c/ Provincia de Tierra del Fuego).

Estudiar más profundamente la cuestión con el rigor que merece impondría una serie de consideraciones sobre tópicos variados y no exentos de complejidad, que habría de conducirnos –sin duda– al examen del problema a la luz de criterios históricos, sociológicos, políticos y de derecho comparado, que exceden los alcances de este trabajo.

La cuestión deberá examinarse sin dejar que huya de nuestro horizonte el problema de la formación jurídica en nuestro país pues, como es obvio y fatal, la selección se efectúa a partir de candidatos que han estudiado en los cursos de grado de nuestras facultades de



derecho. Ello implica –desgraciadamente– que en buena parte de los casos padecerán una serie de limitaciones, a veces graves y especialmente nocivas para cualquier concepción que se mantenga respecto del arquetipo del buen juez, particularmente exigente en estos tiempos, ante la cantidad, magnitud y complejidad de los problemas que –en el contexto de la profundización de nuestra arraigada crisis social, política y moral– se someten a la decisión judicial.

Hemos aquí de restringirnos al examen de dos aspectos básicos, y que podrían y deberían haber alcanzado un más depurado funcionamiento.

Por un lado, habría de considerarse ciertas limitaciones conceptuales que impiden el más adecuado planteamiento de los casos que se formulan en los concursos. De lo que se trata es de examinar cómo razona el futuro juez, desde los hechos de la causa hasta los fundamentos y sentido de su decisión. La prueba no debe consistir en averiguar si ha memorizado los criterios prevalecientes en jurisprudencia, sino de comprobar la idoneidad de su método de trabajo para ejercer la función a la que aspira, cumpliendo todas las exigencias que le habrá de imponer la actividad a desarrollar.

Es cierto que buena parte de los problemas judiciales reposa en una insuficiente estructura operativa y edilicia, y hasta por la inserción de los órganos jurisdiccionales en la topografía urbana. Pero no cabe duda que las funciones judiciales dependen primordialmente del factor humano. Por tal razón, buscar a sus integrantes con la debida atención a los criterios cualitativos que impone el ejercicio de sus cargos es el factor primordial de superación de la crisis que atraviesa la judicatura.

En tal sentido cabe recordar palabras de José Ingenieros:²⁰

El poder que se maneja, los favores que se mendigan, el dinero que se amasa, las dignidades que se consiguen, tienen cierto valor efímero que puede satisfacer los apetitos del que no lleva en sí mismo, en sus virtudes intrínsecas, las fuerzas morales que embellecen y califican la vida; la afirmación de la propia personalidad y la cantidad de hombría puesta en la dignificación de nuestro yo. Vivir es aprender, para ignorar menos; es amar, para vincularnos a una parte mayor de humanidad; es admirar, para compartir las excelencias de la naturaleza y de los hombres; es un esfuerzo por mejorarse, un incesante afán de elevación hacia ideales definidos.

²⁰ "El hombre Mediocre", José Ingenieros, AGEBE, 2006.



ANEXO

TEXTO DE 1853/60	TEXTO DE 1949	TEXTO DE 1994	FECHA DE LA NORMA
<p>Artículo 71: El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de "Presidente de la Confederación Argentina".</p> <p>Artículo 83: "El Presidente de la Confederación tiene las siguientes atribuciones: ...5. Nombra los magistrados de la Corte Suprema y de los demás tribunales federales inferiores, con acuerdo del Senado... 10. Nombra y remueve a los Ministros Plenipotenciarios y Encargados de Negocios con acuerdo del Senado; por sí solo nombra y remueve los Ministros del Despacho, los Oficiales de su Secretaría, los Agentes Consulares y los Demás empleados de la administración cuyo nombramiento no está reglado de otra</p>	<p>Art. 75 - El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de "Presidente de la Nación Argentina".</p> <p>Art. 83 - El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: ...5. Nombra los jueces de la Corte Suprema de Justicia y de los demás tribunales inferiores de la Nación con acuerdo del Senado... 10. Nombra y remueve los embajadores y ministros plenipotenciarios con acuerdo del Senado y por sí solo nombra y remueve los ministros del despacho, los oficiales de sus secretarías, los agentes consulares y demás empleados de la administración cuyo nombramiento no está reglado de otra manera por esta Constitución... 16. Provee los empleos militares de la Nación, con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados</p>	<p>Art. 87.- El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de "Presidente de la Nación Argentina".</p> <p>Art. 99.- El presidente de la Nación tiene las siguientes sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos. Un nuevo nombramiento, atribuciones: 4. Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto. Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente</p>	1994



TEXTO DE 1853/60	TEXTO DE 1949	TEXTO DE 1994	FECHA DE LA NORMA
<p>forma por esta Constitución...</p> <p>16. Provee los empleos militares de la Confederación: con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de Oficiales superiores del ejército y armada, y por sí solo en el campo de batalla".</p> <p>Artículo 91: El Poder Judicial de la Confederación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia compuesta de nueve jueces y dos fiscales, que residirán en la Capital, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Confederación.</p> <p>Artículo 96: La Corte Suprema dictará su reglamento interior y económico y nombrará a sus empleados subalternos.</p>	<p>de oficiales superiores de las fuerzas armadas, y por sí solo, en el campo de batalla...</p> <p>22. El presidente tendrá facultad para llenar las vacantes de los empleos que requieran el acuerdo del Senado y que ocurran durante su receso por medio de nombramientos en comisión, que deberán ir considerados en la legislatura inmediata".</p> <p>Art. 89 - El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.</p> <p>Art. 94 - La Corte Suprema de justicia dictará su reglamento interno y económico y nombrará sus empleados. Ejercerá superintendencia sobre los jueces y tribunales que integran la justicia de la Nación.</p>	<p>por el mismo trámite.</p> <p>7. Nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado; por sí solo nombra y remueve al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros del despacho, los oficiales de su secretaría, los agentes consulares y los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por esta Constitución.</p> <p>13. Provee los empleos militares de la Nación: con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las fuerzas armadas, y por sí solo en el campo de batalla.19.Puede llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima Legislatura</p> <p>Art. 108.- El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.</p> <p>Art.113.- La Corte Suprema dictara su reglamento</p>	





