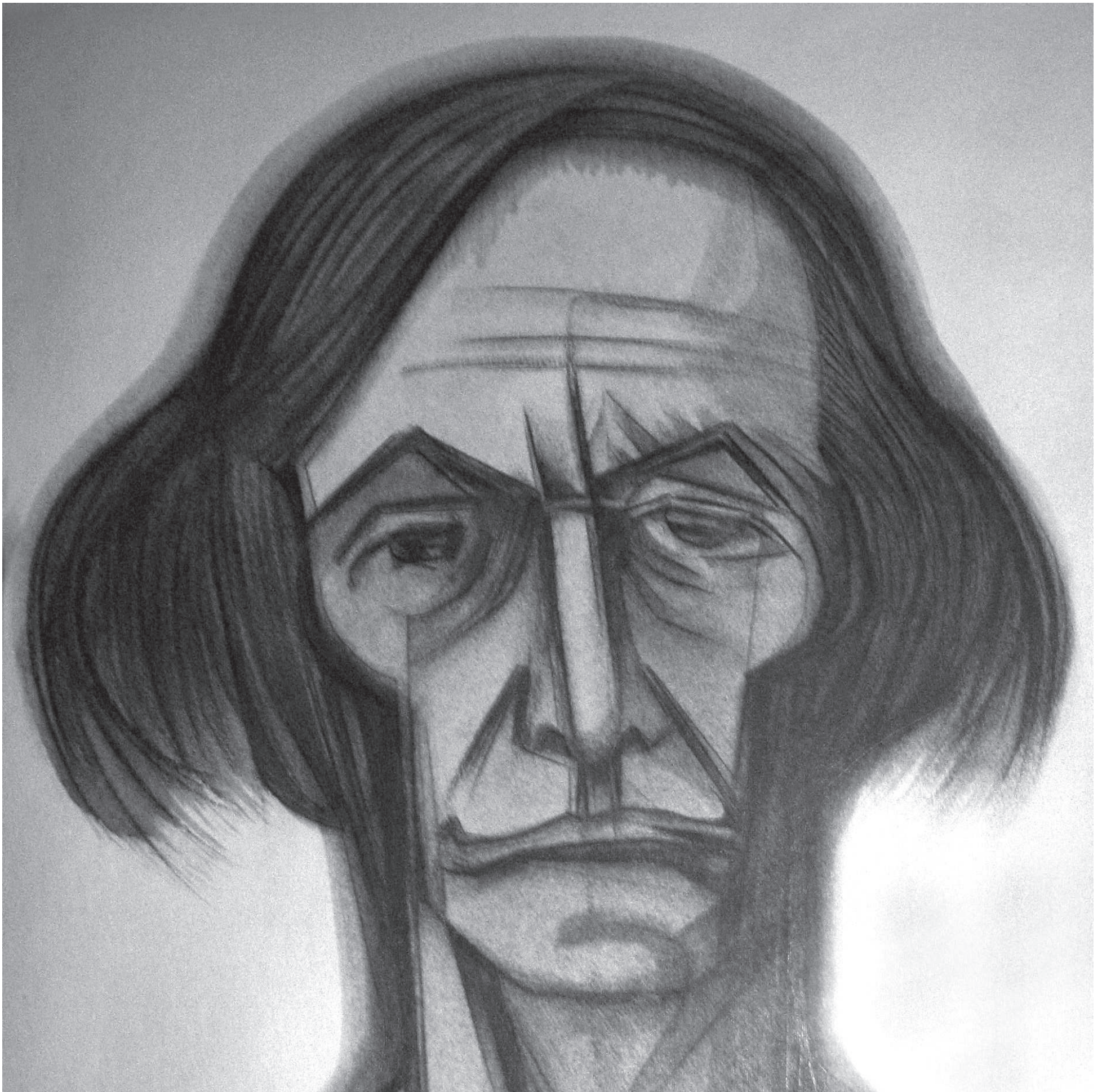


El Reporte

Director: Jorge Pflieger



SUMARIO

EDITORIAL, NUESTRA PALABRA, por Jorge Pflieger	2
REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CHUBUT [LEY 5478], por José Raúl Heredia	3
CONSIDERACIONES EN TORNO A LA REFORMA PROCESAL PENAL, por Ricardo Lens	6
INDEPENDENCIA JUDICIAL RELACIÓN CON LA ÉTICA JUDICIAL Y LA CAPACITACIÓN DE LOS JUECES, por Armando S. Andruet (h)	8
EL DESAFÍO DE LA MAGISTRATURA, por Jorge Luis Früchtenitch	12
ÉTICA, INDEPENDENCIA Y JUSTICIA, por Fernando Royer	12
REFORMATIO IN PEIUS VS. IURA NOVIT CURIA, por María Carolina Arrigone	13
LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL. UNA VISIÓN DESDE EL GERENCIAMIENTO DEL PROCESO, por Guillermo Cosentino	17
EL EJERCICIO DEL PODER JUDICIAL Y LA DISTORSIÓN PÚBLICA, por Juan Manuel Irusta	20
CONFLICTO DE PODERES. CONVENCIÓN CONSTITUYENTE. LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT	22
UNA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL, por María Carolina Arrigone	26
ODA XVI - A UN JUEZ AVARO, poema de Fray Luis de León	28

Nuestra palabra

POR JORGE PFLEGER:

Ministro del Superior Tribunal de Justicia del Chubut.
Director de la Escuela de Capacitación Judicial.

Se admira Ortega del poder de la palabra, pensando en Mirabeau. Y con el talante de filósofo y poeta rinde culto a "... la palabra, nada, un poco de aire estremecido que, desde la madrugada confusa del Génesis tiene poder de creación...".

Poner en letras lo que pensamos nos trae las mismas resonancias. Reflejarlo, que no es sino nuestra palabra, nos da conciencia de nuestra condición, de nuestra fuerza y de nuestra debilidad.

Volvemos al "Reporte"... nuestra voz. Recogemos el legado de quienes construyeron la manera en que nosotros, quienes estamos en el oficio judicial, podemos expresarnos.

Lo hacemos a porfía. Porfiamos en el sentido cabal de ese concepto, como obstinación, en la creencia que tenemos que y qué decir.

Que: por imperativo moral. En una sociedad de silentes, de conformistas o de pusilánimes debemos asumir el reto de exponernos tal cual creemos.

Qué: porque en nuestro seno anidan los más nobles ideales, aún cuando las más abyectas miserias; y eso también debe ser expuesto.

Nos debemos a la sociedad. No del modo en que los cultores del autoritarismo predicán, sino del modo en que nos figuramos la vida democrática: en el servicio y la tolerancia.

Algunos buscan la legitimación en "la gente"; cosa difusa, impersonal, masificada. Nosotros debemos trazarnos como norte el rendir cuenta a las personas, los que son la fuente del poder y así ser confiables.

Algunos se reivindican intérpretes de la masa; nosotros, intentamos dialogar con el hombre, individuo indiviso, eje de nuestros pensamientos, norte de nuestra acción, sentido y fin de nuestra tarea racional.

La palabra condiciona al pensamiento y éste a la acción. Quien habla bien piensa bien, enseña Giovanni Sartori. Hagámoslo sin rubor alguno.

Para ello debemos construir nuestra Tribuna. La Tribuna de aquellos que hacen, todos los días el Poder Judicial de esta Provincia, que no es sólo obra de los magistrados y de los funcionarios, sino de los abogados, de los empleados, de los profesores y estudiantes de Derecho.

No debemos ser complacientes, ni con nosotros ni con los ajenos; no lo seremos. Y el espacio que abrimos será libre para que la creación fluya en su magnificencia y los hombres pregonen sus ideales.

Ni academia, ni panfleto; nada de eso. Sólo una voz independiente que, desde nuestro lugar, analice los fenómenos de la realidad que involucren al orden social, regido en una organización constituida por el derecho, barrera inquebrantable a la opresión.

Discurren tiempos difíciles para el Poder Judicial. Los que mandan, como los que mandaron, los factores y grupos de poder, los influyentes variopintos sueñan, como lo soñaron, con una organización al guante. Con domeñarnos, intimidarnos, atemorizarnos, influir sobre nosotros; erosionarnos hasta la debilidad.

Para eso una tribuna de valientes; no de temerarios sino de temerosos que se sobreponen.

Nuestra independencia es santa, aún en el error y debemos defenderla. No con improperios y con gritos crispados, histéricos. Sino con el pensamiento claro, con la conciencia limpia.

Hagamos un acto de constricción diario por nuestros errores. Con donaire olvidemos los aciertos; que no es digno cacarear como gallo las victorias, cuando se es servidor público.

Contribuyamos con esto, humildemente, a afirmar el camino de la libertad y del progreso moral y material del género humano. Tenemos un compromiso ineludible con los padres fundadores.

Debemos honrarlo.

Hagámoslo con nuestra palabra y con nuestras conductas.



ESCUELA DE CAPACITACION JUDICIAL

Director
Jorge Pflieger

Secretaria Académica
Nadine Isabel Laporte

**Integrantes del Consejo
Consultivo**
(elegidos por el voto de sus
pares, mandato junio 2006-junio
2008)

Puerto Madryn
Carlos Bellorini
Lucio Brondes

Trelew/Rawson
Rodrigo Freire Méndez
Juan Gerber

Esquel
Claudio Petris
Anabel Rodríguez

Comodoro Rivadavia
Silvia Alonso
Laura Nogués

Sarmiento
Tomás Malerba
Andrea Vázquez

**Asociación Magistrados y
Funcionarios Judiciales**
Daniel Pintos
María Marta Onaindia

Procuración General
Ricardo Basílico

Defensoría General
Arnaldo Hugo Barone
Luis Paoloni

Editor
Sergio Pravaz

Ejemplar Ley 11723. Registro
de la Propiedad Intelectual N°
241116

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

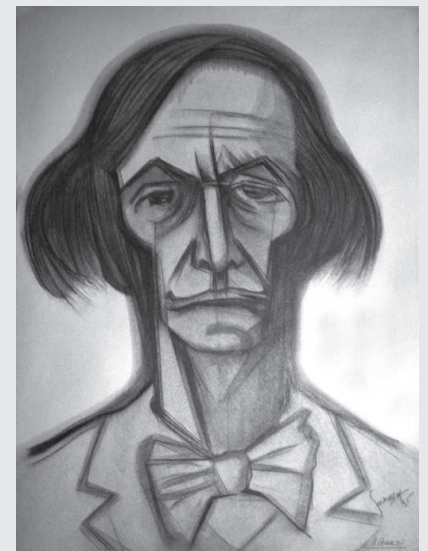
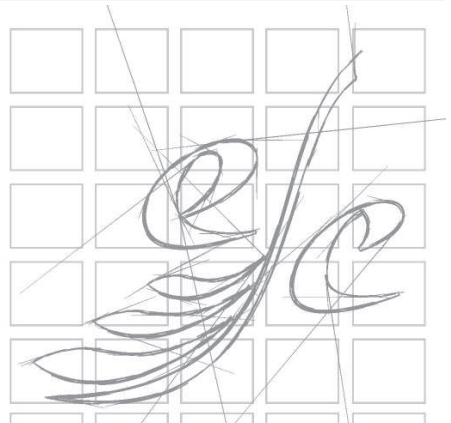


Imagen de tapa:

Serie:
**Argentinos, que además
hicieron el país.**

Título:
Alberdi

Autor:
Miguel Ángel Guereña
Artista Plástico Chubutense.



ESCUELA DE
CAPACITACIÓN
JUDICIAL
DE LA PROVINCIA
DEL CHUBUT



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

REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CHUBUT [LEY 5478]¹

POR JOSÉ RAÚL HEREDIA:

Académico Correspondiente en Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, Argentina, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. (Artículo escrito en el año 2006).

I. INTRODUCCIÓN

Convendrá recordar en el comienzo que el antiguo Código "Obarrio", que rigió en Chubut hasta el 29 de abril de 1989 en que fue sustituido por el Código "Levene" [mixto o inquisitivo reformado o inquisitivo mitigado, ley 3155 con vigencia desde el 30-04-89], a pesar de su inequívoca incompatibilidad constitucional, desde que el diseño constitucional del proceso penal era *-y es- adversarial-acusatorio², oral-público y por jurados* [artículos 18, 24, 67 (11), 102, C.N. (1853/60), hoy 18, 24, 75 (12), 118; ver también artículos 53 y 59], pudo regir por más de cien años en el país, y en Chubut, ya Provincia, contrariando la Constitución fundacional de 1957, por más de treinta años. Lo que me interesa inicialmente en estas notas es poner de relieve una de las más desgraciadas consecuencias que dejó la aplicación práctica de ese Código, si pudiera haber otra mayor que la violación sistemática de la Constitución, cual es la cultura de la investigación penal a partir de la declaración del imputado, o sea, la cultura de la *no investigación*. Toda la investigación se sucedía desde ese acto, que se realizaba en el ámbito de un procedimiento llamado prevencional, policial, automáticamente secreto, sin acceso del defensor y con el imputado normalmente incomunicado.

Se recordará que el secreto del

sumario era el principio en los primeros tramos del procedimiento, sin otro fundamento que la letra de la Ley, secreto que el juez podía prorrogar, al igual que se decretaba la incomunicación del imputado. El secreto y la incomunicación se empleaban naturalmente para que el imputado proporcionara prueba en su contra³, la policía tomaba declaración llamada indagatoria -como todavía se le llama en claro lenguaje inquisitivo, que quiso proscribir la Ley 4143 en Chubut-, aun sin presencia del defensor y en ausencia del juez de instrucción, y esa declaración era válida en sede judicial.

Con indudable hipocresía, todos esos actos eran considerados por gran parte de la doctrina y por la inmensa mayoría de los tribunales "actos preprocesales"⁴ con lo cual procuraban validarlos para el proceso propiamente dicho en el que recién "aparecían" las garantías constitucionales del imputado⁵; éste era llamado a prestar declaración ante el juez de instrucción -el que, como sabemos, cumplía y cumple dos funciones antitéticas, contradicción que habitualmente se resolvía [y se resuelve] en perjuicio del interés del imputado- y no siempre estaba presente el defensor. Normalmente, éste no podía tomar contacto con el imputado porque aun regía el secreto del sumario. Los fiscales solo cumplían un rol totalmente pasivo, intervenciones de mero trámite.

Con este panorama, claro está, la

investigación no tuvo -y no tiene- por regla sólidas bases científicas en Argentina. Es, desde luego, mucho más sencillo requerir al imputado que aporte las pruebas de cargo que buscarlas por los medios idóneos -constitucionales, materiales y científicos-.

Ahora bien: aún cuando todavía hoy se apliquen esas reglas -y se añoren por algunos, aunque no se animen a decirlo tan claramente, especialmente en los debates científicos-, está claro que tal manera de concebir la persecución penal es totalmente contraria a la Constitución. La incoercibilidad del imputado no es un capricho de los códigos rituales ni un ejercicio demagógico de "teóricos" -palabra que se emplea para descalificar- que amparan la delincuencia, sino que deviene como garantía inderogable del artículo 18, C.N. De modo que no hay más remedio -no tiene el Estado más remedio- que sustentar toda persecución penal en las reglas constitucionales, desde el inicio hasta su finalización que incluye la etapa de la ejecución de la pena.

Por allí suele hablarse de ideologías en torno a soluciones que dan o debieran dar las leyes procesales penales. Hay que señalar que la ideología que dejó expresada es la de la Constitución de 1853 y de todos sus antecedentes, complementada y potenciada, pero no alterada en esto, por la reforma de 1994.

II. LOS MODELOS DE ENJUICIAMIENTO PENAL EN CHUBUT

En el marco de cuatro diseños constitucionales del proceso penal -el contenido en la Constitución de 1853/60, el de la Constitución de 1949, el de la Constitución de Chubut de 1957 y el de la vigente de 1994-, en Chubut, si se computa la época del Territorio, es posible reconocer cinco modelos de enjuiciamiento penal: - el juicio galés, por jurados; - el proceso escrito-inquisitivo [Código "Obarrio"]; - el proceso "mixto o inquisitivo reformado" [adopción de la llamada legislación procesal penal moderna, iniciada en Córdoba en 1940, Código "Levene"]; - el "Código Maier", adversarial-acusatorio, oral, público, *con y por* jurados, - el nuevo Código aprobado por la Ley 5478.

III. ALCANCE DE LA REFORMA

La ley 5478, sancionada con fecha 7 de abril de 2006, ha aprobado en Chubut un nuevo Código Procesal Penal destinado a reemplazar el de la Ley 3155 -Código "Levene"-, comportando su entrada en vigencia la derogación también de la Ley 4566 que aprobó, en diciembre de 1999, un código de base acusatorio para cumplir con las reglas constitucionales.

Las innegables bondades de ese Código -que preparó para Chubut el

¹ Sobre la base de una nota preparada para la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

² Conviene tener en cuenta dos notas decisivas, entre otras, para definir el principio acusatorio formal: una, el *ne procedat iudex ex officio*, que significa que no puede el juez poner en marcha el procedimiento ni en su ámbito investigar los hechos; y la otra, el carácter *contradictorio, oral y público del juicio penal*. "El carácter esencial que identifica a este sistema se refiere a que el proceso es una contienda entre partes situadas en pie de igualdad, frente a un juez que actúa como tercero imparcial *supra partes*" [Montero Aroca y

otros, *Derecho Jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1991, p. 17].

³ Destaca Carrara que en una obra escrita en Francia por un respetable magistrado para servir de manual a los jueces instructores se recomendaba el uso de los calabozos -cárcel en que el reo queda incesantemente segregado de toda comunicación- como medio utilísimo para hacer un buen proceso, "pues si de ese medio se aprovecha un inquisidor hábil que sepa alternar la prolongación del calabozo con interrogatorios sagaces, logrará casi siempre llevar al indagatorio hasta la indeseada confesión del delito" [*Programa*, Parte General, Vol. II, 2, p. 377, parágrafo 898].

⁴ Manzini distinguió los actos en procesales y extra-procesales, y éstos en preprocesales y simultáneos al proceso (*Tratado*, III, p. 4) [V. Clariá, IV, 79, nota 6]. Clariá aclara que "...en su conjunto los actos procesales integran el proceso, incluyendo en él la actividad cumplida para provocar o permitir su apertura, vale decir, el conjunto de los actos llamados *preprocesales*..." [ibidem].

⁵ Lo mismo pasa hoy en la etapa de ejecución de la pena, con la distinción artificiosa e inconstitucional entre actos administrativos y judiciales. De esa suerte, el imputado tendría garantías desde que el proceso judicial se inicia propiamente -luego de la prevención policial- y hasta el dictado de la

sentencia. Antes y después no regirían las garantías constitucionales. Ha dicho a propósito la Corte Suprema que "...la negativa del a quo de habilitar la vía casatoria, con sustento en diferenciar cuestiones administrativas de cuestiones jurídicas responde a una concepción anacrónica de la ejecución de la pena en la que la relación de sujeción especial del condenado con el Estado se da dentro de un ámbito 'administrativo' donde no existe delimitación de derechos y obligaciones de modo que todo queda librado a la discrecionalidad del Estado" [in re "Romero Cacharane", fallado en 9 de marzo de 2003].

insigne jurista argentino, Dr. Julio B. Maier- se han desperdiciado por la larga vacancia que sobrevino, sin ninguna responsabilidad de su autor, a su aprobación por la citada Ley 4566, aunque nos ha quedado su influencia científica que servirá siempre de norte para concebir y aplicar las reglas del proceso penal. El nuevo Código se ha inspirado en él repetidas veces.

Acaso deba examinarse hasta dónde ha podido conspirar en contra de su vigencia la Ley 4743, de normas de transición, que comportó en los hechos una reforma parcial del código vigente y la postergación en el tiempo de la entrada en vigencia del nuevo sistema en forma integral. Es el efecto negativo que suelen tener las reformas parciales, concebidas en principio como transitorias. No mejoran lo que existe e impiden el avance reformista. Terminan siendo un “para-código” [expresión de Alsina]. Los uruguayos lo entendieron bien al acometer la tarea de reformas en el proceso civil; dijeron: “ni leyes parciales ni urgentes, reforma integral” y alumbró allí el Código General del Proceso.

El nuevo código supone una determinada organización de la justicia penal –la Comisión redactora acompañó junto al anteproyecto otros dos referidos a esta materia-, cuya adecuación está igualmente en marcha aunque se habría elaborado un proyecto de vigencia gradual de los órganos que se encargarán de operarlo cuyos detalles no conozco hoy. Solo debo decir que la organización que supone este Código está diseñada sobre la base de una nueva cultura de procuración y administración de la Justicia Penal, sin la cual es impensable su éxito.

IV. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL

Por razones de brevedad, únicamente podré citar aquí las normas constitucionales de las que deviene ese diseño; ellas son: artículos 1, 5, 18, 24, 53, 59, 75 (12) y (22), 109, 118, 120, 121, 126, C.N.; artículos 10, 18 (9),

21, 22, 35, 43-53, 171, 172, 173, 194-197, 200, Constitución de Chubut [C.Ch.].

Interesa subrayar que la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al derecho interno del país, primero, y, luego, la jerarquía acordada a los tratados y convenciones expresamente enumerados en la Constitución, esto es, a su mismo nivel [artículo 75 (22), C.N.], ha provocado y provoca directos efectos en *todo el orden jurídico*⁶, proyección que no pueden desconocer el Congreso, las legislaturas provinciales ni los jueces. Resultan *vinculantes* para los poderes públicos.

Únicamente añadiré que en otros pronunciamientos, la Corte se ha referido a un *bloque constitucional* [p.ej. en “Casal”, 20 de setiembre de 2005 o en “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”].

Es de toda importancia subrayar todavía que en Chubut imperan los pactos al mismo nivel de su Constitución por expresa disposición de ésta [artículos 21 y 22, C.Ch.].

V. PROPÓSITOS DE LA REFORMA PROCESAL PENAL

Indicaré tres razones que hacían y hacen imperiosa la Reforma del Proceso Penal en la Provincia. Primero: la necesidad de *alcanzar* las reglas constitucionales. Segundo: la necesidad de uniformar la aplicación de las normas en todo el territorio provincial, superando el mosaico que hoy se observa. Tercero: la necesidad de arribar al *juicio* hoy “tragado” [Maier] por la prolongada e interminable instrucción, único ámbito en el que es posible un fallo de condena, en su caso, que destruya el estado de inocencia que toda persona inviste. Es esto lo que significa la garantía del *juicio previo* [artículo 18, C.N.].

La aprobación en diciembre de 1999 por la Legislatura del Código “Maier” [Ley 4566] auspiciaba la implantación del sistema acusatorio en

desarrollo de las previsiones constitucionales. La Ley 4743 tuvo por objeto avanzar hacia esa implementación y cubrir la transición; pero la prolongada vacancia del Código acarrió, en uno de sus efectos negativos, la pérdida de uniformidad en el modo de operar el procedimiento.

El Juez de Instrucción no ha acabado de desaparecer para siempre y tampoco el Ministerio Fiscal asume totalmente la investigación, reconociéndose matices en las diversas jurisdicciones. Es posible repetir aquí que toda vez que el procedimiento de persecución se inicie por o con intervención del juez de instrucción, éste queda descalificado para cuidar las garantías del imputado. Toda mutación de los roles en el Proceso Penal – *acusador, defensor, juez imparcial* – en cualquier estadio del procedimiento, violenta las garantías constitucionales y las reglas del debido proceso adjetivo. Es esto lo que previene el nuevo Código [Ley 5478] en su artículo 18. Habrá de ponerse cuidado en observar que esa disposición tiene fuente constitucional y ya impera, aunque no haya entrado en vigencia todavía el nuevo Código [desarrollo de la doctrina de la Corte in re “Llerena”].

Especialmente, la tercera razón tiene que ver con la necesidad de acabar con “procesos de procesados”, con largas prisiones preventivas que se erigen en un anticipo de pena –inconstitucionales por ello- y de arribar al juicio. Hay quienes han afirmado en estos días en nuestra Provincia que se perseguiría así “encarcelar más rápidamente a los pobres” o que se busca una eficiencia exigida por organismos multinacionales, como el Banco Mundial. En verdad, la finalidad que se persigue conforme con lo que vengo de explicar favorece y no afecta el interés de los encausados. La experiencia demuestra que en la mayor parte de los motines protagonizados por encarcelados, éstos invariablemente exigen definición de sus causas.

Por una parte, no es posible únicamente desde una ley ritual

modificar el sesgo discriminador, en perjuicio de los más débiles, del sistema penal. De otra parte, es cierto también que el Proceso Penal debe componer el interés de la víctima, como lo han dicho los Organismos Internacionales de Derechos Humanos⁸ y, en tal sentido, los distintos instrumentos que el nuevo Código ha concebido permite que los recursos de que dispone el Estado [Ministerio Fiscal] se apliquen preferentemente a la persecución de los casos más relevantes y complejos.

Conviene resaltar en ese orden de ideas que el Código supone una importante descarga del sistema penal, pretiriendo un gran número de hechos que insumen considerable tiempo y cantidades de recursos humanos, materiales y económicos, en forma muy gravosa por la desproporción entre su empleo y los resultados en relación con los fines del proceso penal.

Es igualmente destacable la participación de la víctima; tiene autonomía para intervenir en el procedimiento como querellante, sin subordinación a la actividad del fiscal. También, aunque no se constituyera en querellante, la persona ofendida por el delito tiene derechos específicamente establecidos, como el de ser permanentemente informada sobre la marcha del proceso, además de su adecuada protección.

VI. LA CUESTIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL NUEVO CÓDIGO

1. Presupuestos. El Código asume que la prisión preventiva es compatible con la Constitución cuando medien los siguientes presupuestos: 1) la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe en él; y 2) la existencia de una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga) u obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de entor-

⁶ Repárese en que a esos efectos ya se había referido la Corte antes de la reforma constitucional de 1994: En el caso “Ekmekdjian” (Fallos: 315:1492), resuelto el 7 de julio de 1992, modificó el criterio que había mantenido invariable desde el precedente “Martin” (Fallos: 257:99), y sostuvo que en virtud del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –ratificada por la República Argentina en 1972 y en vigor desde 1980– las normas contractuales internacionales que integran el orden jurídico nacional (artículo 31 de la Constitución) poseen primacía por sobre las leyes nacionales y cualquier otra norma interna de rango inferior a la Constitución Nacional. En palabras de la

Corte: “Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual ‘no existe fundamento normativo para acordar prioridad’ al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el artículo 27 de la Convención de Viena, según el cual ‘Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado’” (párr. 18) [Véase el dictamen del Procurador General de la Nación emitido en “Simón” en 5 de mayo de 2005; allí añadió: “(...) 6) Esta doctrina se consolidó durante la primera mitad de los años noventa (Fallos:

316:1669 y 317:1282) y fue un importante antecedente para la reforma constitucional del año 1994”].

⁷ Sobre esta expresión y sus proyecciones en nuestro derecho, véase HEREDIA, José Raúl “La Jerarquía Normativa de los Tratados”, Rev. del Centro de Estudio e Investigaciones Patagónico, c.e.i.pa, 1, Ediciones El Copista, set. 1995, pp. 235 y sigs. Había anticipado la connotación de la instancia única en el proceso penal en virtud de la Convención Americana [“Pacto de San José de Costa Rica”] y con cita de Bidart Campos, a propósito del fallo de la Corte in re “Jáuregui”, en *La Casación en el Chubut*, RAWSON, 1989 [V. Segunda Parte, Cap. III, pp. 133-139]. En los fundamentos del

decreto reglamentario de la ley 26.061 [DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES], número 415/06, de 17 de abril, se expresa: “Que, el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional otorga a la Convención sobre los Derechos del Niño jerarquía constitucional integrando el llamado *bloque de constitucionalidad federal*” (primer considerando).

⁸ Con fuente en el derecho a la tutela judicial efectiva [art. 25 CADH; art. 75 (22), C.N.], se ha reconocido el derecho de las víctimas a lograr el enjuiciamiento y castigo de los autores del delito [Comisión IDH, Informe 5/96, caso 10.970; v. Comisión IDH, Informe 34/96, Caso 11.228. Por sus implicancias en el tema, v. C.S., “Girolidi”].

pecimiento) [artículo 220].