TEXTO DE 1853/60	TEXTO DE 1949	TEXTO DE 1994	FECHA DE LA NORMA
		interior y nombrara a sus empleados. Art. 114.- El Consejo de la Magistratura regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de latotalidad de los miembros de cada Cámara tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial: Serán sus atribuciones: 1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores. 2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de magistrados de los tribunales inferiores	

BIBLIOGRAFÍA

- BADENI, Gregorio (2003), "Los Cargos judiciales no son un botín electoral", LA LEY 2003-D, 1460.
- BENET, Armando (1991), "Sistema de designación de los jueces en el derecho argentino y comparado", LA LEY 1991-A, 831.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (1987), "Lecciones elementales de Política", Ed. Ediar, 5ª Edición, 1987.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (2006), *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo III, S.A Editora Comercial Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2006.
- EKMEKDJIAN, Miguel A. (1999), *Manual de la Constitución Argentina*, Depalma, 4ª Edición, Buenos Aires.
- FERREYRA, Raúl Gustavo (1997), *La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2008), "La selección de los jueces", LA LEY 2008-E, 1406.
- HART ELY, John (1997), *Democracia y desconfianza. Una Teoría del Control Constitucional*, Editorial Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, Colombia, 1997, págs. 63-95.





- INGENIEROS, José (2006), "El hombre Mediocre", AGEBE, 2006.
- IRIBARNE, Héctor P. (2006), "Los procesos de selección de magistrados y funcionarios judiciales", LA LEY 2006-D, 1293.
- IRIBARREN, Pablo (2006), "La fundamentación en la decisión para la elección de jueces en los Consejos de la Magistratura", LLPatagonia 06/12/2006, 653.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III a. Teoría General*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
- PULVIRENTI, Orlando D. (2009), "Aria a la designación de jueces", LA LEY 2009-A, 386.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto (2001), *Derecho Constitucional Argentino*, Tomo II, Rubizal- Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
- SABSAY, Daniel Alberto y Sebastián Neimark (2005), "El control de la facultad presidencial de designación de los magistrados", LA LEY 2005-D, 996.
- SAGÜÉS, Néstor P. (1997), "Elementos de Derecho Constitucional", Tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997.
- SAGÜÉS, Néstor P. (1998), "La Corte Suprema de Justicia y el régimen de designación de jueces en Japón", LA LEY 1998-F, 1145.

ARTÍCULOS

- "Aria a la designación de jueces", Pulvirenti, Orlando D., Sup. Adm., LA LEY 2009-A.
- "El control de la facultad presidencial de designación de los magistrados", Sabsay, Daniel Alberto-Neimark, Sebastián. LA LEY 2005-D.
- "La Corte Suprema de Justicia y el Régimen de designación de jueces en Japón", Sagüés, Néstor P., LA LEY 1998- F.
- "La fundamentación en la decisión para la elección de jueces en los Consejos de la Magistratura", Iribarren, Pablo. LLPatagonia, 2006.
- "Los procesos de selección de magistrados y funcionarios judiciales", Iribarne, Héctor P., LA LEY 2006-D.
- "Sistema de designación de los jueces en el derecho argentino y comparado", Benet, Armando, LA LEY 1991-A, 831.





PREMIO FORMACIÓN 2010





cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

Addenda Premios Anteriores



Premio CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES (2004)

Tema

ACCESO A LA JUSTICIA EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.

Categoría

Empleados del Poder Judicial de la Ciudad

1.er premio: Acceso a la Justicia

Autora: Mónica López Maldonado

2.do premio: Acceso a la Justicia en la Ciudad de Buenos Aires.

Estado Actual y Perspectivas

Autora: Ágata Emilia Teti

3.er premio: Desierto





Premio FORMACIÓN JUDICIAL 2005

Tema
CALIDAD DEL SERVICIO DE JUSTICIA

Categoría
Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad
1er. Premio: Como David a Goliat
Autoras: Iris Elisabet Garzón y Paula Lagos
2do. Premio: Algunas bases para mejorar el servicio de Justicia.
Autor: Matías Fernández de la Puente
3er. Premio: Calidad del servicio de Justicia
Autores: Javier Alejandro Buján y Luisa María Escrich

Categoría
Empleados del Poder Judicial de la Ciudad
1er. Premio: Diagnóstico y propuestas para elevar la calidad del servicio de Justicia
Autor: Francisco Javier Ferrer Arroyo
2do. Premio: Niños, niñas y adolescentes: una mirada crítica
Autora: Bárbara Filgueira Inchausti
3er. Premio: Pensando la mejor de las Justicias posibles
Autora: María del Pilar Cela

Categoría
Abierta
1er. Premio: La calidad, la medida de la persona humana y el servicio de Justicia
Autora: Lila Emilse García
2do. Premio: Gestión social de calidad en la Justicia.
Autores: Mario Silvio Gerlero y Eduardo Alberto Augusto Parody
3er. Premio: La participación del actor social en la implementación de la calidad en la Justicia
Autores: Ricardo Martín Casares y Santiago del Carril



Premio FORMACIÓN JUDICIAL 2006

Tema

LA JUSTICIA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES A 10 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS PORTEÑOS

Categoría

Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad

1er. Premio: La Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a 10 años de la Constitución de los Porteños: Una década que sabe a poco.

Autor: Marcelo Pablo Vázquez

2do. Premio: Hacia una Justicia Nueva y Efectiva

Autores: María Florencia Rodino y Germán Rodríguez Gauna

3er. Premio: El acceso a una Justicia democrática para la C.A.B.A., a diez años de la Constitución.