Se han desechado los presupuestos de la peligrosidad del imputado -no procesal-, la repercusión social del hecho⁹ y otros semejantes que fueron preferidos en la legislación de facto y recuerdan al famoso motivo de prisión de ‘alarma social’ (Erregung in der Öffentlichkeit), es decir, permitir acordar la prisión cuando la conducta del imputado o de una persona, del autor en suma, causara alarma, agitación o intranquilidad en la sociedad, introducido por la Novela Procesal Penal nacionalsocialista de 1935¹⁰⁻¹¹.

La regla de autorización de la prisión preventiva es la de peligrosidad procesal; ella se erige en un instrumento para garantizar la efectividad de la potestad jurisdiccional -potestad punitiva del Estado- en tanto posibilita que el órgano jurisdiccional adopte determinadas precauciones para asegurar el normal desarrollo del proceso y la efectividad de la eventual sentencia condenatoria. Cabe remitir al artículo 49, C.Ch, en cuanto él dispone que la privación de la libertad sólo procede “*siempre que existan elementos de convicción suficientes de participación en un hecho ilícito y sea absolutamente indispensable para asegurar la investigación y la actuación de la ley*” y al principio del

artículo 49, C.Ch: “*La privación de la libertad tiene carácter excepcional y sólo puede ordenarse en los límites de esta Constitución...*”. El Código remite a la Constitución [artículos 1, 20, 212, 213, 220 a 222., CPrPen]. De donde, si no median motivos fundados para temer en el peligro de fuga, de entorpecimiento o que se frustre la aplicación de la ley penal en el caso, pudiendo asegurarse ello por otros medios, no existe razón en principio que justifique constitucionalmente la prisión preventiva¹². Cuando ésta se expande, como viene sucediendo, además de innumerables problemas de todo tipo, se ocasiona una violación al diseño constitucional del proceso penal [artículos 18 y 75 (22), C.N.] erigiéndosela en un anticipo de pena¹³⁻¹⁴.

En verdad, la prisión preventiva ha reemplazado al juicio que nunca llega, se emplea muchas veces para atenuar presiones de la víctimas o mediáticas y encubre la impotencia investigativa. Los humores de la sociedad hoy, es cierto, parecen exigirla siempre en la inteligencia, creo yo, de que el imputado se fugará o nunca será juzgado de todas formas. Y cuando llega el juicio se quiere la prisión perpetua para cualquier delito, nada menos satisface ya.

Cabe advertir:

“...Otra razón utilizada por los tribunales internos para denegar la excarcelación es la historia criminal de (...). Este tipo de consideración se funda en una evaluación de la peligrosidad social del individuo, en la virtualidad de su conducta para poner en peligro bienes jurídicos de la víctima del delito o de la sociedad”.

“El interés del individuo que ha delinquirido en rehabilitarse y reinsertarse en la sociedad también debe ser tomado en cuenta. Para tal efecto, deben sopesarse elementos tales como la conducta posterior del individuo frente a las consecuencias de su delito, el ánimo o celo reparatorio de los perjuicios ocasionados con el ilícito, el interés del inculcado en incorporar pautas de conducta socialmente aceptables, el entorno social y familiar de aquél y sus posibilidades de rehabilitación”¹⁵.

Las pautas del artículo 227, “Sustitución” de la prisión, tienden a recibir ese criterio¹⁶.

El Código en su versión final ha hecho una suerte de concesión: permite inferir de las características del hecho atribuido al imputado la posibilidad en

concreto de la fuga o el entorpecimiento; y procura vincular la probabilidad de nuevas o reiteradas imputaciones con esos presupuestos¹⁷. Por lo que es posible presumir, se intenta una respuesta a la crueldad y a la violencia que exhiben determinados hechos -amputación de miembros, golpizas a ancianos indefensos y otros semejantes- y a la objeción más encendida de las víctimas, amplificadas por los medios de difusión: la reiteración delictiva [artículo 221, (2) y (4), C.Pr.Pen]. Obsérvese, no es un presupuesto de la prisión preventiva pero se vincula a la idea del peligro procesal en concreto a partir del modo de comisión o la falta de sometimiento a exigencias impuestas para la soltura revelada por la reiterada vinculación a otro u otros procesos en calidad de imputado.

Pero no ha de perderse de vista la interpretación que vienen sustentando tanto la Corte Interamericana como nuestra Corte Suprema en esa línea:

“(...) 84. El objetivo de la detención preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera en la investigación judicial. La Comisión subraya que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en

⁹ “...Sin embargo, la privación de libertad previa a la sentencia no debe basarse únicamente en el hecho de que un presunto delito es especialmente objetable desde el punto de vista social...” [CIDH, Informe 12/96 que cito en el texto].

¹⁰ Gómez Colomer (1985), p. 107, nota 33.

¹¹ “En la concepción jurídica de Carrara, la detención preventiva, además de la función de ‘coerción procesal’, en relación con las necesidades de la disponibilidad del imputado por parte del juez instructor y de preservación de la pureza de las pruebas, se convirtió en una garantía para la ejecución de la pena, en tanto evita el peligro de fuga frente a una eventual sentencia condenatoria. De esta forma, la prisión preventiva logra la finalidad de ‘anticipar el efecto intimidatorio de la pena’, que según sus defensores desanima al mismo autor de delitos y a los ciudadanos en general en cuanto a la realización de hechos delictivos. Esta posición ha sido el fundamento de los períodos históricos de recrudescido autoritarismo, y más concretamente ‘durante el largo período del terrorismo italiano’, como lo llama el profesor Franco Ippolito, en el que se recurrió a un uso simbólico de la detención preventiva, con el fin de ‘dar seguridad a la colectividad’, asignándole un carácter de ‘sedante social’ frente a las agresiones y actos de terrorismo que las estructuras del Estado no estaban en condiciones de prevenir y contrarrestar” [LA PRISIÓN PREVENTIVA EN UN ESTADO DE DERECHO, por Cecilia Sánchez Romero, Directora del Centro de Información Jurisprudencia y Profesora de la Universidad de Costa Rica].

¹² La Corte Interamericana [Corte IDH] en el caso SUÁREZ ROSERO [SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1997], señaló: “(...

77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3)...”.

¹³ La Corte argentina, con fecha 3 de mayo de 2005, en los autos “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, señaló: (del considerando 9º): “(...) se desprende de la existencia de un incremento notable (296,70%) en la cantidad de detenidos procesados por la justicia local desde el año 1990 —acentuándose desde 1998—, los que representan el 75% del total de las personas privadas de su libertad. Por otra parte, también consta que la situación de las cárceles provinciales es crítica en materia de capacidad de alojamiento, habiéndose dispuesto por ello la imposibilidad de incorporación de nuevos detenidos por la resolución ministerial 221/04”.

Cabe destacar que la legislación que provocó o a lo menos incrementó ese estado de cosas, leyes 12.405 y 13.183 —que

modificaron la regulación en materia de excarcelación—, como así también las modificaciones efectuadas a la legislación bonaerense de ejecución penal mediante la sanción de la ley 13.177, ha sido reemplazada recientemente en Buenos Aires [v. ley 13.449. de modificación ley 11.922 (CPrPen), B.O.: 17/3/2006].

¹⁴ Ha dicho también la Corte Suprema: “...si el estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos. Es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituye en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa” [Fallos: 318:2002].

¹⁵ V. “Jorge A. Giménez v. Argentina, Caso 11.245 Informe No. 12/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 at 33 (1996).

¹⁶ “(...) 62) Que el 75% de presos sin condena, en caso de no hallarse colapsado casi totalmente el sistema judicial, está indicando el uso de la prisión preventiva como pena corta privativa de la libertad, contra toda la opinión técnica mundial desde el siglo XIX a la fecha, pues fueron criticadas desde el primer congreso penitenciario internacional de Londres de 1872, en el que se destacaba ya su inutilidad, desatando una cadena de opiniones condenatorias que fue casi unánime a lo largo de todo el siglo XX. Hace casi cincuenta años, en el segundo congreso de Naciones Unidas para la prevención del crimen y tratamiento del delincuente (Londres, 1960), si bien se sostuvo la imposibilidad de suprimirla, se

recomendaron los llamados sustitutivos” [CS, “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, citado].

La Corte IDH, ha dicho a su vez: “(...) 7. Que esta Corte ha considerado que el Estado se encuentra en una posición especial de garante con respecto a las personas privadas de libertad y centros penitenciarios o de detención, en razón de que las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre éstas (...). Además, “[u]na de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de [procurar] a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención” [RESOLUCION DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, DEL 30 DE MARZO DE 2006. MEDIDAS PROVISIONALES. CASO DE LAS PENITENCIARIAS DE MENDOZA, REPUBLICA ARGENTINA].

¹⁷ La CIDH ha empleado la expresión “riesgo significativo” al lado de los dos presupuestos estrictamente procesales: “En vista de que la detención preventiva representa la privación de la libertad de una persona que todavía goza de la presunción de inocencia, debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad condicional y proceda a la fuga, y en el hecho de que la libertad condicional de un acusado pueda llegar a convertirse en un riesgo significativo” [Informe 12/96, citado].

que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa¹⁸.

Aunque la Comisión ha expresado que la severidad de la pena que se espera puede ser considerada a los fines de evaluar el riesgo en concreto de evasión, ha limitado el alcance de esa interpretación:

“(…) 86. Tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, con-virtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el

interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio¹⁹.

Y ha añadido:

“(…) La Comisión observa, por otra parte, que en tal circunstancia, el Estado puede perfectamente adoptar otro tipo de medidas cautelares para asegurar la comparecencia del inculcado, que no signifiquen mayor restricción de su libertad personal. Más aún, la Comisión estima que la existencia de un sentido de proporcionalidad entre la sentencia y el encarcelamiento previo es, para todos los efectos, una justificación para la pena anticipada, lo cual es una violación del principio de presunción de inocencia consagrado en la Convención”.

2. Competencia. Procedimiento.

La decisión que ordena la prisión preventiva es dictada durante el procedimiento preliminar por el Juez Penal, previa audiencia en la que se permite al Fiscal y a la víctima fundar sus requerimientos y demostrar su necesidad en presencia del imputado y su defensor, quienes también son oídos.

De modo tal que el procedimiento para adoptar la decisión acerca de la libertad o la prisión supone un cambio esencial, pues el clásico incidente de excarcelación, con una vista al fiscal, únicamente -no a la víctima-, escrito,

se transforma en una audiencia a la que deben concurrir las partes ante el juez, quien puede ordenar algún medio de prueba previo a decidir [artículo 223, C.Pr.Pen].

Después de formulada la acusación es competente el juez que dirige la audiencia preliminar y durante el debate el Tribunal que interviene en él o el Juez que lo preside, si se tratara de un Tribunal de Jurados [223, II].

La decisión se consigna en acta y es pronunciada en la audiencia.

Resulta importante resaltar que el juez, a pedido de algún interviniente pero también de oficio, previo oír al fiscal y a la defensa, puede fijar un plazo menor para el cierre de la investigación -el plazo natural es de seis meses [artículo 282]-, a fin de cautelar las garantías y siempre que las características de la investigación lo permitiere, al término del cual el acusador deberá presentar la acusación, salvo que éste acudiera a la prórroga prevista [esto es, cuatro meses más y excepcionalmente otros cuatro, a cuyo vencimiento si no media acusación fiscal o del querellante, debe sobreseerse (artículo 283)]. Pero si vence el plazo fijado originariamente por el Juez, aunque el Fiscal hubiese solicitado y se le hubiese concedido la prórroga, igualmente la prisión debe cesar a menos que el Fiscal, la parte querellante o la víctima [no constituida en querellante] justificara objetivamente la necesidad de mantenerla.

Debe señalarse que la decisión que impone una medida de coerción o la rechaza, es revocable o reformable durante el procedimiento [234].

3. Sustitución y control en el nuevo Código. Cesación. Son alternativas a la prisión preventiva, como medidas menos gravosas que aseguren igual al imputado para el proceso, entre otras, el arresto domiciliario, la obligación de someterse al cuidado de una persona, la prohibición de salir del país y la prestación de una caución económica adecuada [227].

No es estrictamente una novedad entre nosotros, porque ya el Dr. Julio Maier incluyó en su Código normas semejantes [v. artículos 124 y 125, C.Pr.Pen.Ch, Ley 4566] el control de la prisión (y de la internación), que el Código llama “examen obligatorio” y “examen a pedido” [artículos 235 y 236] disposiciones que siguen una tendencia internacional.

El artículo 226 se refiere a la cesación del encarcelamiento, en tres previsiones; claro está, debe cesar la prisión si no subsisten los presupuestos que la tornan legalmente procedente (1) y también cuando su duración supere o equivalga a la condena que se espera en concreto (2). La tercera previsión se relaciona con los plazos de duración del procedimiento y de la investigación preliminar.

¹⁸ ídem.

¹⁹ ídem.



CONSIDERACIONES EN TORNO A LA REFORMA PROCESAL PENAL

POR RICARDO LENS:

Ex Procurador General de Chubut. Becario del Reino de Bélgica. Posgraduado en Derecho Civil y Derecho de Daños en la Universidad de Salamanca (España). (Artículo escrito en el año 2006).

El tema de la Reforma Procesal Penal, instalado en la sociedad y con ingreso legislativo en la Provincia del Chubut, ha creado falsas expectativas porque la población tiene la creencia de que ésta trae consigo un mayor grado de seguridad.

Pero, al margen de ello, considero que reviste suma importancia sobre el particular el instituto de la prisión

preventiva, cuyas razones para su dictado ha traído consigo un debate que, por obvias razones ideológicas, nunca habrá de concluir.

Desmitificar en Materia Constitucional

Comienzo por desmitificar cuestiones que en materia constitucional

gozan en diversos ámbitos, de una errónea apreciación:

· Los Tratados de Derechos Humanos individualizados en el párrafo 2º del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, tienen jerarquía constitucional, pero no son la Constitución misma; ésta se erige sobre la totalidad del sistema jurídico, incluso sobre éstos, que a su vez, sí están por encima en

orden jerárquico, de la legislación nacional. En la interpretación jurisprudencial nunca estuvo en discusión la primacía de la Constitución sobre las disposiciones de los Tratados.

· Las causas que autorizan el dictado de Prisión Preventiva y que derivan del Pacto de San José de Costa Rica, **no son sólo dos: a)** la posibilidad de fuga y **b)** el entorpecimiento de la investigación.

Sobre los Fundamentos para el Dictado de Prisión Preventiva

Cuando sólo se trataba en el proyecto de Reforma del Código Procesal Penal de las dos motivaciones contenidas en el punto 2) que he descrito, es decir: posibilidad de fuga del imputado y entorpecimiento de la investigación, dije que una de las cuestiones más arduas y por cierto apasionantes del Derecho -y en especial del Derecho Constitucional- es la determinación por el Juez de la causa de lo que es justo cuando dos derechos constitucionales se encuentran en pugna, en conflicto entre sí. Y ese choque resulta inevitable entre los derechos, porque el derecho de cada cual encuentra su límite en el derecho de los demás y en ocasiones debe prevalecer uno sobre el otro, siendo el Juez quién deberá determinar que derecho debe ceder ante el otro.

Precisamente el mencionado Pacto Internacional, contiene en su art. 32, punto 2), una cláusula restrictiva de los derechos individuales: “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática”, normativa aplicada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Alonso” que, en honor a la verdad, no guarda relación con el tema presente, pero el Alto Tribunal consideró legítimas las medidas fuertemente limitativas de la libertad individual cuando tienden a preservar un interés estatal superior.

En consecuencia simplemente sigo sosteniendo que en el supuesto de que corresponda la libertad del imputado, por no encuadrar en ninguna de las dos causales -u otras- que contemplaba el proyecto, o se contemplen en otro proyecto de ley o norma jurídica, el Juez debe evaluar si el derecho a la libertad no se encuentra en pugna con el derecho de los demás, la seguridad de la sociedad, el derecho a la vida, la propiedad, etc. y en especial, del ofendido y sus familiares. En este caso, debe prevalecer el derecho de la sociedad y dictarse prisión preventiva.

Para esta evaluación existen distintos métodos que no vienen al caso explicar por su complejidad pero que en definitiva concluyen en lo mismo: la prevalencia del Derecho Constitucional más valioso o importante en el caso específico. Por ejemplo, un notable constitucionalista, Miguel Ángel Ekmekdjian, estableció una clasificación jerárquica de los derechos que sintetizó así por su importancia: 1) derecho a la dignidad humana y sus derivados; 2) derecho a la vida y sus

derivados; 3) derecho a la libertad física; etc.

Distinto es el caso si se contemplan otras causales para el dictado de la prisión preventiva, que obviamente prevean esta situación; entonces, el trabajo intelectual del Juzgador se encuentra facilitado, como es concretamente el caso de Chile.

Y aquí es donde insisto en que existen otras causales que no colisionan con la Constitución Nacional; es más, la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe 2/97, prevé textualmente que: “*Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad*” (Informe N° 2/97, párr. 32). **Es importante tener en cuenta, que lo que autoriza el dictado de prisión preventiva en este supuesto no es la “habitualidad” o los antecedentes o la reincidencia, sino el riesgo serio y concreto de perpetración de nuevos delitos.**

Pero sí es inconstitucional mantener en prisión preventiva a un imputado sólo como resultado de condenas previas, porque ello es violatorio del principio de inocencia y así lo dijo la Comisión mencionada en el informe 12/96. Dicha comisión admite además como supuesto que habilita el dictado de prisión preventiva, “**la preservación del orden público**”. En este sentido resulta esclarecedor el notable trabajo “La prisión preventiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, de Rolando E. Gialdino.

Por otra parte, la doctrina extranjera e incluso latinoamericana y no sólo europea, admite distintos supuestos de prisión preventiva y no sólo los dos que se mencionan en el proyecto de Código Procesal Penal, incorporando por ej., la gravedad del hecho y en especial lo que vengo sosteniendo, el peligro de reiteración.

En síntesis: la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, intérprete del Pacto de San José de Costa Rica, admite estas causales que habilitan el dictado de prisión preventiva, a saber: 1) posibilidad de eludir la acción de la justicia; 2) entorpecimiento de la investigación; 3)

posibilidad de reiteración de delitos; 4) preservación del orden público.

Respecto del punto que he individualizado como 3) posibilidad de reiteración de delitos como causal de prisión preventiva del imputado, adhiero a la postura de que es una motivación autónoma y no que sea abordada como presunción de fuga. Lo contrario podría llegar al extremo de que un individuo con numerosos antecedentes, que hiciera presumir que va a reiterar la comisión de hechos delictivos, debería quedar en libertad si no se demostrara su posibilidad de fuga o entorpecimiento de la investigación.

Cito como ejemplo el de Chile, país en el que recientemente su Corte Suprema ante la presión social revocó libertades concedidas bajo el amparo del “estado de inocencia”, o “principio de inocencia” o más bien “presunción de inocencia”, por lo cual debe concederse la libertad pues se presume inocente al imputado hasta el dictado de sentencia que resuelva lo contrario, aplicando la normativa que autoriza el dictado de prisión preventiva del imputado en ese país, cuando: 1) su libertad sea peligrosa para la seguridad de la sociedad; 2) signifique peligro para la seguridad del ofendido, sus familiares o sus bienes (art. 140 del Código Procesal Penal); 3) además de la causal de entorpecimiento de la investigación. Cierto es también que la propia Constitución de la República de Chile contempla en su art. 19, inc. 7° ap. 3) **La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el Juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla.**

Ahora bien: ni nuestra Constitución Nacional ni la Constitución Provincial -esta última excesivamente reglamentarista a mi criterio- contemplan una causal semejante. Pero ello no es óbice para que el Juez, entre el derecho a la libertad del imputado y la seguridad u otros derechos de la sociedad, efectúe una interpretación constitucional que la Corte Suprema ha dado en llamar con preferencia “método de compatibilización” de derechos, para arribar a la conclusión de que la prisión preventiva debe proceder aún en supuestos no contemplados en la norma procesal pues la libertad significaría, por ej. un peligro para la sociedad o el ofendido. Sin duda, la fórmula del vecino país resuelve con criterio esa dicotomía entre derechos constitucionales. Y así y pese a la limitación que contempla el art. 49 de la Constitución de nuestra

Provincia, el Juez debe evaluar si la libertad no se encuentra en contradicción con la seguridad u otros bienes constitucionales de la sociedad o el ofendido.

Como bien lo señala María Angélica Gelli en su comentario del caso “Petric”, cualquier otro derecho -y no sólo el de rectificación o respuesta-consagrado en una Convención de Derechos Humanos, es susceptible de ser sometido al test de constitucionalidad en los casos concretos.

En una palabra y para ello un ejemplo burdo: ¿el Juez frente a un imputado que constituye un peligro cierto de que, puesto en libertad porque no va eludir el proceso ni entorpecer la investigación, pero si buscará venganza en su denunciante, debe necesaria y constitucionalmente otorgarle la libertad?; responder afirmativamente es -respetuosamente- tener una visión muy magra de lo que significa interpretación constitucional.

La Primacía Constitucional.

Al respecto, brevemente expongo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, invariablemente y desde sus primeros fallos, viene sosteniendo y destacando con claridad la supremacía de la Constitución sobre los tratados, conclusión a la que arriba por aplicación del art. 27 de la Constitución Nacional; Carlos Fayt, sin dejar lugar a dudas tiene dicho que: “...*en definitiva, la Constitución Nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo. En segundo término se ubican los Tratados de Derechos Humanos...del art. 75 inc. 22 y los Tratados de Derechos Humanos que adquieran esa categoría en el futuro...En tercer lugar los demás tratados, concordatos y las normas dictadas a propósito de los tratados de integración; y por último las leyes del Congreso*”.

Este mismo autor afirma que jamás podría un tratado estar por sobre la Constitución Nacional, por la expresa prohibición a la Convención Constituyente de modificar los arts. 1 a 35.

Pero simplemente lo que con estas citas quiero expresar, es que nuestra Carta Magna Nacional está en la cúspide del orden normativo. Así lo resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Fibrica Constructora”; “Lynch”; “Cabrera, Washington Julio Efraín c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande s/ despido”, etc.

Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, los constitucionalistas más reconocidos se habían pronunciado por la supremacía de la Constitución frente a los Tratados:

Joaquín V. González, Jorge Vanossi, Rafael Bielsa.

Además de lo dicho sobre la postura del Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Carlos Fayt, considero importante señalar a su vez, al ex ministro Augusto Belluscio, quién en su voto en el caso "Petric" ya mencionado, sostuvo que el texto de las convenciones (art. 75 inc. 22 de la C.N.), son "normas constitucionales de segundo rango, que prevalecen por sobre las leyes ordinarias, pero que son válidas únicamente en la medida en que no afecten los derechos consagrados en la primera parte de la Constitución...".

Objeto de la Prisión Preventiva. Razón de su Importancia

La opinión de los autores casi con unanimidad enseña que la prisión preventiva tiene como único objeto el asegurar el resultado del proceso al que será sometido el imputado, cuidando que no signifique un adelantamiento de pena. Pero de todas maneras, se acepta que el encarcelamiento puede tener por objeto la prevención de comisión de nuevos delitos. A mi juicio, la razón de la importancia que merece el tema, se debe a la prolongación de la prisión preventiva debido a la duración inaceptable de los procesos penales.

La brevedad, no me priva de hacer algún comentario que resulta llamativo: en la provincia del Chubut, la tasa delictiva por 0/000 habitantes en el año 2002, era de 322.2 y en el año 2003, fue de 379.2, registrándose en el año 2002 un total de delitos reportados de 13.318 y al año siguiente, un total de 15.669. **Sin embargo, lo llamativo de todo esto es que en los últimos años el desempleo en la provincia disminuyó y la pobreza decayó, lo que significa que no puede tomarse como parámetro único la situación social, pues resulta notorio que quienes delinquen, en la mayoría de los casos tienen antecedentes policiales o penales**".

Por otra parte, y esto no es privilegio de nuestra provincia, sólo alrededor del 3% de los casos llegan a sentencia. Si no hay juicio, no hay condena y si no hay condena, no se cumple el fin principal de ésta que es la prevención del delito. Porque la pena concreta persigue, vale repetirlo, fundamentalmente un fin preventivo del delito.

La impunidad es la principal causa del auge delictivo, por eso pienso -sin cuestionar el sistema acusatorio al que adhiero- que existen fallas en alguna o

algunas etapas del proceso, que deben ser corregidas.

Una última cuestión, surgida de una reciente conversación con Adolfo Alvarado Velloso y compartida con éste. Sería conveniente el organizar Tribunales Unipersonales, no de instancia única, sino con Cámara de Apelación a efectos de, no sólo agilizar los procesos, sino además cumplimentar con la exigencia de la doble instancia, plenamente, con análisis de los hechos, sin perjuicio de la posible casación posterior como recurso extraordinario.

BIBLIOGRAFÍA

- Ancarola, Gerardo, "Un fallo desconcertante con un voto esclarecedor" en LL, 1998-F, 61;
- Gelli, María Angélica, "El caso "Petric" ¿valor agregado de la rectificación o respuesta? En LL, 1998-F, 53;
- Serna - Toller, "La interpretación constitucional de los derechos fundamentales" Una alternativa a los conflictos de Derechos, La Ley;
- Quiroga Lavié, Derecho Constitucional, Ed. Depalma;
- González Navarro, "Derecho administrativo español", cit. por Serna-Toller;
- Sarrabayrouse, Facundo, "Interpretación constitucional de la prisión preventiva y la excarcelación", Rev. Ed N° 11.399 del 5-12-05;
- Gialdino, Rolando, "La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos". Ensayo publicado originalmente en la revista Investigaciones 3-1999-, editada por la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina;
- Cámara Nacional de Casación Penal, autos "Contreras, Pablo Martín";
- Colautti, Carlos "Los tratados internacionales y la Constitución Nacional", Ed. La Ley;
- Fayt, Carlos, "La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia, Leading cases y holdings. Casos trascendentes" Ed. La Ley;
- Colautti, Carlos, "Los tratados internacionales y la reforma de la Constitución" LL, 1994-D, p. 1145.
- Roxin, Claus, "Derecho Penal" Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.

INDEPENDENCIA JUDICIAL RELACIÓN CON LA ÉTICA JUDICIAL Y LA CAPACITACIÓN DE LOS JUECES¹

POR ARMANDO S. ANDRUET (H):

Vocal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Director del Centro de Perfeccionamiento "Ricardo C. Nuñez. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

I.- Estado de la cuestión

Seguramente a ninguno de los aquí presentes le haya resultado novedoso el tópico que nos ha convocado para estas sesiones de trabajo. La cuestión de la independencia judicial resulta un lugar común cuando de Poder Judicial se quiere hablar, así machaconamente se dice: 'el Poder Judicial es un poder independiente'.

Sin embargo a ninguno de nosotros se nos escapa tampoco, que los tiempos que hoy corren ponen en entredicho y por razones que ahora no podríamos analizar debidamente, que la mencionada cualidad -si acaso esa fuera la entidad- de la 'independencia judicial', parece estar en algunos supuestos de la vida jurídico judicial sin más como ausente, o en otras circunstancias, severamente cuestionada como factor endógeno e inescindible a los mismos Poderes Judiciales.

En rigor y sin ambages hay que afirmar que no es pensable un Poder Judicial que no sea independiente, pues ello parece ser la quinta esencia de un tal poder. Con lo cual, adelantamos sobre la naturaleza de la noción de independencia, pues no se trata siquiera de la más importante de las virtudes judiciales, porque si así fuera, podría llegar a pensarse la existencia posible de grados de consecución de la misma. La independencia judicial es completa o no existe, por lo cual se puede adentrar en la afirmación, que se trata de un elemento constitutivo formal de la propia realización de la función judicial, tanto como no puede haber juez dependiente, tampoco existe lugar para el juez que predique una independencia relativa, circunstancial o subjetiva. La independencia en lo judicial se tiene o se carece y no puede ser un buen juez quien de ella adolece.

De cualquier manera vale apuntar que la noción que nos ocupa, ha sufrido en las últimas décadas una serie de alteraciones, transformaciones y deformaciones, que hasta han permitido instalarla como un tópico susceptible de discusión en distintos foros académicos como judiciales; aparecen así proyecciones o explanaciones del concepto que quizás antes, estaban cristalizados en el mencionado término. Muchas cuestiones que antes se juzgaban bajo el prisma de la independencia, hoy están reconducidas en otros planos de socialización que el Poder Judicial tiene, ya sea con los otros Poderes o con los ciudadanos sin más.

En dicha línea de pensamiento basta con recordar que para una gran parte de la ciudadanía, el sólo hecho de compartir protocolarmente -aun cuando no sea ello frecuente- espacios públicos con miembros de los restantes poderes del estado, o tener acaso preordenada una agenda institucional de trabajo sobre temas de interés común y de ejecución coordinada, aparece, como afectatorio a la independencia.

Sólo éstas dos escenas de la vida institucional corriente y que en muchas ocasiones como otras tantas, se convierten en desequilibrados barómetros de los niveles de independencia judicial, no advirtiéndose que ello es así en razón de cercanías que se generan en forma intuitiva a la gestión de administrar un poder del estado. En rigor los ciudadanos reclaman y exigen de los jueces un ejercicio natural y político de esa cualidad y ello sólo es posible de verse reflejado societariamente, cuando hacia adentro de los Poderes Judiciales existe.

Cerramos la idea apuntando que tan grave es la falta de independencia como

¹ Conferencia Plenaria de Apertura del 'IX Congreso Nacional de Capacitación Judicial y I Congreso Iberoamericano de Capacitación Judicial', Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, 13.X.05.

la sobre-actuación de ella. Cuando el 'parecer' supera al 'ser', indiscutidamente que existe allí un factor que es mostrativo de una realización quizás si bien no falaz, al menos perturbatoria.

II.- Independencia intra y transpersonal

La independencia judicial es sin dudar, un concepto operativo y deóntico que ha merecido explicaciones desde muy diversos lugares. Por ello parece difícil, intentar transitar otros caminos a los ya recorridos; así es como hemos escuchado repetidamente, que la independencia debe ser considerada desde una doble perspectiva: la externa y otra interna.

La primera se identifica también con la llamada independencia institucional y la restante, con la funcional. En un caso, afirmando el Poder Judicial ser un poder separado de los restantes y que hace el control de constitucionalidad y legalidad de ellos. La funcional, asentándose en la tesis que el Poder Judicial es una estructura relativamente estática y que el juez, no es subalterno de ningún otro magistrado. No existen jerarquías sino sólo instancias.

Además, se podrían indicar otras clasificaciones, por caso la independencia judicial que se vincula con la subordinación sólo a la constitución; la independencia personal que se traduce en ser el juez un sujeto con garantías constitucionales ampliadas: esto es inamovilidad e intangibilidad.

En esta ocasión, queremos referirnos a la independencia de los jueces en cuanto ella es, la piedra angular sobre la cual la judicatura ejerce su real y efectivo poder político institucional en la vida de una república y por lo tanto, incardinándose en una exigencia multioperativa, esto es: independencia constitucional, ideológica y ética. Sólo a partir de las cuales es posible generar un desenvolvimiento judicial que consolide en el Estado una realización políticamente democrática, moralmente tolerante e ideológicamente convencida de la opción señalada.

Con lo dicho, no ocultamos que estamos más atentos al rol del ejercicio de poder que los jueces realizan, que a la manera y mecanismos con los cuales los nombrados pueden repeler las intromisiones de otros ciudadanos u otros poderes que aspiren a llegar a ejercer sobre la matriz controversial que como tal tienen que resolver.

Desde este punto de vista queremos anticipar, que la natural conflictividad y mayor juridización de problemas de todo tipo de tenores y que tiempo atrás, no integraban la agenda de requerimiento de respuestas en los estrados judiciales y hoy sí; coloca en grado de constatación empírica, que la

primera advertencia que hay que realizar cuando de independencia de los jueces se habla, es atender que ella no sólo puede seguir los derroteros antes dichos -externa e interna-, sino que antes, se la deba considerar desde el binomio de independencia 'intrapersonal' y 'transpersonal'.

La mencionada clasificación y hasta donde conocemos original, coloca una primera especie -intrapersonal-, en razón de que por este tiempo, es justamente el equilibrio individual de los jueces, lo que parece estar perturbado y a veces hasta asediado, por temáticas que con una factura de alta trascendencia político moral, los colocan en el umbral poco penetrable de sus convicciones más profundas.

Cuando son los jueces, quienes están siendo arrojados al inefable horizonte de sus propias cosmovisiones fundantes, no se puede dudar un instante el grado de problematización que dicha circunstancia genera. Huelga señalar, que los jueces con su constante ejercicio de la *iuris prudentia*, no sólo que resuelven los conflictos societarios suscitados ante su instancia, sino que también, diagraman ciertas conductas societarias entre los ciudadanos. No queda duda alguna, que gran parte de la realidad social es construida desde la misma función judicial y lo será consecuentemente también, acorde a las mismas vertientes ideológicas que el propio juez posea.

Existiendo entonces, cuestiones que superan los campos epistemológicos de la ciencia jurídica y social, y que por lo tanto calan en lo profundo de lo individual y personal del juez; es que se puede volver la mirada sobre una dimensión de la independencia judicial que no ha sido atendida, pero que posee una indiscutida trascendencia. Ello se agrava cuando los jueces en sociedades anómicas, son fuente mediata de programas legislativos y fuente inmediata de promoción, sustitución o anulación de proyectos de vida ciudadana.

Por ello es que señalo, que el primer gran esfuerzo que un juez debe hacer para cumplir con la 'independencia intrapersonal', es poner en ejecución prácticas de reconocimiento profesional por las cuales sus propios prejuicios no sean los que terminen imponiendo un criterio resolutivo. En tal hipótesis, su respuesta no sería independiente a dicho prejuicio. Huelga afirmar que no existe Poder Judicial que pueda ganar en madurez cívica, cuando la medida de todas las cosas que el juez resuelve es la de sus propios, personales e intransferibles prejuicios.

En estos tiempos todavía finiseculares, en donde lo vertiginoso de los sucesos es lo que impera o donde la instantaneidad de los acontecimientos agota a la realidad; no puede ser en ningún caso la reflexión 'dependiente' de los jueces, la que define el surco para el colectivo social.

Por el contrario, es el agregado societario quien requiere en nombre de la misma independencia a los jueces, no sólo un pronunciamiento razonable y racional sino también, la concreción en su autor, de un paradigma de conducta omnicompreensivo a todos los jueces y por lo tanto, que tenga como naturales características, el ser fruto dicho *opus* de una razón práctica tolerante y dialógica. No existe independencia judicial, cuando no se cultiva el esfuerzo de hacer de la sociedad civil una comunidad de hablantes y que por ese sólo hecho, ya merecen el respeto del otro.

Sin ninguna duda que cualquiera de nosotros, jueces todos, sabemos cuál es la manera trágica, en que buenas en sus propósitos ciertas resoluciones, son intoxicadas por perspectivas prejuiciosas de los propios jueces dictantes de ellas y que por lo tanto, lejos de mostrar allí su independencia, denotan tales jueces, que ni siquiera han podido cumplir un debido ejercicio de construcción dialéctica como es el poner en tela de juicio, sus personales y afiadas definiciones respecto a determinadas cuestiones.

Paradójicamente hay que sostener, que esta 'independencia intrapersonal', si es llevada al natural campo de la ética, diríamos que se mixtura con la entrañable virtud anexa a la prudencia judicial de la docilidad. De tal manera que un juez indócil tampoco es independiente, porque en rigor queda esclavo y por ello dependiente, de sus propios prejuicios que como se ha dicho, no está dispuesto a poner en tela de discusión o debate.

Para concluir esta idea entonces, digamos que la independencia judicial sea ella intra o transpersonal no puede ser considerada desde el plano meramente especulativo. Realmente el verdadero conocimiento de la suficiencia o no de ella, es cuando circunstancias, cuestiones o personas, han pretendido violarla o han generado ocasión para que ello se ejercite.

En la independencia intrapersonal, son los mismos hechos controvertidos los que muestran que el juez ni aun de sus propios prejuicios es dependiente y por lo tanto, que está abierto con una actitud dialógica a volver a cuestionarse tales definiciones para una mejor respuesta, que aunque no lo sea para sus personales factores axio-ideológicos lo sean sí, para la propia comunidad que ha reclamado su intervención.

Cabe decir que la independencia transpersonal y que nos resulta familiar en la discusión y análisis de estos temas, se materializa con evidencia, rechazando con firmeza, coherencia y principismo republicano cualquier intromisión, sean ellas de particulares o del propio estado. En realidad las llamadas independencia interna y externa en la ortodoxia de la literatura *iusjudicial*, son especies de otra que

nombramos como transpersonal.

III.- La ética judicial y códigos de conducta

Por lo que venimos apuntando es que creemos, que cuando asomamos al tema de la independencia judicial no parece suficiente seguir los ya trazados caminos, sino hacer el esfuerzo por ahondar en el descubrimiento de nuevas topográficas lecturas, porque definitivamente los modos en que la judicatura contemporáneamente se vincula con la sociedad, tiene una pulsión dinámica que sin ninguna duda, otrora resultaba nula o de intensidad mínima. No es posible renunciar generosamente a formular una lectura introspectiva, plasmada bajo el nombre de independencia intrapersonal.

Más aun cuando aspiramos vincular la independencia del juez con la ética judicial. Tal como sabemos, la ética es una mirada disciplinaria a un determinado conjunto de obrares humanos que como tal pueden ser nombrados como 'realizaciones morales'. La ética en definitiva lo que hace, es ocuparse de discernir acerca de lo moral.

Como las prácticas morales pueden corresponder a etnias, a grupos sociales clasificados por innumerable cantidad de variables, a clases profesionales, a cualquier entidad de prácticas comportamentales; es que la ética en cuanto disciplina filosófica sin duda que tiene un objeto material vastísimo. Así es que entre determinadas prácticas profesionales, indudablemente no se pueden despreciar por la trascendencia pública que ellas poseen, las que conjugan los jueces.

De tal guisa, la ética judicial no sería otra cosa que una mirada que describe y prescribe prácticas profesionales de los jueces, y que en el colectivo social son consideradas axiológicamente deseables puesto que incardinan en ellas una sumatoria de normas del derecho positivo y de los principios que son nucleares a un *ethos* social definido.

Cuando un juez muestra oposición a una ponderación ética que de su realización profesional otros puedan hacer o efectuar, hay que advertirle que inicialmente está entrando en una contradicción con el postulado sempiterno y piedra angular de la misma realización judicial como es la independencia; toda vez, que está evitando en manera deliberada y consciente cualquier tipo de juzgamiento social a sus propios comportamientos.

Vale marcar después de lo dicho, que es quizás la teoría ética judicial, la única herramienta que puede colaborar exitosamente en que la independencia judicial intrapersonal pueda ser profundizada.

La ética judicial en rigor fortalece y esclarece las propias convicciones del

juez en determinados espacios conductuales y por lo tanto, deja a salvo su independencia en cuanto otorga mayores elementos de ponderación, para que la elección del juicio resulte la más conveniente en el aquí y ahora.

Como se advierte, no se trata que exista sociológicamente en dicha profesión un giro ético, como otrora hubo uno antropológico, lingüístico o hermenéutico. La función judicial tiene connaturalmente una dimensión moral, porque involucra a la totalidad sin más del grupo social en cuestión y por ello es que, cualquier resolución que se tome, exige por la trascendencia social que dichas prácticas profesionales tienen y por el resguardo a la independencia del magistrado que a la vez se impone, que no queden esas prácticas libradas a su reconocimiento y consolidación del puro juicio deontológico del propio juez. Resultaría tal escenario de una envergadura digna de comparar con cualquier modelo totalitario.

En orden a dichos capítulos temáticos es que hoy, los nombrados códigos de conducta de los jueces, catálogos de prácticas profesionales o códigos de ética judicial, resultan ser un ensayo epistemológico de la propia comunidad de jueces que recogen las estimadas en conjunto como prácticas virtuosas de los mencionados profesionales y son dichos comportamientos, los esperables y deseables por la sociedad que sean cumplidos por los jueces. Por su parte éstos últimos, aceptan el código, porque en lo recóndito de su personalidad confirman allí, las razones que tienen para predicar su propia independencia no sólo 'intra' sino también, 'transpersonal'.

En esta idea cabe volver a decir aunque de otra manera, que si los jueces personalmente están satisfechos con su propia independencia intrapersonal, lo cual sin duda que es un óptimo desde ya deseable; no menos aspirable es que tengan la misma disposición de poder mostrarlo a tal acontecimiento en un escenario público como es, cuando dicha realización puede ser controlada por la propia ciudadanía. Con ello estamos refiriendo, que la indicada independencia intrapersonal se pueda socializar y por lo tanto, abrir a un espacio en donde pueda convertirse en 'transpersonal'.

Los códigos éticos son el resultado de una reflexión de la razón volente, que ha observado pulcramente a los jueces y que reflejan, los nodos de convergencia de la independencia judicial. Es decir no sólo que interesa que el juez tenga la independencia hacia el interior de su persona, según lo dicho, sino que también importa que se proyecte ella externamente en comportamientos que en modo indiscutido puedan ser advertidos por la sociedad como independientes o

acaso, faltos de ella. Que sin duda alguna que existirán códigos más amplios que otros, es cierto, mas no se puede seguir como corolario de ello, que sean entonces más éticos dichos magistrados; en todo caso, lo que han tenido esas comunidades profesionales es una mayor capacidad de explicitar los núcleos reconocidos como de mayor implicancia para la independencia judicial.

Siguiendo esta línea de pensamiento se podría agregar, y tratando de hacer el íter subterráneo en la misma construcción interior de la matriz psico-social de lo judicial por la aprehensión de la independencia, introyectar otras dos nociones gravitantes en la propia existencia judicial, como es la 'imparcialidad' y la 'ecuanimidad'.

De tal manera que se puede decir, que el núcleo ontológico de la misma naturaleza constitutiva de los magistrados; se asienta en la independencia, imparcialidad y ecuanimidad. Con ello corresponde afirmar, que ser juez, es ser un ciudadano independiente, un hombre imparcial y un árbitro ecuaníme.

Así es como la noción de independencia judicial, en su versión primitiva u originaria y que hemos nombrado intrapersonal, habilita una vez ganada en su ejercitación práctica, el poder desarrollarse externamente como independencia transpersonal y lo coloca al juez, frente a la tensión con otros poderes estatales o privados que aspiran a perforar, modificar o interferir en su recoleto ámbito de originalidad para definir el resultado de una litis. Por otro costado, al referirnos a la imparcialidad judicial, estamos señalando al constructo que enfrenta al juez con las mismas prevenciones que acaso pueda tener, frente a determinadas cuestiones o personas. Por último la noción de ecuanimidad judicial, nos evoca por el contrario un escenario en donde la mirada extraviada del juez tiene su origen, en orden a la discusión onto-axiológica acerca de lo que es justo en el caso.

Adviértase la manera tan particular en que el núcleo semántico de cada uno de los conceptos -independencia, imparcialidad y ecuanimidad-, hablan de alguna forma de la relación del juez frente a las cosas, a las personas e incluso de sus propias prevenciones; y porque ello no sólo tiene que ser pensado sino también cumplido, es que dicha *ratio* se debe mostrar en una manera inconfundible en prácticamente todo el hacer del juez. Para muchos jueces, los códigos de ética, serán itinerarios posibles de ser recorridos y habrán de iluminar su propio camino judicial.

La existencia de un código de ética habla sin más, de la sumatoria de un catálogo -más o menos analítico- de los comportamientos que han sido considerados como 'virtudes judiciales' y por lo tanto, comunicables

a todos los que constituyen dicha clase. Y si bien podemos hacer un recorrido que demuestre una cierta heterodoxia a la hora de efectuar tales concentraciones, puesto que hay modelos de alta síntesis de virtudes enunciando sólo tres: honestidad, competencia y responsabilidad, a otros que resultan analíticos en grado mayúsculo y como en todos los órdenes, los grupos medios que son los más numerosos.

Entre éstos últimos se ubica el modelo deontológico de la Provincia de Córdoba, con las siguientes concentraciones: Independencia, imparcialidad, dedicación, diligencia, prudencia, equilibrio, reserva y honestidad.

Mas lo que no es posible dejar de señalar, que ser independiente, imparcial y ecuaníme es también, parecer independiente, imparcial y ecuaníme. La sociedad exige tanto lo uno como lo otro y ello en rigor es correcto que sea de esa manera, porque la sociedad juzga a los jueces no por su conciencia *ad intra*, sino por la manera que se muestra fenoménicamente dicha connotación interior en el mundo de las relaciones y por lo tanto, la forma en que aparece socialmente perceptible.

Por esta razón, los jueces no únicamente deberían evitar el tener un comportamiento impropio, sino que deberían evitar al mismo tiempo toda apariencia de incorrección; esto es, toda apariencia de que realizan o se ven comprometidos en comportamientos o situaciones sociales impropias.

Hay que señalar con total firmeza, que todo obrar es consecuencia de un determinado ser; motivo por el cual, el 'hacer del juez' es resultado natural del 'ser juez'. Por ello 'ser' y 'aparecer', no son momentos separados de la misma sustancia -aunque puedan ser divisibles intelectivamente- sino que constituyen propiamente lo que se nombra como un *continuum*. La divergencia entre el aparecer con el ser, pone en evidencia la no posible dicotomía de ser sostenida en estos tópicos, de que las malas personas pueden ser buenos jueces.

Definitivamente que las malas personas -haciendo una apreciación desde el ser- no pueden sino evidenciar en la realidad fenoménica y por lo tanto de la evidencia social, un juicio del mismo calibre, esto es, el de un no-buen juez, aun cuando técnicamente el mismo, esté por demás calificado. Así como se exige la coincidencia entre el 'parecer' con el 'ser' para los jueces, la sociedad reclama que dicho binomio no se vea sólo cumplimentado para el ámbito público sino que lo extiende a lo privado con trascendencia pública. Justamente en profesiones como la del juez, y que podría ser semejante a todas aquéllas en donde reposa una cierta creencia pública de sus actos, verbigracia como en el sacerdocio, el

ámbito de reserva o privacidad propaga sus efectos en manera inevitable a lo público.

Lo que está fuera de toda duda, es que no existe posibilidad de ejercer con seriedad y sinceridad la magistratura al margen de la eticidad. La sola apelación a la conciencia moral del magistrado, aun en el supuesto que no cupiera reproche alguno de ella, no puede ser el fiel de la balanza de dichas conductas públicas de hombres públicos. Debemos estar frente a una moralidad del juez, que aparezca suficientemente reconocida por la sociedad en la cual está inmerso, en donde desapasionado de sus propias ideologías se muestre y sea un auténtico juez; para ello los códigos de ética resultan sin dudarlos altamente pedagógicos.

IV.- La capacitación judicial

Mirando ahora la prospectiva de los Poderes Judiciales que se inaugura con la vigencia de los códigos de ética, pues aparece como una continuidad de la independencia judicial, la cuestión de la capacitación judicial. El perfeccionamiento viene a cobrar un relieve totalmente novedoso.

Tiempo atrás se podía afirmar con algún margen de éxito, que la formación académica científica de los magistrados no era una responsabilidad que correspondía ser atendida por los Poderes Judiciales. Se confiaba que los desarrollos cognoscitivos de la ciencia jurídica, eran una pura cuestión universitaria. En ese mismo derrotero intelectual se creía, que el razonamiento forense tenía una matriz normológica de textura fuerte y por lo tanto, la operación subsuntiva cobraba un valor casi definitivo.

Los momentos actuales sabemos bien, que han impuesto otras miradas al mismo fenómeno. Las Universidades cumplen con umbrales a veces cuestionables en la formación curricular del grado de abogado, y dejan abierto un camino infinito de posibles vías de mejoramiento mediante ofertas de posgraduación o postítulo, habiéndose abierto incluso, orientaciones de especializaciones o maestrías vinculadas directamente con las prácticas judiciales.

El Poder Judicial ha comprendido también, que la capacitación de los jueces no es una cuestión que pueda quedar librada al mero ejercicio opcional que el magistrado formule. Ha definido en esta línea de pensamiento como cuestión preambular, y a los efectos siempre de mejor cumplir con el servicio de administración de justicia, que toda capacitación es insuficiente. Así también que cualquiera sea ella debe ser ofertada y dispuesta en manera continua reconociendo hasta donde sea posible, los diversos niveles de interés científico práctico que los distintos agentes, empleados,

funcionarios y jueces pueden como tal tener a la hora de optar por ofertas académicas intra Poder Judicial.

Los desarrollos que en los últimos veinte años han tenido en la región los Centros o Escuelas de Capacitación, dependientes directamente o no de los propios Poderes Judiciales, han sido propiciados por una indiscutida toma de conciencia educativa asentada en que la propuesta formativa judicial, presupone una teoría judicial que se hace *praxis* forense y un aprendizaje acendrado en ciertas realizaciones actitudinales del ser y parecer del magistrado; que definitivamente y por mucho que se puedan esforzar otros ámbitos no forenses, no están en condiciones de emular.

Tan importante ha resultado el mencionado capítulo de la capacitación, que se ha terminado por definir que ello en rigor obedece, a que no se trata sólo de una necesidad de mejorar la respuesta jurisdiccional haciéndola, cada vez más confiable desde la pura competencia científico técnico de lo jurídico, sino agregándole las competencias y destrezas que las nuevas disciplinas vinculadas al servicio de justicia y emergentes de las novedosas relaciones societarias de fin de milenio.

Definitivamente se ha terminado por comprender que la capacitación de los magistrados es, antes que dotar aditivamente de capacidades científicas, el cumplir satisfactoriamente con una verdadera exigencia ética.

Teniendo entonces la capacitación judicial una requisitoria ética, puesto que aquél núcleo ontológico del magistrado que hemos destacado ya, y asentado en la tríada de la independencia, imparcialidad y ecuanimidad; no deja ninguna duda acerca de su vinculación con la capacitación. Como se advierte, el hecho mismo de tener que discernir el juez ¿qué cosa es lo justo del otro?, reenvía la respuesta, salvo para aquél que por simplificación del problema, evidencia su propia ignorancia; a un campo cognoscitivo de indiscutida presencia.

Discernirá y deliberará con mayor fluidez, claridad y eficacia acerca de lo justo del otro, quien entre otras cuestiones más conozca del derecho sustantivo, del derecho procesal, de las disciplinas científicas propias de la materia discutida, de los modos posibles de argumentar y de motivar las resoluciones judiciales, de ejercitar la dialéctica a partir de un modelo hermenéutico crítico, etc. Sin dudarle podemos decir, en este enmarque de problema 'quien más conoce del derecho y otras disciplinas, mayores posibilidades de ser justo tiene'. La respuesta que ha sido lograda en términos de readjudicación de lo justo a cada uno, es de mayor facilidad en

su obtención para quien resulta más ilustrado.

La capacitación, ubicada en el contexto que hemos brindado de la independencia y de la ética judicial, es un instrumento que coadyuva fuertemente a sostener criterios de justicia en las mismas resoluciones.

Si ese desafío de la capacitación disciplinar constante, no lo tuviéramos presente de la manera que acaba de indicarse, quizás este mismo Encuentro no sería posible. Pues nos hemos dado cita para conocernos y mirarnos en esta gestión, no como extraños morales sino como todos prójimos en el mencionado tópico y dispuestos a socializar nuestros éxitos y fracasos sobre el ideario de pensar, que sólo una justicia cada día y todos los días con mayor capacitación es de mejor fortaleza ética y por consiguiente, con niveles de independencia superlativa.

De todas maneras no se nos escapan la totalidad de factores, que como espectros rechinan en la memoria selectiva de algunos magistrados que siguen fieles a un modelo de magistratura donde la clave de ella, no pasa por un mejor y eficiente servicio de justicia; sino por una administración que si bien al servicio del justiciable, no logra que sea el magistrado el servidor propiamente. Una justicia de magistrados embelesados en la propia e inexistente torre de marfil hace que los mismos, lejos de ser jueces de su tiempo sean jueces fuera del tiempo, esto es asincrónicos de la realidad. Jueces que resultan prófugos de la realidad son los que todavía miran a los problemas con las corroidas coordinadas científico profesionales, que otrora podían ser dispensables, más hoy resultan claramente inaceptables.

O los jueces se capacitan para ocupar el lugar que les corresponde en la república, y poder ser así verdaderos ingenieros sociales mediante la *iurisdictio* de auténticos ciudadanos; o quedan reducidos a una mutada especie de la otrora cultura decimonónica, donde el peso de los mandatos del juez no tenían otra pauta de cumplimiento que la coacción que del mismo ordenamiento normativo se desprendía.

Cuando se aspira a una república de ciudadanos libres, donde la democracia no sólo sea representativa sino también deliberativa; los jueces deben saber que son una pieza insustituible en dicho delicado conjunto de fuerzas y contrafuerzas y que decir el derecho, no es sólo enunciar normas y otorgar algunas razones. Los ciudadanos requieren que todas las razones sean ponderadas y cualquiera que fuera la tomada, aparezca *prima facie* como la más razonable y adecuada, y ello, sólo un Poder Judicial capacitado está en condiciones de

poder hacerlo.

V.- Un cuadro local

Finalmente y con especial atención a las delegaciones extranjeras que nos acompañan, queremos dedicar unos pocos párrafos a una enumeración en modo alguna taxativa de ciertos resultados que hablan de nuestro propio Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

Así se debe puntualizar que el mismo está compuesto por un total de 5.461 personas, que se desagregan en las siguientes categorías: 4.077 agentes, 1.384 funcionarios y magistrados. El Poder Judicial de Córdoba, es el segundo en importancia cuantitativa después del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires y ha emplazado desde casi una década atrás un programa de reformas en la gestión y administración que muchas de ellas están recién siendo ponderadas de ser ejecutadas por otros Poderes Judiciales.

Está descentralizado en diez circunscripciones, donde se asienta una cabecera de región y otros tantos tribunales, ello asegura que nuestro servicio de justicia no tenga en términos relativos, una distancia mayor de 80 km. de un juzgado hasta otro.

El Centro de Capacitación y Perfeccionamiento 'Ricardo C. Núñez', está creado por expresa disposición constitucional (art. 166 inc. 3, Constitución Provincial) y tiene 12 años de vigencia. En este momento cuenta con dos Directores, ambos Vocales del Tribunal Superior de Justicia. En el nombrado ámbito se hacen ofertas en los diferentes programas para cada año académico, siendo los programas los siguientes: A: Orientado a magistrados y funcionarios para reflexionar, debatir y difundir temáticas judiciales; B- de Formación: Destinado a aspirantes a concursar cargos judiciales; C: Destinados a magistrados, funcionarios y litigantes para reflexionar sobre doctrinas, jurisprudencias o desarrollo de competencias prácticas; D: Destinado al personal técnico y administrativo para nuevas competencias vinculados a lo forense; E: Aquellos útiles para gestionar la transferencia de realización de la función judicial a auditorios externos no forenses; I: Producción de investigación aplicada en la administración de justicia.

Respecto al último de los programas señalados, el de investigaciones, quisiéramos otorgar una referencia mayor, en orden a que según creemos por allí habrá de consolidarse la capacitación de los Centros de Perfeccionamiento. En nuestro caso, hemos diagramado cuatro campos principales de investigación: 1) Procesal, se orienta a repensar los

caminos procesales vigentes o incorporar otros inexistentes, 2) Sustantiva, dirigida a producir investigaciones sobre cuestiones sustantivas en el ámbito de las ciencias jurídicas, 3) Instrumental, con lo cual se aspira orientar modificaciones en la praxis judicial corriente y 4) Especulativa, esto es, investigación básica en derecho.