Autor: Adrián Norberto Martín

Categoría

Empleados del Poder Judicial de la Ciudad
Desierta

Categoría

Abierta

1er. Premio: La Justicia de la C.A.B.A. a 10 años de la Constitución de los Porteños

Autor: Marcelo Gustavo Chamau

2do. Premio: Raíces, Principios y Futuro del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires

Autor: Patricio Esteban

3er. Premio: La consolidación de la autonomía: una cuestión de justicia

Autor: Ramón Trejo

Mención Honorífica: Los Tribunales Vecinales como una herramienta para el acceso a la justicia de la Ciudad de Buenos Aires

Autores: Diego Leonel Freedman y Nicolás Perrone



Premio FORMACIÓN JUDICIAL 2007

Tema
LENGUAJE Y JUSTICIA

Categoría
Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad

1er. Premio: Soberanía del Sentido

Autor: Sergio Gustavo Simona

1er. Premio: La justicia como acontecimiento

Autora: Analía Haydee Mas

2do. Premio: La controversia sobre la hospitalidad

Autor: Horacio Guillermo Aníbal Corti

3er. Premio: Desierto

Categoría
Empleados del Poder Judicial de la Ciudad

1er. Premio: Las consecuencias de la aplicación del lenguaje judicial.

Autora: Raffaella Riccono

2do. Premio: El derecho y el revés

Autor: Emiliano Santiago Arvuez

3er. Premio: La Comunicación eficaz a través de la neurolingüística

Autora: Patricia Segura

Categoría
Abierta

1er. Premio: Argumentación y proceso. Una relación relevante en la práctica judicial

Autor: Néstor Leandro Guzmán

2do. Premio: El lenguaje del derecho y sus límites

Autores: Lucas Arrimada y Pablo César Rossi

3er. Premio: Roberto y la otra pequeña fábula sobre el lenguaje y el acceso de la justicia

Autor: Marcelo Jorge Degastaldi

Mención Honorífica: La comunicación en el juicio oral

Autores: Jorge Daniel Antoniatti

Mención Honorífica: Avisos y edictos judiciales. Que dicen y que no dicen

Autora: Alicia Dorotea Carr

Mención Honorífica: Lenguaje y principio de legalidad penal

Autores: Gustavo Alberto Beade y Santiago Roldán



Premio FORMACIÓN JUDICIAL 2008

Tema

AUTONOMÍA PORTEÑA Y FACULTADES DE JURISDICCIÓN

Categoría

Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad

1er. Premio: Facultades de jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires: la autonomía negada

Autora: Ana Florencia Salvatelli

2do. Premio: Desierto

3er. Premio: Desierto

Mención honorífica: El rango provincial de la Ciudad de Buenos Aires y su validez constitucional en la competencia originaria y exclusiva

Autor: Alejandro Patricio Maraniello

Categoría

Empleados del Poder Judicial de la Ciudad

1er. Premio: Pasado, presente y futuro de una ciudad que siempre es motivo de debate

Autora: Lara Jessica Miyasato

2do. Premio: Desierto

3er. Premio: Desierto

Categoría

Abierta: Desierta







cfj • PREMIO
FORMACIÓN
JUDICIAL

Reseña de Actividades





ACTIVIDADES ORGANIZADAS POR EL CENTRO DE FORMACIÓN JUDICIAL (1999/2009)

AÑO 1999

- Seminario de especialización en Derecho tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (partes I y II).
- Seminario sobre los derechos de los niños y adolescentes.
- Seminario de especialización "Qué hacen los jueces cuando juzgan (enfoques plurales sobre la interpretación del derecho y la hermenéutica judicial)".

AÑO 2000

- Ciclo de conferencias de juristas extranjeros.
- Curso sobre capacitación en computación (procesador *Word*, correo electrónico, Internet).
- Curso de capacitación en materia contravencional.
- Seminario de capacitación "Los conflictos en las relaciones familiares y su interacción con el sistema judicial".
- Curso sobre *Microjuris*.
- Seminario sobre control de constitucionalidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Seminario "La Ley de Procedimientos Administrativos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (partes I y II).
- Seminario sobre el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Seminario "El arbitrio judicial".
- Jornada sobre temas de Derecho penal, contravencional y faltas.
- Taller de escritura.
- Curso de capacitación en computación (Access).

AÑO 2001

- Seminario de capacitación sobre firma digital.
- Seminario de capacitación sobre la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.



- Conferencia sobre la magistratura italiana, reclutamiento y carrera judicial.
- Curso de capacitación en informática (Access II).
- Curso de capacitación en informática (Access III).
- Seminario sobre cuestiones de responsabilidad médica.
- Curso de capacitación en materia contravencional para el personal del Servicio Penitenciario Federal.
- Seminario sobre cuestiones de Derecho ambiental.
- Capacitación en el sistema de gestión judicial *Iurix*.

AÑO 2002

- Conferencia sobre mediación en el ámbito penal.
- Conferencia sobre liderazgo judicial.
- Conferencia sobre mediación con el Estado.
- Capacitación en el manejo de la base de datos jurídica *eIDial.com*

AÑO 2003

- Jornada "Aspectos generales del procedimiento tributario".
- Curso elemental de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Curso elemental para Oficiales Notificadores y Oficiales de Justicia.
- Curso " Consumidores y usuarios. Procedimientos administrativos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".
- Curso "Derecho internacional de los derechos humanos y la Constitución nacional. Su recepción en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".
- Curso "El lenguaje jurídico: lingüística y sentencia. Aportes para la construcción de sentencias desde la teoría del lenguaje".
- Curso intermedio "El proceso contencioso-administrativo y tributario".
- Actualización en Derecho y procedimiento penal.
- Curso elemental "Derecho y procedimiento administrativo. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

AÑO 2004

- Curso introductorio sobre el Fuero Contravencional y de Faltas.
- Actividad de capacitación para Oficiales Notificadores y Oficiales de Justicia.
- Taller de comprensión y producción de textos.
- Taller de escritura para magistrados, integrantes del Ministerio Público y funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.





- Seminario sobre cuestiones de ética judicial.
- Seminario de actualización sobre cuestiones de bioética.
- Seminario/taller sobre nociones de argumentación jurídica.
- Curso intermedio "Contencioso-administrativo y tributario II: el procedimiento en la Cámara de Apelaciones".
- Seminario/taller "Nociones de análisis económico del Derecho".
- Seminario sobre ejecuciones fiscales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Taller de escritura en oficinas judiciales.
- Seminario/taller sobre técnicas de atención al público.
- Ciclo de conferencias "A 10 años de la reforma de la Constitución Nacional. Balances y perspectivas".
- Seminario/taller sobre técnicas de negociación para entrevistas y gestión de audiencias.
- Seminario "Probation: suspensión del juicio a prueba".
- Seminario sobre niñez y adolescencia en el Fuero Contravencional y de Faltas.
- Conferencia "La participación ciudadana en el sistema de justicia. Juicios por Jurado".
- Seminario/taller "El conflicto como proceso. Modos de intervención pacífica".
- Seminario/taller "Entrenamiento en audiencias. Técnicas de interrogación".
- Curso básico de balística forense.
- Seminario "El niño víctima de los procesos judiciales".
- Seminario/taller "Técnicas de atención al público para el personal del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".
- Seminario/taller sobre estadísticas judiciales.

AÑO 2005

- Curso básico de procedimiento administrativo.
- Taller de escritura para empleados del Poder Judicial.
- Curso intermedio CyF I: Introducción al Derecho contravencional y su procedimiento.
- Curso intermedio CAyT III: El procedimiento ante el Tribunal Superior de Justicia.
- Seminario "Técnicas de negociación para entrevistas y gestión de audiencias".
- Seminario "Democracia, división de poderes y rol del Poder Judicial a comienzos del siglo XXI".
- Seminario "Cuestiones de Derecho y procedimiento administrativo".
- Seminario "Bases y condiciones generales para la contratación de bienes y servicios".
- Seminario "Lógica jurídica y argumentación".
- Curso introductorio y de entrenamiento en mediación.
- Seminario/taller "Métodos de resolución de conflictos para la actividad jurisdiccional".



- Seminario "Asesoría General Tutelar y Fuero Contravencional y de Faltas".
- Seminario sobre calidad de servicios.
- Curso de introducción a la mediación penal.
- Taller de escritura.
- Seminario/taller "El conflicto como proceso. Modos de intervención pacífica".
- Taller de escritura para magistrados, integrantes del Ministerio Público y funcionarios del Poder Judicial.
- Seminario/taller "Técnicas de atención al público".
- Curso elemental "Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. Fuero Contencioso Administrativo y Tributario".
- Curso de capacitación en evaluación de personal.
- Seminario "Derecho público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (posgrado UBA).
- Evaluación de Desempeño para Evaluados (Res. CM N° 504/05).
- Seminario "Técnicas de negociación para entrevistas y gestión de audiencias".
- Seminario "Régimen de las contrataciones administrativas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".
- Programa de formación para el desarrollo de prácticas de liderazgo y *coaching*.
- Teoría de la decisión.
- Seminario "El costo de vencer el estado de inocencia, y su vinculación con el rol de los fiscales en el proceso penal".
- Ciclo de actualización para Oficiales Notificadores y de Justicia.
- Seminario/taller "Técnicas de comunicación telefónica".
- Curso de capacitación para Oficiales Notificadores y de Justicia (art. 8 Res. CM N° 504/05).

AÑO 2006

- Taller de escritura en oficinas judiciales (ciclo 2006) I y II.
- Taller de escritura para magistrados, integrantes del Ministerio Público y funcionarios del Poder Judicial.
- Taller de escritura para empleados del Poder Judicial.
- Curso básico "Derecho y procedimiento administrativo. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".
- Curso "El proceso contencioso-administrativo. Parte I: Procedimiento en primera instancia".
- Curso "Introducción a la bibliotecología jurídica" (reprogramación).
- Ciclo de conferencias "La buena fe en el Derecho".
- Seminario "Régimen de las contrataciones administrativas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".
- Seminario/taller "Técnicas de atención al público".
- Curso "Garantías constitucionales en el proceso penal (Parte I)".
- Seminario/taller "Nociones de argumentación jurídica".





- Seminario "Análisis económico del Derecho penal".
- Seminario/taller "Honorarios profesionales y cálculos liquidatorios".
- Curso "El proceso contencioso-administrativo. Parte II: Procedimiento en la Cámara de Apelaciones".
- Seminario "Ética de las organizaciones gubernamentales".
- Curso "Garantías constitucionales en el proceso penal (parte II)".
- Seminario "Análisis económico del Derecho".
- Seminario/taller "Técnicas de despacho judicial".
- Curso de capacitación para Oficiales Notificadores (art. 8, ap. 3, Reglamento Interno CMCABA. Res. CM N° 504/05).
- Seminario técnico "Análisis legal y jurisprudencial: portación de armas de fuego sin la debida autorización. El agravante del art. 189 bis, inc. 2, último párrafo, introducido por Ley 25886".
- Seminario "Reglamento del Trámite de Actuaciones Administrativas del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".
- Jornada sobre Derecho ambiental.
- Conferencia internacional sobre Derecho ambiental "La experiencia de los Tribunales Ambientales de Costa Rica".
- Seminario/taller "Liderazgo judicial".
- Seminario/taller "El Derecho penal y contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires según el Tribunal Superior de Justicia".
- Seminario "Derecho público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a 10 años de la Constitución local" (posgrado UBA).
- Curso sobre primeros auxilios (organizado junto con el Departamento de Relaciones Laborales).
- Seminario técnico "Análisis legal y jurisprudencial Ley 2095. Compras y contrataciones en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (dos ediciones).
- Seminario técnico "Análisis legal y jurisprudencial. Nueva Ley de Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

AÑO 2007

- Taller de escritura en oficinas judiciales (ciclo 2007).
- Taller de escritura.
- Curso de capacitación para Oficiales Notificadores (art. 8, ap. 3, Reglamento Interno CMCABA. Res. CM N° 504/05).
- Seminario técnico "Análisis legal y jurisprudencial. Ley 2095 de Compras y contrataciones en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".
- Seminario técnico "Análisis legal y jurisprudencial. Ley Nacional 20429 de Armas y Explosivos".
- Seminario "Ambiente y salud".
- Seminario "Derechos políticos y derechos electorales para la Ciudad".