Dentro de los Programas de Investigación Instrumental, sólo por enunciar el recientemente concluido se encuentra el que se nomina 'Sondeo de Opinión en el Fuero Civil de Córdoba Capital', que tuvo por objetivo el detectar las diversas problemáticas que afronta hoy dicho fuero, a los fines de establecer estrategias futuras de acción.

Durante el año 2004 la actividad que tuvo el mencionado Centro implicó haber capacitado a un total de 3.672 agentes del Poder Judicial. Dichos programas sumaron un total de 415 horas de capacitación y se brindaron 72 ofertas de perfeccionamiento. Tomando como referencia un total calendario de 218 días de trabajo, se puede considerar que hemos tenido una media de capacitación diaria de aproximadamente 2 horas.

En el año en curso, y a los efectos de otorgar un mayor registro de constatación de la mencionada capacitación que libremente los agentes, funcionarios y jueces vienen haciendo; se les ha brindado a los mismos, la posibilidad que en ofertas académicas de envergadura y después de someterse a una práctica evaluativa determinada, se vea reflejada dicha aprobación con la adjudicación de un determinado número de créditos para la oferta académica de que se trate.

Con miras ello, a que en un futuro próximo, se indique prescriptivamente que si bien la actividad de la capacitación es voluntaria en cuanto a qué módulos elegir para ahondar en profundización y mejorar cualitativamente la respuesta jurisdiccional; se promueve que en un determinado ciclo de años se pueda haber alcanzado un total determinado de créditos los que a la sazón, y siguiendo rigurosos parámetros pedagógicos, permita hacer la estimación que el magistrado ha podido reciclar su mismo bagaje científico jurídico en determinadas áreas del conocimiento.

Estando mi tiempo agotado y posiblemente habiendo fatigado ya demasiado a un auditorio tan calificado como es el presente, es deseo de este Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, que la actividad científica y académica que habremos de cumplir en estos días, nos fortalezca como auténtico poder del estado, cultive nuestros espíritus de jueces y en definitiva, nos ayude a ser mejores personas.

EL DESAFÍO DE LA MAGISTRATURA

“Hay dos maneras de difundir la luz...
ser la lámpara que la emite,
o el espejo que la refleja.”
Ling Yu Tang

POR JORGE LUIS FRÜCHTENICHT:
Juez de la Cámara de Apelaciones de Esquel/Chubut

La magistratura de nuestros tiempos, se nos aparece como un verdadero desafío para quienes tenemos la responsabilidad de su ejercicio.

Así, abandonado ya un modelo dogmático decimonónico que se demostró insuficiente frente al advenimiento del constitucionalismo social y la saludable combinación de los principios y valores que dominan hoy el escenario de la decisión judicial, se nos impone reflexionar acerca de la trascendencia de estas nuevas variables que se nos presentan a la hora de “diseñar” la solución de los conflictos que son sometidos a nuestro conocimiento.

A esta línea de pensamiento adhiere nuestra constitución provincial, señalándonos aquéllos que debemos considerar al momento de decidir, los que se incorporan –esencialmente– por la cláusula de referencia contenida en su art. 22, que nos remite a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos como norte de nuestra interpretación y análisis.

Es entonces que, como verdaderos “arquitectos” de la resolución de un conflicto, debemos partir de la premisa que el Derecho ya no sólo se explica desde el propio Derecho, sino que

debemos considerarlo un hecho cultural que refleja el sentimiento de justicia de una comunidad, y que resulta receptora de nuestra actividad, de la que espera prudencia, imparcialidad, solvente capacidad justificatoria y claridad en sus resoluciones, para entendimiento del justiciable, destinatario principal del contenido de aquéllas.

Y en este horizonte aparecen instrumentos que –si bien no resultan imperativos– sobrevienen referentes indiscutidos de nuestra actividad. Ellos son: el “*Estatuto del Juez Iberoamericano*”, aprobado en la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias (España), los días 23, 24 y 25 de mayo de 2001¹; el “*Código de Bangalore sobre Conducta Judicial de 2001*”, formalizado en la India y en el ámbito de la ONU, elaborado por el Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial y revisado por la Reunión de Presidentes de Tribunales Superiores realizada en LA HAYA (Países Bajos) del 25 y 26 de noviembre de 2002, con el refrendo de ochenta países²; los “*Principios de Johannesburgo*” producto de la Segunda Cumbre de la Tierra relativos

al activismo judicial en cuestiones de Derecho Ambiental establecidos en el Simposio Mundial de Jueces de 2002.³ Estas verdaderas declaraciones de principios, describen con marcado acierto el perfil del juez para el siglo XXI, con una profunda concepción antropocéntrica del derecho.

Aparecen en Sudamérica importantes avances en tal sentido. Así, el “*Código General del Proceso de Uruguay*”, aprobado por Ley Nro. 15.982 vigente a partir del 20/11/1989, en su art. 14 y en orden a la interpretación de las normas procesales, dispone “Para interpretar la norma procesal el tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales. En caso de duda se deberá recurrir a las normas generales teniendo presente los principios generales de derecho y especiales del proceso y la necesidad de preservar las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en el mismo.”

Las herramientas mencionadas, proveen infinidad de reglas, principios y valores a considerar en todos y cada

uno de los actos propios del ejercicio de la magistratura y en los atinentes también a nuestra vida privada y de relación, todos ellos tendientes a dignificar la función.

De todo ello podemos advertir que la tutela de los derechos subjetivos de los justiciables imponen se aplique con decisión y sin temor los convenios internacionales incorporados con jerarquía constitucional por el mencionado art. 22 de la Carta Magna de la Provincia del Chubut

Por ello, resulta de trascendental importancia aprovechar de este espacio institucional privilegiado, por cuanto hacerlo se traduce, invariablemente, en una mejora para el Servicio de Justicia y en una creciente calificación de nuestra propia ética judicial.

De allí que quienes integramos esta Escuela de Capacitación Judicial aspiremos a una participación fecunda de todos aquellos que nos desempeñamos en este Poder, con la confesa aspiración de proveer a resignificar la ética de nuestra actividad.

¹ v. www.geocities.com/leyesdominicanas/estatutojueziberoamericano.htm.20063

² v. www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php.pub_id=99&sid=649&aid=4641&eid=5&

³ v. www.ecoportal.net/content/view/full/21454

⁴ v. www.parlamento.gub.uy/Leyes/Ley15982.htm



ÉTICA, INDEPENDENCIA Y JUSTICIA

POR FERNANDO S.L. ROYER:
Ministro del Superior Tribunal de Justicia del Chubut.

Si pensamos serenamente en el tiempo transcurrido, en el tránsito del acontecer que ha atravesado nuestro instituto, es ineludible que por lo menos dos opciones se nos presenten. Asimismo, tal ejercicio nos permitirá reflexionar a fin de disponer de un cuadro aproximado de nuestra realidad. Una de esas opciones es

tomar conciencia de la experiencia acumulada, la dinámica de nuestro trabajo, el que sin lugar a dudas nos ha dejado una impronta, nos permite observar el conjunto y nos ofrece una visión acabada del contexto ubicándonos en los nuevos desafíos que nos esperan.

La otra perspectiva guarda relación

con la necesidad de asumir los tiempos que corren y los cambios necesarios para comprender los nuevos conceptos. Conocemos nuestros límites y largamente hemos observado la circunstancia que nos rodea; por tal motivo, también vale decir que somos plenamente conscientes de las herramientas de que disponemos, las que nos acompañan; sabemos lo que podemos dar y a partir de ese aserto es que no debemos permitir que la realidad nos supere desde su profundo ejercicio cotidiano. ¿La respuesta? no la hallaremos solamente en el mundo exterior sino particularmente en el interior de cada uno de nosotros; para que nuestra comprensión, nuestro pensamiento y nuestra indelegable capacidad para aprender desde el conjunto halle su cauce y la firme

intención de asumir cada nuevo desafío con un rostro humano y una mente decidida y clara.

Desde la diversidad nos hemos enriquecido; por tal motivo debemos cohesionar nuestras intenciones más activas porque nuestro horizonte común es formativo y de ese modo seguiremos creciendo.

Estas son las convicciones que han sido sustentadas desde la Escuela de Capacitación Judicial y desde nuestra publicación El Reporte. Sus páginas son el reflejo fiel de esta actividad que nos convoca, haciendo circular nuestra labor para información de cada uno de nuestros numerosos suscriptores.

Las mejores experiencias jurídicas, en su permanente afán de contribuir a una más saludable Administración de Justicia, se sufragan plenamente en una

búsqueda incesante y rigurosa de los instrumentos necesarios para tal cometido. No podemos olvidar que nuestra responsabilidad interactúa desde el acto público en defensa del derecho que asiste a la comunidad. Si nuestra tarea es poner el punto de equilibrio entre las partes que la componen, deberemos continuar en esa senda ya marcada por nuestra historia reciente.

Un acto trascendente -como las labores de la judicatura, por ejemplo- se vincula directamente con la conciencia profunda y la responsabilidad de las acciones que desarrolla quien ha abrazado esta delicada tarea; su verdadera dimensión hay que buscarla en ese accionar, ampliamente compilada en los códigos de ética. A partir de esta actitud es como la letra de los libros se hace acto, adquiere otra relevancia y ressignifica sus contenidos últimos en el nunca vano intento de que la acción otorgue la sustancia necesaria a la palabra declamada.

Los años que nos anteceden ha sido de mucha actividad; hemos podido desplegar un ajustado cronograma consensuado que fue cumplido de acuerdo a los principios básicos que sostienen la filosofía de nuestro instituto. No resulta desmesurado afirmar que estamos generando conciencia en los miembros del Poder Judicial de nuestra provincia y también en aquellos que tienen una relación con el mismo. Conciencia de una capacitación permanente, global e integrada, fundada en un sustrato ético para sumar a una preparación técnico-jurídica que apunte no sólo a un conocimiento de lo específico sino también que reconozca la importancia de adoptar una posición humanista frente a las situaciones que el magistrado o funcionario deberá resolver. Para ello, no sólo son necesarios conocimientos jurídicos, sino que hacen falta conocimientos en distintas áreas, que incluyen tanto la tecnología como las ciencias de la comunicación, de relación, técnicas de conducción de personal, de gestión administrativa y de gestión de calidad.

Estos son los principios rectores que sostenemos y que son profundizados permanentemente en las reuniones del Consejo Consultivo.

Si disponemos de un camino -y así lo creemos- que sea para que todo el esfuerzo de estos últimos años alcance el sentido real que hemos pretendido siempre: que la capacitación judicial sea un arma poderosa que libera y provee el contenido necesario para actuar con independencia en nuestra función.

Thomas Hobbes dijo: "De la igualdad de habilidades surge la igualdad de esperanzas en el logro de nuestros fines".

REFORMATIO IN PEIUS VS. IURA NOVIT CURIA

POR MARÍA CAROLINA ARRIGONE:

Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Relatora Letrada de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia del Chubut. El presente trabajo fue presentado en el "I Congreso Federal de Justicia Penal", realizado en la Facultad de Derecho de la UBA, 2, 3 y 4 de mayo de 2006.

En todo proceso de aplicación de las leyes existe una imprescindible etapa previa de exégesis, que consiste en una operación racional a la que se acude mediante la utilización de reglas lógicas, con el fin establecer el contenido y significado jurídico de aquellas normas que el intérprete considera ajustadas a cada caso.

La tarea de alcanzar el significado de una ley debe estar guiada por la necesidad de atribuir a esa regla jurídica el sentido que la haga lo más coherente posible con el resto del plexo normativo y, en caso de arribar a variados alcances, preferir el que conduzca a la solución más justa de la cuestión a resolver.

Jamás pueden los vocablos jurídicos empleados por el legislador, interpretarse quebrantando los principios a los que les fue reconocida jerarquía constitucional. Esta elemental -y esencial- aseveración fue concretamente consagrada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando sentenció que los límites de la interpretación de una disposición legal están dados no solamente por los términos en que ella haya sido redactada, sino por su correlación con las demás que integran el ordenamiento jurídico al mismo nivel de jerarquía y, en especial, con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional¹.

Entonces, ¿Cuál sería la interpretación que solucione el supuesto en que se produjera la pugna, dentro del proceso penal, entre la garantía constitucional que prohíbe a los jueces la reforma en perjuicio del imputado y el principio *iura novit curia*? ¿Es acaso posible hallarla?

Derecho al recurso

A partir del criterio sentado por nuestro máximo tribunal federal en la

sentencia dictado en la causa "CASAL"², se fijaron los alcances actuales que debe reconocerse al recurso de casación, con el fin de ajustar la normativa procesal penal en vigencia, a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, incorporados a nuestra Carta Magna a partir de 1994³, y se reconoció expresamente el derecho a la doble instancia integral del imputado en el ámbito nacional.

En ese pronunciamiento, la Corte dispuso que todas las cuestiones que hayan sido debatidas en el juicio oral pueden ser controladas en casación, si hubiera recurso del imputado, con la única excepción de aquellos puntos que deriven directamente de la inmediación, debiendo el tribunal ad quem agotar su capacidad revisora en un todo de acuerdo con los postulados de la teoría alemana del agotamiento de la capacidad de revisión o capacidad de rendimiento (*Leistungsfähigkeit*)⁴.

La Constitución de la Provincia del Chubut, desde 1994, determina que el Superior Tribunal de Justicia conoce en los procesos criminales en que se prive de la libertad por más de diez años⁵, sin limitaciones, es decir, no sólo la revisión de los puntos de la resolución a que se refieren los motivos del agravio (examen exhaustivo de la sentencia) y aun sin que medie recurso de las partes (revisión usualmente denominada "consulta").

Así, a partir de aquel precedente, la garantía del debido proceso consagrada por el artículo 18 de la Constitución Argentina requiere la observancia de las formas sustanciales del juicio que ahora son acusación, defensa, prueba, sentencia y recurso, incorporando así el derecho del imputado a la revisión del fallo que lo condena.

En su tarea revisora, actualmente - como consecuencia del amplio criterio examinador consagrado por la Corte

Federal- en los casos que la impugnación sea deducida por el imputado, su defensor o por el Ministerio Público Fiscal en favor de aquel, la competencia del tribunal de alzada está desprovista de la limitación que imponía circunscribir su labor a los agravios que esgrimiera el recurrente. Cualquier modificación que intente tendrá como barrera la prohibición de la *reformatio in peius*.

Este obstáculo es menos una restricción a la actividad jurisdiccional del órgano revisor, que una garantía a favor del imputado con el fin de asegurarle el derecho a recurrir cualquier pronunciamiento judicial que le imponga una condena, pues el remedio que deduzca, objetando la sentencia, nunca podrá resolverse mediante una decisión que exceda los límites punitivos de aquella, es decir, no podrá ser más severa y ni provocarle un perjuicio mayor.

Su fundamento general puede hallarse en el principio de inviolabilidad de la defensa en juicio y en la vigencia del principio acusatorio, porque es el titular de la acción penal el único facultado para instar en la alzada el agravamiento de la pena impuesta al acusado, por medio de la impugnación de la sentencia. Por el contrario, el silencio del Ministerio Público Fiscal manifiesta la aquiescencia con lo decidido por el tribunal de juicio y consecuentemente, la satisfacción de la pretensión punitiva del Estado.

Es decir que, una vez dictada una sentencia de condena, el tribunal de alzada -y ahora también el de reenvío-, carecen de jurisdicción para agravar la situación del condenado en lo tocante al fallo originario, con la única excepción que sea el fiscal quien exprese su disconformidad y requiera su modificación, para lograr la imposición de una pena mayor a la inicial.

¹ "Lectoure, Juan Carlos s/infracción artículo 109, 110 y 111 del Código Penal" Fallo 303:267 (LL 1981-B-533).

² "CASAL, Matías Eugenio y otros s/ robo simple en grado de tentativa" - 20/09/2005 - LL 2005-F-106

³ Constitución Nacional, artículo 75, inciso 22.

⁴ Para obtener mayor información sobre el tema, sugiero leer el artículo

"La teoría del máximo rendimiento en el

derecho procesal (Aplicación del principio de economía)"

Por Augusto M. Morello y Germán González Campaña - LL-2006-D-1211

⁵ Artículo 179, inc. 2º de la Constitución de la Provincia del Chubut.

La vigencia en la instancia recursiva de la prohibición de reformar en perjuicio del imputado guarda relación con el criterio amplio sentado por “Casal”, y reafirma el reconocimiento al acusado de un derecho al examen de la decisión jurisdiccional que le imponga una pena, por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica, asegurándole que su propio impulso no empeorará su situación procesal y estableciéndose así un nuevo requisito básico de la garantía constitucional al debido proceso.

A partir del fallo “Olmos”⁶, la CSJN extendió el límite impuesto por esta garantía al tribunal de reenvío, en el supuesto en que el recurso del acusado sea el único remedio deducido y provoque la nulidad de la sentencia dictada en su contra, durante el juicio oral y público.

De tal modo, la nulidad casatoria no priva al fallo inicial de todo efecto, sino que éste se convierte en el marco dentro del cual debe desenvolverse el nuevo juicio. El tribunal de primera instancia no recupera la jurisdicción en forma completa, pues tiene en su tarea un límite máximo con respecto a las penas a imponer establecido por la condena originariamente aplicada.

Afianzar la Justicia

En estos casos, como Claus Roxin señala, la prohibición de la *reformatio in peius* se refiere *únicamente* a la pena y rige, también, para las medidas de seguridad y corrección, no así para la declaración de culpabilidad⁷.

Sobre la base de este concepto podría conjeturarse que, exceptuando la condena, el tribunal revisor tiene amplia competencia para modificar el fallo en todas aquellas cuestiones que advierta no ajustadas a derecho; más aun si se considera a la averiguación de la verdad real como objetivo del procedimiento penal y se reconocen sin reservas las facultades que el régimen procesal le confiere a los jueces, evitando incurrir en la extendida ficción de considerarlos meros espectadores del proceso.

Entre los poderes que puede ejercer el órgano judicial se encuentra el principio del *iura novit curia*, regla que establece la facultad y el deber del juzgador de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las

normas que la rigen, con independencia de los fundamentos o argumentos jurídicos que enuncien las partes⁸.

En la aplicación e interpretación de las normas, los jueces tienen la potestad privativa de valerse del derecho prescindiendo del encuadre jurídico que le dé al caso el titular de la acción penal o el tribunal de juicio, por lo que pueden enmendar el derecho que consideren mal invocado y pronunciarse acerca de la ley aplicable, sin otras ataduras que la propia normativa.

De acuerdo con lo que establece el principio *iura novit curia*, cuando el tribunal ad quem advirtiera que la plataforma fáctica de condena es susceptible de diversas imputaciones jurídicas, se encontraría obligado a aplicar un criterio pragmático tendiente a no invalidar la actividad ya desarrollada, y proceder a la modificación de la calificación otorgada por el a quo, tarea en la que no puede perjudicar al acusado ni tampoco transgredir los principios de contradicción y congruencia.

Es dogma constitucional del debido proceso el que impone a todos los operadores ajustarse y exigir el acatamiento de las reglas de congruencia, que sólo podrán flexibilizarse en situaciones particulares donde deban equilibrarse derechos y principios, sin que esa compatibilización afecte la defensa en juicio.

Sin embargo, una variación brusca de la asignación jurídica en la alzada puede sorprender a la defensa en algunos casos. La correlación entre la acusación y la sentencia no habilita la condena por otro comportamiento alternativo, si éste no ha sido atribuido legalmente, pues la imputación no es “fungible”⁹ y tal alteración en ejercicio de las potestades que el proceso le otorga al juez, podría conculcar la garantía de la *reformatio in peius*.

Un ejemplo claro

A comienzos del año 2004, un resonante caso de homicidio ocurrido en la ciudad Puerto Madryn, ocupó la tapa de los diarios locales, durante varias ediciones, cuyas noticias incluían algunas críticas concernientes a la sensación de inseguridad pública.

El hecho se dio a conocer como “**el caso Trigo**”, –tal el apellido del occiso–, y sucedió durante una noche en que éste cumplía con su trabajo de atención de una agencia de autos de

alquiler. Así fue sorprendido por un sujeto que ingresó al local empuñando un arma de fuego y efectuó dos disparos –aunque sólo uno de ellos impactó en la víctima causándole la muerte– para luego huir del lugar. La fuga fue vista por dos vecinos, quienes, en el proceso, se convirtieron en una prueba dirimente para el esclarecimiento del caso.

Durante la investigación judicial se detuvo al responsable a quien, después de un proceso relativamente breve, se lo condenó a la pena de prisión perpetua por considerarlo autor del delito de homicidio calificado por haber sido cometido con alevosía (art. 80, inc. 2° del Código Penal)¹⁰.

La sentencia fue impugnada por la defensa, por medio de un recurso de casación¹¹, en el que se criticó el razonamiento que utilizaron los jueces para imputarle a su asistido la agravante referida, pues consideró que en la causa no se había logrado demostrar el accionar preordenado de Molina, que exige el supuesto del artículo 80, inciso 2° del Código Penal y, consecuentemente, solicitó la readecuación legal del hecho dentro del tipo penal de homicidio simple.

La Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, revisó el fallo con el criterio sentado por el precedente “Salto”¹², en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación determinó que las cortes provinciales, debían realizar un análisis integral de los recursos previstos en sus códigos procesales penales, garantizando plenamente, en el orden provincial, el derecho al doble conforme del acusado, de la misma forma que se había hecho en el fallo “Casal” para el ámbito nacional.

Conteste con las ideas que se esbozan en este trabajo, el voto de la minoría, resulta pertinente para resolver la cuestión que aquí se plantea, pues allí se hizo lugar a lo que el defensor en su queja había expuesto y se señaló que el hecho objeto de la causa no se ajustaba al homicidio agravado por “alevosía”. Allí, se concluyó que el acontecimiento solo podía juzgarse bajo la figura del homicidio simple (artículo 79 del Código Penal) (del sufragio del juez Panizzi, en minoría).

El voto citado, tuvo en cuenta la circunstancia de que el hecho se cometió mediante el empleo de un arma de fuego (artículo 41 bis del código material), condición incluida en

la imputación y no cuestionada por la defensa durante todo el proceso, puesto que centró su labor técnica en descartar genéricamente la autoría colocada por la fiscalía en cabeza de su asistido. Sin embargo, entendió que, de aplicar la agravante al caso, y considerando que el recurso deducido había sido interpuesto por el acusado, perjudicaría la situación de éste aun cuando la pena a imponer hubiera sido menor a la originaria¹³.

Por esos motivos, propició admitir el remedio deducido contra la condena y casar la sentencia atacada, modificándola en punto a la calificación legal que estableció únicamente en el delito de homicidio simple, razón por la cual readecuó la pena impuesta a doce de años de prisión efectiva e inhabilitación absoluta como accesoria legal, con más las costas del proceso.

La apreciación del magistrado resulta discutible en punto a la solución que dio al caso, basada en la falta de contradicción durante el proceso sobre la utilización del arma de fuego. De su análisis, se desprende la idea de que modificar en la alzada la calificación jurídica dada por el tribunal de grado, incorporando la agravante genérica del artículo 41 bis del Código Penal, hubiese afectado los derechos del acusado pues en esa instancia carecía de toda posibilidad de ejercer su defensa.

Como ya expresé, la garantía que prohíbe en la alzada reformar en detrimento del acusado rige para la pena, las medidas de seguridad y de corrección, pero no así para la consideración jurídica del hecho imputado, en tanto el juzgador –como anoté antes– tiene la libertad de elegir y aplicar la norma que considera más acorde con el caso que tiene bajo decisión.

A mi criterio, en el ejemplo, si la defensa al rebatir la autoría del hecho no controvertió la utilización del arma de fuego en manos de su asistido –no obstante haber tenido la posibilidad real de hacerlo, pues tal circunstancia fue materia de acusación–, la inclusión de la agravante en la recalificación del suceso no violentaría el principio de contradicción que rige en el procedimiento penal, siempre y cuando se respeten la exactitud del hecho juzgado y la prohibición de acentuar la pena.

Sostengo que cuando el tribunal revisor advierte que la plataforma fáctica

⁶ CSJN Fallo “OLMOS, José Horacio; DE GUERNICA, Guillermo Augusto s/ estafa” O.136 XXXVII

⁷ Claus Roxin, Derecho Procesal Penal. Pág. 455. Editores del Puerto S.R.L. - Año 2000.

⁸ CSJN Fallo 326:3050 “Chiappe, Américo c/ Ceprimi S.R.L. y otros”

– Fallo “La Continental Cía. De Seg. Generales S.A. c/ Fisco Nacional (D.G.I.) s/ proceso de conocimiento” 21/03/2006.

⁹ Julio B. J. Maier - Derecho Procesal Penal. Tomo I- Fundamentos, págs. 569/572, Editores del Puerto S.R.L.

¹⁰ STJCh. Fallo “MOLINA, Héctor Elías psa

Homicidio Simple” (Sentencia N° 33/06 Expte.20456-211-2006)

¹¹ Artículo 415 del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut.

¹² CSJN - Fallo “Salto, Rufino Ismael s/ abuso sexual agravado” 07/03/06 - Fallo T. 329, P. - LL2006-D-434.

¹³ La cuestión concerniente a la aplicación de la agravante genérica fue tratada por la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia en la causa “DIAZ, Darío Alejandro s/ homicidio simple” (Expediente N° 20.083 - D -, de noviembre de 2006).

de la sentencia condenatoria subsume bajo un tipo penal diferente a aquel seleccionado por el a quo, su modificación sólo quebrantaría el derecho de defensa del acusado, si alguna de las particularidades del hecho que los magistrados juzgan para recalificar no fue materia de acusación. Esto es así porque tales particularidades, surgen como consecuencia de pruebas producidas durante el juicio que modifican las circunstancias de tiempo, modo y lugar imputadas oportunamente, o porque emergen de la revalorización que los magistrados están habilitados a llevar a cabo sobre los elementos obrantes en la causa luego de la doctrina "Casal".

Tampoco habría, en ese caso, una transgresión al principio de congruencia si se produjera la readecuación legal citada, pues, al hacerlo, el juez no hubiese modificado el hecho, base de la condena. Tan solo lo hubiera ajustado a derecho en función de la verdad real de lo acontecido y de una apreciación diferente de la prueba.

Tiene dicho la CSJN que "... la sola circunstancia de que la Cámara, sin agravar la pena, modificara la calificación del delito, no importa agravio constitucional"¹⁴.

Es esa la facultad que el principio *iura novit curia* le otorga a los magistrados: seleccionar la figura del repertorio normativo que encuentre más ajustada a la realidad que presenta el caso y aplicarla con libertad, ya que está habilitado a vincular legalmente la conducta sometida a juicio de un modo diferente a como lo hizo el acusador y aun el tribunal de juicio.

Mientras se mantenga la identidad fáctica entre el hecho intimado en la acusación y aquel por el cual se condenó —al igual que el tope establecido por la pretensión punitiva fiscal-estatal—, los magistrados tienen, en la alzada, un amplio margen de libertad para subsumir la realidad en el marco legal que consideren más ajustado al derecho vigente en tanto, con esa premisa, la modificación nunca podrá perjudicar al acusado (a menos que se incremente la pena, claro).

Tal como expuse en la introducción de este trabajo, la interpretación jurídica es el método imprescindible al que debe acudir todo jurista y operador del sistema judicial, para coordinar y concretar el vasto catálogo de principios, derechos, deberes y garantías que otorga, e impone, nuestro ordenamiento jurídico en complejas situaciones, como la comentada en

párrafos precedentes.

La tarea de aplicar el derecho siempre encuentra obstáculos que, en ocasiones, emergen del conjunto de normas en vigencia. Pero, en el momento de resolver un caso concreto, es posible dirimir las contradicciones que se produzcan entre los principios que regulan el proceso penal, o entre éstos y las garantías que el mismo régimen de forma reglamenta. Para hacerlo, es preciso echar mano del contexto en el que esas reglas deben aplicarse buscando en el significado mismo de cada directiva una interpretación armónica y justa.

Es por eso que, en derecho, nunca podremos hablar del antagonismo entre normas, principios o garantías que no tenga solución, porque en su interpretación y en las reglas que rigen el proceso siempre existe un recurso para salvar el conflicto. Estas normas, principios y garantías son complementarios, lo cual permite llenar los vacíos y resolver situaciones confusas.