- Seminario "Cuestiones fundamentales de la teoría del delito".
- Seminario/taller "Jurisprudencia contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".
- Seminario/taller "Aplicaciones informáticas para la gestión de oficinas judiciales".
- Seminario/taller "*Media Coaching*".
- Seminario/taller "Inteligencia interpersonal".
- Seminario/taller "Trabajo en equipo".
- Mesa redonda "Transferencia de competencias penales a la Ciudad. Contenido, vigencia y problemáticas de aplicación".
- Programa de capacitación en atención al público con necesidades especiales.
- Conferencia "El procedimiento penal en Guatemala" (con INECIP).
- Conferencia "Violencia y género. La experiencia italiana" (con la Defensoría General de la Nación).
- Jornada "Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Control de gestión y Poder Judicial" (con MAFUCABA).
- Jornada "Discriminación y Holocausto" (con MAFUCABA).
- Jornada de capacitación sobre armas de fuego y material pirotécnico (con MAFUCABA).
- Conferencia "Problemática de las acciones de clase" (con TSJ Justicia en Cambio, UBA).
- Curso de actualización profesional. Nuevas prácticas en la investigación y litigación penal.
- Seminario/taller "Litigación en audiencias penales".
- Seminario "Innovaciones en la gestión judicial".
- Seminario/taller "La resolución de conflictos y el nuevo rol del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".
- Seminario/taller "Liderazgo. ¿Cómo desarrollar relaciones interpersonales efectivas y ambientes de trabajo positivos?".
- Seminario/taller "Manejo de casos".
- Seminario/taller "Modelos de oficina judicial penal".
- Seminario/taller "Programación neurolingüística. Técnicas para lograr una comunicación eficaz".
- Seminario/taller "El expediente judicial-administrativo".
- Seminario/taller "Informática I".
- Seminario "Cuestiones fundamentales de la teoría del delito".
- Seminario/taller "Análisis de los delitos transferidos a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".
- Seminario/taller "El procedimiento contravencional".
- Curso de actualización profesional "Litigación en juicio" (1.ª y 2.ª edición).
- Programa de formación para el desarrollo de prácticas de liderazgo y *coaching*.
- Seminario "Nociones de argumentación jurídica".
- Seminario "Derecho y procedimiento medio".
- Seminario "El nuevo Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".
- Conferencia "La ecotributación".





- Conferencia "Competencias municipales. Técnicas de cooperación municipal y de gestión de servicios públicos locales".
- Charla-debate "El Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ley 2451: las responsabilidades del juez".
- Seminario/taller "Investigación de la escena del crimen".
- Seminario "Lineamientos del Código Procesal Penal. Introducción a la lógica adversarial".
- Programa de capacitación en herramientas de organización y métodos.
- Conferencia "Los sistemas de revisión y control de los actos tributarios (administrativos y legislativos) en el ordenamiento jurídico de México".
- Conferencia "El amparo, en general y en materia tributaria, en el ordenamiento jurídico de México".
- Taller "Prevención de riesgos de trabajo. Nociones básicas de prevención de incendios y de evacuación" (con MAPFRE).
- Cursos generales (Res. CSEL N.º 175/07) "Derecho y procedimiento medio" (CAyT); "Informática I", "Trabajo en equipo", "Atención telefónica".
- Charla-debate "Ley Cafiero". Poder Judicial (coorganizada con el Colegio de Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la CABA).
- Jornada "Derechos de la niñez y juventud en la Ciudad" (coorganizada con el Colegio de Magistrados, Integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la CABA).
- Primera Jornada de Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (coorganizada con la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad, MAFUCABA).

AÑO 2008

- Conferencia "El cambio climático como desafío global".
- Curso de actualización profesional en litigación inicial.
- Curso intensivo de verano "Análisis de los delitos transferidos a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".
- Curso intensivo de verano "Derecho procesal penal. Código de Procedimiento Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Su aplicación en el procedimiento contravencional".
- Curso de Accidentología (para Oficina de Investigación Judicial).
- Curso "Análisis de la Ley 24051. Contaminación" (para Oficina de Investigación Judicial).
- Curso "Balística convencional" (para Oficina de Investigación Judicial).
- Curso "Balística no convencional" (para Oficina de Investigación Judicial).
- Curso "Cadena de custodia sobre la evidencia" (para Oficina de Investigación Judicial).
- Curso "Criminalidad informática" (para Oficina de Investigación Judicial).





- Curso "Dactiloscopia" (para Oficina de Investigación Judicial).
- Curso "El Derecho tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Fundamentos constitucionales y jurisprudencia".
- Curso "Entrevista del menor víctima o testigo bajo el Régimen Procesal Penal Juvenil de la CABA".
- Curso "Levantamiento de rastros dactiloscópicos" (para Oficina de Investigación Judicial).
- Curso "Medicina legal" (para Oficina de Investigación Judicial).
- Curso "Módulo de investigación criminal" (para Oficina de Investigación Judicial).
- Curso "Técnicas de muestreo de aguas" (para Oficina de Investigación Judicial).
- Curso "Tecnología aplicada en imagen y sonido" (para Oficina de Investigación Judicial).
- Curso "Temas de mantenimiento y elementos de protección personal".
- Curso "Transferencia de delitos a la Ciudad de Buenos Aires".
- Jornada homenaje a dos grandes magistrados por su defensa del ambiente.
- Jornada internacional sobre Derecho ambiental.
- Jornada internacional sobre proceso y Constitución.
- Jornada internacional y comparada sobre Derecho contencioso-administrativo.
- Jornada "Derechos económicos, sociales y culturales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".
- Jornada "El sistema acusatorio. Experiencias en derecho comparado (Chile y Guatemala)".
- Jornada "La mayoría de edad. Debate teórico, normativo y reforma legal".
- Jornada "Procedimientos, garantías y penas en el sistema de responsabilidad penal juvenil".
- Mesa redonda "Desafíos de la defensa en el proceso penal adversarial".
- Programa sobre discapacidad. Módulo I: Capacitación de agentes que puedan actuar como reproductores de sensibilización en el trabajo con personas con discapacidad. Módulo II: Capacitación para posibles agentes de sensibilización en el trabajo con personas con discapacidad.
- Seminario de posgrado sobre Derecho público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (3.ª edición).
- Seminario técnico "Análisis legal y jurisprudencial. Derecho de consumidores y usuarios en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".
- Seminario/taller "Resolución alternativa de conflictos. Módulo I: Conflicto. Comunicación. Negociación".
- Seminario/taller sobre la Ley de Amparo.
- Seminario/taller "Guía de elaboración del manual de litigación compleja".
- Seminario/taller "La relación del Poder Judicial y los medios masivos y el periodismo. Áreas problemáticas, propuestas de análisis y posibles soluciones".
- Seminario/taller "Litigación oral para un nuevo proceso penal".
- Seminario/taller "Agenda Microsoft Outlook (modalidad en la oficina)".
- Seminario/taller "Aplicación de bases de datos (modalidad en la oficina)".
- Seminario/taller "Condición jurídica de la infancia en la Ciudad de Buenos Aires".
- Seminario/taller "El expediente judicial-administrativo".





- Seminario/taller "El procedimiento contravencional (módulo II)".
- Seminario/taller "Estilos de liderazgo organizacional. Manejo de la comunicación y la tolerancia en el desempeño cotidiano".
- Seminario/taller "Excel aplicado (modalidad en la oficina)".
- Seminario/taller "Guía de elaboración del manual sobre el manejo de casos".
- Seminario/taller "Informática forense".
- Seminario/taller "Introducción a Excel (modalidad en la oficina)".
- Seminario/taller "Introducción a Access (modalidad en la oficina)".
- Seminario/taller "Jurisprudencia contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Módulos I, II y III".
- Seminario/taller "Mediación penal. Manejo de conflictos complejos con herramientas de la mediación (1.ª y 2.ª edición)".
- Seminario/taller "Mediación y violencia familiar".
- Seminario/taller "Nociones básicas sobre Derecho penal, contravencional y de faltas, y transferencia de competencias".
- Seminario/taller "Resolución alternativa de disputas y sistema penal".
- Seminario/taller "Seguridad informática y *backup* de la información (modalidad en la oficina)".
- Seminario/taller "Uso y optimización de Internet (modalidad en la oficina)".
- Seminario "Ley 2095. Compras y contrataciones en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".
- Seminario "Análisis de los delitos transferidos a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".
- Seminario "Autopsia psicológica II".
- Seminario "Derecho y principios de ejecución penal (1.ª y 2.ª edición)".
- Seminario "Derechos económicos, sociales y culturales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".
- Seminario "El Derecho y la psicología del testimonio" (para Oficina de asistencia a la víctima y al testigo).
- Seminario "Las responsabilidades del juez".
- Seminario "Ley Nacional de Obras Públicas N.º 13064. Aspectos técnicos".
- Seminario "Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal en la Ciudad de Buenos Aires".
- Seminario "Nociones elementales de derecho y procedimiento administrativo" (en convenio con la AGC).
- Seminario de oratoria y técnicas de expresión.
- Seminario "Perfiles criminales" (en convenio con la UCES).
- Seminario "Responsabilidad del Estado".
- Seminario "Salud mental y perspectiva jurídica en la Ciudad de Buenos Aires".
- Seminario "Violencia familiar. Delitos y contravenciones. Cómo generar intervenciones útiles dentro del proceso penal y contravencional en la mediación previa".
- Taller-debate "Estado actual y perspectivas de la mediación en el Fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".
- Taller-debate "Estado actual y perspectivas de la mediación en el Fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".



- Taller "Metrología, alcoholímetros y cinemómetros".
- Talleres de capacitación en el sistema Juscaba.

AÑO 2009

- Cursos Res. CSEL 175/07 (Aprobados por Res. CACFJ N.º 02/09)
- Seminario Básico "Introducción a la Justicia" Para el Consejo de la Magistratura
- Seminario Básico "Introducción a la Justicia" Para el Fuero PCyF
- Seminario Básico "Introducción a la Justicia" Para el Fuero CAyT
- Nociones de Derechos Humanos I
- Taller de escritura I
- Técnicas de Atención al público
- Informática I
- Seminario Derecho y Procedimiento Elemental Para el Consejo de la Magistratura/AGC
- Seminario Derecho y Procedimiento Elemental Para el Fuero PCyF
- Seminario Derecho y Procedimiento Elemental Para el Fuero CAyT
- Nociones de Derechos Humanos II
- Taller de Escritura II -Técnicas de Despacho
- Técnicas de Negociación para Entrevistas y Gestión de Audiencias
- Informática II MPF
- Informática II MPDyTutelar
- Informática II IURIX – Para el Fuero CAyT
- Informática II GESCABA
- Seminario Derecho y Procedimiento Medio Para el Consejo de la Magistratura
- Seminario Derecho y Procedimiento Medio Para el Fuero PCyF
- Seminario Derecho y Procedimiento Medio Para el Fuero CAyT
- Argumentación Jurídica
- Ética Judicial
- Taller de Escritura III
- Trabajo en equipo
- Técnicas de atención telefónica
- Seminario Derecho y Procedimiento Superior Para el Consejo de la Magistratura
- Seminario Derecho y Procedimiento Superior Para el Fuero PCyF
- Seminario Derecho y Procedimiento Superior Para el Fuero CAyT
- Nociones de Análisis Económico del Derecho Para el Consejo de la Magistratura y el Fuero CAyT
- Nociones de Análisis Económico del Derecho Para el Fuero PCyF
- Ética de las organizaciones Gubernamentales
- Gestión eficiente de los Procesos Judiciales / Administrativos
- Liderazgo
- Seminario de Capacitación para Oficiales Notificadores
- Seminario de Actualización para Oficiales Notificadores