Otros supuestos

Cuando la causa llega a manos del tribunal *ad quem*, por la impugnación que del fallo condenatorio hizo el acusado, su defensor o el titular de la acción penal en beneficio de aquel, si los jueces advierten inobservancia o errónea aplicación de normas sustantivas deben casar la sentencia y resolver con arreglo a la ley¹⁵. En cambio, si se percatan de una transgresión a las normas procesales deben anular lo actuado y remitir el proceso al tribunal que corresponda, para la substanciación de un nuevo juicio¹⁶.

Pero, en muchas ocasiones, la revisión de una sentencia coloca a los jueces en situaciones conflictivas, cuya resolución no es posible obtener sencillamente, por medio de las reglas que el código de procedimiento les pone a su disposición y deben recurrir a interpretaciones amplias de las reglas de forma para concluir la tarea.

Uno de esos complejos ejemplos se dio en otro caso tratado por la corte chubutense, por razón de un recurso deducido por la defensa, contra la sentencia que condenó a los cuatro imputados en la causa por el delito de homicidio en agresión¹⁷. El hecho base de la condena ocurrió en la vía pública de una villa balnearia, cuando tres jóvenes, al salir de un local nocturno, persiguieron a otro hasta alcanzarlo, rodearlo e infligirle puñetazos y

puntapiés hasta derribarlo. En ese momento, arribó un automóvil del que se bajó un cuarto sujeto, ajeno al grupo agresor, y con una botella de cerveza golpeó dos veces a la víctima en la cabeza y huyó¹⁸.

En la instancia revisora, los jueces examinaron el fallo y observaron que la autopsia estableció como causa de la muerte una hemorragia en la cabeza, provocada por el impacto contra una superficie rígida, o un elemento de iguales características y sin aristas filosas. El resto del cuerpo sólo presentó lesiones leves de tipo contuso.

Durante el juicio, uno de los acusados admitió haber golpeado a la víctima dos veces en la cabeza utilizando una botella de cerveza, y reconoció que no continuó porque en el segundo impacto se produjo la rotura del envase. Con relación a los otros tres acusados, se estableció que sólo habían aplicado golpes de puños y puntapiés, cuando el damnificado yacía en el piso a causa de una zancadilla cuyo autor no pudo establecerse.

A criterio del *ad quem* el tribunal de juicio no había advertido que, con esos elementos, el evento dañoso se podía dividir en dos momentos perfectamente diferenciados; un primer ataque mediante golpes de puño y patadas que llevaron a cabo tres de los imputados y una posterior arremetida que, sorpresivamente, realizó un cuarto sujeto extraño al grupo y a la escena mediante una acción que causó la muerte de la víctima.

Por consiguiente, el hecho cambió de calificación jurídica, por cuanto los cuatro acusados no podían ser responsabilizados de la misma manera de lo ocurrido, ya que su actuación en el hecho había quedado claramente diferenciada luego de la reevaluación efectuada en la causa.

La falta de razonabilidad en la reconstrucción histórica del evento y en la valoración de la prueba fue destacada por los jueces examinadores, como la razón de que el proceso haya finalizado con el dictado de una sentencia arbitraria e injusta, fundamentalmente en cuanto al tipo penal seleccionado en el fallo revisado.

Ante este escenario ¿cuál sería la solución del caso que haga justicia?

En la práctica, es habitual que una inadecuada apreciación de los hechos y la prueba —como en el ejemplo— derive en esta clase de pronunciamientos, porque sólo de esa manera los jueces podrían condenar por homicidio a los cuatro acusados, y desconocer que en

la causa había elementos de los cuales se infería que la muerte se produjo por el accionar exclusivo de un sólo imputado.

Luego de la revisión, los hechos evidenciaron una realidad diferente que no se ajustó a la calificación jurídica que le otorgó el tribunal de grado. De manera tal que, correspondía su readecuación legal y un reajuste de las penas impuestas.

Mientras uno de los acusados resultó autor del homicidio, los otros tres tuvieron una responsabilidad penal por el hecho diferente a aquella por la cual fueron condenados. Podrían haber sido juzgados autores de las contusiones leves que presentaba el damnificado quien, de no haber fallecido, hubiese sido considerado víctima de esas lesiones.

Pero, si la acusación fue por homicidio y los defensores centraron su trabajo técnico en desacreditar la responsabilidad de los acusados por la muerte de otro sujeto, es muy probable que nada hayan dicho sobre las lesiones, motivo por el cual una nueva condena por un delito diferente, podría considerarse una violación al principio de defensa y a la regla de congruencia que debe guiar toda sentencia penal. Aun cuando podría deducirse que si el homicidio se produjo en agresión sólo mediante la violencia que un individuo despliega físicamente sobre otro, puede ocasionar su muerte. Es una realidad que en toda disputa los contendientes suelen efectuar varios golpes hirientes antes de causar el resultado letal.

Atribuido el hecho, los letrados cuentan con variadas estrategias para ejercer el amparo de los acusados. La garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio procura que aquel a quien se acusa de la comisión de un delito tenga, durante todo el proceso, la posibilidad real de rebatir todas las circunstancias que controviertan su inocencia, no que efectivamente lo haya hecho —lo cual, técnicamente no es exigible—. Pero esas circunstancias tienen que haber sido materia de acusación, de lo contrario es inadmisibles, legalmente, emitir una condena al respecto.

Una vez redefinidas ciertas particularidades en la comisión del hecho éstas pasan, innegablemente, a formar parte de la plataforma fáctica y por ellas los magistrados tiene el deber procesal de readecuar legalmente el evento conforme el *iura novit curia* ya analizado.

Por eso, en estos casos, siempre resulta significativa la manera en que el

¹⁴ CSJN - Fallo "Bazzino" 242:234.

¹⁵ Artículos 428 del Código Procesal Penal

del Chubut y 470 del Código Procesal Penal de la Nación.

¹⁶ Artículos 429 del C.P.P. Chubut y 471 C.P.P.N.

¹⁷ Artículo 95 del Código Penal.

¹⁸ STJCh, in re "ABELAS, Néstor s/ Homicidio en agresión" (Sentencia N° 20/07-Expte N° 20.515-221-2006)

fiscal imputa el hecho, más precisamente, la descripción del acontecimiento que surge de la acusación porque sirve para determinar en la alzada la forma de resolver la cuestión. Con esto quiero decir que, si en el ejemplo el fiscal describió el suceso incorporando las lesiones causadas, éstas podrán considerarse atribuidas legalmente y la recalificación por el tribunal ad quem sería adecuada.

En cambio, si la acusación nada dijo sobre las lesiones y éstas emergen evidentes de la prueba producida en la alzada, la otra opción es analizar si esa figura se encuentra contenida en el tipo penal aplicado originariamente. Con una conclusión afirmativa de ese análisis, cabría preguntarse si el tribunal cuenta con la facultad de anular la sentencia con respecto a la condena por homicidio en agresión sobre los restantes imputados y enviar la causa al tribunal de juicio pertinente, para el dictado de un nuevo fallo en el que se determine la responsabilidad y participación de cada uno de ellos¹⁹.

A esta altura del trabajo, es dable resaltar que la casación no es un recurso amplio como la apelación –aun considerando el criterio sentado por “Casal”– y los acusados carecen en esa instancia de toda posibilidad a presentar pruebas defensivas, razón más que suficiente para conjeturar que cuando la redefinición en la materialidad del hecho es de magnitud y produce un cambio en los criterios de participación, los magistrados revisores carecen de facultades para juzgar tales descubrimientos y establecer por sí mismos nuevas conclusiones. Si lo hicieran violarían el principio de contradicción y la garantía constitucional de la defensa en juicio.

Una justa solución, sería fijar el hecho en el pronunciamiento que resuelve el recurso de los acusados, tal como quedó definido luego de la revisión y armonizar las reglas procesales que el ordenamiento de forma brinda, anulando la sentencia de condena y remitiendo la causa al tribunal que corresponda con el fin de reeditar el juicio acorde a los lineamientos que al respecto se expresen.

Máxime, cuando una nueva subsunción del evento implica, lisa y llanamente, tener que determinar

concretamente los comportamientos por los cuales se condena e imponer una pena distinta a la originaria

Las omisiones de origen no se subsanan en la alzada

Es habitual que durante el debate surjan circunstancias excepcionales relacionadas con el hecho bajo juzgamiento, que sin modificar la imputación pasen a integrarla. El fiscal puede receptorlas y al momento de alegar formalizando su acusación, adecuar la calificación legal al hecho redefinido y solicitar una pena acorde sin que esta actuación conculque los derechos del acusado, pues a éste, en la misma oportunidad se le otorga la posibilidad de ejercer su defensa.

Diferente es cuando se revela en el juicio un hecho independiente al atribuido inicialmente, por el cual el tribunal de grado luego no se pronuncia y al llegar la causa a manos de un tribunal revisor, es éste quien advierte la omisión, no los recurrentes. Aquí no importa quién haya solicitado la revisión, el tribunal examinador no puede incorporar este hecho a su sentencia porque no ha sido llevado a su conocimiento y en esta instancia los magistrados no tienen potestad jurisdiccional para juzgar hechos nuevos, aun cuando sean evidentes.²⁰

Esta clase de intervención, tratando aspectos en los que no están los jueces revisores facultados a conocer, la decisión que en consecuencia emitan no está alcanzada por el iura novit curia, pues aunque el juez conoce el derecho no puede aplicarlo a situaciones que técnicamente no fueron puestas en su conocimiento, pues ello violenta las garantías consagradas al acusado por el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Por eso, si el titular de la acción penal no controló debidamente los resultados de esa etapa procesal ni se percató de la omisión del tribunal, aun cuando hubiese recurrido el fallo, si nada dijo a ese respecto la sentencia hace cosa juzgada.

Una condena, en segunda instancia, sobre hechos emergentes del debate que no fueron objeto de acusación, importa resolver sin jurisdicción, afectar la situación alcanzada con el fallo definitivo de la instancia anterior y comprometer la garantía del imputado que prohíbe reformar en su perjuicio,

conculcando al mismo tiempo la defensa que asegura la Constitución Nacional²¹.

En cambio, si el a quo es quien advierte la aparición de un hecho independiente y al resolver se pronuncia a su respecto –sin mediar acusación– al llegar la causa a manos de los jueces revisores, éstos tienen el deber de anular la sentencia en ese punto y habiendo mediado condena, sobreseer al imputado²².

Los límites de la libertad que traza el derecho penal no sólo son límites de la libertad individual, sino también límites de la intervención estatal²³.

Conclusiones

1°.- La tarea de aplicar una norma jurídica a un caso concreto, requiere siempre acudir a un proceso previo de interpretación de la ley que permita establecer su sentido y significado jurídico. Pero esa operación racional para establecer el alcance de la norma, debe realizarse siempre en concordancia con el contexto dentro del cual la norma surge y habrá de aplicarse, buscando que la interpretación seleccionada sea acorde con resto del ordenamiento jurídico, pues no podrá contrariar principios que reconozcan jerarquía constitucional.

2°.- Los alcances actuales que la CSJN estableció para el recurso de casación por medio de los lineamientos dados en el fallo “Casal”, le reconocen al imputado el derecho a la revisión de fallo que lo condena, en un todo de acuerdo con los tratados internacionales incorporados a partir de 1994 al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional (derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometido a un tribunal superior, artículo 14.5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Pero, al mismo tiempo, el amplio criterio revisor que el precedente sienta completa las formas sustanciales del juicio que establece el artículo 18 de la Constitución Nacional incorporando el doble conforme y debe realizarse de acuerdo a la garantía constitucional que

prohíbe reformar en perjuicio del imputado. Es decir, que el escrutinio de la sentencia por un Tribunal Superior no puede concluir en una decisión que empeore la situación del condenado, cuando haya sido él quien inste la revisión, y aun el Ministerio Público, a favor del imputado.

3°.- Mientras el iura novit curia es el principio que le da al juez la potestad de aplicar el derecho en vigencia, según su leal saber y entender, pudiendo readecuar jurídicamente la plataforma de condena de una manera diferente a como lo solicita el titular de la acción penal, o como lo haga el tribunal de juicio, la reformatio in peius es una garantía constitucional que consiste en la imposibilidad de modificar una resolución agravando la situación del condenado, cuando ésta haya sido recurrida por él, su defensor o el fiscal en beneficio del imputado; pero que sólo rige en materia de penas, medidas de seguridad y corrección, nunca para la declaración de culpabilidad.

De manera tal, que jamás habrá una pugna entre el principio y la garantía aludidos, pues tienen sus ámbitos de aplicación claramente determinados y, en esa tarea el juzgador debe armonizar toda la normativa de forma que rige en materia de revisión.

4°.- No constituye trasgresión a la reformatio in peius la modificación por el tribunal de alzada de la calificación legal otorgada al hecho por el a quo, siempre que ello no implique un agravamiento de las penas originariamente impuestas, o la recalificación se produzca mediante la valoración de circunstancias que no fueron materia de acusación y cuando en la tarea de aplicar un nuevo tipo penal, los jueces revisores no deban juzgar nuevamente las circunstancias de hecho y de derecho contenidas en la causa, pues carecen de jurisdicción para hacerlo.

5°.- La sentencia dictada por la alzada no puede provocar indefensión, recalificando y condenando por un hecho cuyas circunstancias excede aquellas descriptas en la acusación.

6°.- El Tribunal revisor, por imperio del iura novit curia, siempre podrá modificar el encuadre de un delito agravado por el hecho punible básico comprendido en ese tipo penal –caso Trigo”, no así a la inversa.

¹⁹ Un ejemplo de ello: “Si en la audiencia del debate se ha demostrado que uno de los integrantes del grupo de asaltantes, a los cuales la requisitoria de elevación a juicio atribuyó el delito de homicidio con motivo u ocasión del robo, mató porque quiso matar y lo hizo al no poder consumir el

desapoderamiento del dinero tenido por uno de los asaltados, aparece modificado el hecho contenido en la acusación, pues se configuraría uno de los supuestos del homicidio criminis causa, por cuya razón, promediando un hecho diverso, el proceso debe remitirse al

Agente Fiscal.” (Cámara Séptima de Apelaciones en lo Penal de Córdoba; del voto en disidencia Dr. Pastrello: R0007419; Ávila Juan Carlos y otros s/ Robo calificado; sentencia del 15 de Septiembre de 1992).

²⁰ Claus Roxin, op. cit., pág. 456.

²¹ Por aplicación del criterio sentado por la CSJN en el fallo “Monzo” 234:367.

²² Claus Roxin, op. cit., pág. 456.

²³ Winfried Hassemer, Fundamentos del Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, pág. 313.

LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL UNA VISIÓN DESDE EL GERENCIAMIENTO DEL PROCESO

POR GUILLERMO COSENTINO:

Secretario de Informática Jurídica del Superior Tribunal de Justicia (Chubut). Especialización en Derecho e Informática. Training en Administración de Cortes. Profesor universitario.

Introducción

La Provincia del Chubut ha realizado un cambio radical en el sistema de investigación y enjuiciamiento de delitos.

Este es el tercer sistema procesal que entra en vigencia su historia y en su transformación a recorrido un camino progresivo desde el modelo "totalmente escrito" hasta, el actual "acusatorio, oral y actuado" en todas sus etapas, pasando por el "mixto" (escrito durante la investigación y oral en la etapa de juicio).

Tal giro en las normas que regulan los procesos penales, también deja claras señales de un cambio más que significativo en los principios que iluminan la actuación de los operadores en todos los niveles de la organización.

Se está en condiciones de derrotar definitivamente la fuerte burocracia del papel rodeada de circuitos en los procesos de trabajo tan intrincados como pueda imaginarse. Sin embargo, el cambio en los principios y herramientas procesales, señala la necesidad de mudar la manera de gerenciar los casos judiciales (case management), y ello no impulsa decididamente a un diseño diferente de la organización que tiene la responsabilidad de la gestión y de los procesos de trabajo.

El nuevo sistema, fuerza el tránsito desde un modelo organizacional jerárquico, vertical, con una marcada impronta en lo funcional, a uno significativamente horizontal y por objetivos.

Este trabajo pretende mostrar como la nueva matriz hizo necesario aplicar "reingeniería de procesos" y como es necesario profundizar el uso de la herramienta aprovechando la oportunidad que ofrece la innovación en el cambio de los principios rectores del nuevo "Proceso Penal".

Los procesos de trabajo existentes

hasta el momento de la entrada en vigencia de la normativa referida devienen en inaplicables por su fuerte contenido burocrático plagado de acciones cuyo diseño fue basado en una óptica analítico-reduccionista y en sistema de gerenciamiento racional-weberiano. Así el paso del viejo modelo al nuevo puede significarse con la conocida metáfora: "quemar las naves".

Entre otras falencias, en los sistemas procesales anteriores las tareas eran personales, sin parámetros o estándares, más basadas en la función del individuo que en la finalidad del equipo, los procesos de trabajo tal como estaban diseñados se mostraban inadecuados para los resultados esperados; en un contexto de tales características los resultados la mayoría de las veces no estaban determinados por las acciones, y estas tendían de manera destacada satisfacerse más como un fin en si mismas que por los objetivos institucionales.

En este marco existía una ausencia absoluta de indicadores de gestión y de resultados, circunstancias en las que se podía tomar conocimiento de las disfunciones y en consecuencia corregirlas.

El nuevo proceso penal se adecua más a la visión en la que la ciudadanía demanda justicia y seguridad. En un contexto en el que los resultados estaban lejos de ser aceptables, la misión es alcanzar niveles admisibles para ambos valores en relación al reclamo social.

Nuestra propuesta es la utilización de instrumentos de medición de la gestión y de los resultados, teniendo en cuenta los "Factores Críticos de Éxito" (FCE) en el nuevo Proceso Penal y sus procesos de trabajo rediseñados.

Mediante el uso de técnicas de reingeniería se diseñan los procesos de trabajo y se establece el nuevo modelo organizacional, donde los equipos de proceso ocuparán la escena y los

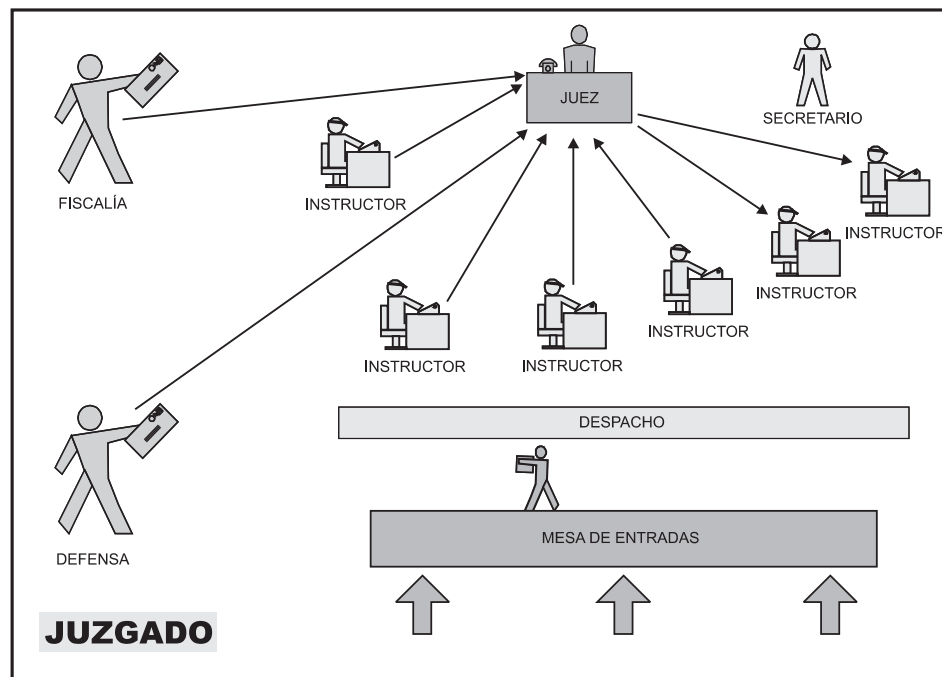
indicadores nos habrán de permitir el control de aquellos y de sus resultados, concentrándonos para este trabajo muy especialmente en la actividad de la Oficina Judicial (OFIJU), responsable del caso que se judicializa, en otras palabras de las unidades de información que agrupan hechos y circunstancias que se llevan a conocimiento de un juez.

Antecedentes

Al momento de la puesta en funcionamiento del nuevo proceso penal el estado de situación era crítico, ya que las denuncias abren causas que año a año van en aumento y el ciudadano espera que cada una de ellas tenga su respuesta. El modelo jurídico del viejo proceso no permite discriminar

criterios de selección de casos o determinar prioridades. Es igual el tratamiento que debe darse a una causa por el hurto de una golosina, que aquella que lo es por robo a mano armada, como así también lo son los procesos de trabajo que llevan la causa a destino, los recursos humanos y los materiales que le proporcionan logística.

En este contexto, comienza distorsionarse el criterio para asignar tiempo y recursos a un caso, llegándose a una distribución basada en la delegación del control de los mismos y en su asignación según la jerarquía del personal dentro del juzgado o del órgano de investigación (Fiscalía). Metodología que desprofesionalizaba la dirección del proceso.[1]



Este modelo de trabajo, su estructura y aparato logístico, sólo permiten responder al aumento de la complejidad y del volumen de trabajo mediante la replicación de las unidades de organización dentro del sistema de administración de justicia, transformándose cada juzgado, fiscalía y defensoría en compartimentos estancos, sin un sistema de comunicación integral, fortaleciéndose una burocracia estructural, Kafkiana.

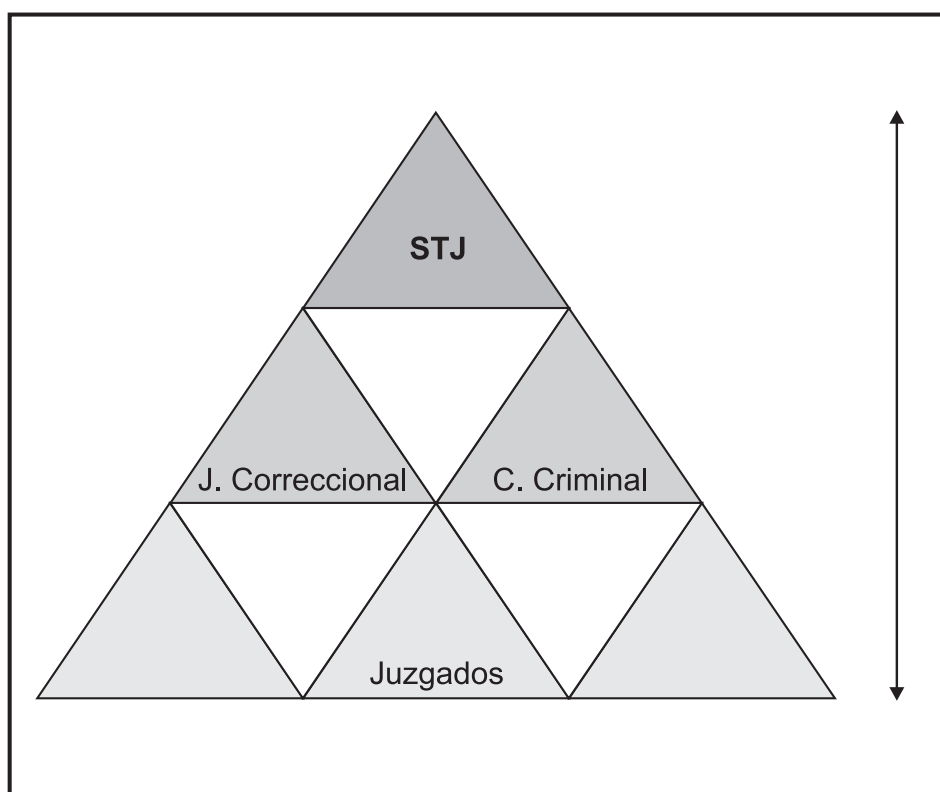
Este modelo vertical muestra sus características más representativas en las siguientes particularidades[2]:

- Metas funcionales
- Pérdida de información por el desplazamiento vertical del caso
- Fragmentación de los objetivos
- Costos agregados consecuencia de la fragmentación
- Sofocación de la iniciativa y la creatividad de los trabajadores

[1] Frank Ostroff, La Organización Horizontal (La forma en que transformará radicalmente el desempeño de las organizaciones del siglo XXI). OXFORD University Press, ed. 1999, pág 3.

[2] Frank Ostroff, La Organización Horizontal (La forma en que transformará radicalmente el desempeño de las organizaciones del siglo XXI). OXFORD University Press, ed. 1999, pág. 6

Y presenta una estructura como el siguiente:



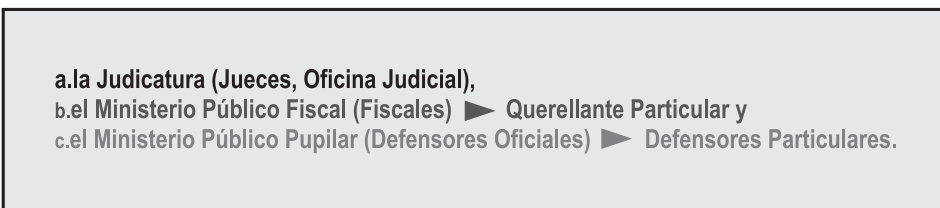
En la investigación y juzgamiento de cada 100 denuncias, sólo entre 2 y media a 3 llegaban a juicio y no pocas veces las más sensibles a la sociedad. Muchas denuncias, iniciada la investigación, excedían los plazos máximos para permanecer en ese estado y terminaban fuera del alcance del brazo de la justicia

Nuevo Código Procesal Penal, Nueva Organización y Procesos de Trabajo.

El nuevo modelo normativo separa claramente los procesos de investigación y judicialización del caso,

esto permite un cambio absoluto en las estructuras funcionales descriptas, pasando a un modelo que se inserta más claramente en la categoría de las organizaciones horizontales, con estructuras mejor preparadas para procesos por objetivos y resultados, además de favorecer las interrelaciones. Rescata los principios de la organización mediante procesos de trabajo más eficaces y eficientes compuestos de tareas exclusivamente adicionadoras de valor.

Tres grandes equipos con procesos definidos, forman parte del nuevo modelo, el de:



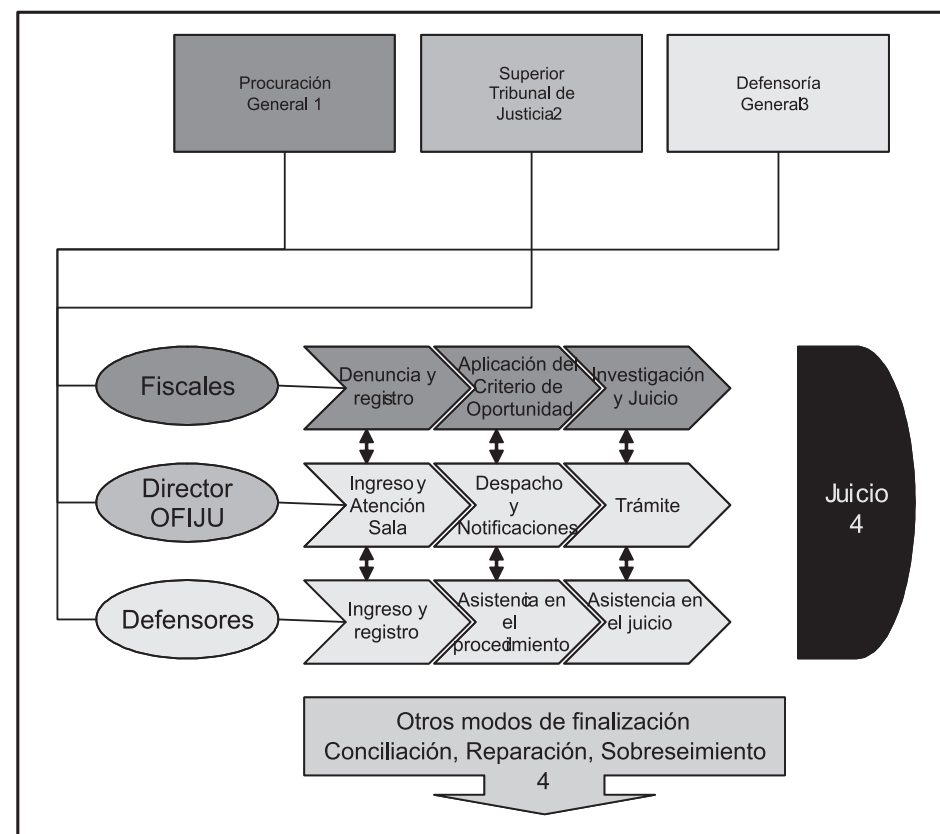
Todos estos actores ya integraban la estructura orgánico – funcional anterior, pero sus procesos de trabajo especialmente en los dos primeros no estaban lo suficientemente claros, existían superposiciones y muchas veces indefinición en los objetivos, además de fragmentación, la misma actividad del proceso se desplegaba muchas veces indistintamente ante diferentes unidades funcionales.