- Seminario de Capacitación para Oficiales de Justicia
- Seminario de Actualización para Oficiales de Justicia
- Cursos Generales
- Balística forense (Res. CACFJ N.º 006/09 Anexo XV)
- Charla abierta con el Prof. Alejandro Nieto (Disp. SE-CFJ CMCABA N.º 015/09 Anexo II)
- Conferencia el rol del juez y la actividad probatoria en el sistema penal acusatorio (Res. CACFJ N.º 043/09 Anexo I)
- Derecho al silencio y racionalidad política. Una aproximación histórico-filosófica al proceso penal desde una perspectiva comparatista (Res. CACFJ N.º 003/2009 Anexo I)
- Derecho Práctico Procesal Judicial. (Disp. SE-CFJ CMCABA N.º 006/2009)
- Desayuno de trabajo con la Dra. Teresa Armenta Deu y Jueces del Fuero Penal Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- El derecho y la psicología del testimonio Módulo II (Res. CACFJ N.º 028/09)
- El Derecho y la Psicología del testimonio Módulo I (Res. CACFJ N.º 28/09 Anexo VI)
- Estilos de liderazgo organizacional. Manejo de la comunicación y la tolerancia en el desempeño cotidiano (Res. CACFJ N.º 017/09 Anexo IV)
- Estimaciones matemáticas y planificación de la gestión judicial
- Guía de elaboración del manual del manejo de casos (Res. CACFJ N.º 006/09 Anexo VIII)
- Hacia un nuevo derecho administrativo sancionador (Disp. SE- CFJ CMCABA N.º 015/09 Anexo I)
- Infancia y Adolescencia: Régimen Jurídico y Estándares de Garantía (Disp. SE-CFJ CMCABA N.º 016/2009)
- Infancia y adolescencia: Régimen jurídico y estándares de garantía. 2ª edición (Res. CACFJ N.º 035/09 Anexo I)
- Infancia y adolescencia: Régimen jurídico y estándares de garantía - Tercera edición
- Introducción al regimen de faltas y su procedimiento - Módulo I (Res. CACFJ N.º 006/09)
- Introducción al regimen de faltas y su procedimiento - Módulo II (Res. CACFJ N.º 006/09)
- Introducción al regimen de faltas y su procedimiento - Módulo III (Res. CACFJ N.º 006/09)
- Investigación de la escena del crimen (Res. CACFJ N.º 006/09)
- Investigación preparatoria penal y contravencional (Res. CACFJ N.º 006/09)
- Jornada compartiendo experiencias en el fomento de la justicia ambiental (Res. CACFJ N.º 025/09)
- Jornada conmemorativa del Día Internacional del Ambiente Humano (Res. CACFJ N.º 025/09 Anexo I)
- Jornada derecho ambiental comparado (homenaje al Prof. Paulo Affonso Leme Machado)
- Jornada hacia la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales (Res. CACFJ N.º 028/09 Anexo II)



- Jornada Internacional de Derecho Ambiental
- Jornada principios y sistemas procesales penales
- Jornada salud mental, el derecho y la justicia (Res. CACFJ N.º 043/09 Anexo VI)
- Jornada: Estado de Necesidad (Res. CACFJ N.º 018/09 Anexo IV)
- La Procuración Penitenciaria Nacional: Herramientas teórico-prácticas para entender la realidad carcelaria. (Res. CACFJ N.º 043/09 Anexo IV)
- Legislación ambiental de la Ciudad de Buenos Aires. Herramientas para la participación ciudadana en la gestión ambiental (Res. CACFJ N.º 018/09)
- Litigación oral para un nuevo proceso penal (Res. CACFJ N.º 028/09 Anexo III)
- Los delitos, contravenciones y faltas ambientales (Res. CACFJ N.º 017/09)
- Los derechos, económicos, sociales y culturales (Res. CACFJ N.º 028/09 Anexo I)
- Los recursos extraordinarios en la jurisdicción local (Res. CACFJ N.º 018/09 Anexo I)
- Los retos del proceso penal del siglo XXI (Res. CACFJ N.º 49/2008 Anexo I)
- Mediación y violencia familiar (Res. CACFJ N.º 020/08 Anexo XVI)
- Metodología de gestión de proyectos - Módulo I (Res. CACFJ N.º 006/09)
- Metodología de la gestión de proyectos Módulo II (Res. CACFJ N.º 006/09)
- Oratoria forense (Res. CACFJ N.º 043/09)
- Oratoria- Técnicas de expresión (Res. CACFJ N.º 006/09 Anexo XVI)
- Parábolas del arbitrio judicial (Disp. SE-CFJ CMCABA N.º 015/09 Anexo I)
- Planificación estratégica en el sector público (Res. CACFJ N.º 017/09 Anexo V)
- Prevención de riesgos de trabajo. Nociones básicas de accidentes de trabajo y medidas preventivas
- Primeras jornadas de Actualización del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
- Procedimiento administrativo y proceso contencioso en la CABA. Módulo I (Res. CACFJ N.º 006/09)
- Procedimiento Administrativo y Proceso Contencioso en la CABA. Módulo II (Res. CACFJ N.º 006/09 Anexo II)
- Procedimiento Administrativo y Proceso Contencioso en la CABA. Módulo III (Res. CACFJ N.º 006/09 Anexo II)
- Procedimiento Administrativo y Proceso Contencioso en la CABA. Módulo IV (Res. CACFJ N.º 006/09 Anexo II)
- Procesos Especiales: Ejecuciones Fiscales (Res. CACFJ N.º 28/09)
- Programa de actualización y profundización de herramientas informáticas excel avanzado (Res. CACFJ N.º 005/09 Anexo I)
- Programa de actualización y profundización de herramientas informáticas. Creación de aplicaciones de base de datos (Res. CACFJ N.º 005/09)
- Programa de actualización y profundización de herramientas informáticas. Aplicaciones multimediales para el uso laboral (Res. CACFJ N.º 005/09)
- Programa de actualización y profundización de herramientas informáticas. Desarrollo de sitios web (Res. CACFJ N.º 005/09)
- Programa de sensibilización sobre discriminación: "Tod@s somos diferentes" Jornada nuevos paradigmas de la igualdad (Res. CACFJ N.º 006/09)
- Programación neurolingüística: "Técnicas para lograr una comunicación eficaz" (Res. CACFJ N.º 017/09 Anexo II)