El nuevo sistema, distinto delineado bajo principios diferentes, significa una oportunidad de cambiar las creencias y los valores subyacentes por la influencia del viejo modelo de Administración de Justicia Penal, en esta empresa la reingeniería alimenta e impulsa una nueva conciencia colectiva sustentada en fomentar certezas basadas en una filosofía de trabajo

- sistémica con metas diferentes:[3]
- a) El aprendizaje permanente es parte del trabajo.
 - b) Cada persona pertenece a un equipo, los buenos resultados los benefician a todos y los malos los hacen responsables por igual.
 - c) Todos tienen la responsabilidad de agregar valor a los procesos de trabajo, esa es la contraprestación.
 - d) La tarea de cada persona que compone el equipo y su integración a la cadena de valor es esencial.
 - e) Cada persona debe hacer propios sus problemas y resolverlos.
 - f) El responsable de cada equipo es un capacitador.
 - g) Los salarios los paga el ciudadano (fuente del presupuesto), por ellos existe y en ellos está, la finalidad del Servicio de Justicia.
- En el nuevo diseño organizacional

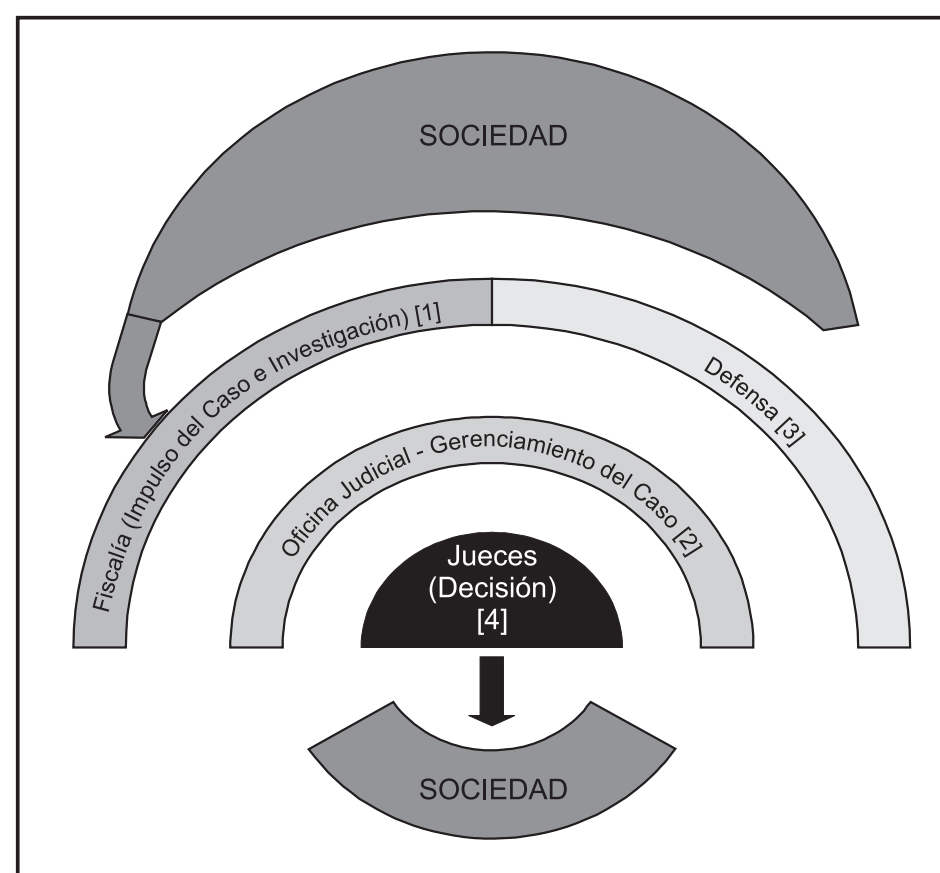
se ve más claramente, como cada uno de los equipos descriptos pugna por un objetivo propio pero coadyuvante

con el común denominador de todos, “Administrar Justicia”, finalidad central de la organización.



El diagrama muestra los tres procesos base del modelo, organizados horizontalmente con una única dependencia jerárquica, (denominada organización híbrida[4]) los procesos avanzan paralelamente, sin embargo pueden observarse relaciones interinstitucionales entre el proceso 1 – 2 y el 3 – 2, es decir el proceso principal es el 2, ya que de él depende el gerenciamiento del caso (case management) hasta la decisión. Sin embargo, es el proceso 1 mediante el impulso que impriman sus equipos de trabajo motivando los subprocesos a su cargo, el responsable del avance y

corresponsable con 2 de la correcta dinámica del modelo. Mientras 3 es un proceso reactivo a la propuesta de 1 y la respuesta gestiona de 2; finalmente, este se presenta como un proceso convergente para los otros dos. Mientras que 4 es el proceso de “toma de decisiones”, este es nuclear ya que de él emanan los productos por excelencia (son la razón de todo el modelo) del sistema judicial. La calidad del mismo está íntimamente con la eficacia, eficiencia, complementariedad, integridad e información de los procesos que le son tributarios (1,2,y 3).



[3] Conf. Michael Hammer y James Champy, Reingeniería (Olvide los que usted sabe sobre como debe funcionar la empresa, ¡Casi todo esta errado!), Grupo editorial Norma – interés general-, Capítulo 4., ed. 1994.

[4] Frank Ostroff, La Organización Horizontal (La forma en que transformará radicalmente el desempeño de las organizaciones del siglo XXI). OXFORD University Press, ed. 1999, pág. 20/1

Este trabajo describe una organización en torno a los procesos centrales y funciones interrelacionadas. Todo el diseño está fortalecido por el direccionamiento de las actividades a equipos de trabajo confiando a sus integrantes facultades para la toma de decisiones en la cadena de valor.

La capacitación es un componente esencial para responder creativamente y con flexibilidad a los nuevos desafíos y para el trabajo colaborativo. Al mismo tiempo, las TICs facilitan las herramientas para establecer las mediciones de los objetivos y resultados, así como para determinar la satisfacción del cliente, mientras se otorga a los miembros de los equipos: instrumentos, motivación, conocimientos y autoridad para la toma de decisiones de desempeño.

La NUEVA VISIÓN, resultado de la reingeniería organizacional, nos proyecta hacia una nueva cultura de colaboración que se concentrará en el mejoramiento continuo del desempeño y valorización de los integrantes de los equipos, la toma de conciencia de su responsabilidad y promoción del bienestar[5].

Tecnologías de la Información y la Comunicaciones como parte de la Reingeniería

Este modelo es innovador ya que no prioriza el traslado de documentación (habitualmente en soporte papel), sino de información, a los responsables de los equipos de trabajo, en cada uno de los procesos. Por lo que desempeña un papel estratégico la herramienta informática de la mano de las comunicaciones.

Descentralizar o concentrar deja de ser un problema ya que un modelo de organización como el que presentamos, requiere una morfología comunicacional adecuada a la nueva racionalidad, aprovechando lo mejor de ambas[6].

Las TICs (Tecnologías de la Información y las Comunicaciones), son una herramienta formidable, a la vez generadora y motivadora del cambio, y vital para el procesamiento, tanto de la gestión, como de la información que de ella procede. En tal sentido motor del feedback del modelo[7].

Al no existir un diseño de organización jerárquico en el que todo es formalmente consultado en instancias superiores, tornando lentos los procesos de trabajo, los responsables de los equipos pueden comenzar a tomar decisiones gerenciales como producto de la información que proporciona el nuevo modelo y la

herramienta informática[8].

En este punto analizaremos la aplicación de otra herramienta proveniente del "management" el "Cuadro de Mando Integral" (CMI). Este se sustenta especialmente en sistemas de información.

Es un nuevo sistema de medición del rendimiento que ofrece a la conducción política y estratégica del Sistema de Administración de Justicia una visión rápida y completa del estado de los procesos y de los resultados de la organización[9].

El CMI muestra cuatro perspectivas:

a. La visualización que el ciudadano tiene del Servicio de Administración de Justicia Penal.

b. La percepción de la necesidad del ciudadano, frente a las problemáticas sociales que precisan una respuesta cada vez más a medida, desde la que se establece la performance de la organización y la calidad del servicio.

c. La que hace a la evolución de la organización, alcanzando sus fines mediante un servicio continuamente mejorado basado en el aprendizaje permanente y la innovación.

d. Finalmente la responsabilidad de hacer un correcto y responsable uso de los recursos, rindiendo las cuentas de la inversión de aquellos.

Como producto de la reingeniería que implica el nuevo modelo, se deben establecer claramente los "Factores Críticos de Éxito". Entendemos por tales aquellos aspectos más representativos del correcto funcionamiento de los procesos centrales de la organización. Se caracterizan por su capacidad de indicar a la conducción estratégica la condición o estado en que se encuentran los procesos de la organización en relación a las metas y resultados planificados. Estos contribuyen esencialmente en la conformación del CMI; se hacen medibles en él y hacen de la estrategia el eje central de la organización, desplazando el control[10].

Los indicadores del CMI se encuentran estrechamente relacionados con los objetivos estratégicos y el rendimiento, por lo que representarán las metas de cada una de las perspectivas mencionadas mediante un limitado número de aquellos, aunque constitutivos de aspectos claves[11].

Ya en marcha el proceso de cambio, su conducción encuentra que esta herramienta es la más apropiada, ya que permite evaluar el estado y marcha de dicho proceso en sus aspectos críticos, especialmente aquellos implican el más significativo

componente de la transformación, el cultural.

Los fines sociales de una organización de gobierno igualmente deben ser alcanzados de forma eficiente, eficaz, responsable y pensando en una demanda social también cambiante al compás de la realidad de las relaciones y sus conflictos. El rendimiento no es patrimonio exclusivo de las empresas económicamente rentables.

A modo de ejemplo, y como propuesta para el monitoreo del cambio en los procesos de trabajo expondremos la composición de algunos indicadores materialmente posibles a su vez reveladores de ciertos estados.

Cada caso iniciado en la oficina judicial se debe corresponder con una de los siguientes actos conclusivos:

- a) Sentencia.
- b) Aplicación del criterio de Oportunidad.
 - i) Conciliación.
 - ii) Reparación.
 - iii) Probation (suspensión del Juicio a Prueba).

El número de casos iniciados debe ser = a la cantidad de actos conclusivos.

Todo indicador menor a uno nos está señalando que el proceso 1 o el 2 deben ser monitoreados para determinar que factores alteran el indicador y si estos implican una disfunción en los procesos de trabajo.

Teniendo en cuenta que el plazo máximo de seis meses de duración de la etapa preparatoria (es decir el plazo máximo en que debe estar resuelto un caso una vez iniciado), esta etapa se cuenta desde el momento en que el fiscal pide la Apertura de la Investigación, y sabiendo que en el camino a su fin (resolución del caso) debe haber una audiencia preliminar (Presentación y aceptación de prueba conducente) y que cada caso que pase por esta instancia en la OFIJU (Oficina Judicial) debe terminar con sentencia, podemos concluir que en este proceso 2 (según diagrama presentado anteriormente) es crítico que:

- a) La audiencia de Apertura de la investigación se fije dentro de un plazo que debe convenirse como razonable.
- b) Las audiencias preliminares se fijen dentro del plazo que indica el código una vez presentada la acusación.
- c) Las audiencias de juicio sean fijadas dentro del plazo procesal indicado en la normativa una vez celebrada la audiencia preliminar.

Los factores descriptores determinan

que un índice de alta concentración de audiencias fijadas a futuro, señala la necesidad de incrementar recursos productivos por incremento de la demanda casos a resolver; o de su comparación con el indicador de audiencias canceladas o postergadas, que es preciso analizar el uso del tiempo procesal y/o que se está inadecuado uso del principio de concentración de actos, en consecuencia de la posibilidad de mayor coordinación interinstitucional entre procesos 1- 2 y 2- 3.

Estos no son más que ejemplos al azar de sólo algunos pocos aspectos, no todos, que permiten visualizar y diagnosticar la necesidad de corrección de procesos en función de los resultados esperados y los objetivos propuestos.

CMI es una herramienta que introduce cuatro procesos de gestión que combinada o separadamente contribuyen a vincular objetivos estratégicos a largo plazo con acciones a corto plazo[12]:

a. Traduce la visión estratégica del nuevo sistema de administración y gestión de casos en materia penal

b. Promueve la comunicación entre los equipos que integran los procesos y los vincula más estrechamente

c. Permite planificar sobre la base del conocimiento profundo de los procesos, de la proyección de resultados y de las tendencias de la demanda de servicio

d. El aprendizaje se ve potenciado por el manejo de la información para la comprensión de los objetivos estratégicos y el desarrollo de las destrezas necesarias para la mejora continua de los procesos, a partir de todos los equipos de trabajo en forma interrelacionada.

Conclusión

Hemos demostrado como la reingeniería de procesos y estructura de organización en un marco de oportunidades es la herramienta adecuada para un cambio culturalmente tan fuerte como el que propone el Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut.

También hemos mostrado aunque breve y acotadamente, como identificados factores críticos dentro del Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut, se pueden generar indicadores de Cuadro de Mando Integral (CMI) que conecten la acción de corto plazo con los objetivos estratégicos del Sistema de Administración de Justicia Penal en un marco gobernado por las cuatro expectativas rectoras.

[5] Conf. Frank Ostroff, La Organización Horizontal (La forma en que transformará radicalmente el desempeño de las organizaciones del siglo XXI). OXFORD University Press, ed. 1999, pág. 25/6

[6] Conf. Michael Hammer y James Champy,

Reingeniería (Olvide los que usted sabe sobre como debe funcionar una empresa, ¡Casi todo está errado!), Grupo Editorial Norma - interés general-, Capítulo 5, pág. 99; ed. 1994.

[7] Conf. Ob. Cit., pág. 95.

[8] Conf. Ob. Cit., pág. 102.

[9] C.; Kaplan, R.S.; Norton, D.P.; "Cuadro de Mando Integral", en "Como medir el rendimiento en la empresa" Harvard Business Review, pág. 135/9, DEUSTO.

[10] Conf. C.; Kaplan, R.S.; Norton, D.P.; "Cuadro de Mando Integral", en "Como

medir el rendimiento en la empresa" Harvard Business Review, pág. 154, DEUSTO.

[11] Conf. Ob. Cit., pág. 163.

[12] Conf. C.; Kaplan, R.S.; Norton, D.P.; "Cuadro de Mando Integral", en "Como medir el rendimiento en la empresa" Harvard Business Review, pág. 201, DEUSTO

EL EJERCICIO DEL PODER JUDICIAL Y LA DISTORSIÓN PÚBLICA

POR JUAN MANUEL IRUSTA:

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de la Patagonia, San Juan Bosco.

“Cuatro características corresponden al juez: Escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente”.

Sócrates

Existen, sobre todo hoy en día, numerosos artículos de doctrina que bajo la máscara de revisar o evaluar el ejercicio del control judicial propio del Poder Judicial, cuestionan desde el modo de selección de los magistrados hasta la función básica que estos deben ejercer, desde una postura a mi modo de ver poco meditada.

Ello obedece a la distorsión en la imagen de las instituciones públicas y la ausencia de conocimiento u omisión deliberada -en algunos casos- de los principios que sostienen no sólo al Poder Judicial, sino al sistema de funciones consagrado por la Constitución.

Puntualmente se desconoce que los jueces deban o tengan la facultad y deber de revisar cuestiones políticas cuando ellos no han sido “democráticamente” elegidos por el pueblo.

Cabe dar un real enfoque a esta distorsión, no se pretende en este trabajo analizar lo referente al control judicial de los actos políticos o de gobierno, o examinar detenidamente el método de selección de magistrados sino ubicarnos en el mapa jurídico que resume nuestro ansiado Estado de Derecho.

Puntos de vista:

Las cuestiones políticas que llevan a la Justicia no son tomadas por los magistrados de oficio sino que existe una de las partes que considera afectados sus derechos garantizados por la Constitución y acude a exigir su protección a quien resulta ser titular de esa función, pues ello es lo que debe verificarse, la constitucionalidad o no, independientemente del efecto que produzca. En ciertos casos es el poder administrador quien “provoca” o suscita una situación que generalmente luego se la califica de “emergencia” en desmedro de los derechos de los

particulares –que dicho sea de paso se propone de forma provisoria y termina siendo eterna - y no quien se debe limitar a examinar la legalidad o no de ese accionar.

Al Poder Judicial no le debe preocupar como se administra, sino al Poder Administrador, quien debe responder por la política adoptada y ejercida, y en el caso de ocasionar daños con la misma.

Al Poder Judicial le corresponde básicamente velar por la no violación de los derechos que la Constitución garantiza.

Etimológicamente jurisdicción significa decir en qué consiste el derecho en un caso concreto.

Propio de la distorsión que ciertos enfoques analizan, es la de identificar a hombres que ocupan la Magistratura, con el cargo en sí, que conllevan obligaciones y funciones propias, en la que si bien muchos son concientes y responsables en la tarea de administrar justicia, también coincide en que existen muchos que no han alcanzado aquella “altura” que el cargo exige. Pero ello es consecuencia de la persistente intromisión del poder político en el sistema que lo coloca en ese cargo, con claros intereses contrapuestos a los que manda la Constitución Nacional.

Es necesario repasar que los Ministros de la Corte Suprema son cargos propuestos desde el Poder Político. Pero ello no surge del más popular como se propone cierta doctrina, sino al mejor dotado técnicamente. A tal efecto existe una cartera que pertenece a la órbita del P.E. como el Ministerio de Justicia, quien lo asesora a la hora de elegir un magistrado y hoy el procedimiento previsto por el decreto 222/03. Respecto de las magistraturas inferiores se instauró anteriormente la selección por concurso de antecedentes y oposiciones a cargo del Consejo de la

Magistratura, de la que nace una terna vinculante, de la que el Poder Ejecutivo deberá seleccionar a uno de los candidatos quien será futuro magistrado una vez elevado el pliego y el Senado le haya prestado acuerdo al mismo.

Debe ponerse especial atención en que la Constitución Nacional exige “idoneidad” en el cargo y no popularidad para los cargos públicos como mezquinamente se considera.

No se construye la democracia alterando la Constitución conforme los avatares de los acontecimientos socio económicos y políticos y bajo el pretexto de dar la posibilidad de elegir a sus jueces, la misma esta dada – indirectamente- al elegir el Gobierno y los legisladores que bajo las normas que reglamentan la Constitución tendrá la ocasión de participar en esa selección de magistrados.

La discusión no debe plantearse desde el punto si la sociedad es madura o no, sea para elegir un presidente o legislador o como se pretende, a los magistrados.

Si profundizáramos la sociedad, consiente o no, ha promovido y sostenido regímenes de facto, y reclamado los gobiernos democráticos que ocupan el poder desde el año 1983 a la fecha, los que salvando las grandes distancias con los regímenes antidemocráticos, tampoco han dado muestra que hemos tenido acierto en los administradores, desde ya me incluyo entre los desacertados, aunque la mayoría podríamos concluir en un concepto mas realista, “defraudados”. No obstante, demás esta decir que me inclino a seguir equivocándome y seguir teniendo la posibilidad de elegir a los administradores y a los legisladores.

Concretamente no es la madurez de la sociedad un parámetro para seleccionar un magistrado, tampoco puede serlo una mezcla de ingenuidad y descrédito hacia el valor de las

instituciones y las herramientas que propone la Constitución, innovando con sistemas de selección de los que se sabe están por demás “contaminados” de intereses contrapuestos.

Es sistema argentino es netamente judicialista desde la segunda década del Siglo XIX, por esa razón, toda actividad administrativa y todo conflicto jurídico se encuentra sometido, en nuestro país, en principio, a la decisión de los Tribunales de Justicia.

En la actividad jurisdiccional típica, mediante actos de alcance individual o pluriindividual que deciden controversias en situaciones concretas, actúa la ley aplicando y particularizando el contenido del entero ordenamiento jurídico, con inclusión de normas jurídicas y de principios generales del Derecho, y con observancia de las garantías de juez natural, defensa y debido proceso legal.

Como se dijo para la función jurisdiccional típica es necesaria la existencia de una controversia o contienda jurídica. Se entiende por tal la situación contenciosa configurada por la pretensión de una parte y la negativa de otra que debe resolver el Estado. Al requerir la presencia de pretensiones, la función jurisdiccional típica supone de este modo actos unilaterales de voluntad de un sujeto que exige de otro el cumplimiento de una prestación o su reconocimiento.

Ejercicio de Poder:

Esta claro que el Poder Judicial consagrado en nuestra Constitución Nacional y en la mayoría de las constituciones no plasmó la aspiración de Montesquieu “...los jueces no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la misma”¹.

¹ Montesquieu, El espíritu de las leyes, Editorial Universitaria, Universidad de Puerto Rico, 1964, libro XI, capítulo VI.

Hoy en día, cualquiera que se precie como un letrado en derecho, conoce de la facultad interpretativa de los jueces, marcada por cierta doctrina como una forma genuina de ejercicio del llamado poder político²

Aquella clasificación de las funciones referidas solamente al dictado, aplicación y cumplimiento de la ley que hizo nacer la división tripartita en legislativas, judiciales y ejecutivas, y que ya había sido expresada por Aristóteles, no satisface las exigencias de la ciencia política contemporánea, que aprecia un sinnúmero de matices que hoy en día adquieren especial relevancia. Aquello tuvo como propósito consagrar en una ley escrita la desconcentración del poder, procurando seguridad a los individuos, en la evolución de estas ideas pasamos por un constitucionalismo que ha diseñado un Estado dividido en tres poderes distintos que se controlan recíprocamente entre sí.

En la actualidad sabemos que el poder del Estado es uno solo, tal la noción de la unidad del Poder, atraído por la unidad del fin para cuyo logro existe, y por la propia unidad del Estado³.

En ese aspecto la Constitución es concebida hoy en día tanto una restricción de poderes, como un instrumento de gobierno⁴

Cuando se habla de intromisión política se desconoce el origen del Poder Judicial y el rol consagrado en la Constitución. Se ha explicado que la función gubernamental consiste primordialmente "...en el trazado de una política global y en la adopción de las decisiones fundamentales destinadas a realizarlas", y esta función es de ejercicio compartido por miembros de los tres órganos superiores del Estado: el Poder Ejecutivo la realiza cuando se desempeña como un centro de comando rápido, informado y verdaderamente eficaz. El Poder Legislativo, por medio de sus mayorías que cohesionadas permitan la gestión del Ejecutivo. Y el Poder Judicial, favoreciendo la viabilidad de la política por medio de las sentencias. En cuanto a la función de control, debe ser atribuida a los jueces y a las minorías legislativas, a favor de los valores condicionantes de la acción judicial.

Claro esta que zanjar conflictos, no sólo pertenece al orden político cuando se hace por vía de autoridad, sino también por medio de sentencia, en la

medida en que la función es necesaria a la realización de los fines de orden político, entre los que figura la pacificación, la paz entre los hombres. Históricamente, juzgar fue una de las primeras funciones de la autoridad política; hoy y siempre, es una de sus funciones principales y más esenciales. Constituye una función política todo modo de autoridad requerido por la política. Si está exige la función de juzgar conforme a Derecho, esta función es política, puramente política, aún siendo por su objeto, jurídica, así como la función del ejército es política, aunque su objeto sea militar⁵.

Críticas al Control Judicial:

Se ha tildado de naturaleza antidemocrática tal control, basándose en que los jueces carecen de legitimación para controlar a los restantes poderes ante su falta de representatividad directa del electorado. Así Legisladores y Presidente de la Nación cuentan con el origen de su nombramiento con una representación otorgada en forma directa por la ciudadanía, los jueces no son nombrados ni pueden ser removidos en forma directa por ella. El control de constitucionalidad de las leyes y de legitimidad de los actos administrativos resultaría, en consecuencia, en un control de órganos que ostentan una representación directa, por otros con una representatividad más lejana. Este es el equivocado -a mi juicio- argumento. Tawil siguiendo a Bachof Otto, certeramente ha destacado que semejante argumento pierde relevancia al confrontarlo con la realidad. El carácter técnico del control judicial y la necesidad de sustraer a los magistrados de los avatares propios de la actividad política a fin de garantizar (con la independencia e inamovilidad en sus cargos) un control institucional más acabado, parecen argumentos suficientes para justificar la fiscalización de la actividad administrativa y legislativa por parte de órganos representativos en segundo grado. En este aspecto, el grado en que esa representatividad es otorgada -mediatizada también en el caso del presidente y los legisladores ante el rol asumido en la sociedad contemporánea por lo partidos políticos- no debe confundirse con la ausencia de todo origen democrático en la intervención

judicial, en tanto los magistrados han sido nombrados conforme el sistema previsto en constituciones democráticas y la jurisprudencia denota un ininterrumpido diálogo con la ciudadanía. Art. 22 de la Constitución Nacional "El pueblo no gobierna sino a través de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución".

Es así la magistratura, quien cuenta con la facultad de revisar judicialmente, aquellas actividades tanto administrativas como judiciales, es titular de los instrumentos que están al servicio de aquella ciudadanía como elemento esencial para el aseguramiento de los derechos, y en ejercicio de sus funciones democráticas, las que están al servicio de todos los habitantes, sin distinción alguna. (conf. art.16) entre ellos los legisladores y el mismo presidente quienes van a tener que acudir a la Justicia para lograr el reconocimiento o alcance de sus Derechos.

Señala Tawil el voto del juez Baque en la causa "Cejan" (Fallos 308:2268, considerando 9º) que "...en el campo de la elección de los mejores medios para lograr las finalidades del bien común...el Poder Legislativo es la vía apta para llegar a decisiones basadas en el compromiso o en la verdad de la mayoría, pero cuando se trata de precisar el contenido de los derechos de rango constitucional, adquiere toda su trascendencia el Poder Judicial, pues precisamente la Constitución los establece para proteger a cada persona, y por ende a los grupos minoritarios, contra las determinaciones de la mayoría, aún cuando dicha mayoría actúe según lo que estime que es el bien general o común..."; el acierto de tales fundamentos a seguido el mismo rumbo en la mayoría de los sistemas democráticos.

Tenemos que la jurisdicción en el Derecho Comparado puede ser atribuida a departamentos especializados de la Administración Pública en la esfera del Poder Ejecutivo o a uno de los poderes del Estado, el Poder Judicial, separado e independiente del ejecutivo.

En el Derecho Argentino se ha seguido este último criterio. En efecto, el Poder Judicial es uno de los poderes del Estado. La Constitución Nacional en su parte primera establece garantías y principios esenciales para el funcionamiento de la jurisdicción con

miras a asegurar los derechos individuales; y en su parte segunda organiza el Poder Judicial como uno de los tres poderes que conforman el gobierno federal.