- Régimen procesal penal, contravencional y de faltas de la CABA (Res. CACFJ N.º 006/09)
- Resolución Alternativa de Conflictos I: Conflicto. Comunicación. Negociación (Res. CACFJ N.º 020/2008 Anexo XIII)
- Resolución Alternativa de Disputas y sistema penal (Res. CACFJ N.º 020/08 Anexo XV)
- Responsabilidad del Estado (Res. CACFJ N.º 006/09 Anexo IX)
- Responsabilidad médica y derecho a la salud. Módulo I (Res. CACFJ N.º 028/09 Anexo V)
- Un acercamiento entre las matemáticas y la gestión judicial (Res. CACFJ N.º 006/09 Anexo XIII)
- Cursos modalidad en la oficina
- Atención telefónica para el personal de Ministerio Público Fiscal (Res. CACFJ N.º 020/09)
- Dactiloscopia aplicada, Módulo I, II y III para agentes de la Oficina Central de Identificaciones del Ministerio Público Fiscal de la CABA
- Grupo de Trabajo y Estudio. Diseño Reflexivo en la Mediación (Res. CACFJ N.º 029/09 Anexo II)
- Informática II – JUSCABA para agentes de la Unidad Fiscal Norte
- Introducción a la justicia para el personal de Ministerio Público Fiscal (Res. CACFJ N.º 020/09)
- Liderazgo: "Cómo desarrollar relaciones interpersonales efectivas y ambientes de trabajo positivos" para Magistrados, Secretarios y Prosecretarios de los Juzgados de Primera Instancia en lo CAyT Nro 13, 14 y 15 (Res. CACFJ N.º 007/09 Anexo II)
- Metodología de Gestión de Proyectos I para el personal de la Dirección de Informática y Tecnología del CM (Res. CACFJ N.º 030/09 Anexo II)
- Metodología de Gestión de Proyectos II para el personal de la Dirección de Informática y Tecnología del CM (Res. CACFJ N.º 030/09 Anexo II)
- Programa de aplicación estadística -SPSS- para agentes de la Oficina Central de Identificaciones del Ministerio Público Fiscal de la CABA
- Seminario/Taller: "El manejo de la intervención en el marco de la Cámara Gesell" para el personal de la Oficina de Asistencia a la Víctima y al Testigo
- Seminario/Taller: "La entrevista en Cámara Gesell del niño y/o adolescente víctima o testigo, efectividad del acto y no revictimización" para el personal de la Unidad Fiscal Sudeste
- Taller de Escritura I para agentes de todas las dependencias de la Fiscalía General: Secretaría General de Política Criminal y Planificación Estratégica, Secretaría General de Coordinación y Secretaría General de Acceso a la Justicia y Derechos Humanos (Res. CACFJ N.º 020/09 Anexo I)
- Taller Interno Permanente para el Cuerpo de Mediadores de la Oficina de Acceso a la Justicia y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos "Práctica y rol profesional" 1º parte
- Taller Interno Permanente para el Cuerpo de Mediadores de la Oficina de Acceso a la Justicia y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos "Práctica y rol profesional" 2º parte



- Taller: "Adobe reader – los archivos PDF" para agentes del Ministerio Público Fiscal.
- Trabajo en equipo para el personal de la Biblioteca del Consejo de la Magistratura (Res. CACFJ N.º 007/09 Anexo I)
- Trabajo en equipo para el personal de la Fiscalía de Cámara en lo PCyF N.º 2 (Res. CACFJ N.º 007/09 Anexo I)
- Trabajo en equipo para el personal de la Fiscalía de Primera Instancia en lo PCyF N.º 3 (Res. CACFJ N.º 007/09 Anexo I)
- Trabajo en equipo para el personal de la Secretaría General de Acceso a la Justicia y Derechos Humanos (Res. CACFJ N.º 019/09 Anexo I)
- Trabajo en equipo para el personal de la Unidad Fiscal (Fiscales PCyF y la Fiscalía de Cámara PCyF) (Res. CACFJ N.º 030/09 Anexo I)
- Trabajo en equipo para el personal del Juzgado de Primera Instancia Penal y CyF Nro. 25 (Res. CACFJ N.º 007/09 Anexo I)
- Trabajo en equipo para empleados del Juzgado de Primera Instancia PCyF Nro. 21
- Trabajo en equipo para la Fiscalía de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N.º 6. (Res. CACFJ N.º 019/09 Anexo I)













Este libro se terminó de imprimir
en el mes de diciembre de 2011,
en **Primera Clase Impresores**,
California 1231, Buenos Aires, Argentina.
Tirada 1000 ejemplares.