La ineptitud jurisdiccional del poder ejecutivo se desprende del ex art.95. La independencia del Poder Judicial surge del ex art. 96 según el cual los jueces conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley y que no podrá ser disminuida en manera alguna mientras permanecieren en sus funciones. El ex art. 99 asegura la independencia funcional del Poder Judicial al disponer que la Corte Suprema dictará su reglamento interior y económico, y nombrará todos sus empleados subalternos. El citado Tribunal es cabeza del Poder Judicial, le asisten atribuciones necesarias para salvaguardar la investidura de los jueces de la Nación y le conciernen poderes explícitos e implícitos que hacen a la salvaguardia de la eficacia de la función judicial, principalmente en cuanto se refiere a la protección de los derechos y garantías consagradas en la Constitución (fallos 256:114; id La Ley 112, 246; JA 1963-VI,90; Fallos 297:338; id.E. 81, 720, con nota de Germán J.Bidart Campos⁶.

En razón de la supremacía de las normas constitucionales -rígidas en la Argentina-, las leyes deben conformarse a ellas. En caso de desconformidad incumbe a los jueces declarar su inconstitucionalidad⁷.

En efecto, si se reconoce que todos los jueces están investidos de la facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley, que es expresión superior de la autoridad, con más razón aún se deberá admitir que los tribunales judiciales están facultados para juzgar si la actuación de los órganos encargados de ejecutar las leyes es conforme a la Constitución y al ordenamiento legal.

El cuestionamiento por demás tardío y derribista de las facultades de control judicial, en general y particularmente sobre actos de gobiernos, ha tenido -lo que no se dice múltiples manifestaciones directas o indirectas del self restraint se han enumerado; la presunción de constitucionalidad de los actos estatales, la carga de probar la inconstitucionalidad impuesta al que la alega, la no declarabilidad de oficio de la inconstitucionalidad, la afectación por la declaración de incons-

² Jorge Reinaldo Vanossi, El poder constitucional de los jueces, con referencia al control de constitucionalidad, en "La Ley", t,1977, sección doctrina, ps.1019 a 1026.

³ Bidart Campos "Derecho Político" Aguilar, Buenos Aires,1962, p.351.

⁴ Juan Bautista Alberdi, Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, asimismo Faustino J.

Legón, Anteproyecto de Constitución, Buenos Aires, 1943,p.28.

⁵ Jean Dabin, Doctrina general del Estado, Editorial Jus. México.1946.p.259 citado por Dardo Pérez Guilhou

⁶ Guastavino "Tratado de la "jurisdicción

administrativa y su revisión judicial" Ed.Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Serie II-Obras-Número 21 TII. Bs.As. 1989 2da.edición actualizada pág.44.

⁷ Guastavino Ob.cit.ps.46

titucionalidad de sólo el punto concreto que ha sido objeto del fallo sin invalidar toda la ley necesariamente, considerar que la inconstitucionalidad es la última ratio y que no es misión de los jueces fiscalizar el acierto o mérito de leyes y decretos, etc.

La negativa judicial a entender en cuestiones netamente políticas se funda en la necesidad de respetar la distribución de funciones dentro de la tripartición de los poderes públicos, según ya se ha dicho, y en otras explicaciones de variable grado de razonabilidad según los puntos de vista que prevalezcan, tales como: el temor de que la decisión y la probable disminución del prestigio del Poder Judicial ante la evidencia de su impotencia para imponer su voluntad; las consecuencias incalculables del acatamiento de su decisión. A pesar de tales razonamientos se ha prevenido contra la tendencia de algunos tribunales a encubrir bajo la invocación de la politicidad del caso -que determinaría su no justiciabilidad- una renuencia a la función de control que se refleja en la negación práctica del derecho a la jurisdicción. Depuradas todas estas observaciones de cualquier pesimismo producido por el fracaso de tantas aventuras judiciales que confunden la labor tribunalicia con debates propios de otros ámbitos, cabe reconocer, que en ocasiones el self-restraint judicial ha involucrado y disimulado una actitud proclive a no adoptar decisiones que pudieran comprometer la permanencia del juez en el futuro, lo que es objetable éticamente a la luz de valores que apoyan sus antiguas raíces, incluso, en pasajes bíblicos: “No pretendas ser juez, si no te hallas con valor para hacer frente a las injurias: no sea que por temor de la cara del poderoso te expongas a obrar contra equidad”, se lee en el Eclesiástico, VII,6.

Sin embargo, en muchas otras oportunidades dicha conducta responde a la dificultad de discernir entre lo estrictamente político y lo administrativo, pues como se ha destacado la administración no es sino el desarrollo, en un plano subordinado, de la función política y la causa diferenciadora de las actividades políticas y administrativas es simplemente una cuestión de grado o de intensidad. En la dinámica constitucional - se ha señalado también

- el juez no representa, al menos directamente, al pueblo y tampoco cabe asignarle el papel de mediador autónomo de los conflictos sociales, como especie de componedor de intereses desvinculado de una solución normativa preexistente.

Las vacilaciones de los jueces al tener que definirse sobre la justiciabilidad de algunas cuestiones y las discrepancias de la doctrina sobre la actitud que deberían adoptar en tan heteróclitas materias se acentúan cuando ha de distinguirse, la no justiciabilidad de un acto en sí mismo de otros poder, que por su género escape al control judicial, de la revisibilidad de ciertas consecuencias de su aplicación.

En tales casos la dificultad consiste en saber hasta qué grado juzgar las consecuencias no significa el control del acto en sí, o por lo menos, su neutralización judicial en la práctica.

De modo general y casi tautológicamente cabe afirmar que las atribuciones del Poder Judicial llegan hasta donde comienzan las facultades propias de los otros poderes estatales, según la distribución efectuada por las normas supremas. Las facultades propias de los restantes poderes constituyen su respectiva zona de exclusividad o de reserva funcional, en la tarea de gobernar el Estado que incumbe a todos según la naturaleza y modalidad inherentes a la gestión de cada uno.

También a todos, por cierto, incumben las grandes finalidades del Preámbulo constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad; pero hay un plan para lograrlas que involucra, ante todo, un reparto ordenado de tareas y una graduación en los modos de concurrir al logro de esas metas.

No desconfío del noble propósito de quienes propugnan la elección directa de jueces, no tanto de quienes proponen la no revisión judicial de las cuestiones políticas.

Pero la reflexión debe centrarse en que esa misma sensación es la que siento respecto de nuestros gobernantes y legisladores, no por ello voy a la revolucionaria postura de que no se elijan democráticamente, por la sencilla razón que no lo dictamina así la CN.

FALLO EN MATERIA CONSTITUCIONAL DEL PLENO DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CHUBUT

CONFLICTO DE PODERES CONVENCIÓN CONSTITUYENTE LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT.

RAWSON, 20 de junio de 2.007.-

CONSIDERANDO:

1.- Que como se ha dicho “*supra*”, el Presidente de la Convención Constituyente de la ciudad de Esquel, Dr. Ricardo Tomás GEROSA LEWIS, invocando la representación de ésta, incita la competencia de este Superior Tribunal de Justicia, para que dirima lo que considera un Conflicto Externo de Poderes entre la Convención Constituyente Municipal y la Legislatura Provincial y además dicte una sentencia que despeje toda duda respecto de las circunstancias actuales de la Primera Carta Orgánica del Municipio cordillerano. -----

1.- Es sabido que la competencia originaria y exclusiva que a este Superior Tribunal de Justicia le otorga el art. 179, inc. 1.2 de la Carta Magna Provincial, ha sido prevista para dirimir, entre otras “... las cuestiones de competencia entre Poderes Públicos de la Provincia...” en tanto ellas -como en otras oportunidades lo ha manifestado el Cuerpo- no son sino una posibilidad entre las relaciones jurídicas que se establecen entre los órganos del poder público (a más de las de coordinación y superioridad), acabadamente comprendidas y descritas por la “teoría del órgano”, de la que dan cuenta los doctrinarios con admirable precisión en sus Tratados de Derecho Constitucional (BIDART CAMPOS, “Derecho Constitucional del Poder”, Tº II) y Administrativo (MARIENHOFF, M., Tº I; M. M. DIEZ, Tº I; Aparicio MENDEZ, “La teoría del Órgano”, entre otros). -----

Tales Conflictos de Poderes o de Competencia, abrazan las contiendas entre estos órganos o autoridades que ejercen las distintas funciones en las

cuales se dispersa el poder político en su origen, sin sujeción a otro órgano igual o superior, a propósito de sus respectivas facultades, cuando una desconoce a la otra la que esta estima que se le atribuye (La Justicia Contenciosa Administrativa en la Pcia. de Buenos Aires; TRIBIÑO-PERRINO-Ed. Depalma, 1.995, pág. 132 y la Jurisprudencia que citan de la Corte Bonaerense) (conf. SI N° 58/SCA/96, 31 y 32/SCA/02 entre otras). -----

Amplía el concepto de Conflicto de Poderes el Dr. SAGÜÉS quien agrupa bajo el rótulo, situaciones similares -aunque no idénticas-. Dentro de un grupo comprende a los Conflictos de Poderes y Competencias “propios”, cuyos casos más típicos son aquellos en que un Poder del Estado -en sentido estricto- interviene en un caso que según la Constitución o la Ley que la reglamente es propio del otro, incursionando en áreas privativas o reservadas al primero, configurándose un “poder invasor” y un “poder invadido”. -----

En un segundo grupo, involucra a los Conflictos de Poderes por “desobediencia”, que se producen cuando la competencia no es nítida y cada poder hace lo suyo, pero uno de ellos disconforme con lo actuado por el otro, desconoce (o desobedece) lo decidido por el otro órgano competente. Tal desconocimiento o desobediencia será -explica- legítima o ilegítima, según tenga o no fundamentos valederos. Y agrega además que puede perfilarse un conflicto por acción (cuando dos poderes entienden que poseen competencia o atribución sobre un mismo acto) o por omisión (si un poder no realiza un acto por entender que corresponde a otro y viceversa) (SAGÜÉS, Néstor P., “Conflicto de Poderes y Recurso Extraordinario “per

salum”, LL 1991-B-205, Conf. SIN° 31 y 32/SCA/02). -----

II.- El que se trae a conocimiento de este Cuerpo intenta encuadrarse en el supuesto descrito en el cual cada poder hace lo suyo, pero uno disconforme con lo actuado en la forma y método en que lo hizo el otro, lo desconoce. Así la Convención Constituyente de la ciudad de Esquel conforme lo prevé el art. 231 de la Constitución Provincial, tratándose de la Primera Carta Orgánica la elevó a la Legislatura Provincial para su aprobación o rechazo, como condición de vigencia tal cual lo señala el Dr. HEREDIA, con la salvedad de que este procedimiento está reservado para la Primera Carta Orgánica, y no quedan sujetas a esta condición, las posteriores reformas ni siquiera aún una enmienda total, como lo señala el autor (HEREDIA, José R., “Autonomía Municipal y Cartas Orgánicas. Régimen Municipal en el Chubut”, Ed. C.E.I.P.A., Año 1.994, pág. 45). Luego, la Convención Constituyente no se conformó (forma de desconocer) con lo actuado por la Legislatura en lo que al cumplimiento de la manda prevista en el art. 231 de la CP se refiere, respecto de la Carta Orgánica Municipal puesta a consideración del primero, concretamente por no respetar el procedimiento reglado para dicha manda constitucional por la Ley N° 3.098. -----

III.- Es hartamente sabido que en estas cuestiones conflictivas, la intervención del Superior Tribunal de Justicia, se produce no como instancia común de revisión, sino extraordinaria, como Tribunal Constitucional, para reestablecer su vigencia y la de la ley si hubiere sido vulnerada, y en este marco de excepcionalidad, la dilucidación del conflicto tiene carácter expeditivo, abreviado y singular en sus características, en atención a los intereses afectados, entre los cuales antes que los derechos individuales de los funcionarios comprometidos, cabe estimar sus efectos en cuanto al funcionamiento de las instituciones (STCH SIN° 123/95, entre otras). --

Que ello pone de manifiesto la tendencia publicística de los procedimientos que se siguen para su decisión, como instrumentos que la Constitución pone en manos de la jurisdicción para la actuación del derecho objetivo, pues en la justa solución del conflicto está interesada la comunidad toda. Este procedimiento

especial para establecer las correspondientes competencias públicas, no constituye un juicio con parte actora y demandada, no decide contienda o litigio, y lo planteado no conforma una demanda en sentido procesal estricto, como tampoco una contestación, la intervención del órgano denunciado (Conf. PETTORUTTI, citado por TRIBIÑO-PERRINO, ob. cit. y jurisprudencia mencionada). -----

La primera sólo importa una comunicación, una denuncia, para que el Tribunal dirima la cuestión y la segunda, un informe, que, a más de asegurar la defensa del requerido, contribuye a esclarecer al Tribunal a los fines de una decisión próxima a la verdad jurídica objetiva. Tratándose de órganos y no de personas, la cuestión a decidir es en definitiva el ejercicio de potestades públicas y no de derechos individuales (Conf. VIALE, Claudio, en Rev. de Der. Adm. 1992-4-213, análisis Ley N° 8.102 de la Pcia. de Córdoba) y la contienda o confrontación se establecen por la defensa que cada órgano efectúa ante los estrados del Superior Tribunal de sus potestades públicas (atribuciones y competencias). -----

Lo dicho respecto de la falta de un procedimiento formal anudado al estricto concepto de acción y demanda y la ausencia de normativa ritual específica en el Código de Procedimiento, más allá de la disponibilidad de las formas para el correspondiente trámite atendiendo a la naturaleza del conflicto planteado sin perder jamás de vista la garantía de la defensa en juicio y debido proceso en sus formas esenciales; no quita que deba prescindirse del análisis de la legitimación sustancial de los órganos involucrados, por tratarse de un presupuesto mismo de la vía. -----

IV.- En pos de reconocer o negar ese presupuesto, es menester repasar los conceptos que la doctrina ha vertido respecto de la naturaleza del denominado “Poder Constituyente”. SÁNCHEZ AGESTA lo define como “La voluntad política creadora del orden, que requiere naturaleza originaria, eficacia y carácter creador” y agrega “el fundamento del poder constituyente, no está en una legitimidad jurídica anterior, sino que es de carácter trascendente al orden jurídico positivo, en consecuencia el fundamento de la legitimidad de esta afirmación solo puede hallarse en el Derecho Natural. En opinión de SÁNCHEZ VIAMONTE, citado por

LINARES QUINTANA, el Poder Constituyente es “la soberanía originaria, extraordinaria, suprema y directa en cuyo ejercicio la sociedad política se identifica con el Estado para darle nacimiento y personalidad”. ----

A su vez Germán BIDART CAMPOS expone que Poder Constituyente es la competencia, capacidad o energía para constituir o dar constitución al Estado, es decir para originarlo, para establecer su estructura jurídico política. -----

Debe señalarse aquí que “la personalidad jurídica, cualidad de todo sujeto de derecho para demandar o ser demandado, accede al Estado Municipal, mas no individualmente a cada uno de los órganos de poder que lo conforman o integran: Departamentos Ejecutivo y/o Deliberativo. En consecuencia, los órganos de poder separadamente considerados, no pueden –por principio y salvo excepciones– demandar o ser demandados, en tanto el recto criterio rechaza la posibilidad de este tipo de pleitos, que equivale para los litigantes “a litigar contra sí mismos”. Una de las excepciones aludidas la constituye el Conflicto de Poderes, que importa la posibilidad –admitida por ley– de legitimación *ad processum* activa y pasiva para cada uno de los órganos institucionales del Estado Nacional, Provincial o Municipal”. (SIN° 147 y 153/95, 12/SCA/02); y en el último resolutorio aludido expresamente se indicó que “otorgada una competencia por la Constitución, el órgano respectivo posee poderes implícitos para hacer efectivos los que expresamente se le han reconocido, a condición de que los mismos no se usen fuera de las limitaciones constitucionales o legales...” (SIN° 44/94). -----

V.- Puede –asimismo– efectuarse un análisis de las aristas que presenta la cuestión desde una perspectiva eminentemente constitucional, admitiendo, de igual modo, que se dé cauce al presente dentro del marco del Conflicto externo de Poderes entre una manifestación de la soberanía municipal, la Convención Constituyente que presidió el reclamante, y la autoridad legisferante de la Provincia del Chubut, la Honorable Legislatura Provincial (art. 179, inc. 1°, punto 4 de la Constitución Provincial), dejando en claro la ausencia de toma de posición sobre el fondo del asunto. -----

VI.- En este sentido la tópica venida

posee varias aristas que merecen ser consideradas. -----

VI.- a. En primer término es de resaltar que a medida que se afianza el Estado Constitucional se amplían las zonas de incumbencia del Poder Judicial como custodio de las normas supremas de la organización política. -

De esta manera van acotándose las “áreas” o “cotos” vedados a su conocimiento y control. -----

A guisa de ejemplo ha de exponerse el comentario de María Angélica GELLI acerca de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Polino, Héctor y otro c. Poder Ejecutivo” del 7 de abril de 1.994 (ver LL 1.994-C, página 294 y ss.) cuando a propósito de los alcances de la revisión judicial de una reforma constitucional se pronunció negando a la judicatura esa posibilidad, empero reconoció que “... cabe atribuir a la Corte Suprema de Justicia –en uso de su papel de guardiana del proceso democrático– el control del procedimiento reformador cuando éste trabe o anule las reglas del juego político dispuesto en la Constitución y sólo hasta donde sea estrictamente necesario restablecerlas...” (LL 1.994-C-301). -----

VI.- b. Un segundo asunto imprescindible de definir es la ubicación constitucional del Municipio dentro del sistema de reparto del poder sobre la base del territorio rediseñada por los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional y plasmada, con toda claridad en los arts. 224, 225 y concordantes de la Constitución Provincial que, luego de la reforma de 1.994, ajustó los alcances de la autonomía municipal que contenía la histórica de 1.957 en sus arts. 219 y ss. -----

Curiosamente, la recta inteligencia acerca de los mecanismos de descentralización política que implica la autonomía municipal fue alumbrada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación antes de la sanción de la reforma a la Constitución Nacional de 1.994 en autos “Rivademar, Ángela D. B. Martínez Galván de c. Municipalidad de Rosario” del 21 de marzo de 1.989 (ver LL 1989-C-49) cuando señaló, como evidencia de la autonomía referida, los siguientes caracteres: a. el origen constitucional de los municipios, b. la existencia de una base sociológica constituida por la población de la comuna, c. la imposibilidad de su supresión o desaparición, d. el carácter

de legislación local de las ordenanzas municipales, e. el carácter de personas jurídicas de derecho público y de carácter necesario de los municipios. d. su condición de organismos de gobierno de carácter esencial. -----

Esta definición resultó el anticipo de lo que la Convención reformadora de 1.994 edictaría en el texto constitucional cuando, artículo 123 mediante, consagró el deber de las provincias de asegurar el régimen municipal autónomo, traducido en que las constituciones provinciales no pueden asegurar otro régimen municipal que no sea de aquella naturaleza, debiéndose integrar este artículo con su par 5º, de suerte tal que la garantía federal se extiende no sólo hacia el régimen municipal sino hacia la autonomía. -----

Sin embargo ha sido pacífica la interpretación de que éste debía ser legislado por las provincias en ejercicio de sus poderes reservados, tesis que compartimos acompañando a reputado autor local, como se verá más adelante.-----

Esta autonomía importa, a decir de Salvador DANA MONTAÑO, "... la cualidad específica de la corporación que la distingue de otras corporaciones, su capacidad de gobierno propia y, con más precisión su facultad de organizarse, en las condiciones de la Ley Fundamental, de darse sus instituciones y de gobernarse por ellas con prescindencia de todo otro poder ..." (ver la cita en "Derecho Constitucional", ALBANESE - DALLA VÍA - GARGARELLA - HERNANDEZ - SABSAY", artículo de Antonio M. HERNÁNDEZ, "Descentralización del Poder en el Estado", Ed. Universidad, página 784).-----

VI.- c. De lo que se expusiera, someramente, en los puntos que anteceden se deriva: a) la condición de la Convención Constituyente Municipal como manifestación plena del ejercicio de la soberanía del pueblo que integra la comunidad sociopolítica, reconocida por la Carta Constitucional en trance de organización; b) la capacidad de la judicatura de analizar los contornos externos del proceso de constitucionalización de esas organizaciones en supuestos de conflictos. -----

¿Se ha planteado en el caso un conflicto, y en el supuesto afirmativo, qué norma autoriza la intervención del

Superior Tribunal de Justicia, como se reclama?. -----

La respuesta la desarrollaremos en el punto que viene. -----

VII.- Sin duda ninguna, por los límites a la autonomía que necesariamente importa la jerarquía normativa que refleja el art. 31 de la CN y recogen entre otros los arts. 1 y 10 de la Constitución Provincial, se ha reservado al órgano legislativo provincial el control político de constitucionalidad sobre la primera carta orgánica de los municipios (art. 231 de la CP, en función del art. 229 del mismo texto). -----

Sin duda entonces que el poder constituyente originario, en el municipio, tiene un ejercicio libre e independiente, pleno, acorde el art. 226 de la CP, aún cuando la vigencia del orden impuesto se condicione en los términos vistos. -

Precisamente -como se señalara "supra"- José Raúl HEREDIA en su obra "Autonomía Municipal y Cartas Orgánicas" (Ed. C.E.I.P.A., pág. 45) refiere como "La condición de vigencia" a esta obligación impuesta por la Constitución, lo que a su juicio, y se coincide plenamente, "... permite evitar un desvío innecesario y el exceso en los límites propios en un poder constituyente de tercer grado, sometido por ello, a dos constituciones que están por encima y que le otorgan validez a su ejercicio. Preserva también la unidad que es un valor superior de la provincia ...". -----

Sin embargo, se incurriría en una inconsecuencia si el procedimiento constituyente quedara trabado por la acción u omisión legislativa y la autonomía, representada por la Convención, no pudiera articular reclamo ninguno para activar los mecanismos constitucionales a su conclusión.-----

Si la idea vertida sobre la autonomía y su ejercicio primario tiene el alcance señalado arriba, es de toda evidencia que el órgano que preside el requirente es un poder público municipal en los términos de la Constitución. -----

Si la Legislatura Provincial, a decir del presentante, ha expandido su poder formal en desmedro de ese poder público local, fácil es derivar que opera la norma del art. 179, inc. 1º, punto 4 de la CP, cuando otorga al pleno del Superior Tribunal de Justicia la solución de esta especie, pues no repele la

conclusión el texto que refiere a "... los de los municipios entre sí o con otras autoridades de la Provincia ...", ya que la expresión primaria del municipio es, precisamente, la que ejerce el poder constituyente. -----

Así entonces, es que corresponde dar al presente el tratamiento de denuncia de Conflicto de Poderes. ---

2.- El presentante requiere también a este Tribunal -en forma concomitante- se despache la Acción Meramente Declarativa, prevista por el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial, en procura de dilucidar el estado de incertidumbre sobre la situación actual de la Primera Carta Orgánica Municipal de Esquel. -----

A través de este medio procesal autónomo, se pretende obtener la declaración sobre la existencia de un derecho del requirente o la inexistencia de un derecho ajeno, siempre que la falta de certeza pueda producir un perjuicio a quien la invoca, que exista una controversia actual y concreta, y a condición que no se disponga de otro medio legal para ponerle término inmediatamente. La sentencia a dictarse en este tipo de acción se encuentra al servicio del restablecimiento del derecho objetivo lesionado por la incerteza, de suerte que con "la declaración" se refuerza el orden jurídico. (MORELLO, Augusto M., "La Eficacia del Proceso", Ed. Hammurabi, Año 2.001, pág. 214). --

I.- El Código Ritual ha previsto los requisitos que deben reunirse para el acceso a esta vía: a) que haya incertidumbre respecto de relaciones de derecho; b) que ello produzca un daño actual a quien la ejerce; c) que la sentencia declarativa sirva para eliminar dicha incertidumbre o para prevenir el daño; d) que no exista otro medio legal para poner fin a la falta de certeza. Ha de acentuarse el carácter subsidiario de este carril, esto es, sólo admisible en restrictivos supuestos donde se verifica la inexistencia de otro útil para deducir la pretensión que se articula; por lo que su ejercicio no es procedente cuando quien intenta valerse de este medio dispone de otro u otros mecanismos sucedáneos para el mismo fin.-----

PEYRANO nomina a esta acción como mere declarativa, e indica que para habilitar la misma, debe existir un interés legítimo en promoverla, y no

debe ser posible ocurrir a una acción de condena para resolver el asunto litigioso. Este último recaudo alude al "rol subsidiario" de esta acción, pues el interés en la declaración sólo existe, si se puede esperar que el efecto de cosa juzgada prevenga efectivamente el daño. Agrega que la utilidad de la sentencia que se obtiene, es la de servir de base, si fuera desconocida, a otra de condena (Conf. "Cuestiones de Derecho Procesal. La acción mere declarativa como medio de la plena realización de la garantía jurisdiccional de certeza jurídica", Ed. La Ley, 1.980; STCH SI N° 19/95; 58/SCA/2.002, 81/SCA/2.002). -----

II.- En este sentido, es el presentante quien refiere que la situación traída a esta jurisdicción configura -además-, un Conflicto externo de Poderes, al que este Tribunal -conforme lo expuesto "supra"- dará curso. De ello se colige en forma diáfana que la pretensión esgrimida en esta acción puede tener adecuado tratamiento - independientemente de la solución a la que se arribe-, a través del procedimiento de conflicto incoado, y por el que es factible dar solución rápida a la totalidad de los aspectos traídos ante este Tribunal Constitucional, por lo que no se encuentran reunidos los presupuestos que tornan procedente la Acción Meramente Declarativa, si la peticionante ha contado con otras vías para hacer cesar el que denuncia como estado de incertidumbre (CNCiv., Sala A, febrero 18-1974; ED 58-256; cit. por Ana María MORAS, ED 128-208).-----

3.- En relación a la medida cautelar solicitada, hemos de destacar que en su presentación de fs. 141/152 en "OTROSÍ, Decimos", señala que en la sesión del día 7 de diciembre después de no lograr la mayoría calificada exigida por la Ley de Corporaciones Municipales para rechazar la Primera Carta Orgánica Municipal, la Legislatura de la Provincia del Chubut decidió remitir aquel documento a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Justicia para seguir con su tratamiento en franca violación -agrega- a la normativa legal vigente. -----

Con lo expuesto, y sumado a que en el diario "El Oeste" de fecha 14 de marzo del corriente algunos legisladores manifestaron que la precitada Comisión y la Legislatura en pleno volverían a tratar en breve el

tema, peticiona que, mientras se sustancie el presente proceso se decreta medida cautelar de no innovar, ordenado a la Legislatura se abstenga de tratar o tomar cualquier tipo de determinación y/o resolución a la Primera Carta Orgánica de la ciudad de Esquel hasta tanto se dicte sentencia en estos autos.-----

I.- Se pretende con la medida de no innovar requerida mantener el estado de conservación del estado de hecho y derecho respecto de la particular situación parlamentaria de la Primera Carta Orgánica del Municipio de la ciudad de Esquel, hasta tanto se resuelva el hipotético Conflicto de Poderes entre la Convención Constituyente Municipal de aquella ciudad y la Honorable Legislatura Provincial respecto del devenir de la sanción de dicha carta fundacional. En otras palabras, que se abstenga la Legislatura de dar tratamiento a esa cuestión, hasta la oportunidad de un pronunciamiento definitivo de este Superior Tribunal de Justicia. -----

II.- Si bien la medida cautelar prevista en el art. 230 del Código Ritual provincial ha de proceder en cualquier tipo de juicio o proceso, por lo cual no existiría impedimento formal para su consideración aún en el Conflicto de Poderes, toda vez que en el caso se pone en tela de juicio el proceder y decisiones del Poder Legislativo en el marco de su competencia constitucional, el juicio de valor respecto de la procedencia debe ser harto riguroso en cuanto al análisis de los recaudos propios de la medida requerida; sobradamente prudente por cuanto implica despachar contra el poder legisferante provincial, ello a fin de no desbordar aún más el propio ámbito de este delicado conflicto delineado por la Convención y resquebrar el, de por sí, delicado equilibrio de poderes y desde ya cauteloso a fin de evitar todo arresto que implique anticipar alguna opinión sobre la suerte jurisdiccional del litigio.-

DE LAZZARI enseña, con cita de PODETTI, CHIOVENDA, CALAMANDREI, que la doctrina coincide en señalar que el dictado de la medida cautelar responde a la necesidad de evitar aquellas circunstancias que en todo o en parte impiden o hacen más difícil o gravosa la consecución del bien pretendido, o en cuya virtud el daño temido se transforma en daño efectivo, de tal suerte que si tales acontecimientos se registraran

efectivamente –los que se pretende evitar con la cautela– ocasionarían directamente la frustración del derecho (“Medidas Cautelares”, Tº 1, pág. 36; conf. SI Nº 14 y 38/SCA/01). El requisito del “peligro en la demora exige la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia definitiva... no pueda en los hechos realizarse, es decir que, a raíz del transcurso del tiempo –y de los hechos que se produjeran entretanto– los efectos del fallo final resultarían inoperantes” (CNFed. Cont. Adm., sala IV, 13/4/99, en “Asociación Civil Jockey Club c. P.E.N...”, Supl. Dcho. Adm. del 3/7/00; SI Nº 77/SCA/02).

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en referencia a la medida de no innovar y a la cautelar innovativa, que es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones –en tanto dure el litigio– sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy difícil o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Fallos 320:1633); así como que es improcedente la medida de no innovar que no es indispensable para la salvaguarda de los derechos de quien la pide y además contraría la presunción de validez de los actos administrativos (Fallos 205:365).-----

III.- En lo concerniente a los recaudos típicos de la cautelar requerida, del sobrio postulado efectuado en el OTRO SÍ Decimos no surgen con la evidencia necesaria la concurrencia de los requisitos propios: la verosimilitud del derecho –*fumus bonis iuris*–, y el peligro de que si se alterara la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible (conf. art. 230 del CPCC). Ello, sin dejar de advertir que se trata de una medida cautelar subsidiaria o residual, que requiere la demostración, además de los presupuestos comunes, de las medidas cautelares, de que no existe otra medida cautelar idónea para asegurar los fines que con ella se pretenden. No ha puesto de manifiesto la peticionante el estado de peligro en que se encuentra el derecho principal que esgrime frente a la duración del proceso; ni que la modificación de la situación de hecho o de derecho le

origine un perjuicio de difícil, imposible o insuficiente reparación en oportunidad del dictado de la sentencia definitiva, por lo que su requerimiento en tal sentido debe ser rechazado.-----

Que en disidencia el Dr. Alejandro Javier PANIZZI dice:

D.- Anoto mi disidencia con el fallo de la mayoría de este Superior Tribunal de Justicia, en cuanto a la improcedencia de la admisibilidad preliminar de la pretensión de una sentencia declarativa. -----

Como se sabe, con el ejercicio este tipo de acciones únicamente se intenta conseguir una sentencia de comprobación judicial, sin que ésta implique una condena ni una afirmación que pueda servir de antecedente para constituir fundamento de otro derecho o de otra situación jurídica. -----

La Acción Declarativa implica, pues, la búsqueda, en los estrados judiciales, del final de una incertidumbre jurídica, que es, precisamente, lo que el actor procura. -----

Aquí el accionante describió, en el escrito inicial, la peripecia del proceso constituyente. Refirió que éste se encuentra en un estado de incertidumbre sobre la situación actual de la Primera Carta Orgánica Municipal de Esquel. -----

De ahí, los motivos de mi voto. ---

II.- En cambio, adhiero a la solución a la que arribó la mayoría con respecto a la medida cautelar por los fundamentos expresados por los Señores Ministros que la conforman, a los que, por brevedad, remito. -----

III.- Discrepo también con la mayoría, en cuanto a que se dé, en el caso, la existencia de un Conflicto de Poderes.-----

Para que éste ocurra, es preciso que dos autoridades se atribuyan la misma función para sí (contienda positiva). Vale decir, la arrogación de competencia ajena al órgano (Cfr. PETORUTTI, Carlos, “Conflicto de Poderes. Previsiones normativas y precisiones jurisprudenciales”, pág. 12); o que una o ambas se la delegue a la otra y ésta la rechace (contienda negativa). Esto ocurre cuando un organismo del Estado asigna una función a otro Poder, como de su

competencia, y éste la contradice. ----

Es decir, cuando las competencias o potestades se presentan como concurrentes a los poderes en pugna, dos autoridades que afirman: “este poder es mío”. -----

Lo que procura el actor no encuadra en ninguno de esos supuestos. En rigor, lo que pretende es que la Legislatura cumpla con un acto constitucional del modo que él entiende que debe hacerse. No se cuestiona, en sí, la competencia constitucional de la Legislatura, sino, el modo de ejercerla.-

La vigencia de la Carta Orgánica (actividad de la convención) depende de la aprobación de la Legislatura (actividad propia). Se trata pues, de un acto complejo, la Convención Municipal confecciona la Carta y la Legislatura debe aprobarla como condición de vigencia. -----

Las competencias de cada uno de esos Poderes están bien diferenciadas por la Constitución de la Provincia del Chubut y, en el caso planteado, no se superponen. La actividad de uno, le está vedada al otro. De modo que no hay dos poderes en condiciones de plantear un conflicto. -----

Si la Legislatura no cumpliera con lo dispuesto por el artículo 231 de la Constitución de la Provincia del Chubut o lo hiciera incorrectamente, eso no genera una contienda de poderes, aunque pueda habilitar otros remedios legales. -----

La soberanía de la Convención Constituyente no es infinita, tiene una medida: la de su competencia. Ésta crea su Primera Carta Orgánica y debe someterla a la Legislatura, para que la apruebe o rechace sin derecho a enmendarla. -----

En este caso, la Legislatura la remitió al Cuerpo Convencional Municipal, para su corrección. Éste no rechazó el reenvío, sino que procedió a analizar las modificaciones propuestas, que ulteriormente no fueron puestas en efecto por no obtenerse la cantidad de votos suficientes. -----

No se trata de un Conflicto entre el Municipio de Esquel con otras autoridades de la Provincia, sino de una objeción que hace el Presidente de la Convención Constituyente Municipal a la Legislatura Provincial por un acto de su competencia exclusiva. Por eso, no resulta aplicable el artículo 179 de la

Constitución de la Provincia del Chubut. -----

No se produce entonces, una disputa que permita a este Tribunal soslayar los cauces procesales apropiados para ponerle fin (y el conflicto de poderes, no lo es). Porque lo que se pretende es que la Legislatura (un Poder del Estado) cumpla con un acto constitucional propio (y exclusivo, claro), con respecto a la Primera Carta Orgánica Municipal de la ciudad de Esquel. -----

Entiendo, pues, que no hay aquí Conflicto de Poderes. -----

Que por ello, este Superior Tribunal de Justicia, por mayoría:

RESUELVE:

1º) DAR a la presentación efectuada por el Señor Presidente de la Convención Constituyente de la Ciudad de Esquel a fs. 141/152, el carácter de Denuncia de Conflicto de Poderes en el marco del art. 179, inc. 1.1.4 de la Constitución Provincial. --

2º) CORRER VISTA de la misma, y de la documental acompañada, a la Honorable Legislatura de la Provincia del Chubut, por quince (15) días, para que conteste y produzca la prueba instrumental y/u ofrezca cualquier otra de la que intente valerse. A cuyo fin, por Secretaría, librese Oficio. -----

3º) NO HACER LUGAR a la medida cautelar peticionada. -----

4º) REGÍSTRESE y notifíquese.

La presente Resolución se dicta con cinco Miembros por encontrarse ausente, en uso de licencia, el Señor Ministro Dr. Juan Pedro CORTELEZZI. -----

Fdo.: Dr. Daniel Luis CANEO—Dr. Alejandro Javier PANIZZI (en disidencia)—Dr. José Luis PASUTTI—Dr. Jorge PFLEGER—Dr. Fernando S. L. ROYER.-----

RECIBIDA EN SECRETARIA EL
21 DE JUNIO DEL AÑO 2007-----

REGISTRADA BAJO EL N° 08
S.R.O.E. CONSTE.-----

UNA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL

Síntesis y comentario del Fallo del Pleno del Superior Tribunal de Justicia de Chubut - Conflicto de Poderes - Convención Constituyente - Legislatura de la Provincia del Chubut, por la Dra. María Carolina Arrigone.

En un novedoso fallo, la corte provincial se expidió acerca de una acción promovida por el doctor Ricardo Tomás Gerosa Lewis, presidente de la Convención Constituyente de la ciudad de Esquel. El actor, procuraba una sentencia meramente declarativa — prevista en el art. 322 del CPCC— y planteó un conflicto externo de Poderes contra la Provincia del Chubut (Poder Legislativo Provincial). El Superior Tribunal de Justicia, dio a la presentación el carácter de *denuncia de conflicto de poderes*, en el marco del art. 179, inc. 1.1.4 de la Constitución Provincial.

La sentencia recayó en la causa: “Convención Constituyente Municipal de la Ciudad de Esquel c/ Provincia del Chubut s/ Acción Meramente Declarativa - Conflicto de Poderes” (Expte. N° 20879 - C - 2007 STJ - Registrada bajo el N° 08 S.R.O.E.).

SUMARIO:

“El (caso) ... intenta encuadrarse en el supuesto descrito en el cual cada poder hace lo suyo, pero uno disconforme con lo actuado en la forma y método en que lo hizo el otro, lo desconoce. Así la Convención Constituyente de la ciudad de Esquel conforme lo prevé el art. 231 de la Constitución Provincial, tratándose de la Primera Carta Orgánica la elevó a la Legislatura Provincial para su aprobación o rechazo, como condición de vigencia... Luego, la Convención Constituyente no se conformó (forma de desconocer) con lo actuado por la Legislatura en lo que al cumplimiento de la manda prevista en el art. 231 de la CP se refiere, respecto de la Carta Orgánica Municipal puesta a consideración del primero, concretamente por no respetar el procedimiento reglado para dicha manda constitucional por la Ley N° 3098.”

“Tratándose de órganos y no de personas, la cuestión a decidir es en definitiva el ejercicio de potestades públicas y no de derechos individuales (Conf. VIALE, Claudio, en Rev. de Der. Adm. 1992-4-213, análisis Ley N° 8.102 de la Pcia. de Córdoba) y la contienda o

confrontación se establece por la defensa que cada órgano efectúa, ante los estrados del Superior Tribunal, de sus potestades públicas (atribuciones y competencias)”.

“De lo que se expusiera, someramente, en los puntos que anteceden se deriva: a) la condición de la Convención Constituyente Municipal como manifestación plena del ejercicio de la soberanía del pueblo que integra la comunidad sociopolítica, reconocida por la Carta Constitucional en trance de organización; b) la capacidad de la judicatura de analizar los contornos externos del proceso de constitucionalización de esas organizaciones en supuestos de conflictos”.

“Sin duda ninguna, por los límites a la autonomía que necesariamente importa la jerarquía normativa que refleja el art. 31 de la CN y recogen entre otros los arts. 1 y 10 de la Constitución Provincial, se ha reservado al órgano legislativo provincial el control político de constitucionalidad sobre la primera carta orgánica de los municipios (art. 231 de la CP, en función del art. 229 del mismo texto)”.

“Sin duda entonces que el poder constituyente originario, en el municipio, tiene un ejercicio libre e independiente, pleno, acorde el art. 226 de la CP, aún cuando la vigencia del orden impuesto se condicione en los términos vistos.”

“Sin embargo, se incurriría en una inconsecuencia si el procedimiento constituyente quedara trabado por la acción u omisión legislativa y la autonomía, representada por la Convención, no pudiera articular reclamo ninguno para activar los mecanismos constitucionales a su conclusión”.

“Si la idea vertida sobre la autonomía y su ejercicio primario tiene el alcance señalado arriba, es de toda evidencia que el órgano que preside el requirente es un poder público municipal en los términos de la Constitución”.

“Si la Legislatura Provincial, a decir del presentante, ha expandido su poder formal en desmedro de ese poder público local, fácil es derivar que opera la norma del art. 179, inciso 1º, punto 4 de la CP, cuando otorga al pleno del Superior Tribunal de Justicia la solución de esta especie, pues no repele la conclusión el texto que refiere a “... los de los municipios entre sí o con otras autoridades de la Provincia ...”, ya que la expresión primaria del municipio es, precisamente, la que ejerce el poder constituyente.”

“Lo que procura el actor no encuadra en ninguno de esos supuestos. En rigor, lo que pretende es que la Legislatura cumpla con un acto constitucional del modo que él entiende que debe hacerse. No se cuestiona, en sí, la competencia constitucional de la Legislatura, sino, el modo de ejercerla (**Disidencia del Dr. Panizzi**).”

“Las competencias de cada uno de esos Poderes están bien diferenciadas por la Constitución de la Provincia del Chubut y, en el caso planteado, no se superponen. La actividad de uno, le está vedada al otro. De modo que no hay dos poderes en condiciones de plantear un conflicto (**Disidencia del Dr. Panizzi**).”

“No se trata de un Conflicto entre el Municipio de Esquel con otras autoridades de la Provincia, sino de una objeción que hace el Presidente de la Convención Constituyente Municipal a la Legislatura Provincial por un acto de su competencia exclusiva. Por eso, no resulta aplicable el artículo 179 de la Constitución de la Provincia del Chubut (**Disidencia del Dr. Panizzi**).”

EL CASO Y LA SENTENCIA

El Superior Tribunal de Justicia por mayoría, con disidencia del doctor Panizzi, dictó la Resolución N° 08 S.R.O.E, cuya síntesis antecede a este comentario, donde le reconoció potestad a un órgano especial como lo

es una convención constituyente, para plantear un conflicto en el marco del artículo 179, inc. 1.1.4 de la Constitución de los ciudadanos de la Provincia, y así sentó un criterio novedoso sobre aquello que tradicionalmente se consideró conflicto de poderes en una decisión que, se sabe, generará nutridas discusiones doctrinarias.

HECHOS

El actor se presentó en su carácter de Presidente de la Convención Constituyente Municipal de la Ciudad de Esquel, y promovió una acción meramente declarativa—sobre la base del art. 322 deL CPCC— ante el Superior Tribunal de Justicia por la existencia de lo que denominó un conflicto externo de poderes con la Provincia del Chubut (puntualmente, con el Poder Legislativo).

La Primera Carta Orgánica Municipal cordillerana se sancionó con fecha 13 de julio de 2005 y dos días después fue presentada a la Legislatura, para el control que exige el art. 231 de la Carta Provincial, tomando estado legislativo el día 9 de agosto de ese año. El órgano legislador, con fecha 09/03/06, rechazó el instrumento sancionado, y lo devolvió a la Convención Constituyente para que efectuara una serie de correcciones.

El Reporte

Luego de examinadas las modificaciones y sugerencias realizadas por la Legislatura, no se obtuvo—en la Convención— el voto afirmativo (se requiere la nada desdeñable mayoría de las cuatro quintas partes de la totalidad de los miembros de la Convención), por lo cual no llevaron a cabo ninguna modificación al texto original y remitieron, una vez más, la Carta Orgánica al órgano legiferante provincial para que lo aprobara.

La Legislatura volvió a rechazar el instrumento, por lo que los convencionales le practicaron algunas modificaciones y la reenviaron al Poder Legislativo para su aprobación. Sin embargo, el dictamen de la mayoría se manifestó por el rechazo de la Carta Orgánica, sin alcanzar la mayoría especial que exige la ley N° 3098 de Corporaciones Municipales, razón por la cual el peticionante consideró que el instituto fundamental de Esquel estaría aprobado.

Los diputados no coincidieron con esa tesitura y decidieron enviar la Carta Orgánica a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Justicia a los efectos de su análisis, donde aún yace.

RESOLUCIÓN

Analizada la pretensión, el Pleno del Superior Tribunal de Justicia, por mayoría, juzgó que el procedimiento especial promovido tenía como finalidad establecer las correspondientes competencias públicas de los órganos involucrados (tarea para la cual se requiere una exégesis de las normas constitucionales y legales en juego), lo que hacía necesario examinar la legitimación sustancial de ambos.

Y en ese análisis, determinó que el poder constituyente era una manifestación de la autonomía municipal, habilitada para actuar en la causa por ser el conflicto de poderes el único supuesto que permite a los órganos de poder considerados en forma separada, demandar o ser demandados.

Ceden, entonces, los postulados de la teoría tradicional que le otorga la calidad de sujeto de derecho al Municipio y no a sus órganos aisladamente, cuando el ejercicio de las facultades propias de esos poderes dependientes fueran puestos en peligro por la actuación de otro órgano institucionales del Estado Nacional, Provincial o Municipal.

Así, dieron curso a la causa dentro del marco del conflicto externo de poderes entre una manifestación de la soberanía municipal, la Convención Constituyente que presidió el actor, y la autoridad legiferante de la Provincia del Chubut, en el marco del art. 179, inc. 1°, punto 4° de la Constitución Provincial, readecuando el procedimiento en tanto se había promovido la acción en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial (acción meramente declarativa).

Con esta decisión, el Superior Tribunal de Justicia incorpora jurisprudencialmente al precepto constitucional citado, la legitimación de cualquier poder constituyente comunal para plantear esta clase de contiendas. O sea que, a partir de este fallo, el conflicto externo de poderes no sólo puede originarse entre una Municipalidad con otra, o entre éstas y las autoridades de la Provincia, sino también entre un órgano dependiente de una Comuna y cualquiera de los Poderes del Estado, cuando alguno de los contendientes se arroga mandos que superan su competencia, menoscabando al otro a quien le pertenecían exclusivamente.

Puesto que el último rechazo que la Legislatura Provincial efectuó a la carta orgánica municipal, se llevó a cabo sin

alcanzar la mayoría que la ley N° 3098 establece para el cumplimiento del mandato constitucional del artículo 231, el poder constituyente comunal resistió tal decisión y consideró que, a consecuencia de ello, el instrumento estaría aprobado.

De este modo, la Convención Constituyente concibió la decisión adoptada por el órgano legiferante como el ejercicio de un facultad ajena a las competencias que le fueron legalmente asignadas, en desmedro de la soberanía municipal que aquella detenta y frustrando, de manera indefinida, la vigencia del Estatuto.

Por eso es que, sin resolver el fondo del asunto, los magistrados hicieron lugar a la admisión preliminar de la acción e interpretaron la cuestión en el marco de lo que la doctrina, siguiendo al Dr. Sagüés, denomina “conflicto de poderes por desobediencia”.

Pero una cosa es la aptitud legal para ser sujeto de un litigio, para ejercer personalmente un derecho o un deber y otra, condescender que esa capacidad para estar en juicio habilite *per se* la instancia en que se ventila y resuelve la contienda de poderes sin que ésta efectivamente exista.

El doctor Panizzi, en minoría, discrepó con esa idea por entender que el caso no constituía un conflicto de poderes, sino una objeción que el Presidente de la Convención Constituyente Municipal hacía a la Legislatura Provincial para que llevara a cabo un acto de su competencia exclusiva.

Juzgó que la aprobación de la Carta Magna Municipal era un acto complejo, que requería la aprobación de la Legislatura pero que, no obstante ello, las competencias de cada uno de esos Poderes estaban bien diferenciadas por la Constitución Provincial y no se superponían.

Según su voto, la pretensión no estaba dirigida a determinar esas competencias—como había juzgado la mayoría— sino quizá, y esto es ya una opinión personal, a ponerle fin a un procedimiento que se había tornado complejo y cuya solución requería otro remedio.

Al margen de lo concerniente a la legitimidad del Presidente de la Convención Constituyente de la Ciudad de Esquel para plantear un conflicto ante los estrados del Superior Tribunal de Justicia, con un Poder Constitucional Provincial como los es la Legislatura, no puede soslayarse que los hechos evidencian más una

disconformidad con el cumplimiento del artículo 231 de la Constitución Provincial, que la intromisión o el desconocimiento de un poder sobre el otro.

No debe perderse de vista que la solución de un conflicto de poderes implica el ejercicio de una de las funciones jurisdiccionales más delicadas que la Carta Magna Provincial le encomienda al máximo órgano judicial de la Provincia, como es resolver las atribuciones que le caben a cada uno de los poderes públicos constituidos; y es tan así que entiende el pleno del Superior Tribunal de Justicia, en forma originaria y exclusiva, como lo determina la Constitución de la Provincia del Chubut.

La contienda debe ser de una entidad que justifique la apertura de la instancia y no una mera oposición al ejercicio de potestades privativas, de forma tal que uno de los poderes se vea impedido de ejercer un acto de su competencia, en una cuestión de interés público y la solución no fuera posible alcanzarla dentro de sus propios ámbitos.

Se trata de un proceso extraordinario, donde la Corte Provincial tiene una jurisdicción restringida a supuestos especiales y predeterminados, es decir que su actuación tiene límites constitucionales que no puede transgredir y que conllevan el examen del caso con minuciosidad, por el riesgo de entrometerse en esferas de actuación extrañas, en detrimento del poder que las detente.

En este sentido sentenció el Tribunal Superior de Justicia, cuando le tocó juzgar una contienda de poderes, en autos caratulados: “MUNICIPALIDAD DE CÓRDOBA C/ PROVINCIA DE CÓRDOBA – PLANTEA CONFLICTO EXTERNO DE PODERES” (expte. letra “M”, n° 05, 6 de diciembre de 2004; votantes: Tarditti, Cafure de Battistelli, Sesin, Rubio, Andruet, Blanc G. de Arabel y Garzón de Bello).

Si la Legislatura se hubiese arrogado, en perjuicio de la convención, facultades que excedían el marco de su competencia, por ejemplo enmendando el Estatuto Municipal, o hubiese invadido la jurisdicción del poder constituyente comunal estableciendo requisitos adicionales para la sanción del instrumento, no cabrían dudas de la existencia de un conflicto en el marco del artículo 179, incisos 1.1 constitucional.

En cambio, el doctor Gerosa Lewis

planteó la situación en términos de una inobservancia, por parte de los diputados, a las normas de la ley N° 3098 que paraliza indefinidamente el trámite parlamentario de la Carta Orgánica; y es esa circunstancia la que evidencia más un irregular proceder parlamentario que una pugna de poder.

Sin embargo, no menos cierto es que el cumplimiento imperfecto por la Legislatura de las normas a su cargo, en el caso, podría impedir el ejercicio de la autonomía municipal expresada por medio del Poder Constituyente, y la realización de su derecho a contar con el instrumento sistémico que la rija.

El punto es si el incumplimiento legislativo (o el cumplimiento irregular) del artículo 231 de la Constitución, crea una contienda de poderes o es preciso recurrir a otros mecanismos jurídicos para remediar el déficit, tales como la acción de amparo o la declarativa de inconstitucionalidad.

Como se sabe, la acción de amparo ante los Tribunales, que consagra el artículo 54 constitucional (adecuadamente reglamentado por la ley N° 4572, que creó un proceso sumarísimo) puede promoverse siempre que en forma actual o inminente se restrinjan, alteren, amenacen o lesionen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por las Constituciones Nacional o Provincial y no exista otra vía pronta y eficaz para evitar un daño grave. Como resulta obvio, no existen vías procesales más ventajosas que la acción de amparo, ni que cuenten con su celeridad y eficacia para evitar un grave daño a derechos constitucionales.

A su vez, la acción declarativa de inconstitucionalidad que el artículo 179, I.1. implanta, puede promoverse contra leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, cartas orgánicas y ordenanzas municipales, que estatuyan sobre materias constitucionales y se controvertan en cada caso concreto a instancia de la parte interesada.

Mientras el conocimiento del juicio de amparo recae sobre cualquier Juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que la lesión o restricción tuviere o debiere tener efecto (artículo 4° de la ley N° 4572); la competencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad es originaria y exclusiva del Superior Tribunal de Justicia, en pleno (artículo 179, inciso I.1. de la Carta Provincial).

En un caso en que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires debió decidir acerca de la procedencia de uno u otro escenario procesal, sentenció que *“Será la acción originaria de inconstitucionalidad y no el conflicto de poderes la vía procesal apta cuando el reproche a la ley sólo versare sobre ciertos vicios en la formación de la voluntad legislativa “por ejemplo, en la ausencia del quórum previsto en los arts. 104 in fine y 206 inc. “a” de la Constitución Provincial” pues tales supuestos, aunque pasibles de cuestionamiento constitucional, no evidenciarían una contienda de poderes en tanto ningún otro órgano estaría llamado a reclamar para sí la titularidad de las atribuciones supuestamente avasalladas por la Legislatura a través del dictado de la norma censurada.”* (Causa “Gobernador de la Provincia de Buenos Aires s/ Conflicto de Poderes” B. 67594 – S. 25-2-2004. Magistrados votantes: Soria, Hitters, Genoud, Kogan, Roncoroni, Pettigiani y Salas).

Desde este punto de vista, el remedio procesal para resolver este caso, sería la acción declarativa de inconstitucionalidad contra la decisión adoptada por la Legislatura sin alcanzar el quórum especial que la ley N° 3098 fija para el rechazo de la Ley Fundamental Municipal.

Para ello, debe entenderse que fue el resultado de una deliberación irregular lo que perjudicó a la Convención Constituyente Municipal, y no la mera disconformidad con la resolución adoptada por los diputados en quebranto a la ley de corporaciones municipales, situación en la que de igual manera entendería en pleno la Corte Provincial, de forma exclusiva y originaria.

Aunque es difícil eludir la idea de que el ámbito adecuado para tramitar tan delicado asunto constitucional sea el proceso que rige la acción de amparo.

Quedan aún muchas cuestiones a dilucidar por el STJ, en una tarea que presenta ribetes complejos pero que marca un nuevo rumbo en la interpretación de la Constitución Provincial, en el reconocimiento de las autonomías municipales y en la legitimación de los Poderes Públicos para plantear sus conflictos ante la máxima autoridad judicial provincial.

ODA XVI - A UN JUEZ AVARO

Aunque en ricos montones
levantes el cautivo inútil oro;
y aunque tus posesiones
mejores con ajeno daño y lloro;

y aunque cruel tirano
oprimas la verdad, y tu avaricia,
vestida en nombre vano,
convierta en compra y venta la justicia;

y aunque engañes los ojos
del mundo a quien adoras, no por tanto
no nacerán abrojos
agudos en tu alma; ni el espanto;

no velará en tu lecho;
ni huirás la cúita, la agonía,
el último despecho;
ni la esperanza buena en compañía;

del gozo tus umbrales
penetrará jamás; ni la Meguera,
con llamas infernales,
con serpentino acote la alta y fiera

y diestra mano armada,
caldrá de tu aposento, sola un hora;
y ni tendrás clavada
la rueda, aunque más puedas, voladora

del Tiempo hambriento y crudo,
que viene, con la muerte conjurado,
a dejarte desnudo
del oro y cuanto tienes más amado;

y quedarás sumido
en males no finibles y en olvido.

HOJA DE VIDA

Fray Luis de León nació en Belmonte del Tajo (España) en 1527. Su padre ejerció como abogado y más tarde como Juez; dos tíos suyos fueron Catedrático de Derecho Canónico uno y abogado en la Corte Real el otro. Luis de León ingresó en la Orden de San Agustín y se doctoró en Filosofía y Teología. Obtuvo la cátedra de Santo Tomás, dictó Filosofía Moral y Biblia. Conoció a fondo el griego, el latín y el hebreo. Su predilección por la Biblia Hebraica en lugar de la Vulgata y la traducción al castellano del libro del Cantar de los Cantares le hizo padecer 5 años de cárcel del Santo Oficio acusado de judaizante e inclinado al luteranismo. Es muy famosa su frase a su regreso a la cátedra de Salamanca, con aquel: ‘Decíamos ayer...’. Tradujo del griego a Píndaro, del latín a Virgilio y Horacio, del italiano a Petrarca y del hebreo fragmentos del libro de Job y algunos salmos y proverbios. Sus mejores poemas los escribió en la cárcel; publicó “La perfecta casada”, “Los nombres de Cristo” y sus poesías y traducciones en 3 tomos; por algún motivo desconocido aunque sugestivo, no llegó a publicar esta recopilación, que no apareció hasta 1637, editada por Quevedo. Muere en Madrigal de las Altas Torres (España) en 1591.

